



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 867 del 17 ottobre 2018**

**PARERE ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del D.LGS. n. 50/2016**

**Oggetto: bando e disciplinare di gara relativo alla procedura aperta per la concessione gestione e manutenzione del cimitero cittadino e del cimitero di Palmadula – conduzione del forno crematorio - progetto di finanza ex art. 183 d.lgs. 50/2016 CUP B87B18000110003 - CIG 7590177C32 N. GARA 7168844 – Comune di Sassari.**

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Visto l'articolo 213 del d.lgs. n. 50/2016 che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;

Visto l'articolo 211 comma 1-bis d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, parere motivato nel quale indicare specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha dettagliato le modalità di esercizio della legittimazione attiva attribuita all'ANAC dalle sopra richiamate disposizioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e Vigilanze speciali

#### Considerato in fatto

Nel contesto della vigilanza speciale, l'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali ha effettuato un'indagine presso la Banca Dati dei Contratti Pubblici finalizzata all'individuazione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

di fattispecie di rilevante importo, connesse a procedure di carattere innovativo o complesso, al fine di verificarne la coerenza con il quadro regolatorio di riferimento.

A seguito di suddetta indagine è stato individuato il bando del Comune di Sassari relativo alla procedura aperta per la concessione gestione e manutenzione del cimitero cittadino e del cimitero di Palmadula – conduzione del forno crematoio - progetto di finanza ex art. 183 d.lgs. 50/2016 CUP B87B18000110003 - CIG 7590177C32 N. GARA 7168844.

Il bando in esame è stato pubblicato dal comune di Sassari in data 28.9.2018 con termine di presentazione delle offerte al 6.11.2018, pertanto ancora in corso. La procedura si inquadra nell'ambito di un *project financing* per la gestione del sistema cimiteriale del Comune di Sassari ed origina dalla proposta che la costituenda A.T.I. Altair S.r.l. Edilver S.r.l. ha depositato, in qualità di promotore, presso il Comune, in data 16 Maggio 2017, secondo il disposto di cui agli artt. 179 comma 3 e 183 comma 15 del d.lgs. 50/2016.

Il valore della concessione a base di gara è pari a € 65.701.757,14. Si tratta di una concessione di servizi, in quanto questi hanno carattere prevalente, benché sia inclusa anche l'esecuzione di lavori per la realizzazione di manufatti funerari ed impianti per un importo pari ad € 4.892.300,00.

Il bando in questione presenta, pertanto, caratteristiche quali l'elevato importo e la complessità procedurale che, oltre alla sua individuazione dalla Banca dati, hanno reso opportuna una più approfondita analisi dell'Autorità su tutta la documentazione che il Comune di Sassari, in qualità di stazione appaltante, ha pubblicato sul sito istituzionale (Bando e relativi allegati). Ciò anche in considerazione del fatto che, come si apprende da fonti aperte, il promotore del nuovo *project financing* fa parte del gruppo Altair che è anche l'attuale gestore, sempre in *project financing*, dei medesimi servizi nel Comune di Sassari.

L'attività dell'Autorità è stata conseguentemente rivolta, nel caso di specie, a verificare che il bando di gara non contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

### *Ritenuto in diritto*

All'esito dell'analisi condotta, la documentazione di gara ha mostrato alcune criticità che inducono a formulare parere ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter d.lgs. 50/2016, ricorrendo la fattispecie legittimante di cui all'art. 6, comma 2, lettera h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, ossia la presenza nel bando di misure che appaiono ingiustificatamente restrittive della partecipazione.

Più nel dettaglio si pongono all'attenzione della stazione appaltante i seguenti aspetti.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- In difformità rispetto alle previsioni di cui all'art. 183, comma 15 d.lgs. 50/2016 la documentazione pubblicata non dà evidenza del preventivo inserimento del progetto di fattibilità nei documenti di programmazione del Comune. Al riguardo si rammenta che tale adempimento costituisce una fase, stabilita per legge, della procedura di *project financing* ad iniziativa del privato. Inoltre, è mediante la programmazione che la pubblica amministrazione definisce la pubblica utilità delle opere e dei servizi individuati e definisce un ordine di priorità tra gli stessi, anche previa valutazione delle proposte di progetto presentate dai privati. La programmazione costituisce il momento cardine, anche nelle procedure di affidamento che utilizzino lo strumento della finanza di progetto, in quanto è la fase in cui il soggetto pubblico fissa i propri obiettivi e le modalità in cui questi devono essere realizzati, nel rispetto delle norme del Codice e dei criteri di efficienza, efficacia, trasparenza, concorrenzialità di matrice comunitaria. Inoltre, l'inserimento nella programmazione è l'esito del processo attraverso il quale l'Amministrazione valuta se il progetto/lo studio proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori/servizi, ancora definito nei suoi contenuti progettuali di dettaglio, possa avere attuazione. Pertanto, ai fini della legittimità della procedura in esame, si ritiene indispensabile che l'amministrazione dia prova - e correlata evidenza nel bando - di aver inserito il progetto di fattibilità nei documenti di programmazione.
- In difformità rispetto all'art. 183, comma 15 d.lgs. 50/2016 nel bando non è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. Al riguardo si rammenta che il diritto di prelazione, riconosciuto dalla norma, è del tutto in linea con il diritto europeo, poiché l'amministrazione riconosce tale facoltà solo a seguito dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, avviata con la pubblicazione di un bando, con il quale tutti i soggetti vengono messi al corrente dell'esistenza di tale diritto riconosciuto in capo al soggetto proponente del progetto iniziale. Tale preventiva informazione ai concorrenti in ordine al diritto di prelazione è pertanto da considerarsi ineludibile onere di trasparenza. Pertanto, si ritiene che il bando-disciplinare debba essere integrato con l'espresso richiamo al diritto di prelazione.
- Con riferimento ai requisiti di capacità tecnica per il triennio, di cui a pag. 9, lettera d), si rileva la mancata specificazione della possibilità di presentare 'servizi analoghi', in violazione del principio di concorrenza. Al riguardo si rammenta che la giurisprudenza amministrativa da tempo sostiene la necessità che il bando, in coerenza con i principi europei, sia formulato in modo tale da consentire la partecipazione di soggetti che, seppure non abbiano effettuato le medesime prestazioni, offrano comunque idonee garanzie di affidabilità, nell'ottica di un ampliamento del mercato e di evitare la creazione di una riserva in favore degli imprenditori già presenti sul mercato stesso. Più in generale si rammenta, altresì, che il potere delle stazioni appaltanti di fissare nella *lex specialis* requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità trova i suoi limiti nei principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali consentono il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr., tra le tante,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Consiglio di Stato, sez. V, 28/05/2014, n. 2775; 22/09/2009 n. 5653; sez. VI, 23/07/2008). Ed infatti in sede di predisposizione della *lex specialis* della gara d'appalto, l'Amministrazione, può introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti a soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ma tale scelta non deve essere irragionevolmente limitativa della concorrenza, come appare essere una scelta che si limita a chiedere requisiti identici al servizio da prestare.

Pertanto, si ritiene che la richiamata previsione del bando-disciplinare debba essere integrata con il riferimento all'ammissibilità di comprova del requisito mediante servizi analoghi.

- L'art. 12 della bozza di convenzione nel paragrafo rubricato "Per la gestione delle concessioni" prevede che: *"Il concessionario avrà la facoltà di proporre, a titolo oneroso per l'utenza, arredi funebri per i manufatti cimiteriali allo scopo di uniformare le tipologie e l'immagine del cimitero"*. Questa clausola pare porsi in contrasto con l'art. 28 comma 2 della Legge Regionale 2 agosto 2018, n. 32, in base al quale *"...la gestione dei cimiteri è incompatibile con l'attività funebre e con l'attività commerciale marmorea e lapidea interna ed esterna al cimitero"*.

Si tratta delle disposizioni adottate dalla regione Sardegna, al fine di tener conto delle indicazioni da tempo fornite dall'AGCM per il settore in considerazione.

Il divieto, previsto anche in altre normative settoriali regionali per scongiurare l'alterazione del gioco della concorrenza e la libera scelta dei consumatori, mira ad evitare la commistione tra lo svolgimento di attività commerciali, tra le quali sono da includere quelle delle onoranze funebri o di vendita di arredi funebri, e lo svolgimento di attività di rilievo pubblicistico come la gestione di attività cimiteriali o di camere mortuarie.

