



Autorità Nazionale Anticorruzione

AUDIZIONE DEL PRESIDENTE F.F. PROF. FRANCESCO MERLONI PRESSO LA COMMISSIONE AFFARI SOCIALI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI (6 NOVEMBRE 2019)

Oggetto: proposta di legge n. 1143 d’iniziativa On.le Foscolo “Disciplina dell’attività funerarie, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri”; proposta di legge n. 1618 d’iniziativa On.le Pini e altri “Disciplina dell’attività funeraria”; proposta di legge n. 928 d’iniziativa On.le Brambilla “Introduzione dell’articolo 4-bis della legge 14 agosto 1991, n. 281, in materia di cimiteri, servizi di cremazione e sepoltura degli animali di affezione -

1. Premessa

Due delle tre proposte di legge meglio emarginate in oggetto hanno lo scopo di dettare una disciplina unitaria delle attività funerarie, della cremazione, conservazione o dispersione delle ceneri. L’altra proposta riguarda gli stessi temi ma con riferimento agli animali di affezione. Si tratta in due casi di proposte molto ampie e dettagliate che involgono tutti i momenti dell’attività funeraria dal momento del decesso fino alla sepoltura e che mostrano l’intenzione, apprezzabile, di definire una disciplina organica sugli affidamenti dei servizi cimiteriali.

Tale iniziativa appare quanto mai necessaria in quanto in tale settore si registra, con particolare forza - stante la necessità di garantire continuità ai servizi cimiteriali che rivestono carattere di servizio pubblico essenziale - il ricorso (*rectius* abuso) al sistema delle proroghe nelle more dell’espletamento delle nuove procedure di gara. E proprio la richiamata esigenza di assicurare i servizi in questione, implica spesso che vicende delittuose inquinino o blocchino il regolare svolgimento della gara in modo da sollecitare il ricorso alla proroga contrattuale.

In alcuni casi l’Autorità ha formulato proposte di c.d. “Commissariamento” (applicazione delle misure di cui all’art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), nei confronti di alcune cooperative che si sono rese protagoniste di vicende corruttive e di turbativa d’asta, volte ad ottenere la revoca di bandi in modo da continuare ad espletare il servizio in virtù di proroghe contrattuali, nonché di vicende patologiche relative alla gestione di un contratto di concessione per la gestione di servizi cimiteriali. Nel 2018, per esempio, è stata “commissariata” la società che gestiva in concessione, per il comune di San Giorgio a Cremano (NA), i servizi cimiteriali e di custodia, il servizio lampade votive e impianti elettrici ed idrici generali e le attività connesse. È emerso dalle indagini e dall’istruttoria ANAC che alcuni soggetti dell’impresa nel corso della esecuzione dell’attività contrattuale, in concorso con il responsabile del nucleo di Polizia mortuaria del Comune, procedevano ad appropriarsi indebitamente di una cappella privata in stato di evidente trascuratezza, ad effettuare lavori di ristrutturazione straordinaria, alterandone la struttura in senso ampliativo, e infine a rivendere i loculi così ricavati all’utenza. In concreto, l’attività di ristrutturazione aveva aumentato i loculi presenti nella cappella da tre a undici, per rivenderli a soggetti terzi con applicazione di tariffe



Autorità Nazionale Anticorruzione

ridotte. I reati emersi erano diversi: fraudolente omissioni nell'avvio delle pratiche per la decadenza delle concessioni dei loculi interessati e mancato ritorno al Comune per le nuove assegnazioni, nonché illecite attività finalizzate a conseguire le necessarie autorizzazioni edilizie per la ristrutturazione. Ed ancora, dall'ordinanza cautelare sono emerse plurime attività corruttive e concussorie, nella forma della induzione a dare utilità, svolte da un soggetto, al contempo dipendente della società mandataria e titolare della mandante, nell'esercizio quale custode del cimitero delle sue funzioni di incaricato di pubblico servizio.

Appare evidente che le questioni da trattare e che potrebbero essere di interesse sono molte perché gli argomenti affrontati sono diversi e tutti di particolare rilevanza, tuttavia al momento l'intervento dell'Autorità non potrà che essere limitato ad un esame delle norme e, comunque, solo con riferimento agli argomenti su cui la stessa ha specifica competenza rispettivamente per quanto attiene al settore dei contratti pubblici o alle misure di prevenzione della corruzione.

