

## **ALLEGATO 2**

### **Affidamento dei servizi cimiteriali – Project financing – Attribuzione di diritti di esclusiva per prestazioni non strettamente istituzionali. CONSIDERAZIONI**

Un Comune, in occasione dell'affidamento a terzi del servizio pubblico cimiteriale, aveva introdotto, all'interno della convenzione stipulata con l'azienda risultata concessionaria, la previsione di un'attribuzione di diritti di esclusiva per la posa in opera di arredi cimiteriali.

Una tale attribuzione di diritti di esclusiva per queste prestazioni è stata impugnata, ai sensi dell'art. 33 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 <sup>[1]</sup>, avanti alla Corte d'Appello, che, accogliendo il ricorso, aveva dichiarato la nullità di tali previsioni della convenzione, valutando che la fornitura e posa in opera di arredi votivi e funerari costituisse attività di natura commerciale ed imprenditoriale e, per questo, non rientrante fra quelle appartenenti, con diritto di esclusiva, alla pubblica amministrazione, ed incompatibili con la gestione dei servizi cimiteriali istituzionali, con ciò affermandosi la conseguente violazione dei principi di libera concorrenza (e dichiarando la nullità di tali previsioni della convenzione stipulata tra il Comune e la ditta concessionaria).

La ditta concessionaria ricorre, per cassazione, contro la pronuncia della Corte d'Appello con più argomenti, alcuni procedurali, altri contenutistici.

Trascurando le eccezioni procedurali sollevate, la ditta concessionaria, e ricorrente per cassazione, con peculiare riguardo alla ritenuta violazione dei principi di libera concorrenza, osserva come si tratti di previsioni presenti già nel bando – in regime di *project financing* – aventi la finalità di riqualificazione del cimitero attraverso una gestione complessiva ed integrata di tutti i servizi, anche in funzione di generare flussi di cassa idonei ad assicurare la prestazione del servizio con risorse proprie della ditta concessionaria, incidentalmente ritenendo prive di carattere vincolante le segnalazioni dell'A.G.C.M. (per cui si potrebbe evidenziare come queste ultime avrebbero oggettivamente natura di atti amministrativi, aspetto peraltro, non addotto in sede di ricorso per cassazione).

Attorno a questi aspetti di merito, la Sezione della Corte di Cassazione prende atto del fatto che la Corte d'Appello abbia aderito all'orientamento dell'A.G.C.M. (riferendosi, nello specifico, alle segnalazioni AS n. 392 del 23 maggio 2007, nonché AS n. 1215 del 2 novembre 2010), ed altresì a precedenti pronunce della giustizia amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. 5<sup>^</sup>, sent. n. 6620 del 2 dicembre 2002), per cui una tal attribuzione di diritti d'esclusiva determinerebbe un oggettivo vantaggio alla ditta concessionaria rispetto ad altri soggetti svolgenti l'attività di onoranze funebri.

Inoltre, è dato atto della carenza normativa, di rango primario, che possa legittimare l'attribuzione, in via esclusiva, di tali attività al comune (e, in caso di affidamento a terzi del servizio pubblico, anche al soggetto affidatario), richiamando altresì che l'art. 8 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 <sup>[2]</sup> opera limitatamente a quan-

---

<sup>[1]</sup> **L. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato)**

**Art. 33 (Competenza giurisdizionale)**

1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.  
2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni.

(N.B: Si riporta qui il testo attualmente vigente; originariamente la competenza era delle Corti d'Appello)

<sup>[2]</sup> **L. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato)**

**Art. 8 (Imprese pubbliche e in monopolio legale)**

1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.

2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate.

2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità'.

2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma di-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la di-

to strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati ..., per cui, quando le attività affidate si pongano al di fuori delle pubbliche funzioni conferite, viene meno il nesso funzionale con il carattere non economico dell'attività, trovando quindi piena applicazione la legislazione c.d. antitrust.

In relazione al particolare rapporto di *project financing* (e allo stimato "costo zero" per l'amministrazione comunale che vi acceda), la Sezione della Corte di Cassazione, considera (sempre non prendendo qui in esame gli aspetti procedurali) come la concessione di lavori pubblici possa comprendere la gestione funzionale ed economica dell'opera realizzata in regime di *project financing* e costituire la controprestazione per il concessionario, ma non può consistere nella attribuzione di una posizione di esclusiva, non riferita o riferibile all'opera realizzata o realizzanda, rispetto ad un'attività propriamente economica, destinata ad operare in regime di concorrenza e di cui l'amministrazione comunale non ha la disponibilità.

Si evidenzia qui come affermare che l'amministrazione comunale non sia essa titolare di un diritto d'esclusiva per le attività di posa in opera di arredi votivi e cimiteriali e ciò comporti anche che non sia ammissibile una sua attribuzione a terzi.

---

*sponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.*

*2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità' esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15.*

*2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità' applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni.*