

N. 02378/2014 REG.PROV.COLL.

N. 02281/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2281 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Fratelli Ferrario S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Liberto Losa, con domicilio eletto presso il suo studio in
Milano, via Aurelio Saffi, 10

contro

Comune di Busto Arsizio, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Antonietta Carra, domiciliato in Milano, via
Andreani, 10;
Agesp Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio eletto presso il suo
studio in Milano, via Amedei, 8

nei confronti di

Enrico & Carlo Lualdi di Lualdi Carlo & C S.a.s., non costituita in giudizio

per l'annullamento

del provvedimento di AGESP Servizi, e successivi atti di gara, tramite i quali è stata indetta e condotta una
procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento di opere da marmista presso i cimiteri cittadini,

del Regolamento di Polizia mortuaria e dei cimiteri del comune di Busto Arsizio, approvato con deliberazione di
Consiglio comunale n. 40 del 17.3.2004, in parte qua, limitatamente all'art. 70, commi 3 e 4, nella parte in cui
riserva al Comune l'attività di fornitura e posa delle lastre di chiusura dei colombari e delle cellette, ivi compresi
gli arredi votivi e le decorazioni funebri,

atti impugnati con il ricorso introduttivo;

dell'aggiudicazione provvisoria dei lavori di cui al verbale della commissione di ara del 6.9.2013,

dell'aggiudicazione definitiva dei lavori disposta con determinazione dirigenziale di Agesp Servizi S.r.l. n. 4564
del 22.10.2013,

del contratto di appalto stipulato in data 13.2.2014 da Agesp Servizi S.r.l. con Enrico & Carlo Lualdi di Lualdi
Carlo & C. S.a.s.,

atti impugnati con motivi aggiunti;

di tutti gli atti comunque preordinati, consequenziali e connessi

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto di affidamento dei lavori alla società aggiudicataria.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Busto Arsizio e di Agesp Servizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2014 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 17 ottobre 2013, e successivi motivi aggiunti, Fratelli Ferrario S.r.l. ha impugnato gli atti di cui in epigrafe, contestando in radice l'effettuazione da parte della società pubblica convenuta di una gara per l'affidamento di opere da marmista presso i cimiteri cittadini.

Nello specifico, la società ricorrente ha dedotto che i lavori oggetto di appalto costituirebbero attività di natura commerciale ed imprenditoriale, non riservata all'amministrazione pubblica, il cui esercizio andrebbe lasciato al mercato.

Con il primo motivo, Fratelli Ferrario S.r.l. ha sviluppato la predetta censura di violazione delle regole del libero mercato, sostenendo che al comune sarebbero attribuite dalla normativa di settore soltanto alcune specifiche competenze, rientranti nella nozione di servizi pubblici cimiteriali, in quanto preordinate alla tutela di esigenze pubblicistiche di carattere igienico-sanitario, di sicurezza e di ordine pubblico.

Esulerebbero invece dalle predette competenze sia l'attività privatistica-commerciale di arredo e ornamento di monumenti funebri, sia l'attività imprenditoriale di onoranze funebri.

La società ricorrente ha denunciato, di conseguenza, l'illegittimità dell'art. 70 del regolamento comunale di polizia mortuaria di Busto Arsizio, nella parte in cui concede all'ente pubblico, con disposizione riprodotta nel bando in esame, l'esclusiva della fornitura delle lastre di chiusura per la sepoltura delle salme.

Con il secondo motivo, la società ricorrente ha impugnato il bando di procedura negoziata nella parte in cui avrebbe introdotto, quale requisito di ammissione alla gara, il "non essere iscritti alla CCIAA per la categoria "onoranze funebri" se non nelle forme previste dalla normativa regionale in materia".

Secondo la società Fratelli Ferrario, tale disposizione risulterebbe priva di fondamento normativo, ponendosi anzi in contrasto con i principi comunitari in materia di tutela della concorrenza.

Con il terzo e quarto motivo, infine, la ricorrente ha allegato che, da un lato, i lavori oggetto della procedura di cottimo fiduciario indetta da AGESP Servizi non rientrerebbero in alcuna delle categorie tassative elencate dall'art. 125, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, dall'altro, che la qualificazione tecnico-economica dei lavori, come effettuata nell'avviso impugnato, sarebbe illegittima, in quanto asseritamente esorbitante e sproporzionata rispetto alla reale tipologia delle previste prestazioni.

Dopo la costituzione in giudizio della società convenuta e la produzione degli atti richiesti con ordinanza presidenziale, la causa passava in decisione alla pubblica udienza del 28 maggio 2014.

Preliminarmente, il Collegio osserva che, stante la mancata partecipazione della società ricorrente al bando impugnato, le censure formulate con il terzo e il quarto motivo di ricorso devono ritenersi inammissibili per mancanza di legittimazione ad agire.

Esse sono state, infatti, svolte contro il tipo di gara effettuata (procedura di cottimo fiduciario) o comunque contro l'inquadramento stesso degli aspetti tecnici di gara, e, in quanto tali, le corrispondenti disposizioni degli atti della procedura, non risultando alla stregua di clausole cd. escludenti, avrebbero dovuto essere impuginate da una società partecipante alla gara stessa, al fine di distinguere la legittimazione processuale specifica della ricorrente da quella generica di un qualsiasi operatore del mercato.

Con riferimento ai primi due motivi di ricorso, al contrario, la predetta legittimazione ad agire sussiste, in relazione all'interesse qualificato ad operare in un settore (fornitura di lastre di marmo per cimiteri) altrimenti chiuso al mercato, e in relazione all'apparente natura di clausola escludente della disposizione che pretenderebbe l'iscrizione con una particolare specifica modalità nella CCIAA.