2. L'impostazione generale della disciplina

In termini generali l'Autorità concorda con l'impostazione complessiva della proposta di legge n. 1618, fondata sulla opportuna e netta distinzione tra attività funebri, servizi cimiteriali e attività marmorea e lapidea. Le prime vengono correttamente definite come attività economiche imprenditoriali, svolte in regime di concorrenza sul mercato, ma sottoposte, in considerazione dei rilevanti profili di tutela delle situazioni soggettive coinvolte, ad una rigida disciplina regolatoria, che va dalla regolazione delle attività da svolgere alla definizione dei requisiti soggettivi degli operatori economici. I secondi, che comprendono anche, correttamente, i servizi di illuminazione votiva, da considerare come servizi pubblici essenziali attribuiti alla competenza fondamentale degli enti locali.

3. La tutela del dolente

L'Autorità concorda pienamente con l'attenzione posta dalla nuova disciplina alla fase, delicatissima, dell'offerta delle attività funebri nel periodo immediatamente precedente e successivo al decesso. Con riferimento alla proposta di legge n. 1618 si segnala, in particolare, la disciplina dell'art. 12 "Tutela del dolente. Divieto di pubblicità e di procacciamento". Per la quale si esprime particolare apprezzamento in quanto in quanto esse recepiscono, almeno in parte, quanto osservato dall'Autorità nel Piano nazionale anticorruzione 2015, con riferimento ad uno specifico approfondimento dedicato alla Sanità. In quella occasione l'Autorità ha affrontato il tema delle attività conseguenti al decesso in ambito intraospedaliero sotto il profilo dei rischi corruttivi connessi a tali attività. Ciò tenuto conto della scarsa attenzione che tale area di rischio specifica trovava nell'ambito dei PTPCT delle aziende ospedaliere. Nel PNA 2015, in particolare, si precisava che in Italia la maggior parte dei decessi avviene in ambito ospedaliero e la gestione delle strutture mortuarie è affidata o alle strutture interne ospedaliere o, per la maggior parte dei casi, esternalizzata. Sul sistema di gestione di tale servizio non esistono specifiche linee guida. Ciò induce a prendere in esame il tema in sede di elaborazione dei PTPC, tenuto conto delle forti implicazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

di natura sia etica sia economica - che possono coinvolgere anche gli operatori sanitari – connesse alla commistione di molteplici interessi che finiscono fatalmente per concentrarsi su questo particolare ambito.

Nelle more di un auspicabile approfondimento, anche in sede legislativa, delle problematiche correlate a questa delicata fase collegata al decesso intraospedaliero e/o comunque alla gestione e utilizzo delle camere mortuarie, occorre assicurare, dal punto di vista organizzativo e delle risorse a disposizione, la più appropriata modalità di gestione. Per tale ragione è stato ritenuto opportuno prevedere l'obbligo di una adeguata motivazione circa l'esternalizzazione o l'internalizzazione del servizio da parte del management dell'ente. Per quanto concerne gli eventi rischiosi che possono verificarsi, si indicano, ad esempio, la comunicazione in anticipo di un decesso ad una determinata impresa di onoranze funebri in cambio di una quota sugli utili; la segnalazione ai parenti, da parte degli addetti alle camere mortuarie e/o dei reparti, di una specifica impresa di onoranze funebri, sempre in cambio di una quota sugli utili; la richiesta e/o accettazione impropria di regali, compensi o altre utilità in relazione all'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti previsti (es. per la vestizione della salma da parte di un operatore sanitario). Appare evidente che le misure, sia nel caso di gestione esternalizzata che internalizzata, devono essere rivolte a rafforzare gli strumenti di controllo nei confronti degli operatori coinvolti (interni ed esterni) in ordine alla correttezza, legalità ed eticità nella gestione del servizio. A titolo esemplificativo, una possibile misura rivolta agli operatori interni è costituita dalla rotazione del personale direttamente interessato e dall'adozione di specifiche regole di condotta all'interno dei codici di comportamento, come ad esempio, obblighi di riservatezza relativi all'evento del decesso cui devono attenersi gli operatori addetti al servizio. Per gli operatori esterni, una possibile misura è costituita dal monitoraggio dei costi e tempi di assegnazione (anche al fine di riscontrare eventuali proroghe ripetute e/o una eccessiva concentrazione verso una stessa impresa o gruppo di imprese) del servizio di camere mortuarie».

