DELIBERA N. 198 DEL 13 marzo 2019

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Provincia di Lodi - Procedura ristretta, nell'interesse del Comune di Casalpusterlengo, per l'affidamento in gestione dei tre Cimiteri locali per un periodo di cinque anni - Importo a base di gara: euro € 314.659,58. S.A.: Provincia di Lodi

PREC 7/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 22627 del 13 marzo 2018 la Provincia di Lodi, nella qualità di centrale unica di committenza, avendo indetto una procedura di gara ristretta, nell'interesse del Comune di Casalpusterlengo, per l'affidamento in gestione dei tre Cimiteri locali per un periodo di cinque anni e per un importo complessivo di € 314.659,58 domanda all'Autorità se sia legittima la *lex specialis* di gara nella parte (punto 2, lett. d) del documento "Presentazione della domanda") in cui condiziona la partecipazione dei concorrenti alla dichiarazione di "Non essere esercenti di attività funebre e/o di attività commerciale marmorea e lapidea (cfr. segnalazione AS392 del 23/05/2007 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e nel Parere n. 146 del 22/07/2010 dell'ANAC)". In particolare, la Provincia di Lodi solleva i seguenti quesiti: 1) se sia legittimo che la centrale unica di committenza abbia previsto, per le motivazioni di cui sopra, nella documentazione di gara, l'incompatibilità dell'esercizio dell'attività di gestione del Cimitero con l'esercizio dell'attività commerciale marmorea e lapidea; 2) in caso di illegittimità della prescrizione di cui al punto 1), se sia legittimo prescrivere che le attività funebri e/o l'attività commerciale marmorea e lapidea facciano capo a società diversa da quella abilitata e interessata a concorrere alla gara *de qua* (scorporo); 3) se si possa o si debba ammettere alla gara in questione il gestore del servizio oggetto dell'appalto incaricato come da elenco storico degli incarichi conferiti.

La richiesta di parere è stata presentata in ragione dell'avvenuta contestazione della clausola del bando da parte della società Guasconi Arte Funeraria e Servizi Srl.

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

La Guasconi Arte Funeraria e Servizi Srl, nella qualità di gestore uscente, svolgendo secondo statuto attività di *realizzazione, vendita al minuto e posa di lastre da loculo, monumenti, ossari e cinerari, cappelle gentilizie e articoli funerari*, ha presentato istanza in autotutela tesa all'annullamento della clausola prevista dal bando di gara in quanto non sarebbe prevista da alcuna norma di legge statale o regionale e in contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle". La società rileva, nell'istanza in autotutela, che «l'art. 33, c. 4, lett. c) del Regolamento regionale della Lombardia n. 6 del 09.11.2004, stabilisce *solamente* che i soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività funebre non possono ... gestire cimiteri, ivi compresa la loro manutenzione, senza tuttavia stabilire alcun limite in relazione agli esercenti attività commerciale marmorea e lapidea»; inoltre, la società considera che «la segnalazione AS392 del 23.05.2007 dell'AGCM, richiamata dal bando medesimo, si limita a valutare il contenuto dell'art. 2 Disegno di Legge n. 504/2006, in ordine alla compatibilità della gestione dei servizi cimiteriali con ulteriori attività a tutela della concorrenza, auspicando un intervento del legislatore a livello nazionale e/o regionale sul punto», concludendo nel senso che «allo stato non sussiste, nella Regione Lombardia, normativa alcuna che disponga in merito all'incompatibilità dell'esercizio di attività di gestione dei cimiteri unitamente ad attività commerciale marmorea e lapidea», con conseguente illegittimità della clausola per contrasto con l'art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'avvio del procedimento veniva comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 14763 del 21/02/2019.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza pervenuta all'Autorità si domanda di esprimere un parere sulla legittimità della clausola del bando di gara, per l'affidamento in gestione di tre Cimiteri locali per un periodo di cinque anni, che preclude la partecipazione agli operatori economici che sono esercenti "attività funebre e/o attività commerciale marmorea e lapidea" (punto 2, lett. d) del documento denominato "Presentazione della domanda" integrante la *lex specialis* di gara).

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

La centrale di committenza inseriva nella *lex specialis* di gara, nella parte relativa alle modalità di presentazione della domanda, una condizione di partecipazione connessa all'idoneità professionale dell'operatore economico. Da una parte, il bando di gara richiede ai concorrenti di "Essere iscritti nel registro delle imprese presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (oppure in uno dei registri professionali o commerciali istituiti presso altro Sato membri) per le attività corrispondenti al tipo di servizio oggetto del presente appalto e precisamente per le seguenti attività classificate in base ai codici ateco in vigore: 96.03 (servizi cimiteriali)"; dall'altra, richiede di "Non essere esercenti di attività funebre e/o di attività commerciale marmorea e lapidea (cfr. segnalazione AS392 del 23/05/2007 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e nel Parere n. 146 del 22/07/2010 dell'ANAC)". Il bando di gara specifica, altresì, che "Per attività funebre si intende un servizio che comprende e assicura in forma congiunta le seguenti prestazioni: ◘ disbrigo, su mandato dei familiari, delle pratiche amministrative inerenti il decesso; ◘ fornitura di casse mortuarie e di altri articoli funebri in occasione di un funerale; ◘ trasporto di salma".

La scelta compiuta dall'amministrazione è stata basata su una valutazione in concreto del mercato di riferimento e richiamando taluni orientamenti espressi dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato e l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici in relazione alla fornitura di attività funebri e allo svolgimento di servizi cimiteriali. La scelta compiuta è stata fondata anche sulle seguenti considerazioni come riportate nell'istanza di parere: "- nell'ambito del territorio provinciale le gestioni cimiteriali esternalizzate sono concentrate quasi esclusivamente su una sola ditta; - il mercato in questione è fortemente condizionato da logiche di profitto indotte e/o contigue con la gestione cimiteriale, considerando quest'ultima essenzialmente un'opportunità per rafforzare la propria posizione sul mercato dei servizi funebri; - le logiche di cui sopra, di norma, producono modesti benefici per le stazioni appaltanti a fronte di sostanziosi profitti a danno degli utenti del servizio cimiteriale: - era opportuno prevenire e quanto meno circoscrivere la distorsione del mercato in un settore così delicato e particolare, già a vario titolo sotto i riflettori dell'opinione pubblica e delle Autorità di controllo".

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

La questione sollevata dall'istante con la richiesta di parere concerne sostanzialmente l'eventuale incompatibilità tra l'attività commerciale marmorea e lapidea e la gestione dei cimiteri tenuto conto del regime giuridico speciale dettato dalla legislazione regionale per le attività funebri e cimiteriali; quindi, concerne anche la possibilità per la stazione appaltante di introdurre deroghe motivate al principio sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 secondo cui "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Con il parere di precontenzioso n. 146 del 22/07/2012 (PREC 126/10/S), richiamato nella *lex specialis* di gara, l'Autorità si era espressa considerando illegittimo un bando di gara con il quale era stata indetta una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione delle attività connesse al decesso dei pazienti in ambito ospedaliero e di gestione della camera mortuaria laddove consentiva la partecipazione anche ad operatori economici svolgenti sul mercato l'attività di onoranze funebri. Nel parere l'Autorità, anche sulla base di orientamenti espressi dall'AGCM, aveva espresso le seguenti considerazioni: «in linea di principio, non è possibile in un unico contesto aggiudicare la gestione delle camere mortuarie agli stessi soggetti che svolgono sul libero mercato l'attività di onoranze funebri a causa della differente natura delle attività che vengono in rilievo, l'una con connotati pubblicistici, volta ad adempiere agli obblighi che discendono dalle disposizioni di polizia mortuaria a tutela delle esigenze di igiene e salute pubblica, l'altra di natura economico imprenditoriale, volta a garantire a chi l'esercita un profitto economico (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1639 del 12 aprile 2005; TAR Liguria, Sez. II, sentenza n. 977 del 26 giugno 2005; TAR Liguria, Sez. II, sentenza n. 1781 del 30 dicembre 2003). La commistione tra tali attività ontologicamente diverse può, infatti, creare un'alterazione della libera concorrenza sia nel settore dei servizi di gestione delle camere mortuarie e delle attività connesse al decesso dei pazienti sia nel settore dei servizi funebri, in quanto l'impresa che opera in quest'ultimo ambito potrebbe presentare in una gara per l'affidamento della gestione delle camere mortuarie un'offerta particolarmente bassa, che non garantisce l'effettiva qualità dei servizi resi all'Amministrazione, ovvero che non rispecchia il reale rapporto tra prezzi e prestazioni, pur di

