



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 671 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Associati Studio Lupi E Puppo Lupi Dario, Bertini Maria Pia Puppo Paolo, Michelotti Paolo, Lupi Alessandro, rappresentati e difesi dall'avv. Mattia Crucioli, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Assarotti 11/9;

***contro***

Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Andrea Callea, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

***nei confronti di***

Kpmg Fides Servizi di Amministrazione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso l'avv. Silvio Quaglia in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Ags Srl, Ags Srl Mandataria A.T.I. Inaz Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco De Marini, Barbara Savorelli, Lorenzo Bolognini, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenzo Bolognini in Genova, via Caffaro 1/17;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

Ordine dei Consulenti del Lavoro della Provincia di Genova, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Cuocolo, Mattia Crucioli, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenzo Cuocolo in Genova, via G. Mameli, 3;

***per l'annullamento***

della determina del Direttore Generale della Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia del 6.7.2012 con cui veniva disposta l'aggiudicazione della gara per affidamento servizio di elaborazione buste paga;

del bando, del disciplinare di gara e del capitolato nella parte in cui consentono la partecipazione alla gara di società diverse da quella di professionisti di cui all'art. 10, commi 3,4 e 5, L.183/2011;

per la caducazione e/o dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

per il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara o in via subordinata per equivalente economico;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia e di Kpmg Fides Servizi di

Amministrazione S.p.A. e di Ags S.r.l. e di Ags S.r.l. Mandataria Inaz S.r.l. e di Inaz S.r.l. Mandante;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2012 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Lo studio associato ricorrente impugnava il provvedimento con cui il Direttore generale della Fondazione resistente aveva aggiudicato la gara indetta dalla Fondazione per l'affidamento del servizio di elaborazione delle buste paga alla controinteressata Kpmg Fides Servizi di Amministrazione Spa.

Il primo motivo del ricorso lamenta la violazione degli artt. 1 e 2 L. 12/1979, dell'art. 1 L. 1815/1939 e degli artt. 1, 2, 9 e 10 L. 183/2011 in quanto l'oggetto della gara richiedeva l'espletamento di prestazioni che costituivano lo specifico di una serie di figure di liberi professionisti iscritti ad albi e pertanto gli unici soggetti che avrebbero potuto partecipare alla gara erano i liberi professionisti o società interamente costituite da liberi professionisti del tipo che erano state rese possibili dall'abrogazione del divieto di esercitare la libera professione in forma societaria di cui alla L. 1815/1939.

Il secondo motivo sottolinea come, in virtù della natura strettamente personale della prestazione libero professionale ai sensi dell'art. 2232 c.c., la responsabilità che discendeva da tale norma non era conciliabile con la clausola del bando che prevedeva la possibilità di partecipare alla gara a società di capitali che avessero alle proprie dipendenze almeno un soggetto iscritto negli albi professionali abilitati a svolgere il tipo di prestazione richiesta dalla gara, tenuto che anche la responsabilità non poteva che essere strettamente personale.

La responsabilità per l'attività professionale ricadrebbe sulla società e non vi sarebbe nessuna garanzia che le attività specificamente riservate al professionista siano concretamente affidate al dipendente in possesso dell'iscrizione all'Albo.

Il terzo motivo denuncia la violazione del punto 6.2. del disciplinare di gara che prevede che le società abbiano un oggetto sociale compatibile con quello del presente appalto in quanto il requisito non è integrato dagli statuti delle altre società concorrenti che escludono espressamente le attività riservate agli iscritti ad albi professionali.

Si costituiva in giudizio la Fondazione resistente che chiedeva il rigetto del ricorso.

Si costituivano in giudizio anche la controinteressata Kpmg Fides Servizi di Amministrazione S.p.A. che concludeva per il rigetto del ricorso e la controinteressata e Ags S.r.l che chiedeva di essere estromessa dal giudizio in quanto essendo stata esclusa dalla gara non era interessata all'esito di questo contenzioso avendo presentato autonomo ricorso avverso l'esclusione e l'aggiudicazione ad altra società.

Veniva presentato intervento ad adiuvandum da parte dell'ordine dei Consulenti del lavoro della provincia di Genova che sostanzialmente ripercorreva le argomentazioni del ricorso incidentale dello studio associato Lupi e Puppo.

Veniva depositato in data 17.9.2012 ricorso per motivi aggiunti sui medesimi atti impugnati nel ricorso principale formulando altri tre motivi.

Il quarto motivo eccepisce la violazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006 e della lex specialis di gara oltre all'eccesso di potere per difetto di istruttoria in quanto la società aggiudicataria non ha attestato l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 in relazione ad alcune figure apicali cioè una serie di procuratori con ampi poteri come risulta dalle loro procure institorie e pertanto avrebbe dovuto essere esclusa.

Il quinto motivo contesta la violazione dell'art. III.2.3 lett. B) del bando di gara e dell'art. 6.4 lett. B) del disciplinare di gara che prevedevano come requisito di ammissione l'aver gestito negli ultimi dodici mesi pratiche di immigrazione per loro aziende clienti allo scopo di verificare che la conoscenza della normativa relativa al rilascio dei permessi di soggiorno ed ai visti di ingresso.

La Ergon e la KPMG non avrebbero provato la sussistenza di tale requisito.

Il sesto motivo denuncia la violazione dell'art. III.2.3. lett. D) del bando di gara e dell'art. 6.4 del disciplinare di gara poiché i contratti depositati dalla Ergon e da KPMG non avrebbero consentito di verificare se l'organico dei clienti superava le 250 unità come richiesto dal bando per almeno tre clienti nel corso dei tre anni precedenti alla pubblicazione del bando.