4. Servizi incompatibili con l'attività funebre

Di particolare interesse anche la disciplina che individua i servizi incompatibili con l'attività funebre. Dalla lettura delle proposte di legge emerge che l'art. 18, comma 7 dell'atto AC n. 1618 appare più completo dell'art. 25, co. 4 dell'AC n. 1143 che non prevede l'incompatibilità dei servizi cimiteriali con l'esercizio dell'attività commerciale marmorea e lapidea interna al cimitero e la possibilità di attivare procedure di separazione societaria. Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, si ricorda che l'Autorità ha svolto una specifica attività di vigilanza ad esito della quale è stato possibile riscontrare che il gestore dei servizi cimiteriali nonché di servizi onoranze funebri, per ovviare all'incompatibilità prevista dalla L.R. Campania n. 7/2013, aveva provveduto ad una fittizia cessione di ramo d'azienda.

Pertanto, la formulazione di cui all'art. 18, comma 7, della proposta di legge n. 1618 merita apprezzamento nella parte in cui prevede che *“La gestione dei servizi cimiteriali è incompatibile con l'esercizio delle attività funebri nello stesso ambito territoriale nonché con l'esercizio dell'attività commerciale*



Autorità Nazionale Anticorruzione

marmorea e lapidea interna al cimitero, salvo che siano attivate le procedure di separazione societaria ai sensi dell'articolo 8, commi da 2 a 2-sexies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, da completare, per i soggetti titolari della gestione alla data di entrata in vigore della presente legge, entro un anno dalla predetta data". La disposizione in esame è condivisibile anche perché si preoccupa di coprire una lacuna normativa con previsioni a tutela della concorrenza (cfr. Delibera ANAC n. 198 del 13 marzo 2019 - prec. n. 7/19/S - e parere n. 146 del 22/07/2010). Sebbene più succintamente, anche l'art. 25 comma 4 della proposta n. 1143 si occupa della stessa questione, disponendo che *"La gestione dei servizi cimiteriali istituzionali è incompatibile con l'esercizio dell'attività funebre"*.

La Proposta dell'On.Le Pini riscuote un particolare apprezzamento anche perché oltre a considerare l'incompatibilità tra servizi cimiteriali e attività funebre (come previsto nella proposta di legge dell'On.le Foscolo), richiama espressamente anche l'attività commerciale marmorea e lapidea interna al cimitero anch'essa resa oggetto di previsione di incompatibilità rispetto allo svolgimento di servizi cimiteriali. Anche siffatta problematica è stata affrontata dall'ANAC di recente e, in particolare, nell'ambito del parere ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter del d.lgs. n. 50/2016 approvato con Delibera del Consiglio n. 867 del 17 ottobre 2018 con riferimento al bando di gara pubblicato dal Comune di Sassari per la concessione della gestione e manutenzione del cimitero cittadino e per la conduzione del forno crematorio mediante finanza di progetto ex art. 183 d.lgs. 50/2016, per un importo a base di gara di oltre 65 milioni di euro.

Nel richiamato parere era stato, tra l'altro, rilevato, con riferimento alla bozza di convenzione da sottoscrivere con l'aggiudicatario, che la clausola in base alla quale *"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"* risultava in contrasto con l'art. 28 comma 2 della Legge Regionale 2 agosto 2018, n. 32, secondo cui *"...la gestione dei cimiteri è incompatibile con l'attività funebre e con l'attività commerciale marmorea e lapidea interna ed esterna al cimitero"*.

Il divieto in esame è necessario per scongiurare l'alterazione del gioco della concorrenza e la libera scelta dei consumatori, evitando 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. (*Sul punto 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*).

Per completezza si riferisce che l'Autorità Antitrust con l'atto di segnalazione n. 392 *"Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitorali e dei servizi cimiteriali, ad imprese funebri"* del 23 maggio 2007, 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*



Autorità Nazionale Anticorruzione

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, l'AGCM ha rilevato che "proprio l'offerta di un servizio in modo gratuito o addirittura a seguito del pagamento di un corrispettivo si 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".