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

assicurarsi all'interno dei locali ospedalieri una posizione di indubbio privilegio, che le consente di entrare in contatto con la potenziale clientela delle proprie attività privatistiche. Tale rischio è particolarmente elevato nel settore in esame a causa delle peculiarità della domanda dei servizi funebri, caratterizzata – come sottolineato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – "*da elementi di imperfezione che rendono il prezzo e le altre variabili concorrenziali (quali, ad esempio, le campagne promozionali) strumenti di acquisizione della clientela meno efficaci che in altri mercati. In tale contesto, pertanto, la possibilità per un operatore funebre di avere un accesso privilegiato e preferenziale alla clientela si traduce facilmente in una espansione della sua quota di mercato, non necessariamente riconducibile alla superiorità della combinazione qualità/prezzo dei servizi dallo stesso offerti. In particolare, proprio la tempestività nel contattare il potenziale cliente nel momento in cui sorge l'esigenza dell'acquisto dei servizi funebri costituisce un fattore di vantaggio nell'acquisizione della clientela*" (AS 392 del 23 maggio 2007; AS 147 del 14 luglio 1998)».

Anche l'eventuale divieto all'aggiudicatario di pubblicizzare le attività di onoranze funebri svolte e di assumere iniziative finalizzate ad indurre i parenti del defunto ad avvalersi delle proprie prestazioni non appariva misura sufficiente ad evitare l'alterazione della libera concorrenza nel mercato in esame visto che distorsioni concorrenziali potevano crearsi anche solo in ragione della "*immediata e facile contattabilità da parte della clientela*" (AVCP parere n. 147 del 13 dicembre 2007).

Nell'atto di segnalazione AS 392 del 23/05/2007 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver messo in risalto le peculiarità del servizio pubblico (necessario) di gestione di aree cimiteriali e del mercato dei servizi funebri caratterizzato da elementi di imperfezione dal lato della domanda, ha segnalato al legislatore la necessità di prevedere con norma di legge statale una incompatibilità tra lo svolgimento della gestione di camere mortuarie o obitoriali e l'attività di onoranze funebri anche laddove concernente la vendita di casse e articoli funebri, evidenziando come già talune Regioni avessero adottato normative in tal senso.

La normativa regionale della Lombardia ha disciplinato le attività funebri e cimiteriali con L.R. 18 novembre 2003, n. 22 sostituita dalla L.R. 30.12.2009, n. 33 e con il Reg. reg. 9 novembre

2004, n. 6, evidentemente recependo le istanze di tutela della concorrenza e dei consumatori emerse nel settore delle attività funebri e dei servizi cimiteriali.

L'art. 74, comma 1, L.R. n. 33/2009 individua l'*attività funebre* nel servizio "che comprende e assicura in forma congiunta le seguenti prestazioni: a) disbrigo delle pratiche amministrative inerenti il decesso, su mandato dei familiari; b) vendita di casse e altri articoli funebri, in occasione del funerale; c) trasporto di cadavere, inteso come trasferimento della salma dal luogo del decesso al luogo di osservazione, al luogo di onoranze, al cimitero o al crematorio".

La disciplina regionale specifica, altresì, che "L'attività funebre è svolta da ditte individuali, società o altre persone giuridiche in possesso dei requisiti stabiliti con il regolamento di cui all'articolo 76 e previa presentazione di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) allo sportello unico per le attività produttive (SUAP) del comune ove hanno sede" (comma 2).

Ai sensi dell'art. 75, comma 3, L.R. 33/2009 "La gestione e manutenzione dei cimiteri possono essere affidate a soggetti pubblici o privati. Se il gestore del cimitero svolge anche attività funebre è obbligatoria la separazione societaria prevista dalla *legge 10 ottobre 1990, n. 287* (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato)".

Per quanto concerne la disciplina dettata dal Reg. reg. n. 6/2004, i principi sono espressi ai seguenti articoli: - art. 31, comma 2, rubricato "Attività funebre" ai sensi del quale «Il conferimento di incarico o la negoziazione di affari inerenti all'attività funebre avviene nella sede indicata nell'atto autorizzativo o, su preventiva richiesta scritta dell'interessato, in altro luogo. Le medesime attività sono vietate all'interno di strutture sanitarie, obitori, servizi mortuari sanitari»; - art. 33, rubricato "Tutela del dolente e della concorrenza" che al comma 1 impone al Comune di assicurare «alla famiglia e agli aventi titolo il diritto di scegliere liberamente nell'ambito dei soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività funebre» e al comma 2 dispone che è «vietato lo svolgimento dell'attività funebre negli obitori o all'interno di strutture sanitarie di ricovero e cura o di strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali»; quindi, sempre l'art. 33, comma 4, del Regolamento regionale sancisce il divieto, per i soggetti autorizzati allo svolgimento di attività funebre, di «a) gestire obitori, depositi di osservazione, camere mortuarie all'interno di strutture sanitarie o socio-sanitarie; b) effettuare denuncia della causa di morte o accertamento di morte; c) gestire cimiteri,