All'udienza del 13.12.2012 il ricorso andava in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente non può accogliersi la richiesta di estromissione formulata da Ags S.r.l. poiché il ricorso presenta un interesse per la società poiché qualora dovesse essere accolto il ricorso principale dello Studio associato dovrebbe essere disposta l'esclusione per i motivi proposti in questo ricorso e pertanto anche laddove dovesse essere accolto l'autonomo ricorso della controinteressata avverso il provvedimento di esclusione, non potrebbe comunque disporsi la sua riammissione alla gara.

Il ricorso principale afferma che doveva essere disposta l'esclusione dalla gara dei controinteressati perché il tipo di prestazione richiesta dal bando poteva essere fornita solamente da liberi professionisti o società interamente costituite da liberi professionisti e che comunque la natura strettamente personale della prestazione libero professionale ai sensi dell'art. 2232 c.c. comportava una responsabilità che non poteva essere assunta da società di capitali.

La tesi esposta dallo studio associato non può essere condivisa innanzitutto in punto di fatto in quanto la parte preponderante della prestazione richiesta è quella di elaborazione di dati che non è esclusivamente affidata ai professionisti iscritti all'albo di cui alla L. 12/1979; l'attività riservata ai liberi professionisti è un'attività di consulenza meramente eventuale per la quale è stato richiesto che i soggetti partecipanti alla gara potessero usufruire delle prestazioni come dipendente di un iscritto all'albo, oppure, come ritenuto da AGS s.r.l., mediante avvalimento.

La legge che vietava l'esercizio in forma societaria delle libere professioni è stata abrogata a partire dall'art. 10, comma 11, L. 183/2011 norma che ha previsto la possibilità di costituire società commerciali tra soli professionisti superando l'antico divieto, ma questo non significa che solo società commerciali costituite unicamente da professionisti possono svolgere attività rientranti nell'ambito specifico della professione per cui sono iscritti all'Albo.

Se così fosse nessuna società potrebbe assumere come dipendente un professionista iscritto all'Albo per effettuare delle prestazioni che sono riservate agli iscritti ad un albo professionale e ciò costituirebbe una restrizione alla concorrenza non in linea con la disciplina comunitaria.

Per fare un esempio che riguarda un diverso ambito professionale sarebbe come dire che laddove fosse indetta una gara di progettazione ingegneristica di un'opera pubblica non potessero partecipare società di capitali che abbiano alle loro dipendenze dei professionisti cui affideranno il compito di eseguire materialmente la progettazione.

Quanto alla responsabilità è evidente che la società che si avvalga delle prestazioni professionali di un professionista assunto come dipendente ne risponderà nei confronti del soggetto a favore del quale la prestazione professionale è stata svolta, mentre il professionista dipendente risponderà della sua opera al soggetto con cui ha il rapporto di lavoro per effetto della subordinazione che assumerà un connotato particolare dal momento che l'opera

professionale si inserisce in modo organico e sistematico nell'organizzazione aziendale.

In conclusione quando in un appalto pubblico l'oggetto della prestazione di cui al bando è costituito in tutto o in parte da prestazioni professionali riservate ad iscritti ad un particolare Albo, sarà richiesto che i soggetti che parteciperanno alla gara siano in condizione di avvalersi delle prestazioni di tale tipo di professionisti non rilevando il rapporto interno tra il concorrente ed il professionista.

Per tali motivi debbono essere respinti i primi due motivi di ricorso.

Il terzo motivo è parimenti infondato: la KPMG e la Ergon hanno prodotto lo statuto della società da cui risulta che l'oggetto sociale ricomprende una vasta serie di attività riconducibili al contenuto delle professioni di commercialista e consulente del lavoro.

La clausola statutaria evidenziata dal ricorrente per avvalorare la sua tesi è una mera previsione di carattere generale che si inserisce in tutti gli atti sociali perché la società di per sé non può svolgere quelle attività, ma nulla impedisce che si munisca di professionisti titolati in tal senso che potranno in essere le attività riservate agli iscritti ad un albo professionale.

Esaminando poi il quarto motivo, la censura non può essere accolta in quanto l'obbligo di esclusione si verifica quando manchino le dichiarazioni relativamente ad amministratori o procuratori generali non di semplici procuratori ad negotia.

L'art. 38, c. 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), sull'obbligo di esclusione nell'ipotesi di omessa dichiarazione, si applica ai soli amministratori della spa e non anche ai procuratori speciali o "ad negotia", i quali non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati dovendosi ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale, occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che a malcerte indagini "sostanzialistiche", e ciò anche per non scalfire garanzie di certezza del diritto sotto il profilo della possibilità di partecipare a pubblici appalti. Una norma, infatti, che limiti la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori. ( vedi ex multis Consiglio di Stato 3340/2012 ).

Il quinto motivo non merita accoglimento in quanto entrambe le società hanno prodotto attestati rilasciati dal Ministero dell'interno a loro dipendenti circa la gestione di pratiche di immigrazione per i loro clienti.

Il sesto motivo è parimenti infondato poiché i clienti elencati dalla KPMG e dalla Ergon sono notoriamente grandi realtà imprenditoriali che hanno tutte un numero di dipendenti superiore alla soglia richiesta e la circostanza era nota alla commissione aggiudicatrice al di là della formale precisazione del numero dei dipendenti.

Il ricorso principale e quello per motivi aggiunti vanno pertanto respinti.

Si può disporre la compensazione delle spese di giudizio in quanto la questione principale sollevata dallo studio ricorrente non presentava precedenti giurisprudenziali significativi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2013

IL SEGRETARIO

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