

Sommario: 1. Premessa: *quaestio iuris* e norme di riferimento. - 2. Orientamento del T.A.R. Veneto e analisi dei principi rilevanti. - 3. Conclusioni.

1. Premessa: *quaestio iuris* e norme di riferimento

La sentenza n. 461 del 2019 del T.A.R. Veneto, in commento, trae origine dal ricorso presentato da Co. So. Ve. Onlus, con cui la predetta, seconda classificata in graduatoria, impugnava i verbali e l'atto di aggiudicazione della vincitrice, prima classificata, nonché il bando di gara, disciplinare di gara e capitolato d'appalto (per le sole parti ritenute necessarie) relativi alla procedura di affidamento a gara aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di (omissis), avente ad oggetto l'appalto dei servizi di operazioni cimiteriali ed attività accessorie nei cimiteri del Comune di (omissis) per un periodo di 5 anni a partire dal 1/1/2019 e importo annuo a base d'asta di Euro 135.200,00.

In particolare, la ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti impugnati, con condanna al risarcimento dei danni in forma specifica per la P.A. resistente, conseguente esclusione della ditta vincitrice e aggiudicazione a proprio favore della gara, in quanto la medesima si riteneva l'unica partecipante ad aver presentato un'offerta conforme a quanto previsto per legge rispetto alle altre concorrenti.

La ricorrente si affidava ai seguenti motivi di censura:

I) *"Violazione degli articoli 5 e 28 della L.R. n.18/2010-Violazione dell'art.2, co. 2, lett. e) della L.R. n. 18/2010-Violazione dell'Allegato A alla D.G.R.V. n. 1807/2011".*

II) *"Illegittimità dell'ammissione delle contro interessate per assenza dei requisiti richiesti dalla legge regionale 18/2010 violazione della lex specialis".*

Con la prima doglianza la ricorrente rilevava un'ipotesi di incompatibilità, ex artt. 5 e 28 L.R.V. 18/2010, tra le attività oggetto del bando di gara, in quanto comprensive sia di servizi funebri sia cimiteriali e affidate a un unico soggetto.

Prima di approfondire il motivo di ricorso, appare utile richiamare le norme sulle quali la ricorrente ritiene di fondare tale motivo.

L'art. 5 descrive, al co. 1, l'attività funebre come *"l'attività che comprende ed assicura in forma congiunta l'espletamento delle seguenti prestazioni: a) disbrigo, su mandato dei familiari o di altri aventi titolo, delle pratiche amministrative inerenti il decesso e organizzazione delle onoranze funebri; b) vendita di casse ed altri articoli funebri, in*

occasione del funerale ad esclusione dei prodotti lapidei; c) preparazione del cadavere e confezionamento del feretro; d) trasferimento durante il periodo di osservazione e trasporto funebre; e) trattamenti di tanato cosmesi; f) recupero di cadaveri, su disposizioni dell'autorità giudiziaria, da luoghi pubblici o privati", e dispone, al co. 4, che "l'attività funebre è incompatibile con la gestione del servizio cimiteriale e del servizio obitorioale, è invece compatibile con la gestione della casa funeraria e della sala del commiato".

L'art. 28, co. 1 e 2, primo alinea, prevede, invece, che *"1. Il comune, laddove non intenda procedere alla gestione diretta, può affidare la gestione dei cimiteri nei modi previsti per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nel rispetto della normativa statale e comunitaria vigente. 2. La gestione dei cimiteri è incompatibile con l'attività funebre e con l'attività commerciale marmorea e lapidea interna ed esterna al cimitero".*

Ciò premesso, poiché il bando di gara prevedeva l'affidamento congiunto al vincitore dei servizi cimiteriali e dell'attività di recupero delle salme, prestazione quest'ultima rientrante nella categoria delle attività funebri (art. 5 cit.), la ricorrente evidenziava in ciò la situazione di incompatibilità prevista dai citati artt. 5 e 28 L.R.V. *de qua*.

Al fine di ovviare, con modalità legittima, a tale incompatibilità, la ricorrente prospettava la necessità di costituire una ATI tra due imprese, una preposta ai servizi cimiteriali e l'altra alle attività funebri, o di indicare, nella fase ad evidenza pubblica, un'impresa funebre come subappaltatrice della partecipante al bando, impostazione, tra l'altro, conforme alla Delibera n. 198 del 13/3/2019 dell'ANAC, secondo la quale *"tale incompatibilità non è assoluta, essendo consentita laddove l'operatore economico sia ricorso alla separazione societaria"*.

