

RELAZIONE ISTRUTTORIA SULL'AFFIDAMENTO MEDIANTE CONTRATTO DELLA GESTIONE TECNICA E MANUTENZIONE DEL CINEMA PRESSO IL TEATRINO CON AFFIDAMENTO SERVIZI COLLATERALI A SOCIETA' IN HOUSE D'ALARCON FOREVER S.R.L. FOREVER SRL

Premessa

La presente relazione è finalizzata a ottemperare a quanto previsto dall'art. 14, co. 2-3, del d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201, recante "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" – secondo cui "Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30.3. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'**apposita relazione** nella quale sono evidenziate altresì le **ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta**, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni". La presente relazione è stata redatta in ottemperanza ai dettami dell'Art. 7 del D.lgs. 36/2023 (Principio di auto-organizzazione amministrativa).

Il servizio pubblico oggetto della presente relazione riguarda la gestione tecnica e la manutenzione in affidamento del Cinema presso il "Teatrino", in disponibilità del Comune come da contratto Rep. 2/2016 sito in Via Cerboni n., 12.

La suddetta struttura, in disponibilità del Comune, verrà affidata secondo un'ottica di maggiore tutela e valorizzazione della struttura stessa.

Ai predetti fini, il Comune di Porto Azzurro ha ritenuto opportuno instaurare il processo di affidamento della gestione dei servizi in questione mediante l'adozione del modello organizzativo dell'*in house providing*, al fine di vagliarne il rispetto di tutti i presupposti previsti dall'ordinamento. Pertanto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, in luogo dell'indizione di una nuova gara riguardante il servizio di gestione del Cinema, il Comune ha valutato la possibilità di procedere all'affidamento dei suddetti servizi alla D'Alarcon Forever srl, mediante la formula *in house*.

Le valutazioni di opportunità e di economicità del nuovo modello di gestione sono state formalizzate dal Comune e si sono basate anche su uno studio di sostenibilità economico-finanziaria (business plan) commissionato ad un consulente esterno, che ha portato alla luce i vantaggi della instauranda gestione *in house*.

Sulla base di quanto sopra, approfonditamente valutata l'ipotesi di affidamento *in house* alla D'Alarcon Forever srl, con la presente relazione si intende dunque dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti e delle condizioni tecnico-economiche posti a fondamento della decisione del Comune di affidare, secondo la formula dell'*in house providing*, alla predetta Società di cui il Comune è unico socio fondatore, la gestione dei servizi in oggetto, per la durata di anni 1, prorogabili.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

La materia dei servizi pubblici locali ha subito una rilevante revisione a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (in Gazz. Uff. 30 dicembre 2022, n. 304), recante

“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

L'art. 14, co. 1, del d.lgs. n. 201/2022 espressamente prevede che gli enti locali, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'art. 15 del d.lgs. n. 201/2022, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022;
- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000.

È quindi nell'ambito di tale ventaglio di ipotesi attualmente ammesse dall'ordinamento che il Comune di Porto Azzurro è tenuto a individuare quella maggiormente confacente alle necessità e alle esigenze dell'ente locale e della collettività residente nel territorio comunale.

Ciò detto, si ritiene che rispetto alle alternative organizzative per la gestione del servizio in questione sopra delineate, la soluzione che meglio si presta ad essere adottata nel contesto fattuale e normativo di riferimento è rappresentata dall'affidamento *in house* alla D'Alarcon Forever srl e ciò per le motivazioni descritte nella presente relazione.

Tanto premesso, è di seguito sinteticamente individuato il contesto normativo nella cui osservanza la presente relazione è redatta.

L'art. 14 (*“Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale”*) del d.lgs. n. 201/2022, richiamato nell'introduzione, come detto, prescrive agli enti locali interessati alla gestione di un servizio pubblico locale di far sì che l'affidamento del predetto servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione che dia conto della valutazione sulla scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, tenendo conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati, oltretutto i dati e le informazioni che emergono dalle verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali. Nella medesima relazione sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompenzioni.

L'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022 specifica che *“Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società in house, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016”*.

L'art. 7 del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che *“1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.*

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.

4. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;

b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;

c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;

d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

A tale ultimo proposito, occorre evidenziare come il diritto europeo dei contratti pubblici sia ispirato, per un verso, al principio di tutela della concorrenza ai fini dell'apertura dei mercati mediante la contendibilità degli affidamenti da parte degli operatori economici a ciò interessati e, per altro verso, al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, nel senso di riconoscere ai soggetti pubblici la libertà di organizzare come meglio ritengono – nel rispetto delle modalità consentite – le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse.

Siffatto principio di libera organizzazione dei soggetti pubblici è, infatti, sancito dall'art. 2 della direttiva 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), secondo cui *“La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”*.

Inoltre, l'operatività di tale principio emerge, in particolare, anche considerando la direttiva 2014/24/UE, ove è stabilito che *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”*.

In tale contesto normativo, i soggetti pubblici sono quindi legittimati a soddisfare le proprie esigenze di approvvigionamento anche mediante ricorso allo strumento dell'*in house providing* al ricorrere delle condizioni e dei presupposti indicati dall'art. 12 della citata direttiva 2014/24/UE, la presenza dei quali consente di non esperire una procedura a evidenza pubblica

per la selezione del contraente.

Quanto al rapporto tra la normativa europea in tema di libertà di organizzazione spettante ai soggetti pubblici e la previsione recata dal richiamato art. 7 del d.lgs. n. 36/2023, che,

come detto, tra l'altro richiede che l'affidamento *in house* sia preceduto dalla valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* e che sia motivato con riferimento alle ragioni del mancato ricorso al mercato, la più recente giurisprudenza europea si è pronunciata nel senso che *“L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche <<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 ”* (CGUE, Nona Sezione, Ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19).

Ancora più di recente, la Corte Costituzionale – concludendo nel senso della non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui si prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato – ha ritenuto estensibili alla disciplina odierna le osservazioni dalla medesima Corte già formulate con riferimento alle condizioni in passato poste dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, precisando che *“<<[s]iffatte ulteriori condizioni [...] si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto [...] con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato>> (sentenza n. 325 del 2010; nello stesso senso, sentenza n. 46 del 2013)”* (Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100).

CARATTERISTICHE TECNICHE ED ECONOMICHE DEL SERVIZIO, OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO

CARATTERISTICHE TECNICHE ED ECONOMICHE DEL SERVIZIO

Il Comune di Porto Azzurro, attraverso la D'Alarcon Forever S.r.l. Forever srl che sarà di ciò incaricata, ha inteso perseguire i seguenti obiettivi:

- a. Promuovere la distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e controllo della Amministrazione comunale e l'esercizio delle funzioni di carattere gestionale ed operativo;
- b. Assicurare al Cinema condizioni di funzionamento coerenti con la disciplina delle loro finalità e funzioni, accrescendo l'efficacia ed efficienza della loro azione;
- c. Realizzare sempre più elevati livelli di qualità nella gestione dei servizi culturali e ricreativi;
- d. Ottimizzare le risorse destinate alla gestione del Cinema, a condizioni di maggior economicità ed evitando costi aggiuntivi;

E' evidente infatti, l'indiscussa centralità e valenza sociale e culturale che tali servizi ricoprono nel contesto cittadino, oltre alle esternalità positive, di carattere economico e culturale, che tale Cinema comporta per l'intera comunità portoazzurrese.

La D'Alarcon Forever S.r.l. è stata costituita dal Comune anche con il precipuo scopo di migliorare gli *standard* qualitativi dei servizi culturali offerti, attraverso l'implementazione di nuove

attività e progetti che possano arricchire, valorizzare e far conoscere il patrimonio culturale locale favorendo, tra l'altro, l'incontro, il confronto tra i cittadini.

La promozione della conoscenza e dello studio del patrimonio culturale del territorio di riferimento e della divulgazione dei dati acquisiti anche attraverso attività e strumenti innovativi.

Le caratteristiche del servizio di gestione del Cinema *in house* sono state riportate nello Schema di Contratto di Servizio che è stato redatto.