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).

A quanto sopra si deve anche aggiungere – con riferimento all'attività commerciale marmorea e lapidea - quanto precisato dall'ANAC, nel parere reso con delibera n. 198 del 13 marzo 2019, nel quale l'Autorità osservava che: "[...]la problematica trattata dalle Autorità indipendenti abbia coinvolto lo svolgimento di attività c.d. di onoranze funebri e, in genere, di servizi funebri, piuttosto che l'attività commerciale in esame nel presente procedimento. Ne consegue che l'operatore economico che svolge esclusivamente tale attività commerciale, senza svolgere anche attività funebre, non è soggetto al regime giuridico di incompatibilità previsto dall'art. 33, Reg. Reg. n. 6/2004 e dall'art. 74, comma 1, L.R. n. 33/2009 a tutela della concorrenza e del consumatore. Nonostante il possibile vantaggio sul mercato che potrebbe derivare dallo svolgimento di attività cimiteriale all'imprenditore esercente attività commerciale marmorea e lapidea, tuttavia la scelta del legislatore regionale compiuta a tutela della concorrenza è stata nel senso di valutare l'incompatibilità rispetto ai servizi funebri come elencati dalla normativa e da svolgersi in forma congiunta, cui l'attività commerciale in questione non appare riconducibile".

Nella fattispecie richiamata, considerata l'assenza di una norma di legge statale o regionale a copertura della clausola del bando escludente l'esercente di attività commerciale marmorea e lapidea, l'ANAC non poteva che valutare come illegittima la previsione del bando, considerando quanto segue: "La clausola della *lex specialis* di gara non appare confortata dalla legge laddove introduce una causa di incompatibilità in assenza di norma di legge. Né si ritiene che la clausola, integrante sostanzialmente una causa di esclusione dalla procedura per gli operatori economici che svolgono attività commerciale marmorea e lapidea, possa ritenersi conforme alla normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici che, all'art. 83, comma 8, al fine di favorire la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, sanziona con la nullità, in quanto vietate, le ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti" che siano state inserite nei bandi e nelle lettere di invito. In conclusione, la *lex specialis* di gara nella parte (punto 2, lett. d) del documento "Presentazione della domanda") in cui condiziona la partecipazione dei concorrenti alla dichiarazione di "Non essere esercenti di (...) attività commerciale marmorea e lapidea (...)" è nulla per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50



Autorità Nazionale Anticorruzione

del 2016 non essendo prevista né dal Codice né da altre disposizioni di legge vigenti. Infine, non apparirebbero confortate dalla normativa di settore eventuali previsioni della *lex specialis* di gara richiedenti la separazione societaria all'operatore economico oppure escludenti dalla procedura di gara l'operatore economico che abbia la qualità di gestore uscente”.

5. L'organizzazione complessiva dei servizi cimiteriali

L'Autorità non ritiene di dover intervenire sulla scelta relativa alla distinzione tra le funzioni di pianificazione territoriale, affidate agli enti di area vasta (città metropolitane e province), e le funzioni di pianificazione e gestione dei cimiteri, affidate ai comuni. Anche va rilevata, sulla base della conoscenza che l'Autorità ha acquisito in materia di contratti pubblici, la difficoltà di moltissimi comuni italiani (ben 4.700 su 8.000 con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti) nel far fronte alle funzioni loro affidate dalla legislazione vigente, con conseguente carenza di risorse, finanziarie e umane. Alcuni funzioni (art. 16, comma 6) della proposta di legge dell'On.le Pini sono direttamente attribuite agli enti di area vasta. L'Autorità suggerisce, sulla base dell'esperienza in materia di requisiti delle stazioni appaltanti, che le funzioni di progettazione, affidamento e vigilanza sui contratti relativi ai lavori e ai servizi cimiteriali possano essere affidate dai Comuni agli enti di area vasta che si organizzino nella forma di una stazione appaltante unificata, al servizio delle scelte dei Comuni, soprattutto di quelli che non riescono ad organizzare tali compiti in forma autonoma.