Col secondo motivo la ricorrente lamentava, invece, che gli altri operatori economici in gara, compresa la aggiudicataria, fossero in realtà privi degli specifici requisiti, richiesti dalla normativa regionale, per lo svolgimento dell'attività funebre ricompresa.

La principale questione giuridica sottesa alla controversia in analisi verte sulla legittimità dell'esercizio congiunto di gestione cimiteriale e del servizio di recupero salme, rientrante quest'ultimo nell'attività funebre, alla luce delle incompatibilità previste dalle norme regionali citate.

2. Orientamento del T.A.R. Veneto e analisi dei principi rilevanti

Le disposizioni richiamate evidenziano che l'attività funebre è considerata dal legislatore regionale come attività complessa, comprensiva di molteplici tipologie di prestazioni, da

svolgersi in forma congiunta da operatori economici privati di onoranze funebri, organizzati imprenditorialmente. Tale attività è incompatibile con la concomitante attività di gestione dei servizi cimiteriali.

La *ratio* delle norme citatesi informa al più generale principio di libera e leale concorrenza tra operatori economici e mira a evitare i rischi di distorsione del mercato e di possibile abuso di posizione dominante (in tal senso, *cfr.* Cass. civ., Sez. I, ord. 18/04/2018, n. 9579, in *Foro it.*, 2018, I, 2025, con nota di C. CARLI e vertente su materia regolata dalla legge regionale in esame) che deriverebbero dalla commistione concreta delle attività cimiteriali, di natura pubblica, con quelle di onoranza funebre, di natura squisitamente privata e prettamente commerciale.

Tale cumulo, infatti, è suscettibile di determinare un vantaggio concorrenziale per l'operatore, il quale può utilizzare la sua presenza nelle aree cimiteriali come volano promozionale per la sua attività di operatore funebre, nonché di ripercuotersi negativamente, determinandone una limitazione delle possibilità di scelta, anche sui clienti, i quali, in ragione del particolare momento psicologico in cui si trovano, sono poco propensi a confronti qualitativi e di prezzo e tendono generalmente ad affidarsi all'operatore già presente nelle aree cimiteriali. *“Per cui l’incompatibilità contemplata dalla legge regionale verterebbe [...] tra la gestione dei servizi cimiteriali nel loro complesso, da un lato, e lo svolgimento congiunto delle suddette prestazioni funerarie (che indefettibilmente compongono la “attività funebre”) dall’altra”* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 15/11/2017, n. 1030; conf. T.A.R. Veneto, Sez. I, 02/4/2019, n. 411).

Facendo proprie tali argomentazioni, il Collegio Giudicante, nella sentenza in commento, ritiene che l'affidamento congiunto dei servizi cimiteriali e del solo servizio di recupero salme, pur rientrando quest'ultimo nel complesso delle attività funebri, non determini l'ipotesi di incompatibilità, *ex artt.* 5 e 28 L.R.V. 18/2010, tra servizi cimiteriali e funebri rilevata dalla ricorrente.

Infatti, ai fini della ricorrenza di tale incompatibilità, è necessario che l'attività funebre sia esercitata nel senso inteso dal legislatore regionale, ovvero quale attività complessa e articolata, organizzata in forma autonoma e imprenditoriale. Solo una tale attività potrebbe ricevere beneficio dal congiunto affidamento alla medesima impresa dei servizi cimiteriali, beneficio potenzialmente lesivo della leale concorrenza, anche sul piano della protezione della clientela, e, pertanto, neutralizzato *a priori* dalla normativa regionale.

Al contrario, il mero servizio di recupero salme non è di per sé sufficiente a configurare attività funebre nel senso sopra inteso, ciò che trova conferma nel fatto che il citato art. 5

consente l'esercizio di tale servizio all'interno della più ampia attività di onoranze funebri in senso commerciale, ma non esclude che lo stesso sia prestato in forma autonoma e separata: trattandosi di compito istituzionalmente attribuito al Comune, deve poter essere gestito anche singolarmente rispetto alla più ampia e complessa attività funebre in senso imprenditoriale e *"non risponde, quindi, di per sé sola, ad una logica di tipo concorrenziale e competitivo"*.

