

Pubblicato il 28/10/2020

N. 11035/2020 REG.PROV.COLL.

N. 05390/2020 REG.RIC.



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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5390 del 2020, proposto da Rti Datamanagement S.r.l., in proprio e quale mandataria di Cafasso & Figli S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Maria Sarra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ader - Agenzia delle Entrate - Riscossione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Sirfin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Leporace e Francesco Palma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

della disposizione n. 31 dell'11 giugno 2020 con la quale il responsabile dell'area innovazione e servizi operativi dell'Agenzia delle Entrate – Riscossione ha approvato gli atti della Commissione di gara e la proposta di aggiudicazione formulata dal responsabile del procedimento, aggiudicando alla società Sirfin S.p.A. la procedura aperta per l'acquisizione del servizio relativo alla gestione operativa dei processi dell'amministrazione del personale di Agenzia delle Entrate – Riscossione;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresa la nota prot.n.2020/2338586 del 10 giugno 2020 con la quale il Responsabile del Procedimento ha proposto di procedere all'approvazione della proposta di aggiudicazione formulata dal seggio di gara e alla successiva adozione del provvedimento di aggiudicazione nei confronti della società Sirfin Spa; il verbale n.8 del 4 giugno 2020 con il quale il seggio di gara ha deciso di proporre l'aggiudicazione della procedura di selezione alla società Sirfin Spa; tutti i verbali della Commissione giudicatrice del 12 febbraio 2020; del 18 febbraio 2020; del 20 febbraio 2020; del 2 marzo 2020; del 4 marzo 2020 e del 10 marzo

2020, in parte qua, limitatamente alla mancata esclusione della società Sirfin Spa dalla procedura di gara;

del bando di gara, del capitolato tecnico, del disciplinare di gara, nella parte in cui si interpretino nel senso di ammettere la partecipazione alla selezione a società e/o operatori economici non costituiti nelle forme della società tra professionisti abilitati nel settore di pertinenza del bando;

e per la declaratoria di inefficacia

del contratto di servizio qualora stipulato da AdER con l'aggiudicataria, in pendenza del presente ricorso e il subentro della ricorrente nel relativo rapporto negoziale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ader - Agenzia delle Entrate - Riscossione e di Sirfin S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2020 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GURI 5[^] serie speciale del 23 dicembre 2019 e in pari data sulla GUUE, l'Agenzia delle Entrate – Riscossione, ha indetto una procedura aperta, ex art.60 del D.Lgs 50/2016, per l'acquisizione del servizio relativo alla gestione operativa dei processi dell'amministrazione del personale di Agenzia delle Entrate – Riscossione CIG 8136803E3D, per un periodo di quaranta mesi e un importo complessivo a base di gara pari a €3.398.176,20 oltre Iva, da svolgersi mediante l'utilizzo della piattaforma "ASP" resa disponibile da parte di Consip Spa, con facoltà di rinnovo per ulteriori dodici mesi per un importo pari ad un valore massimo di €759.377,85.

Entro il termine per la presentazione delle offerte pervenivano le domande di partecipazione del costituendo RTI Data Management Srl e Cafasso & figli Spa e della Sirfin S.p.A.

All'esito delle operazioni di gara, la Commissione giudicatrice proponeva l'aggiudicazione della procedura di gara in favore della società Sirfin Spa.

Seguiva l'adozione del provvedimento n. 31 dell'11 giugno 2020, con il quale, il Responsabile dell'area innovazione e servizi operativi dell'Agenzia delle Entrate -

Riscossione, ha approvato gli atti della Commissione di gara e aggiudicato la procedura alla società Sirfin Spa.

Avverso l'aggiudicazione ha proposto ricorso la Rti Datamanagement S.r.l., in proprio e quale mandataria di Cafasso & Figli S.p.A., che ha gravato pure gli atti endoprocedimentali, con espresso riferimento al bando di gara, al capitolato tecnico e al disciplinare di gara, ove interpretati nel senso di ammettere la partecipazione alla selezione a società e/o operatori economici non costituiti nelle forme della società tra professionisti abilitati nel settore di pertinenza del bando.

La ricorrente ha pure domandato la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio qualora stipulato da AdER con l'aggiudicataria e il subentro nel relativo rapporto negoziale.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

VIOLAZIONE DI LEGGE: con riferimento agli artt.97 e 133 Costituzione; all'art.1 della legge 11 gennaio 1979 n.12; all'art.10 della legge 12 novembre 2011 n.183.