In sintesi, costituiscono oggetto della proposta di affidamento secondo la formula dell'*in house providing*, i servizi di seguito indicati:

a) gestione amministrativa e finanziaria

b) gestione tecnica ed operativa

c) gestione organizzativa

d) custodia

e) pulizia

f) gestione, conservazione manutentiva ed adeguamento a normativa vigente dei beni mobili ed immobili afferenti il Cinema "Teatrino".

g) quant'altro necessario per una corretta e funzionale gestione dell'attività in oggetto ivi compreso tutte le prescrizioni e gli obblighi previsti dal "Regolamento 6 giugno 2011 n. 22/R - Regolamento di attuazione della Legge Regionale Toscana n. 21 del 25/02/2010" inerente le aperture delle sale cinematografiche.

In particolare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, compete ed è consentito all'affidatario:

- adottare una programmazione annuale teatrale e cinematografica che, per il livello qualitativo e artistico, qualifichi il Cinema "Teatrino" come servizio culturale rivolto alla realtà locale e non. Non saranno permesse attività di spettacolo in aperto contrasto con la specifica natura e il progetto culturale che caratterizza la sala, pena la revoca del contratto, ai sensi dell'art. 1 e 5 del "Regolamento per l'uso del Teatrino".

- ATTIVITÀ CINEMATOGRAFICA: la programmazione dovrà articolarsi secondo il seguente calendario, tenendo conto degli indirizzi della Giunta Comunale:

o periodo indicativo della stagione: programmazione durante tutto il periodo dell'anno, compreso i mesi estivi;

o 7 gg a settimana di proiezioni, per la maggior parte di film di seconda visione o altre tipologie di proiezioni, comprese le manifestazioni sportive di rilievo (incontri di calcio, olimpiadi ecc.)

-RASSEGNA CINEMATOGRAFICA D'ESSAI: da programarsi settimanalmente o mensilmente a partire dall'autunno.

- CINEMA E TEATRO RAGAZZI PER LE SCUOLE MATERNE ELEMENTARI E MEDIE DEL TERRITORIO: rassegna di film o rappresentazioni teatrali per gli alunni dell'Istituto Comprensivo, in collaborazione con le scuole di Porto Azzurro su specifici Progetti Didattici.

- SERVIZI AGGIUNTIVI:

- affitto della sala a terzi, applicando le tariffe approvate dall'Amministrazione con delibera di Giunta Comunale.

Fermo quanto diffusamente previsto nel contratto di servizio, i costi di gestione e manutenzione ordinaria saranno sostenuti dal gestore del servizio, così come i costi/ricavi delle attività soggette a tariffa.

OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO

Il servizio di gestione del cinema si riferisce a un servizio pubblico locale di rilevanza economica ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 201/2022, caratterizzato da accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale.

Nello specifico, l'utilizzo del patrimonio si fonde con la promozione delle attività culturali e crea anche un indubbio valore di carattere sociale ed economico.

L'obiettivo di rendere il Cinema presso il Teatrino un'eccellenza culturale consente infatti di arricchire anche il territorio del Comune sia attraverso la creazione di un'ulteriore offerta all'indotto

turistico ed economico, sia da un punto di vista culturale ed incrementa anche lo spirito di appartenenza dei cittadini al proprio territorio.

Con riguardo agli obblighi di servizio pubblico, può affermarsi che la *ratio* sottesa agli stessi va ricercata nella necessità di garantire l'equilibrio tra il mercato e la regolamentazione, tra la concorrenza e l'interesse generale, garantendo che i servizi di interesse economico generale siano prestati in modo ininterrotto (con continuità), a favore di tutti gli utenti e su tutto il territorio interessato (universalità), a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (nel rispetto del principio di parità).

Gli obblighi di servizio pubblico sono quegli obblighi che l'impresa non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura, né alle stesse condizioni se considerasse esclusivamente il proprio interesse commerciale e, nel campo della gestione di una Sala Cinematografica, gli obblighi di servizio pubblico possono sintetizzarsi in:

- obblighi di esercizio (continuità, capacità, regolarità del servizio) e obblighi tariffari nel rispetto di quanto concordato con il Comune, anche prevedendo tariffe agevolate;

