



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1563 del 2005, proposto da:
Santa Sofia Almo srl, La Milanese Trezzanese s.a.s. di Elena Rutigliano, SIDOF – Società italiana di onoranze funebri di Joanna Zielinska s.a.s., Onoranze Funebri Fontanili s.r.l., Trivulzio Funeral s.r.l., ciascuna in persona del proprio legale rappresentante pro tempore e tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Antonio Chiarolanza, Carlo Marsico e Dario De Pascale, presso il cui studio hanno eletto domicilio in Milano, via Pietro Cossa n. 2;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Stefania Pagano dell'avvocatura comunale, con domicilio eletto presso gli uffici della medesima avvocatura, in

Milano via della Guastalla n. 8;

per l'annullamento previa sospensione

- del bando di gara pubblicato il 16.05.2005 per l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico obitorio di via Ponzio n. 1 in Milano per il periodo 1 luglio 2005 – 30 giugno 2006, degli allegati capitolato speciale d'appalto e nota esplicativa del bando/disciplinare di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la delibera della Giunta Comunale di indizione della gara e di adozione del bando;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2011 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti impugnano gli atti indicati in epigrafe deducendone la illegittimità per violazione di legge, contestando, in particolare, la violazione del regolamento regionale 2004 n. 6.

Il Comune di Milano si è costituito in giudizio eccependo

l'infondatezza del ricorso avverso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza datata 15.06.2005, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

Con ordinanza datata 11.10.2005, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare presentato dal Comune di Milano.

All'udienza del giorno 11.01.2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando pubblicato in data 16.05.2005 il Comune di Milano indiceva una gara, con procedura aperta per asta pubblica, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico obitorio, relativamente al periodo 1 luglio 2005 – 30 giugno 2006.

Il bando prevede la suddivisione dell'appalto in due lotti con la precisazione che ciascuna impresa partecipante potrà ottenere l'aggiudicazione per un solo lotto.

Avverso il bando e gli allegati capitolato speciale e disciplinare di gara, nonché avverso la presupposta deliberazione comunale di indizione della gara, le ricorrenti hanno proposto impugnazione.

2) Con il primo motivo le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6 del regolamento regionale (regione Lombardia) 2004 n. 6, il quale, a detta dei ricorrenti, precluderebbe l'indizione di una gara ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del servizio di cui si tratta.

La censura è infondata

L'art. 34 del regolamento della Regione Lombardia 2004 n. 6 stabilisce ai commi 2 e 3 che “2. Il comune può richiedere ai soggetti che esercitano l'attività funebre di effettuare, secondo il criterio della turnazione: a) il servizio obbligatorio di trasporto di salme o di cadavere nei casi di indigenza del defunto, stato di bisogno della famiglia o disinteresse da parte dei familiari; b) il servizio obbligatorio di raccolta e trasferimento all'obitorio dei deceduti sulla pubblica via o in luogo pubblico. 3. Nelle ipotesi di cui al comma 2 restano a carico del comune la fornitura della bara, ove necessario e il pagamento della tipologia di trasporto funebre dallo stesso richiesto, secondo tariffe da stabilire in un'apposita convenzione, che definisce altresì, sentiti i soggetti che esercitano l'attività funebre, i casi in cui interviene e i criteri della turnazione”.

In relazione all'interpretazione della disposizione in esame il Tribunale (cfr. Tar Lombardia Milano, sez. III, 17 maggio 2006 n. 1458) ha già chiarito – in causa relativa all'assegnazione del medesimo servizio oggetto del bando impugnato – che la norma attribuisce all'amministrazione comunale la facoltà e non l'obbligo di ricorrere alla convenzione per assegnare il servizio in questione.

Quindi, in assenza di un espresso divieto posto dalla norma, il Comune, nell'individuare le modalità di espletamento del servizio, può scegliere tra la gestione diretta in economia con le risorse di cui dispone, l'affidamento in convenzione agli operatori del settore, assicurando la turnazione tra gli stessi (come disciplinato dalla norma

in argomento) ed, infine, il ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

Ne deriva che la scelta dell'amministrazione comunale di indire una gara non contrasta con la disposizione regolamentare citata, con conseguente infondatezza della doglianza in esame.

3) Con il secondo ed il terzo dei motivi proposti – che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico e giuridico - le ricorrenti lamentano la violazione del principio della tutela della concorrenza, in quanto il bando non prevede l'affidamento del servizio a rotazione e, inoltre, l'aggiudicatario potrebbe contattare i c.d. dolenti al fine di svolgere non solo il prelievo e il trasporto delle salme, ma anche il relativo servizio funebre.

La censura è infondata.

Come già chiarito dal Tribunale con la citata sentenza n. 1458/2006 la turnazione prevista sia dal secondo, sia dal terzo comma dell'art. 34 del predetto regolamento non costituisce una modalità imprescindibile di esecuzione del servizio al fine di garantire, nel settore economico di interesse, condizioni di pari opportunità tra tutti gli operatori.

Invero, il rispetto della *par condicio* è assicurato dalla procedure di evidenza pubblica cui l'amministrazione ha inteso ricorrere, la quale consente di assicurare la concorrenzialità tra le imprese nell'ambito del mercato di riferimento.

Del resto la breve durata del servizio prevista dal bando (un anno) è condizione sufficiente ad evitare che nello specifico settore di attività possano consolidarsi posizioni di vantaggio a discapito degli altri operatori del settore.

Anche le stesse modalità di esecuzione non appaiono tali da determinare quell'abuso di posizione dominante lamentato dalla ricorrente, connesso alla maggiore visibilità di cui l'impresa aggiudicataria godrebbe per effetto della esecuzione del servizio, con indubbi vantaggi in termini di acquisizione della clientela.

L'oggetto dell'appalto, infatti, è costituito esclusivamente dal trasporto funebre in caso di decesso sulla pubblica via o in luogo pubblico fino all'obitorio civico, ove il contatto con i parenti del defunto è affidato ai dipendenti del Comune di Milano.

Inoltre, lo stesso capitolato speciale contiene specifiche disposizioni nelle quali si prevede (art. 3.1 lett. d) che il personale addetto debba limitarsi a rispondere alle richieste di informazioni eventualmente formulate dai familiari del defunto qualora questi siano presenti sul luogo del decesso, prima del trasporto presso l'obitorio civico e (art. 18) si sanziona con una penale di rilevante importo l'indirizzamento dell'utenza o dei familiari verso qualsiasi impresa di onoranze funebri.

Il criterio della turnazione, quindi, può essere ragionevolmente considerato requisito indispensabile solo in caso di affidamento diretto tramite convenzione, ipotesi in cui, dovendo il Comune

avvalersi indistintamente di tutte le imprese che esercitano l'attività funebre (vedi art. 34, comma 2), è necessario garantire parità di condizioni tra gli operatori tramite una opportuna rotazione (cfr. testualmente sentenza cit.).

Le considerazioni ora svolte escludono la sussistenza della violazione del principio di proporzionalità, pure lamentata con il motivo in esame, atteso che la scelta della gara, mediante procedura aperta, per aggiudicare il servizio assicura il confronto concorrenziale tra le imprese, mentre la già ricordata disciplina del bando e del capitolato oggettivamente non avvantaggia l'aggiudicataria nel procacciamento della clientela, trattandosi di attività espressamente vietata mediante la previsione di una penale.

In ogni caso, la circostanza che l'aggiudicatario possa violare tale regola, rendendosi inadempiente, oltre ad integrare una mera ipotesi, non incide sulla legittimità della *lex specialis*.

Né la violazione del principio di proporzionalità e comunque l'irragionevolezza lamentata dalle ricorrenti sono ravvisabili in relazione alle prescrizioni relative al corrispettivo previsto per il servizio e alle dotazioni tecniche di cui le imprese concorrenti devono disporre, in base al capitolato, al fine di partecipare alla gara.

Quanto al prezzo la censura è del tutto generica, limitandosi ad affermarne l'incoerenza rispetto al tipo di investimento richiesto, ma senza specificare le ragioni di tale asserzione; in particolare, oltre a non evidenziare elementi di irragionevolezza, le ricorrenti non

deducono neppure contestazioni in relazione al criterio tecnico utilizzato dall'amministrazione per la determinazione del corrispettivo, sicché la relativa censura non merita condivisione.

Del resto, va osservato che, laddove i costi del servizio si fossero rivelati tali da impedire alle aziende di minori dimensioni di concorrere all'aggiudicazione, il bando aveva comunque previsto anche l'ammissione alla procedura di evidenza pubblica di consorzi di imprese, cooperative e A.T.I., vale a dire di forme associative e raggruppamenti di imprese che hanno la funzione di agevolare la partecipazione alle gara di piccole imprese attraverso la condivisione delle risorse disponibili e dei costi corrispondenti. Sicché anche per il profilo in esame il bando non si pone in contrasto con il principio della par condicio.

Neppure la previsione dell'art. 3 (dotazioni tecniche) del capitolato risulta inficiata da irragionevolezza e da sproporzionalità, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso.

La contestata prescrizione prevede la costituzione di "due unità di intervento" e che "tutti i veicoli in dotazione per il trasporto salme, ciascuno attrezzato con una potenzialità totale di almeno quattro posti, devono essere conformi, per struttura e manutenzione alle norme di polizia mortuaria e sanitarie e devono essere omologati per ospitare feretri o contenitori rigidi".

Come già messo in luce dal Tribunale (sentenza n. 1458/2006) la norma correttamente interpretata non richiede all'aggiudicataria il

possesso di un mezzo idoneo al trasporto di quattro salme, ma stabilisce che l'aggiudicataria di ciascun lotto dovrà disporre di almeno due mezzi per una capacità complessiva di quattro salme.

Siffatta conclusione appare desumibile dall'inciso "potenzialità totale di almeno quattro posti" contenuto nella clausola in questione, ove il termine "totale" non sembra possa essere inteso che con riferimento alle due unità di trasporto richieste e non al singolo mezzo.

Non avrebbe avuto senso, infatti, riferire la capacità complessiva a ciascun mezzo, come ha erroneamente inteso la ricorrente.

4) In definitiva il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Nondimeno, la peculiare articolazione della fattispecie fattuale e del quadro normativo di riferimento consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Compensa tra le parti le spese della lite.,

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Fabrizio Fornataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2011

IL SEGRETARIO

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