ECCESSO DI POTERE: per illogicità manifesta, sviamento del fine pubblico; ingiustizia; disparità di trattamento; irragionevolezza.

Richiamato il contenuto dell'art.1 della legge 11 gennaio 1979 n.12 (a norma del quale *"tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo dei propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro a norma dell'articolo 9 della presente legge, salvo il disposto del successivo art.40, nonché da coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati e procuratori legali, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, i quali in tal caso sono tenuti a darne comunicazione agli ispettorati del lavoro delle province nel cui ambito territoriale intendono svolgere gli adempimenti di cui sopra"*), la ricorrente evidenzia come il tenore letterale della norma escluda opzioni esegetiche che ne possano alterare il contenuto tipico e circostanziato.

I servizi che riguardano le prestazioni in materia di lavoro, previdenza e assistenza dei lavoratori, di conseguenza, potrebbero essere esercitati, in via esclusiva, solo dai professionisti iscritti in appositi albi, ancorché aggregati in forma societaria, nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 10 della legge 12 novembre 2011 n.183.

Nel caso in esame, pertanto, a giudizio della ricorrente, la specifica natura dei servizi oggetto di appalto e l'inclusione degli stessi nell'ambito della predetta "riserva", renderebbero illegittima l'assegnazione disposta in favore della controinteressata, che non è una società tra professionisti.

L'Agenzia delle Entrate - Riscossioni e la Sirfin S.p.A., costituite in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 4 agosto 2020 il Collegio ha fissato l'udienza per la discussione del merito.

All'odierna udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di nullità e/o irricevibilità del ricorso per tardiva impugnativa della *lex specialis* e del provvedimento di ammissione della controinteressata.

Con riferimento alla pretesa necessità di gravare immediatamente le previsioni di gara ritenute lesive deve, infatti, osservarsi che le censurate disposizioni – l'impugnazione delle quali è avvenuta in via cautelativa e che risulta, in concreto, non necessaria alla luce di quanto si dirà infra in tema di eterointegrazione del bando - non sono immediatamente escludenti, neanche nel senso ampio inteso in giurisprudenza, ciò che è confermato dal fatto che la ricorrente ha potuto partecipare alla gara (cfr. in fattispecie simile Tar Marche 6 marzo 2019, n. 141, che richiama Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

Né, alla luce del concreto contenuto delle doglianze - astrattamente riferibili sia alle previsioni di *lex specialis*, ove interpretate nel senso fatto proprio dalla stazione

appaltante, sia agli atti applicativi adottati in corso di procedimento - può ritenersi, come pure sostenuto dalla Sirfin, che il ricorso sia privo di puntuali censure rivolte alle previsioni di gara che ammettevano la partecipazione della controinteressata.

La tardività non può essere ravvisata neppure nella mancata tempestiva impugnazione dell'atto di ammissione della Sirfin, atteso che i fatti per cui è causa si sono verificati dopo l'abrogazione della previsioni di cui all'art. 120 co. 2 bis e 6 bis c.p.a., che imponevano l'impugnativa dell'ammissione nel termine di trenta giorni, ad opera dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019 (c.d. "Sbloccantieri"), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18.4.2019, ed entrato in vigore il 19 aprile 2019, e dunque in data ben antecedente al 23 dicembre 2019, giorno di pubblicazione del bando.

Nel merito il ricorso è fondato.

Come visto nell'esposizione in fatto la ricorrente sostiene che nella fattispecie in esame, in cui i servizi oggetto dell'appalto ricomprendevano adempimenti fiscali, previdenziali, assicurativi e retributivi del personale dell'Agenzia delle Entrate – Riscossioni, siano stati violati l'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e l'art. 10 della legge n. 183 del 2011.

Le dette prestazioni, a giudizio della ricorrente, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1, commi 1 e 5 della legge n. 12 del 1979 e di cui all'art. 10 della legge n. 183 del 2011, sarebbero riservate ai professionisti abilitati ai sensi dell'art. 1 della legge n. 12 del 1979 e potrebbero essere esercitate in forma societaria soltanto ove fosse costituita una società tra professionisti nel rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 10 della legge n. 183 del 2011, requisito posseduto da essa ricorrente e non dalla controinteressata.