Alla luce di quanto sin qui delineato e con riferimento al servizio in questione, il Comune di Porto Azzurro, dopo aver valutato e apprezzato gli interessi pubblici sottesi a quanto sopra esposto, ritiene di dover imporre sul proprio territorio i seguenti obblighi specifici di pubblico servizio che dovranno essere rispettati dal nuovo gestore dell'attività di cui trattasi: garantire che i relativi servizi siano prestati in modo ininterrotto (continuità), a favore di tutti gli utenti, senza discriminazione (universalità e non discriminazione), a prezzi uniformi ed a condizioni di qualità simili, e ciò indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (accessibilità), garantendo peraltro la trasparenza e l'informazione completa nei rapporti con gli utenti, il carattere economicamente accessibile del servizio, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio in relazione all'alto standard di svolgimento dello stesso (qualità) e all'introduzione di prestazioni aggiuntive rispetto all'affidamento in scadenza, la sottoposizione dell'affidatario al monitoraggio e al controllo diretti degli Uffici comunali preposti in ordine al rispetto degli standard del servizio ed alla verifica della relativa reportistica, l'utilizzo di modalità di erogazione del servizio tali da consentirne la sostenibilità ambientale.

Inoltre, lo svolgimento del servizio che l'affidatario *in house* dovrà effettuare, senza soluzione di continuità, contempla anche le seguenti attività ritenute essenziali per monitorare, raggiungere e mantenere gli standard qualitativi del servizio:

- rendicontazione annuale ai competenti Uffici comunali dei dati inerenti agli aspetti tecnici, economici e finanziari dei servizi e trasmissione al Comune dei dati e delle informazioni concernenti l'assolvimento degli obblighi contrattuali;

- lo sviluppo di iniziative culturali, che dovranno essere concordate con il Comune.

Non si prevedono compensazioni economiche per l'assolvimento degli obblighi di diritto pubblico ulteriori e diverse rispetto ai corrispettivi del servizio e consistenti nell'incameramento delle tariffe versate dagli utenti del servizio.

3. MODALITÀ DI AFFIDAMENTO PRESCELTA: VALUTAZIONE CIRCA LA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO EUROPEO PER LEGITTIMARE L'AFFIDAMENTO IN FORMA DIRETTA, SECONDO IL MODELLO DELL'IN HOUSE PROVIDING, DELLA GESTIONE DEI SERVIZI MUSEALI IN FAVORE DELLA D'ALARCON FOREVER S.R.L.

3.1 I REQUISITI STABILITI DALL'ORDINAMENTO AI FINI DELLA LEGITTIMITÀ DELL'AFFIDAMENTO IN HOUSE

L'elaborazione dell'istituto dell'*in house providing* è avvenuta in ambito comunitario grazie alla

giurisprudenza della CGUE, che, in materia di appalti pubblici, ha individuato i presupposti in presenza dei quali un soggetto tenuto al rispetto dell'evidenza pubblica può, in luogo dell'esternalizzazione dello svolgimento di determinate prestazioni mediante procedura di gara, affidarne direttamente l'esecuzione a un soggetto (*in house provider*) che presenti un rapporto così stretto con l'amministrazione affidante tale per cui può affermarsi che l'affidante e l'affidatario non siano soggetti sostanzialmente distinti.

Al ricorrere di tali presupposti, l'affidamento senza previo esperimento di una procedura di gara trova fondamento nel fatto che il soggetto affidatario è sostanzialmente identificato con l'amministrazione affidante, esso costituendo un'articolazione della pubblica amministrazione da cui promana.

Nel solco dell'evoluzione del dibattito giurisprudenziale intervenuto sul punto, l'istituto dell'*in house* trova oggi un proprio esplicito riconoscimento nella disciplina normativa europea e nazionale. Infatti, in primo luogo, l'art. 12 (1) della direttiva 2014/24/UE stabilisce che “*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; e 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”.*

In ambito nazionale, il punto di riferimento normativo è anzitutto rintracciabile nell'art. 7 del D.Lgs. n. 36 del 31/03/2023 che prevede:

1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.
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.
4. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;

b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;

c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;

d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”

L'articolo 2 recante “Definizioni”, prevede che ai fini del medesimo decreto si intendono per:

- «controllo» la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo;

- «controllo analogo» la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante;

- «controllo analogo congiunto»: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

- «partecipazione»: la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi;

- «servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale;

- «servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato;

- «società»: gli organismi di cui al titolo V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'art. n. 2615-ter del codice civile;

- «società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo;

- «società a partecipazione pubblica»: le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;

- «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto.