6. Le forme di gestione dei servizi cimiteriali

Con riferimento all'art. 18 della proposta di legge n. 1618 rubricato “Affidamento della gestione dei servizi cimiteriali” si osserva che il comma 1 definisce i servizi cimiteriali come servizi locali di interesse economico generale. Questi sono disciplinati oltre che dalla legge in esame, per quanto compatibile, anche dalla legislazione in materia di servizi pubblici essenziali.

Come noto, dopo il referendum del 2011 non vi è ancora una disciplina organica dei servizi pubblici locali, mentre vale, quale riferimento e limite, la disciplina comunitaria. Questa, all'art. 106 del TFUE, lascia agli Stati membri e alle loro amministrazioni la decisione sull'assunzione di alcune attività anche economiche come servizi pubblici, con ciò sottraendole alle ordinarie regole della concorrenza, per essere svolte secondo criteri di pubblico interesse. La proposta di legge dell'On.Le Pini, definendo i servizi cimiteriali come servizi pubblici locali essenziali, compie già la scelta dell'assunzione, necessaria, di tali servizi da parte dei Comuni, ai quali viene lasciata la scelta della migliore forma di gestione del servizio. In particolare il comma 3 prevede che i comuni provvedano all'affidamento dei servizi – qualora non gestiti in economia – nel rispetto del Codice dei contratti pubblici.

Con riguardo alle modalità di affidamento il legislatore opta per ritenere sostanzialmente equivalenti: a) la scelta di affidare mediante ricorso al mercato, cioè di affidare ad imprese private selezionate con apposita procedura di evidenza pubblica; b) di affidare a società miste, nelle quali il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica; c) di affidare direttamente il



Autorità Nazionale Anticorruzione

servizio a soggetti *in house* rispetto al comune (o a più comuni associati). Tali soggetti possono essere società di capitale o aziende pubbliche.

Con riferimento alla scelta a), che si configura come concessione di servizio pubblico, ormai pienamente sottoposta alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, si segnala l'importanza di una accurata programmazione e quantificazione dei costi del servizio, così come di una accurata progettazione degli interventi. Molto spesso, proprio nella gestione dei servizi cimiteriali, lacune nelle fasi prodromiche all'affidamento si riverberano pesantemente sulla gestione e sui rapporti tra amministrazione e privato concessionario, sia in termini di contenzioso che di trasferimento sull'amministrazione di costi economici e finanziari del servizio (cfr. delibera 577/2016).

Bene le previsioni sui requisiti finanziari dei soggetti che partecipano alle gare per l'affidamento della concessione, anche se non sempre la garanzia finanziaria di cui al comma 5 riesce a coprire i costi delle opere e dei servizi che il soggetto privato lascia alla gestione comunale.

Una preoccupata segnalazione di rischio l'Autorità intende fare sul ricorso, sempre più frequente, alle procedure di partenariato pubblico privato (PPP) e in particolare al c.d. *project financing*, dove una non attenta valutazione dei costi e dei rischi della domanda sempre più spesso si traduce, dopo una iniziale valutazione di fattibilità, ad un pesante aggravio della posizione finanziaria dei Comuni. Tale affermazione è confortata dai dati della vigilanza svolta in materia. Questa conferma, infatti, un *trend* noto da più di un decennio: ovvero che i Comuni, per l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali, ricorrono all'utilizzo principalmente del *project financing*, che implica il coinvolgimento, quasi esclusivo, del privato sia nella fase della proposta/progettazione che nella fase del finanziamento (il PPP postula infatti che l'opera sia finanziata in maniera prevalente con fondi privati, salvo il recupero del finanziamento mediante la gestione pluriennale dell'opera). In questo modo si consente all'Ente comunale di affidare detti servizi, unitamente all'esecuzione di lavori (che, nelle casistiche affrontate da ANAC, si sostanziano nell'ampliamento o nella riqualificazione di cimiteri già esistenti, ovvero nella costruzione ex novo di templi crematori). I dati in possesso dell'Autorità mostrano una diffusa tendenza delle amministrazioni locali a ricorrere alla finanza di progetto per l'affidamento di lavori e la gestione di servizi cimiteriali. Il fenomeno è talmente esteso da assumere proporzioni rilevanti. Verosimilmente, il massivo ricorso a detto strumento da parte degli Enti comunali deve essere imputato al fatto che, in presenza di vincoli di bilancio stringenti e in una ormai sistematica scarsità di risorse a disposizione, il partenariato pubblico privato (PPP) consente di conseguire, in tempi tutto sommato predefiniti, servizi e soprattutto ottenere manufatti ai quali difficilmente il Comune potrebbe far agevolmente fronte.