La prospettazione deve essere condivisa.

L'art. 1, comma 1 della legge n. 12 del 1979 recita: *“Tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal*

datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro a norma dell'articolo 9 della presente legge, salvo il disposto del successivo articolo 40, nonché da coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati [e procuratori legali], dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, i quali in tal caso sono tenuti a darne comunicazione alle direzioni provinciali del lavoro nel cui ambito territoriale intendono svolgere gli adempimenti di cui sopra”.

La norma introduce dunque un principio di riserva in favore degli iscritti all'albo professionale per lo svolgimento delle attività ivi elencate.

L'art. 10 della legge n. 183 del 2011 invece così dispone: “3. *E' consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile. Le società cooperative di professionisti sono costituite da un numero di soci non inferiore a tre. 4. Possono assumere la qualifica di società tra professionisti le società il cui atto costitutivo preveda: a) l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci; b) l'ammissione in qualità di soci dei soli professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante, ovvero soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento. In ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci; il venir meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell'ordine o collegio professionale presso il quale è iscritta la società procede alla cancellazione della stessa dall'albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi; c) criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta; la designazione del socio professionista sia compiuta dall'utente e, in mancanza di tale designazione, il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente; c-bis) la stipula di polizza di assicurazione per la copertura dei*

rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale; d) le modalità di esclusione dalla società del socio che sia stato cancellato dal rispettivo albo con provvedimento definitivo. 5. La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di società tra professionisti.”.

Dal combinato disposto delle norme sopra citate discende che le attività riservate ai professionisti abilitati ai sensi dell'art. 1 della legge n. 12 del 1979 possono essere esercitate in forma societaria soltanto ove sia costituita una società tra professionisti nel rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 10 della legge n. 183 del 2011. Sul punto, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“Al riguardo...vale osservare che l'articolo 1 - commi primo e quinto - della l. n. 12 del 1979, letto in combinato disposto con l'articolo 10, cit., va inteso nel senso di non consentire la partecipazione di una gara di appalto di servizi avente ad oggetto lo svolgimento di prestazioni per le quali opera la riserva di iscrizione all'albo professionale da parte di società commerciali diverse da quelle costituite ed operanti ai sensi del richiamato articolo 10, pur se le società assicurino che le attività professionali saranno effettivamente espletate...da un professionista legato alle società da un rapporto di lavoro subordinato. Infatti, allo stato dell'ordinamento nazionale (e prescindendo da modelli del tutto peculiari che qui non rilevano come le società tra avvocati di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 o le società di ingegneria di cui all'articolo 90, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici), si ritiene che il modello delle società fra professionisti di cui all'articolo 10 della l. 183 del 2011 costituisca la sola forma ammessa di esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali di cui al Libro V - Titolo IV - Capo II del Codice civile (in virtù di questo modello è stato superato il generalizzato divieto di prestazione professionale in forma societaria o simili, già sancito dall'articolo 2 della l. 23 novembre 1939, n. 1815 (Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza)”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2015, n. 103 e, in tempi più recenti, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2748).

Nel caso in esame non è controverso che la società controinteressata non è costituita come una società tra professionisti.

Quanto all'oggetto dell'appalto il punto II.2.4 del bando stabilisce che *“L'appalto ha ad oggetto il complesso dei servizi e delle attività attinenti alla gestione operativa dei processi dell'amministrazione del personale di Agenzia delle entrate —riscossione”*.

Nel disciplinare poi si specifica che *"L'oggetto del contratto, come meglio specificato nel Progetto tecnico e nel Capitolato tecnico è costituito dal complesso delle attività inerenti la gestione dei processi di elaborazione delle buste paga, al calcolo dei modelli mensili ed annuali previsti dalla normativa urgente nonché le attività relative agli adempimenti previdenziali e fiscali, i servizi e le attività inerenti la gestione operativa della piattaforma informatica a supporto dei processi dell'amministrazione del personale"*.