È utile ricordare che, al riguardo, si è da tempo espressa l'AGCM con l'atto di segnalazione AS392 "Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitorali e dei servizi cimiteriali, ad imprese funebri" del 23 maggio 2007 (conforme a 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).

Con la predetta segnalazione, l'Autorità Antitrust aveva richiesto degli opportuni interventi, anche normativi, per evitare da parte di alcuni operatori economici *".....il conseguimento di improprie posizioni di vantaggio che consentano l'accesso privilegiato alla clientela e che, nella generalità dei casi, si traducono, in definitiva, in un costo più elevato del servizio a danno degli stessi consumatori. Ciò, appare tanto più ingiustificato laddove, come nel caso di specie, per la particolare natura dei servizi e delle peculiari condizioni in cui si effettuano le scelte di acquisto, la clientela non appare indotta ad effettuare confronti comparativi in merito alla qualità e al prezzo dei servizi offerti....."*.

Nello specifico, l'AGCM ha evidenziato che *"la gestione delle aree cimiteriali è suscettibile di determinare un vantaggio concorrenziale per l'operatore che offre tale servizio, posto che lo stesso può utilizzare la sua presenza nelle aree cimiteriali come volano promozionale per la sua attività caratteristica di operatore funebre"*. Per tali motivi, sempre nello stesso atto si rileva che *"proprio l'offerta di un servizio in modo gratuito o addirittura a seguito del pagamento di un corrispettivo si*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*giustifica in ragione dell'interesse economico che gli operatori di onoranze funebri hanno alla prestazione dello stesso come volano per la loro attività tipica, in relazione ai significativi vantaggi che esso comporta.”*

Più di recente, della questione si è occupata anche la Corte di Cassazione, sezione I civile, che con la sentenza 10 maggio 2017, n. 11456 ha concluso che l'assegnazione ad una concessionaria in esclusiva della posa degli arredi funebri nei cimiteri viola la normativa antitrust; si tratta, infatti, di *“Un'attività di cui l'amministrazione non può disporre e che attiene alla realizzazione di interessi e alla conclusione di transazioni di carattere privato sia pure collegate e rese possibili dalla realizzazione e dalla fruibilità dell'opera pubblica (cfr., in tema di definizione della controprestazione, Cass. civ. sez. 1 n. 28804 del 27 dicembre 2011 e S.U. n. 19931 del 9 novembre 2012)”*.

Nel caso di specie, benché non vi sia l'attribuzione in esclusiva dell'attività in discorso in capo al concessionario, il riconoscimento della facoltà di proporre servizi ulteriori a titolo oneroso all'utenza può comunque costituire un vantaggio competitivo in contrasto con il chiaro divieto di commistione previsto dalla legislazione regionale di settore.

Pertanto, si ritiene che la facoltà attualmente prevista nella bozza di convenzione debba essere espunta.

Inoltre, si ritiene che al riguardo, la *lex* di gara debba essere più chiara mediante un espresso richiamo all'art. 28 comma 2 della Legge Regionale 2 agosto 2018 che pone il divieto per il gestore di servizi cimiteriali di svolgere, al contempo, attività funerarie in regime concorrenziale.

Sulla base di quanto sopra rappresentato,

### **delibera**

- di trasmettere al Comune di Sassari il presente parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1 ter, d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 8 e 9 del sopra richiamato Regolamento ANAC, al fine di segnalare i vizi di legittimità riscontrati nell'esame del bando in oggetto, come in parte motiva meglio illustrati. Ciò al fine di consentire alla stazione appaltante, in un'ottica di collaborazione istituzionale, un adeguamento della documentazione di gara ai rilievi formulati, allo stato possibile anche mediante un avviso di rettifica, prima della scadenza del termine di presentazione delle domande.
- ai sensi del richiamato art. 211, comma 1 ter, d.lgs. 50/2016, si assegna al Comune di Sassari termine di 30 giorni dalla ricezione del presente parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare il bando esaminato.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

Approvata dal Consiglio nell'adunanza del 17 ottobre 2018

Il Presidente  
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2018

Il Segretario  
Maria Esposito