3.2 LA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PER L’AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL DELLA GESTIONE TECNICA E MANUTENZIONE DEL CINEMA IN FAVORE DELLA D’ALARCON FOREVER S.R.L.

La D'ALARCON FOREVER S.R.L. è stata costituita dall'Unico Fondatore Comune di Porto Azzurro, il cui Sindaco rappresenta l'Assemblea, massimo organo di indirizzo e di controllo della stessa.

La Società ha nel suo oggetto esclusivo attività di produzione di servizi di interesse generale e l'autoproduzione di beni e servizi strumentali agli enti pubblici soci o allo svolgimento delle loro funzioni.

Fatta salva la valutazione tecnico-economica circa la vantaggiosità dell'affidamento del servizio alla Fondazione, si evidenzia che la governance della Società risulta improntata al rispetto dei requisiti stabiliti dalla vigente normativa in tema di affidamento *in house*, funzionali ad assicurare la tutela degli interessi del Comune, unico socio-fondatore e tali da legittimare l'affidamento secondo il modello dell'*in house providing*.

1) Controllo pubblico

La Società per suo statuto dispone di un capitale sociale che ammonta a Euro 10.000,00 ed è stato interamente sottoscritto dall'unico socio, il Comune di Porto Azzurro.

Il fondo di dotazione della stessa è stato comunque versato interamente dal Comune, che risulta essere l'unico socio. Il nuovo servizio che intende attivare il Comune è la Gestione tecnica e manutentiva del Cinema.

La richiesta alla Società *in house providing* dal Comune appare coerente con il dettato dell'art. 4 c. 2 lett. a) e d) del citato Statuto:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento

2) Sussistenza del requisito del controllo analogo

Il controllo analogo si articola, oltre che sulla base di quanto detto nel paragrafo precedente, anche mediante i poteri di indirizzo e controllo previsti nello Statuto della Società

3) Destinazione prevalente dell'attività

Come stabilito dalla citata normativa di riferimento, l'attività prevalente se non esclusiva della Società ha ad oggetto tra i vari servizi - gestione di attività complementari e sussidiarie alle precedenti.

4.LA COMPLESSIVA CONGRUITÀ ECONOMICA DELLA GESTIONE ASSICURATA DALLA SOCIETÀ D'ALARCON FOREVER S.R.L. E I BENEFICI PER LA COLLETTIVITÀ DELLA FORMA DI GESTIONE PRESCELTA

La possibilità di procedere a un affidamento *in house* è inoltre subordinata, nel contesto normativo nazionale, alla positiva valutazione in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dall'art.7 del d.lgs. n. 36/2023. Sul tema è da ultimo intervenuto anche il D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (*"Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*), c.d. *"Decreto Semplificazioni 2021"*), convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108". Come chiarito dalla più recente giurisprudenza amministrativa, l'obbligo motivazionale inerente alla dimostrazione del c.d. *"fallimento del mercato"* deve essere assolto avuto riguardo alle prevedibili mancanze in relazione agli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche assicurate invece dalla società *in house*. Parimenti, l'obbligo motivazionale relativo agli specifici benefici per la collettività deve essere adempiuto con riferimento a quegli stessi propositi: in questa prospettiva i benefici per la collettività attesi dall'organizzazione *in house* del servizio e le ragioni del mancato ricorso al mercato rappresentano le due facce di una stessa medaglia.

In conclusione, all'amministrazione interessata alla scelta del modello gestionale da praticare è rimessa una valutazione unitaria e complessa, finalizzata a sintetizzare una molteplicità di dati entro il quadro unificante dei vantaggi insiti nell'affidamento *in house*.

Tenuto conto dei più recenti arresti giurisprudenziali (*cf.* Cons. di Stato, sez. V, 6 maggio 2022

n. 3562), si è operata anche una comparazione con i dati economici riferiti alle esperienze gestionali nei territori limitrofi.

Ai fini della verifica della congruità economica dell'affidamento diretto *in house* alla D'Alarcon Forever S.r.l. Forever srl e della valutazione dei benefici per la collettività derivanti da tale forma di gestione, si è tenuto conto di alcuni dati e indici qualitativi ed economici di seguito illustrati.

Il primo elemento da prendere in considerazione in tal senso è legato alla **valutazione di congruità e convenienza economica** dell'affidamento, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione. Ai fini della valutazione di convenienza dell'offerta pervenuta dalla società *in house* non è stato possibile fare riferimento a convenzioni CONSIP, in quanto per tali categorie di servizi, per come delineati dal Comune di Porto Azzurro, non esistono convenzioni attive. Si ritiene, peraltro, che i parametri risultanti da eventuali convenzioni attivate da centrali di committenza regionali non siano idonei a dare luogo a un raffronto significativo, atteso che tali convenzioni sono per loro natura non focalizzate sulla specifica realtà locale propria del Comune di Porto Azzurro. Allo stesso modo, vista l'assenza nel territorio di Porto Azzurro di sale cinematografiche, non è possibile effettuare un confronto con le tariffe praticate da altre strutture affidate in appalto del territorio limitrofo.

Inoltre, il ricorso al mercato non consentirebbe di conseguire i vantaggi intrinsecamente connessi all'affidamento della gestione secondo il modello *in house*, ovvero, in particolare:

- beneficiare di un servizio svolto da un soggetto estraneo alla logica del profitto, bensì teso all'erogazione di un servizio pubblico efficace e di qualità nell'ottica di imprimere una forte connotazione pubblica e sociale alla gestione del servizio;
- garantire al Comune un controllo più incisivo e penetrante sull'andamento del servizio e sul rispetto dei livelli prestazionali, tenuto conto delle esigenze della collettività
- poter contare su un affidatario dotato di particolari competenze in ambito culturale.

Ferme le considerazioni sopra sviluppate, nell'ambito della complessiva valutazione della qualità del servizio, deve evidenziarsi come l'opzione per il ricorso all'affidamento *in house* in favore della Società debba essere valutata con riferimento alla complessiva gestione dei servizi in esame, che può essere meglio garantita attraverso i meccanismi già collaudati nell'ambito dell'attuale organizzazione dei servizi ed un più attento controllo del raggiungimento dei prefissati obiettivi di universalità e socialità.

Si rileva inoltre che la D'Alarcon Forever S.r.l. è stata costituita anche per i fini della gestione di servizi culturali del Comune, come emerge anche dall'oggetto statutario, e che tale costituzione è proprio finalizzata a raggiungere flessibilità, rapidità, attenzione ai bisogni dell'utenza nell'erogazione del servizio.

Inoltre, il controllo analogo esercitato dall'Ente consentirà al Comune socio di intervenire nelle scelte gestionali e operative della società in merito allo svolgimento dell'attività affidata per migliorare l'efficacia, l'efficienza e la qualità dei servizi resi. I poteri di intervento e di controllo, più penetranti rispetto ad un soggetto terzo, permetteranno adeguamenti, anche in itinere, delle condizioni di svolgimento dei servizi alle specifiche esigenze dell'Amministrazione. Ciò darà la possibilità al Comune di conseguire standard qualitativi e di efficienza superiori rispetto al ricorso al mercato e di imporsi sulle scelte al mutamento di condizioni e/o contesti, senza incorrere in liti e contenziosi.

Infine, l'affidamento si inserisce nella strategia complessiva della *in house* volta a rafforzare la struttura organizzativa, mediante sinergici interventi di valorizzazione del patrimonio culturale. Valutate dunque positivamente nel loro complesso la convenienza e congruità delle condizioni economiche riferite all'esecuzione dei servizi in argomento, la qualità e gli standard prestazionali del servizio, si ritiene che la gestione da parte della D'Alarcon Forever S.r.l., mediante l'affidamento diretto secondo il modello dell'*in house providing*, dei servizi di gestione dei siti museali, risulti maggiormente rispondente agli obiettivi posti dall'Amministrazione comunale, alle necessità dell'utenza e congrua sotto il profilo economico.