Il capitolato, infine, prevede che:

“L'appalto ha ad oggetto a titolo esemplificativo e non esaustivo:

Servizio di payroll, da erogarsi attraverso piattaforma applicativa di tipo Software as a Service (di seguito SaaS), che preveda le seguenti attività:

- a) Elaborazione del payroll e del post-payroll con elaborati mensili e annuali obbligatori;*
- b) Trattamento dati Retributivi;*
- c) Elaborazioni necessarie agli adempimenti Previdenziali e Assicurativi;*
- d) Elaborazioni necessarie agli adempimenti Fiscali;*
- e) Fondi di Previdenza Complementare;*
- f) Trattamento di Fine Rapporto;*
- g) Elaborazioni necessarie agli adempimenti Contabili e Bancari;*
- h) Libri obbligatori;*
- i) Calcolo delle Retribuzioni;*
- j) Reportistica;*
- k) Gestione storica dei dati.”*

Dalla lettura delle previsioni riportate emerge l'indiscutibile riconducibilità al novero degli adempimenti professionali di alcune delle attività sopra descritte, laddove implicano l'attività di elaborazione delle buste paga e di cura delle elaborazioni necessarie agli adempimenti previdenziali e assicurativi, attività connotate da una certa complessità di tipo tecnico-giuridico e/o tecnico-contabile, che si attuano attraverso l'espletamento di prestazioni di carattere intellettuale implicanti l'acclarato possesso di specifiche cognizioni lavoristico-previdenziali, ossia di prestazioni per le quali opera il regime di riserva legale dell'iscrizione agli albi professionali previsto dall'art. 1 della citata legge n. 12/1979 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2018 n. 2748; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2015 n. 103);

A nulla rileva, di conseguenza, il fatto che nello svolgimento del servizio la controinteressata avrebbe utilizzato un proprio software, rimettendo determinati adempimenti alla stazione appaltante.

Deve infatti ricordarsi che le attività oggetto di un appalto pubblico *“presentano carattere unitario ed inscindibile ai fini del complessivo risultato gestionale da garantire alla committenza e che, in tale contesto, non appaiono affatto scorporabili quelle il cui svolgimento risulti riservato ai professionisti iscritti all'albo”* (Tar Campania, Napoli, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 05967, che richiama sul punto Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 103/2015 cit.).

Né rileva la mancata previsione del requisito di partecipazione nella lex specialis di bando.

Come infatti osservato in giurisprudenza in fattispecie similari *“il requisito legale di speciale qualificazione professionale in ambito lavoristico-previdenziale, pur non essendo stato previsto espressamente dal bando, costituiva un requisito di partecipazione che entrava a far parte della disciplina di gara in forza dell'eterointegrazione effettuata dall'art. 1 della legge n. 12/1979. Invero, l'istituto dell'eterointegrazione del bando ha come necessario presupposto la*

sussistenza di una lacuna nella disciplina di gara: pertanto, solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia omissso, come nel caso di specie, di inserire in tale disciplina elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, in quanto imposti da norme imperative, interviene il meccanismo di integrazione automatica ad opera della legislazione in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva il contenuto incompleto del bando attraverso l'aggiunta della clausola legale. Peraltro, è ormai invalso il principio secondo il quale nella materia delle pubbliche gare esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo – anche per il tramite della fissazione di un requisito – o un divieto, laddove l'obbligo non venga rispettato o il divieto venga trasgredito: in questi casi, la norma imperativa di legge sortisce l'effetto di integrare dall'esterno le previsioni escludenti contenute nella disciplina di gara (così Tar Campania, Napoli, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 05967, che richiama Consiglio di Stato, A.P., n. 9/2014; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 marzo 2018 n. 1753 e 7 febbraio 2018 n. 815; Consiglio di Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017 n. 4903).

Ne consegue che alla luce della normativa e della giurisprudenza citata, che la società controinteressata non poteva ritenersi autorizzata a svolgere prestazioni professionali riservate agli iscritti all'Albo dei consulenti del lavoro e pertanto, come dedotto dalla ricorrente, doveva essere esclusa.

Il ricorso va pertanto accolto con assorbimento di ogni altra censura e il provvedimento di aggiudicazione va annullato.

Non può essere invece accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro, non risultando, dagli atti di causa, che il contratto è stato stipulato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a carico della stazione appaltante e a favore della ricorrente, mentre sono compensate nei rapporti tra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Condanna l'Agenzia delle Entrate - Riscossioni al pagamento delle spese processuali, liquidate in € € 3.000,00, oltre accessori di legge se dovuti, e le compensa nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Fabio Mattei, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO