

Parere n.147 del 13 dicembre 2007

PREC518/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal CO.DI.O.F. Comitato Diritti Operatori Funerari - gara mediante procedura aperta, per l'affidamento dei servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero con contestuale locazione delle camere mortuarie al fine di consentire alla società affidataria le attività connesse alla cura e trattamento delle salme presso l'Azienda USL Roma D di via Casal Bernocchi, 73. S.A.: Azienda USL Roma D.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 30 ottobre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere presentata dal CO.DI.O.F., contenente la richiesta di annullamento del bando di gara pubblicato dall'Azienda USL Roma B per l'affidamento dei servizi di competenza aziendale in ordine ai decessi in ambito ospedaliero, con contestuale locazione delle camere mortuarie, al fine di consentire alla società affidataria le attività connesse alla cura e trattamento delle salme presso l'Azienda USL Roma D.

L'istante rappresenta che l'oggetto del bando prevede l'affidamento in concessione, previo pagamento di un corrispettivo, di locali pubblici per allestire ed offrire, non servizi igienico-sanitari all'azienda, ma, soprattutto, servizi funebri direttamente ai cittadini. Tale previsione, secondo l'istante, determina un vantaggio in capo all'affidatario, il quale potrà svolgere in regime di privativa i servizi funebri per i decessi che avvengono presso l'azienda sanitaria. Inoltre, il CO.DI.O.F. osserva che la documentazione di gara prevede, nell'ambito dell'offerta tecnica, un elenco di servizi contenuti all'Allegato A) al capitolato speciale di gara, estranei a quelli igienico sanitari.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha replicato che l'oggetto della procedura di gara risulta chiaramente essere costituito dall'affidamento del servizio di competenza dell'Azienda USL, riguardo alla cura delle salme dei deceduti in ambito ospedaliero, e non già dall'affidamento in concessione dei servizi funebri direttamente ai cittadini. L'azienda sanitaria espone che all'art. 3 del capitolato speciale di gara sono elencati i servizi igienico - sanitari ed amministrativi che dovranno essere svolti dalla ditta aggiudicataria. Al successivo art. 4, secondo quanto dalla stessa evidenziato, è prevista la non esclusiva sulle onoranze funebri della ditta aggiudicataria, pena la possibile risoluzione del contratto in caso di inadempimento, nonché l'affissione di cartelli informativi all'utenza, al fine di chiarire che la ditta affidataria non opera in regime di esclusività. Infine, l'Azienda USL Roma D sottolinea di aver rappresentato, nell'ambito dei chiarimenti sulla documentazione di gara, che l'Allegato A al capitolato speciale assume valenza di "listino prezzi" e deve essere accompagnato dall'impegno, da parte dell'impresa, ad osservarlo per il periodo di vigenza dell'affidamento del servizio. Pertanto, secondo quanto sostenuto dall'amministrazione, l'elencazione delle tariffe delle attività connesse al servizio funebre è stata richiesta quale elemento per l'attribuzione del punteggio di qualità e non del punteggio del prezzo.

In data 13 dicembre 2007 si è tenuta l'audizione alla quale hanno partecipato le parti, che

hanno ribadito quanto già esposto in via documentale.

Ritenuto in diritto

Il bando in esame ha ad oggetto l'affidamento del servizio per la cura delle salme dei deceduti in ambito ospedaliero, con contestuale locazione delle camere mortuarie, al fine di consentire alla società affidataria le attività connesse alla cura e trattamento delle salme presso l'Azienda USL Roma D.

Secondo quanto previsto dall'art. 3 del Capitolato speciale, l'impresa aggiudicataria è tenuta ad espletare, a titolo gratuito, i servizi in ordine ai decessi avvenuti in ambito ospedaliero (il cui elenco è contenuto alla lett. a) dell'art. 3 suddetto, in cui compaiono servizi di vario tipo quali, a titolo esemplificativo, il prelievo delle parti anatomiche amputate dalle camere operatorie entro un'ora dalla chiamata ed immediato collocamento nelle celle frigorifere, il controllo dell'integrità delle salme, il trasporto della salma dai reparti alla camera mortuaria, alla fornitura e arredo di catafalchi e fornitura dei fiori alla cappella delle camere ardenti), nonché a pagare un corrispettivo alla Stazione appaltante, da indicare nell'offerta economica, per la locazione della camera mortuaria, con vincolo di destinazione per l'azienda sanitaria all'acquisto di attrezzature tecnico - scientifiche e sanitarie. Inoltre, in aggiunta ad i servizi indicati all'art. 3 del Capitolato Speciale, che devono essere obbligatoriamente eseguiti dall'impresa aggiudicataria, vi è un elenco di servizi, di cui all'allegato A) al Capitolato speciale, non di tipo igienico - sanitario, per i quali viene richiesto ai partecipanti di presentare un'offerta economica.

Alcune delle attività obbligatoriamente richieste all'aggiudicatario del servizio di cui trattasi, attengono ad aspetti sanitari (ad esempio il prelievo delle parti anatomiche amputate dalle camere operatorie entro un'ora dalla chiamata ed immediato collocamento nelle celle frigorifere, ovvero ancora il controllo dell'integrità delle salme), che sono ben distinte dalle attività altrettanto incluse nell'appalto caratterizzate da un profilo più imprenditoriale quale, in via esemplificativa, la fornitura e arredo di catafalchi e fornitura di fiori alla cappella.

Come ha avuto modo di evidenziare il giudice amministrativo (si veda C. di Stato, 29.10.2004, n. 1639) per un bando analogo, occorre distinguere tra l'attività di natura pubblicistica, diretta ad adempiere agli obblighi che discendono dalle disposizioni di polizia mortuaria, ispirate solo da esigenze di carattere igienico sanitario, e quella di natura economica ed imprenditoriale, sottoposta alle regole del mercato di assicurare lo svolgimento degli adempimenti conseguenti al decesso. Le due attività sono differenti nel senso che esaurita l'una, viene in rilievo la seconda che, per le finalità commerciali e di profitto che la caratterizzano, non si concilia con il corretto, fisiologico e naturale svolgimento della prima, che non deve essere esposta, neanche per motivi legittimi di concorrenza tra diversi operatori, ad alcuna possibile turbativa.

Anche i giudici amministrativi di primo grado (si vedano T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 28 novembre 1999 n.1206; T.A.R. Campania, 18 aprile 2001, n. 1704; T.A.R. Emilia Romagna, 17 aprile 2002, n. 599; T.A.R. Liguria, 4 dicembre 2003, n. 1781) hanno sottolineato come proprio la presenza nell'azienda sanitaria della ditta aggiudicataria del servizio, finisca per agevolare la stessa, nell'ottenere la preferenza delle persone che, per le circostanze particolari in cui si trovano, cercano soprattutto di risolvere le necessarie incombenze del caso nel modo più facile ed immediato, rivolgendosi all'operatore con cui già si sia entrati in contatto per ragioni "istituzionali". Si tratta, cioè, di circostanze suscettibili di alterare le regole della libera concorrenza, perché collegate ad una posizione di inevitabile privilegio costituita "dall'introduzione nei locali ospedalieri". Del resto, come è stato osservato (si veda T.A.R. Puglia, Sez. II, 28 marzo 2001 n. 808), il principio della libera concorrenza non può soffrire eccezioni, anche allo scopo di difendere la sfera intima ed il naturale riserbo dei congiunti dei defunti e di evitare il c.d. "sciacallaggio", giustificando una limitazione della libera concorrenza, la quale deve, viceversa, svolgersi senza limiti ulteriori rispetto a quelli eventualmente derivanti dalla pianificazione di settore.

Nel caso di specie, la stazione appaltante respinge la censura di violazione della concorrenza, in quanto la documentazione di gara prevede, come già descritto in narrativa, una serie di condizioni previste dall'art. 4 del Capitolato speciale

subordinatamente alle quali sarebbe possibile per l'aggiudicatario eseguire il servizio, scongiurando il rischio di ostacolare il mercato. A confutare la suddetta replica dell'azienda sanitaria si pone, tuttavia, una recente pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, sulla questione, si è espressa con un atto di segnalazione (n. AS 392, del 23 maggio 2007), nel quale, tra l'altro, ha evidenziato come non sia sufficiente ad attenuare distorsioni concorrenziali la mera imposizione di obblighi di correttezza a carico degli affidatari, quale l'obbligo di apporre cartelli informativi, che riportino generalità e recapiti dei diversi operatori funebri presenti sul mercato, *"posto che la sola presenza fisica di operatori funebri nei locali ospedalieri garantisce un'immediata e facile contattabilità da parte della clientela"*.

Conseguentemente a quanto sopra evidenziato, si può concludere che l'effettivo corrispettivo previsto nel contratto in esame, è rappresentato dall'opportunità per la società aggiudicataria di avvalersi di una rendita di posizione, consistente nella possibilità esclusiva di trovarsi all'interno dei luoghi dove avvengono i decessi e di poter fruire del vantaggio di tale circostanza nei confronti degli altri operatori del settore. Peraltro tale vantaggio è considerato così consistente dall'aggiudicataria, da compensare lo svolgimento del servizio a titolo gratuito.

Vieppiù, il Capitolato speciale, come già descritto in narrativa, contiene un allegato (Allegato A), che elenca servizi che non attengono ai servizi igienico sanitari, oggetto della gara, in relazione ai quali però viene richiesta ai partecipanti un'offerta economica. La stazione appaltante, in merito a ciò, ha evidenziato che tali offerte sono valutate ai fini dell'attribuzione del punteggio sulla qualità e non vanno ad incidere sul punteggio relativo al prezzo, rappresentando un listino - prezzi, che dovrà essere corredato dall'impegno dell'impresa ad osservarlo, durante tutto il periodo di vigenza dell'affidamento. Così strutturato, il criterio di aggiudicazione della procedura di gara non sembra essere conforme alla normativa vigente di settore sotto due profili. In primo luogo viene ad essere valutata dalla stazione appaltante una prestazione che non è oggetto della gara, determinando, così, una indiretta e non possibile estensione dell'oggetto contrattuale. Inoltre, secondo quanto rappresentato, su detti servizi è prevista l'attribuzione del punteggio qualitativo, la cui modalità di attribuzione non è stata, tuttavia, indicata nel disciplinare di gara, in violazione della normativa di cui all'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, ai sensi del quale la documentazione di gara deve elencare, nell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione e precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che la procedura di gara posta in essere dalla Azienda USL Roma D non sia conforme alla normativa vigente di settore, nonché si ponga in contrasto con il principio di concorrenza.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Alessandro Botto

IL PRESIDENTE

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 febbraio 2008