Quanto a quest'ultimo motivo di ricorso, peraltro, la stessa ricorrente ha dubitato dell'esistenza di un disposto normativo che configuri una particolare forma di iscrizione alla CCIAA per partecipare alla gara, individuando quale unica disposizione regionale introducendo una particolare prescrizione, quella afferente all'obbligo di separazione societaria per l'ipotesi in cui il gestore del cimitero svolga anche attività funebre.

Non sussistendo però, nel caso di specie, tale ipotesi, né, a maggior ragione, una contestazione sulla legittimità della citata disposizione regionale, la clausola del bando risulta del tutto inidonea a costituire un obbligo a carico

della società partecipante, in difetto di una correlata prescrizione normativa, di modo che la ricorrente non ha alcun interesse concreto ad ottenere l'annullamento della lex specialis di gara sotto questo particolare profilo.

Venendo infine al nucleo centrale delle contestazioni dedotte nel ricorso (primo motivo), la società Fratelli Ferrario sostiene che in ambito cimiteriale la normativa di riferimento riserverebbe alla cura del soggetto pubblico unicamente le funzioni preordinate alla tutela di esigenze pubblicistiche di carattere igienico-sanitario, di sicurezza e di ordine pubblico legate alla sepoltura e al culto dei defunti, e che esulerebbe da tale riserva la fornitura e posa in opera di arredi funebri, trattandosi di attività commerciali e imprenditoriali integralmente sottoposte al regime di libera commerciale.

Deduce, altresì, la ricorrente, che non sono oggetto di impugnazione, nel presente giudizio, le previsioni del regolamento comunale di polizia mortuaria del comune di Busto Arsizio afferenti alla caratteristiche morfologiche ed estetiche delle lastre, bensì le previsioni che configurano una riserva esclusiva all'amministrazione per la fornitura e la posa degli stessi.

Dal canto loro, Agesp Servizi S.r.l. e l'amministrazione resistente hanno dedotto che le uniche opere riservate al comune sarebbero le lastre di chiusura di colombari e cellette, e che ciò sarebbe necessario per specifiche e comprensibili ragioni di uniformazione estetica, oltre che per tutelare un'esigenza di risparmio nei costi di sepoltura.

Ad ogni modo, secondo le resistenti, la concessione del servizio sarebbe avvenuta a seguito di gara finalizzata "a compulsare il mercato alla ricerca delle migliori condizioni che questo è in grado di esprimere in un determinato contesto territoriale e momento storico".

Ritiene il Collegio che la tesi della ricorrente sia fondata. La disciplina comunitaria in materia di rapporto tra libero mercato e disciplina dei servizi di interesse economico generale, prevede che l'amministrazione possa concedere diritti esclusivi ad un'impresa pubblica o privata soltanto qualora il libero confronto concorrenziale sia di ostacolo alla missione affidata a tale impresa.

Nel caso di specie, al di là della questione se i lavori oggetto di appalto siano da considerarsi resi all'interno di un disegno complessivo di servizio pubblico, il comune di Busto Arsizio ha ritenuto di "chiudere" il mercato, seppure all'esito di una gara ad evidenza pubblica, per motivazioni di natura estetica, oltre che per tutelare un'esigenza di risparmio nei costi di sepoltura.

Tuttavia, la rimozione di manufatti lapidei, le incisioni e forniture di arredi e lastre per colombari e cellette, nonché le conseguenti riparazioni manutentive, non appaiono configurarsi alla stregua di lavori che debbano per loro natura essere svolti da un unico soggetto in esclusiva.

Invero, da un lato, le ragioni di uniformità estetiche possono essere perseguite tramite l'imposizione di prescrizioni all'atto del rilascio delle singole autorizzazioni, dall'altro, non è affatto scontato, né è stato nel caso di specie dimostrato, che la tariffa praticata dall'unico concessionario determini un risparmio di spesa rispetto alle tariffe che applicherebbero soggetti operanti in concorrenza tra di loro. Appare anzi vero il contrario, salvo non voler contestare in radice le ragioni fondanti l'istituzione del libero mercato, tra cui, per l'appunto, quella di garantire, in regime di normalità, un abbassamento dei prezzi tramite il gioco della concorrenza.

Non sussistendo dunque nel caso in esame alcuna ragionevole motivazione tale da indurre il comune alla chiusura del mercato, gli atti di gara descritti in epigrafe vanno annullati, in conseguenza della illegittimità dei commi 3 e 4 dell'art. 70 del regolamento di Polizia mortuaria del comune di Busto Arsizio, nella parte in cui riservano al comune stesso l'attività di fornitura e posa delle lastre di chiusura di colombari e cellette, dei relativi arredi votivi e decorazioni funebri.

Non può invece essere accolta la domanda processuale volta alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 13/2/2014 tra la società aggiudicataria e la Agesp Servizi S.r.l., in quanto il potere di questo Tribunale di statuire sull'efficacia del contratto è limitato alle ipotesi descritte nell'art. 122 del codice del processo amministrativo, tra cui non rientra l'annullamento della gara, in base al presupposto che essa non avrebbe dovuto essere svolta, e su impulso di soggetto che non vi ha partecipato.

E' evidente ad ogni modo che dall'odierna pronuncia discende, quale diretto effetto conformativo, l'obbligo della società resistente di dare corso allo scioglimento immediato del vincolo contrattuale lesivo dell'interesse della ricorrente.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini e nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, fatta eccezione per il contratto di appalto stipulato in data 13.2.2014 da Agesp Servizi S.r.l. con Enrico & Carlo Lualdi di Lualdi Carlo & C. S.a.s.

Condanna in solido le controparti della resistente a rifondere le spese processuali sostenute da quest'ultima, che liquida in complessivi € 6.000,00, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

Oscar Marongiu, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)