Nonostante quanto sopra, è bene ricordare che il ricorso al *project financing* ha spesso comportato l'avvio di procedimenti di vigilanza ordinaria, a seguito di una serie di criticità ricorrenti, che possono essere così sintetizzate:

a) Scarsa concorrenza ed uso improprio del PPP

È stato rilevato come frequentemente il ricorso alla finanza di progetto si traduca in una 'cattura' dell'Amministrazione da parte del proponente. Ciò in considerazione del fatto che



Autorità Nazionale Anticorruzione

l'amministrazione, spesso priva di risorse e tecnicamente in difficoltà nella valutazione della complessità dei progetti e delle proposte, finisce – anche per effetto del meccanismo della prelazione – per concedere l'affidamento al primo proponente senza presidiare un effettivo confronto competitivo. Inoltre, è stato rilevato come in molti casi la pur legittima posizione di vantaggio competitivo del proponente renda poco appetibile l'interessamento di terzi, conducendo di fatto a procedure con unico concorrente.

b) Sistemático ricorso a varianti oggettive e soggettive/ Eccessiva lunghezza delle procedure, sia in fase di gara sia in fase di esecuzione

Sistemático è anche il ricorso a varianti oggettive e soggettive. Sotto il primo profilo si registrano modifiche progettuali o in corso di esecuzione (anche dipendenti da interventi o richieste postume di enti terzi competenti). Sotto il secondo profilo, spesso accade che l'operatore economico (che normalmente è costituito da una pluralità di operatori economici per le varie fasi di lavori/servizi) sia sostituito, in tutto o in parte, da altri. Inevitabile che tali situazioni si prestino a strumentalizzazioni, sia nello svolgimento delle opere, che nella modifica della composizione soggettiva del concessionario e a ritardi o aumenti dei costi dell'opera o del servizio. Le cause sono ascrivibili ad un'eccessiva lunghezza delle procedure (sia di gara che di esecuzione), a fronte delle quali i soggetti proponenti non hanno la capacità di adeguatamente dimensionare i progetti e le proprie strutture (la composizione soggettiva del concessionario).

c) Aumento delle tariffe dei loculi (o dei servizi in generale) per i cittadini

Nel PPP il recupero dell'investimento privato avviene mediante la gestione del servizio in favore dei cittadini (fruitori del servizio) ed è esposto nel PEF iniziale; ove tale investimento subisca un aumento (per effetto delle modifiche progettuali o esecutive), il PEF è alterato con conseguente aumento delle tariffe.

d) Esatta qualificazione delle opere relative alla costruzione degli impianti di cremazione

Tali impianti sono talvolta ricondotti alla categoria OG11 (richiesta per gli impianti tecnologici) ovvero alla categoria OS14 (richiesta invece per lo smaltimento e il recupero di rifiuti).

Sarebbe opportuno che la questione venisse affrontata definitivamente, definendo quale sia la qualificazione tecnicamente più compatibile e quale sia quella più diffusa. Appare dunque necessario che la progettazione sia completa, che l'approvazione dei progetti coinvolga in modo completo ed esaustivo gli eventuali ulteriori soggetti istituzionali interessati e che i requisiti di partecipazione del concessionario siano adeguatamente dimensionati ad un lasso temporale particolarmente lungo. Quanto all'aumento delle tariffe devono inserirsi strumenti che consentano una prudente valutazione del PEF, ispirata da una logica di adeguata valutazione e ripartizione dei rischi (cfr. *Linee Guida ANAC n. 11 e in particolare le modalità di redazione della matrice dei rischi in caso di PPP, che consentono di valutare e gestire a monte la ripartizione dei rischi, mantenendola in capo al concessionario*).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ferme le indicate criticità connesse all'impiego del *project financing*, e chiarito che la maggior parte dei partenariati pubblici privati attengono proprio ai lavori e ai servizi cimiteriali, si deve rilevare come le disposizioni contenute nelle proposte di legge in esame sono conseguentemente destinate ad aver un impatto significativo sul mercato, idoneo a influire sulla concorrenza, che deve essere oggetto di un'accurata analisi di impatto della regolamentazione.

Quanto alla scelta di tipo b) essa presenta rischi analoghi alla prima laddove la gara per la scelta del socio privato avvenga senza una adeguata valutazione dei costi del servizio.

Quanto, infine, alla scelta di tipo c) (affidamento *in house*), si segnala che l'art. 192 del Codice dei contratti impone, preliminarmente alla decisione di ricorrere a soggetti in controllo analogo, una doppia motivazione del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. A tale riguardo, si coglie l'occasione per ricordare che il Consiglio di Stato, con ordinanza 14 gennaio 2019 n. 296 ha posto una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia per conoscere la compatibilità dell'art. 192 del Codice con il diritto comunitario. Si ritiene comunque che la scelta presente nella proposta n. 1618 di fare riferimento anche gli affidamenti *in house* o ad azienda speciale o a socio operativo (mediante evidenza pubblica), richiamando l'operatività del D.Lgs. n. 175/2016, sia meritevole di apprezzamento.

Nonostante quanto sopra, deve essere rilevato che il quadro regolatorio presente nelle proposte di legge sia dell'On.Le Pini sia dell'On.Le Foscolo presenta alcune lacune.

In particolare, ai fini che qui interessano, si deve rilevare come entrambe le proposte di legge siano principalmente incentrate sull'affidamento dei soli servizi "funerari e cimiteriali", e non anche sull'affidamento dei lavori, eventualmente e spesso, connessi ai primi. Tale affermazione trae spunto dagli esiti dell'attività di vigilanza condotta da ANAC. È, infatti, emerso che, nella maggioranza dei casi, l'affidamento della gestione dei servizi cimiteriali è oggetto di PPP, nei quali viene prevista anche l'esecuzione di lavori.

Ne consegue che sia la previsione di cui all'art. 25 della proposta di legge n. 1143 sia dell'art. 18 della proposta di legge n. 1618, dovrebbero essere integrati con un riferimento espresso anche all'affidamento di lavori, circostanza che peraltro consentirebbe di superare per via legislativa anche il problema della inesatta qualificazione delle opere da affidare.

Inoltre, l'art. 26, co. 4, della proposta n. 1143 presentata dall'On.Le Foscolo, per quanto attiene ai lavori, effettua un riferimento che appare eccessivamente generico agli istituti del contratto di disponibilità e di PPP, mentre appare più opportuno introdurre una disciplina sistematica della materia, includendo eventualmente anche indicazioni specifiche per l'affidamento contestuale di lavori e servizi.

Sotto diverso profilo, merita di essere rilevato che ambedue le proposte di legge in esame, dispongono deroghe all'attuale disciplina del codice degli appalti per quanto riguarda l'ipotesi di fallimento e liquidazione dell'affidatario; le proposte prevedono, in tali casi, il subentro del comune



Autorità Nazionale Anticorruzione

nella gestione del servizio (art. 25, co. 7 della proposta di legge C. 1143; art. 18, co. 6 della proposta di legge C. 1618). Nelle altre ipotesi di crisi del rapporto (es. risoluzione o recesso, motivati da perdita dei requisiti ecc.) operano le ordinarie regole (subentro del secondo classificato o immediato riaffidamento dell'opera/servizio). Così formulate le disposizioni in esame potrebbero porre quantomeno due ordini di problemi; il primo di carattere generale e sistematico, rappresentato dal fatto che si andrebbe ad introdurre, pur a fronte di una fattispecie già compiutamente disciplinata in via generale, un'eccezione normativa potenzialmente idonea a ingenerare aporie applicative nel sistema degli appalti; il secondo di natura particolare, connesse a possibili abusi o strumentalizzazioni delle disposizioni, nella parte in cui ambedue le proposte di legge prevedono, in caso di fallimento o liquidazione dell'affidatario, il subentro del Comune nella gestione del servizio, il quale, in assenza di una diversa previsione (come ad. esempio l'obbligo di attivarsi contestualmente per l'indizione di una nuova gara oppure per scorrere la graduatoria eventualmente formatasi all'esito dell'originaria procedura), dovrebbe gestire il servizio fino alla naturale scadenza dell'originario contratto. Questa eventualità potrebbe determinare, per un verso, difficoltà concrete da parte del Comune nel far fronte alla gestione di un servizio che l'Ente stesso ha inteso affidare a terzi e, per l'altro, potrebbe incentivare il ricorso a procedure di affidamento in via d'urgenza che prevedono modalità parzialmente derogatorie rispetto alle procedure ordinarie.