Tale impostazione è sostenuta anche dal Consiglio di Stato, ad avviso del quale *"le onoranze funebri hanno un carattere spiccatamente commerciale, per cui il relativo esercizio va lasciato al mercato"* e, come tali, si distinguono dal trasporto funebre, ascrivibile, invece, al *genus* dei servizi pubblici: *"il Comune può, pertanto, senz'altro svolgere il trasporto funebre in regime di concorrenza"* e *"può, inoltre, anzi, deve, regolamentare il servizio di trasporto funebre esercitato dai privati, al pari di quanto accade per qualsivoglia servizio pubblico gestito in regime di concorrenza, al fine di assicurare che il servizio sia in ogni caso garantito[...]"* (Cons. Stato, Sez. VI, 27/12/2006, n. 7950, in *Foro it.*, 2007, III, 560, con nota di F. FRACCHIA).

In sintesi, se la *ratio* sottesa è quella di evitare che la gestione privata di funzioni pubblicistiche, quali i servizi cimiteriali, possa ledere la concorrenza tra attività squisitamente commerciali, quali quelle di onoranze funebri, appare evidente che il mero servizio di recupero salme, pur esercitabile anche in forma imprenditoriale, mantenga la sua natura pubblicistica e, pertanto, non possa ingenerare la paventata lesione della *par condicio* tra concorrenti e delle possibilità di scelta da parte della clientela. Conformemente a tale *ratio*, la società che risulta affidataria dei servizi cimiteriali, anche congiuntamente a quello di recupero salme, non potrà più svolgere, ex artt. 5 e 28 citati, attività funebre di tipo imprenditoriale e, pertanto, alcun beneficio potrà ottenere nel mercato concorrenziale da tale affidamento.

Infine, il Collegio Giudicante rileva come la scelta attuata dalla stazione appaltante debba ritenersi altresì conforme a ragionevolezza e ai principi di cui all'art. 97 Cost.: palesemente l'Amministrazione ha deciso di affidare allo stesso operatore che si occupa dei servizi cimiteriali (ossia, tra l'altro, anche dell'apertura e chiusura delle celle mortuarie), anche il recupero delle salme, sulla base di ragioni oggettive volte ad assicurare il maggior grado di efficienza e di rapidità del servizio reso, essendo tutte attività tra loro strettamente connesse.

Conseguenza diretta di quanto sostenuto dal Collegio è la legittimità della procedura posta in essere dalle Amministrazioni interessate sotto i profili sia della conformità alla legislazione regionale della *lex specialis*, sia dell'ammissione delle imprese partecipanti, sia

dell'aggiudicazione dell'appalto a un operatore unico.

Coerentemente, quest'ultima non ha richiesto, ai fini dell'ammissione alla gara e dell'aggiudicazione, neppure il possesso dei requisiti e delle autorizzazioni di cui alla D.G.R. n. 982/2014 necessari per lo svolgimento dell'attività funebre, ma ha previsto che *"tale servizio sarà garantito dal comune, per il periodo dell'appalto, mediante l'apporto operativo dell'impresa aggiudicataria con l'utilizzo di personale e di mezzi rispondenti alle prestazioni tecniche dettate dalla normativa vigente[n.d.r. sia nazionale che regionale] per l'erogazione del servizio di recupero salme"* (art. 13 del capitolato): argomentazione posta alla base del rigetto anche del secondo motivo di ricorso.

In argomento, si rende necessario segnalare, altresì, la sentenza analoga, pubblicata lo stesso giorno dal medesimo Collegio Giudicante (TAR Veneto, Sez. I, 11/4/2019, n. 463) che ripercorre il descritto *iter* motivazionale giungendo a identica decisione.

3. Conclusioni

Quanto sino ad ora esposto evidenzia come il Giudice Amministrativo, nella sentenza in commento, abbia considerato e applicato i principi alla base della tutela della concorrenza, intesa come concorrenza sia per il mercato sia nel mercato.

Nella prima accezione di concorrenza, il Giudice ha escluso una interpretazione meramente formalistica della incompatibilità prevista dalla normativa regionale in favore di una tutela sostanziale del mercato e dei suoi operatori, facendo salvi non solo l'attività della Stazione appaltante, ma anche gli effetti dei principi del *favor participationis*, della *par condicio* dei partecipanti alla gara e di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, co. 8, D.Lgs. 50/2016).