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

ivi compresa la loro manutenzione». In relazione al divieto di gestire cimiteri di cui alla lettera c) è altresì specificato – così come nella L.R. n. 33/2009 – che "Qualora il soggetto svolga anche tale attività è d'obbligo la separazione societaria ai sensi dell'art. 9, comma 3, della legge regionale".

Sulla base della normativa regionale esaminata possono trarsi le seguenti conclusioni in ordine alla compatibilità tra esercizio di attività funebre e attività di gestione di cimiteri: A) si intende per "attività funebre" un complesso di attività così come elencate nelle norme regionali e che devono essere svolte congiuntamente dall'operatore economico, inclusa l'attività commerciale di vendita di casse e altri articoli funebri; B) ai sensi della normativa regionale sussiste una incompatibilità tra svolgimento di attività funebre e svolgimento di servizi cimiteriali al fine di tutelare la concorrenza e la scelta dei consumatori, ma tale incompatibilità non è assoluta, essendo consentita laddove l'operatore economico sia ricorso alla separazione societaria; C) l'attività commerciale marmorea e lapidea non appare riconducibile alla nozione di "attività funebre" soggetta al regime giuridico speciale dettato dalla legislazione regionale.

D'altronde, la disamina dei precedenti dell'Autorità e dell'AGCM come richiamati nella *lex specialis* di gara evidenzia come la problematica trattata dalle Autorità indipendenti abbia coinvolto lo svolgimento di attività cd di onoranze funebri e, in genere, di servizi funebri, piuttosto che l'attività commerciale in esame nel presente procedimento.

Ne consegue che l'operatore economico che svolge esclusivamente tale attività commerciale, senza svolgere anche attività funebre, non è soggetto al regime giuridico di incompatibilità previsto dall'art. 33, Reg. Reg. n. 6/2004 e dall'art. 74, comma 1, L.R. n. 33/2009 a tutela della concorrenza e del consumatore.

Nonostante il possibile vantaggio sul mercato che potrebbe derivare dallo svolgimento di attività cimiteriale all'imprenditore esercente attività commerciale marmorea e lapidea, tuttavia la scelta del legislatore regionale compiuta a tutela della concorrenza è stata nel senso di valutare l'incompatibilità rispetto ai servizi funebri come elencati dalla normativa e da svolgersi in forma congiunta, cui l'attività commerciale in questione non appare riconducibile.

La clausola della *lex specialis* di gara non appare confortata dalla legge laddove introduce una causa di incompatibilità in assenza di norma di legge. Né si ritiene che la clausola, integrante

sostanzialmente una causa di esclusione dalla procedura per gli operatori economici che svolgono attività commerciale marmorea e lapidea, possa ritenersi conforme alla normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici che, all'art. 83, comma 8, al fine di favorire la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, sanziona con la nullità, in quanto vietate, le "*ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti*" che siano state inserite nei bandi e nelle lettere di invito.

In conclusione, la *lex specialis* di gara nella parte (punto 2, lett. d) del documento "Presentazione della domanda") in cui condiziona la partecipazione dei concorrenti alla dichiarazione di "Non essere esercenti di (...) attività commerciale marmorea e lapidea (...)" è nulla per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 non essendo prevista né dal Codice nè da altre disposizioni di legge vigenti.

Infine, non apparirebbero confortate dalla normativa di settore eventuali previsioni della *lex specialis* di gara richiedenti la separazione societaria all'operatore economico oppure escludenti dalla procedura di gara l'operatore economico che abbia la qualità di gestore uscente.

Pertanto, in base a quanto sopra rappresentato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, la *lex specialis* di gara nella parte (punto 2, lett. d) del documento "Presentazione della domanda") in cui condiziona la partecipazione dei concorrenti alla dichiarazione di "Non essere esercenti di (...) attività commerciale marmorea e lapidea (...)" è nulla per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 non essendo prevista né dal Codice nè da altre disposizioni di legge vigenti.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio In data 27 marzo 2019

Il Segretario Maria Esposito