Si deve, altresì, evidenziare che l'art. 25, co. 11 della proposta di legge n. 1143, consentendo ai titolari di concessioni relative ai manufatti o ai terreni cimiteriali di scegliere direttamente l'affidatario dei servizi cimiteriali, oltre a porsi in deroga – come correttamente specificato nel comma in questione – a quanto disposto dall'art. 25, co. 2, si pone anche in conflitto con quanto disposto in via generale dal codice degli appalti.

Anche in questo caso, si ripongono le osservazioni già formulate in precedenza con riguardo alla valutazione di opportunità di confermare una deroga così rilevante al principio fissato in via generale dal d.lgs. n. 50/2016. Sarebbe, inoltre, opportuno valutare l'impatto pratico di una disposizione del genere, in termini sia economici che di numerosità degli affidamenti coinvolti.

7. Servizi di illuminazione votiva

La proposta di legge n. 1618, all'art. 19 disciplina il servizio di illuminazione elettrica votiva stabilendo al comma 2 che esso è di competenza dei comuni anche per le strutture costruite da terzi in concessione. È apprezzabile che la norma disponga che i comuni possano affidare il servizio nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e che al comma 5 disponga che le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della legge in esame, se non affidate nel rispetto della disciplina europea, cessano alla data di scadenza del contratto e non possono essere prorogate. Si richiama invece l'attenzione sulla previsione di cui al comma 3 ove si prevede che nei casi in cui non sia possibile ricorrere alle procedure individuate al comma 2, i comuni possono affidare il servizio secondo le modalità *in house* a una società interamente pubblica, nei limiti fissati dall'Unione europea. Il ricorso all'affidamento *in house* deve essere preceduto da una verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole del mercato, in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse, come



Autorità Nazionale Anticorruzione

definito dall'amministrazione in relazione al prezzo, alle caratteristiche di qualità e sicurezza, alla continuità e alla possibilità di accesso al servizio. La formulazione della norma non appare molto chiara e comunque dovrebbe essere resa coerente con quanto stabilito all'art. 18, comma 3.

8. Servizi di cremazione e sepoltura degli animali di affezione

Con riferimento alla disciplina relativa ai cimiteri, ai servizi di cremazione e sepoltura degli animali di affezione di cui alla proposta di legge n. 928 si segnala in via preliminare l'opportunità che la stessa venga trattata unitamente alla disciplina riferita agli esseri umani. Non si ravvedono sufficienti ragioni per procedere diversamente e, comunque, sia la proposta di legge avanzata dall'On.le Foscolo sia quella dell'On.le Pini contemplano la materia in questione.

Nel merito si rappresenta che la proposta Brambilla, tratta dell'istituzione dei cimiteri per animali, soggetti a regime autorizzatorio. Per quanto di competenza si segnala che la proposta fa riferimento ai contratti pubblici all'art. 4 bis, che si propone di inserire dopo l'articolo 4 della legge 14 agosto 1991, n. 281, laddove il comma 2 prevede che *"I cimiteri per animali di affezione possono essere realizzati e gestiti anche da privati. Il comune cede in comodato gratuito alle associazioni animaliste terreni destinati alla realizzazione di cimiteri per animali di affezione"*. Tuttavia deve essere segnalato che sono previste tariffe per il servizio reso ai proprietari degli animali, ma non vi sono previsioni su procedure di gara per la selezione dei soggetti che gestiranno i cimiteri su aree pubbliche. Lo stesso comodato gratuito dei terreni alle associazioni animaliste non appare conforme alla normativa di settore.