Quanto alla seconda accezione di concorrenza, la sentenza in commento, conforme all'indirizzo ormai prevalente del T.A.R. Veneto, e la stessa normativa regionale danno seguito alle segnalazioni rese in materia dall'AGCOM, la quale rilevava come, a causa delle caratteri del mercato dei servizi funebri, in cui prezzo e altre variabili concorrenziali rappresentano strumenti di acquisizione della clientela meno efficaci che in altri mercati, *"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 derivante da fattori concorrenziali (quali il rapporto qualità/prezzo) (AGCOM, Segnalazione AS147 del 14/7/1998), auspicando interventi legislativi nazionali e/o regionali che sancissero *"la chiara separazione e incompatibilità fra i servizi di onoranze funebri e i diversi servizi pubblici che si connotano per un prevalente interesse igienico-*

sanitario o di carattere pubblico-sociale”, quali quelli cimiteriali, “al fine di assicurare un corretto confronto concorrenziale fra gli operatori di onoranze funebri presenti nei diversi mercati locali, evitando il conseguimento di improprie posizioni di vantaggio che consentano l’accesso privilegiato alla clientela[...] nella generalità dei casi[...] a danno degli stessi consumatori” (AGCOM, Segnalazione AS392 del 23/5/2007).

Tali principi hanno, inoltre, condotto la Corte Costituzionale (sent. 274/2012) a rigettare la questione di costituzionalità degli artt. 1 e 2 L.R.V. 21/2011, in riferimento all’art. 117, co. 2, lett. e), Cost., nella parte in cui consentono una deroga al regime di incompatibilità previsto dalle norme regionali in esame per i Comuni ricompresi nei territori classificati montani o loro associazioni, con popolazione complessiva inferiore a cinquemila abitanti, escludendo che tali deroghe *“ostacolino la concorrenza, introducendo limiti o barriere all’accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale o determinando gravi distorsioni sulle attività delle onoranze funebri”* negli ambiti demografici e montani individuati dal legislatore regionale, nei quali *“detto mercato può non esistere o essere limitato ad un numero di operatori di esigue dimensioni, non in grado di assicurare separatamente le attività”* cimiteriali e funebri.

In una prospettiva di approfondimento, appare interessante chiedersi se, al fine di precisare fino a che punto siano scorporabili le singole categorie di prestazioni di cui all’art. 5 L.R.V. 18/2010 affinché non si incorra in ipotesi di incompatibilità, possano ritenersi sufficienti i principi sopra delineati o, invece, sia auspicabile un intervento dell’Autorità indipendente preposta, ANAC, con il quale vengano individuate le specifiche tipologie di prestazioni che, più di altre, per tipologia, natura o funzione, si prestino a essere scorporate dal complesso delle attività funebri e gestite congiuntamente ai servizi cimiteriali senza incorrere nelle lesioni della concorrenza sottese alle ipotesi di incompatibilità di cui alla normativa regionale, attraverso la definizione di limiti di ordine qualitativo e quantitativo, evitando così *in nuce* il sorgere di contenziosi e di pronunce giurisprudenziali anche in eventuale contraddizione.

Andrea De Benetti

[Sentenza](#)

* Nota a T.A.R. Veneto, Sez. I, 11 aprile 2019, n. 461, di cui si riporta la seguente massima:
“Non è configurabile incompatibilità tra servizi cimiteriali e servizi funebri prevista e disciplinata agli artt. 5 e 28 dalla L.R.V. n. 18 del 2010. Dal tenore letterale dell’art. 5, co.

1, del citato corpus normativo, si ricava che l'attività funebre comprende molteplici prestazioni, che devono essere svolte "in forma congiunta".

Solo un'attività complessa ed articolata di onoranze funebri, organizzata in forma autonoma ed imprenditoriale, deve ritenersi incompatibile con la simultanea gestione dei servizi cimiteriali.

Al contrario, una singola attività -seppure rientrante tra quelle descritte dall'art. 5 della L.R.V. n. 18/2010 -non è di per sé sufficiente a configurare l'"attività funebre" ritenuta dalla legge incompatibile con lo svolgimento dei servizi cimiteriali".