Alla luce di quanto sopra, si esprime una valutazione positiva in ordine al modello gestionale descritto e si ritiene che risulti percorribile e complessivamente vantaggioso per l'Amministrazione Comunale l'affidamento *in house* alla D'Alarcon Forever S.r.l. del servizio di gestione dei siti museali.

Allegati:

A. Contratto di servizi

B. Statuto della D'Alarcon Forever S.r.l.

C. Business Plan

MOTIVAZIONE E GESTIONE PRESSO IL TEATRINO

L'affidamento della gestione di cui fin ora abbiamo trattato, sostanzialmente riconducibile all'apertura di una piccola sala cinematografica, ha decisamente un carattere di interesse generale, rivolta non solo a tutta la piccola comunità portoazzurrese, ma anche nel periodo estivo, ai turisti che frequentano il nostro territorio. Da ultimo, un ulteriore aspetto da prendere in considerazione, è senz'altro quello degli afflussi turistici. Il territorio comunale, come noto, è situato sulle coste dell'Isola d'Elba e rappresenta una meta turistica molto ambita. Il flusso turistico durante i mesi primaverili ed estivi subisce un'importante contrazione, con un notevole aumento delle presenze. L'andamento stimato per il nuovo centro di costo CINEMA, tenendo conto anche del piano della D'Alarcon Forever, può riassumersi come di seguito:

Il costo di n. 2 dipendenti, entrambi di 4° livello, per manutenzione e gestione cinema, entrambi part-time (al 50%) x 12 mesi è di Euro 32.898.

I costi per materie prime, servizi e costi generali o amministrativi, sono stimati in Euro 7.786.

I ricavi stimati (dal contratto di servizio e da una quota dalla bigliettazione degli spettacoli) sono stimati in euro 45.205.

Veniamo ora all'analisi dei costi desumibili dal CCNL Cinematografia – Esercizi attualmente in vigore.

Sulla base di quanto riscontrabile dai riflessi di stampa, il 31 maggio 2023 si è tenuto il primo incontro per la trattativa del rinnovo contrattuale del CCNL Cinematografia - Esercizi, applicabile ai dipendenti degli esercizi cinematografici e cinema-teatrali, scaduto il 31 dicembre 2019. Si è stabilito, in primo luogo, per il periodo di vacanza contrattuale 1° gennaio 2020 - 31 dicembre 2022, l'erogazione di un importo a titolo di Una Tantum di 270,00 euro al IV livello, da riparametrare per gli altri livelli.

Tale indennità spetterà a tutti i dipendenti in forza al 1° giugno 2023 e sarà rapportata all'effettivo periodo di lavoro intercorso dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2022, comprese eventuali sospensioni per CIG, maternità e malattia; in caso di part-time, sarà proporzionato all'effettivo lavoro svolto. L'importo è stato corrisposto unitamente con le paghe di giugno 2023.

A decorrere dal 1° giugno è stato inoltre previsto l'aumento in acconto, pari a 35,00 euro al IV livello, da riparametrare per gli altri livelli.

Per quanto riguarda gli arretrati per il periodo dal 1° gennaio 2023 al 31 maggio 2023, ammontanti a 175,00 euro rapportati al IV livello e da riparametrare, dovrebbero essere corrisposti con le competenze del mese attuale. Al riguardo si veda l'allegato il pre-accordo.

Il costo dei dipendenti per un fornitore esterno, quindi, deve tener conto anche di delle suddette ultime evoluzioni contrattuali.

A tale costo il fornitore dovrà sommare il costo per materie prime, servizi e spese generali, come la società partecipata, nonché aggiungere la sua marginalità.

Da questo punto di vista la Società Partecipata comunale ha previsto una minima marginalità, come si può vedere dai numeri di Piano, che di norma non corrisponde ai comportamenti dei soggetti di mercato.

Pertanto l'affidamento alla D'Alarcon Forever, da parte del Comune di Porto Azzurro, va anche misurato in termini di efficacia, efficienza e soprattutto socialità della gestione.

Tenendo conto di questo importante aspetto, sicuramente, una gestione unitaria e non sparpagliata dei servizi affidati, consentirebbe quanto meno al Comune un maggiore e più efficace controllo, in modo tale da garantire un raggiungimento elevato degli standard qualitativi e di efficacia per la cittadinanza e per i turisti.