

Pubblicato il 08/04/2021

**N. 02846/2021 REG. PROV. COLL.**  
**N. 09065/2020 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sirfin S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Leporace, Francesca Sbrana, Fabio Baglivo e Antonio Catricalà, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Catricalà in Roma, alla via Vittoria Colonna, n. 40;

*contro*

Data Management S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Maria Sarra, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

*nei confronti*

Agenzia delle Entrate - Riscossione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

*della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, sez. II,  
n. 11035/2020, resa tra le parti;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Data Management S.r.l. e della Agenzia delle Entrate - Riscossione;

Visto l'appello incidentale autonomo proposto dalla Agenzia delle Entrate – Riscossione;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 119, co. 5, oppure gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, il Cons. Giovanni Grasso e preso atto del deposito di note di passaggio in decisione da parte degli avvocati Leporace, Sbrana, Baglivo e Cattricalà;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2421 del 22 marzo 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con bando pubblicato il 23 dicembre 2019, l'Agenzia delle Entrate – Riscossione avviava una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di *“gestione operativa dei processi di amministrazione del personale dipendente”*.

Il bando di gara non prescriveva che i servizi oggetto di affidamento fossero da intendersi come riservati ad una determinata categoria professionale, tanto che tra i requisiti di partecipazione alla gara non veniva incluso il possesso dell'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro, né era prevista la necessaria partecipazione nella forma della società tra professionisti.

Alla procedura prendevano parte due operatori economici e, segnatamente, il costituendo raggruppamento temporaneo composto da Data Management S.r.l. e Cafasso & figli S.p.A. e Sirfin S.p.A, gestore uscente, a cui favore –

effettuata la valutazione comparativa delle offerte – veniva disposta l'aggiudicazione.

2.- Con rituale ricorso dinanzi al TAR per il Lazio, il raggruppamento concorrente impugnava gli esiti della gara, lamentando l'illegittimità dei relativi atti di indizione, ove interpretati nel senso, avvalorato dalla stazione appaltante, di ammettere la partecipazione di operatori economici non iscritti all'albo dei consulenti del lavoro o non costituiti nelle forme della società tra professionisti abilitati: ciò sull'assunto che i servizi oggetto di affidamento rientrassero nell'ambito della riserva di cui all'art. 1 della legge n. 12/1979.

3.- Nella resistenza della Agenzia e della impresa aggiudicataria con sentenza n. 11035/2020 il Tribunale accoglieva il ricorso.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Sirfin S.p.a. impugnava la decisione, contestandone l'erroneità e l'ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma.

Con distinto ed autonomo ricorso, proposto in via incidentale, anche l'Agenzia delle Entrate – Riscossione contestava la correttezza della decisione, sollecitandone la riforma e, per l'effetto, la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva in giudizio, per resistere ad entrambi i gravami, Data Management s.r.l.

Alla pubblica udienza del 4 marzo 2021 la causa è stata riservata per la decisione e definita con dispositivo n. 2421 del 22 marzo 2021.

## DIRITTO

1.- L'appello principale e quello incidentale autonomo – che possono essere esaminati congiuntamente in quanto connotati da convergente prospettiva critica – sono fondati e vanno accolti.

2.- È controversa, in relazione all'oggetto dell'appalto in contestazione, la possibilità di affidarne l'esecuzione, consentendone la partecipazione alla gara, ad operatore economico non in possesso della iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro e non strutturato in forma di società di professionisti.

Come è noto, l'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12 (*recante Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro*) prevede che “*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?*” siano riservati a “*coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro*” (ovvero – con onere, in tal caso, di darne comunicazione agli ispettorati del lavoro territorialmente competenti – a “*coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati [...], dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali?*”).

L'art. 2 della legge prevede, in particolare che – fatto salvo il regime meno restrittivo operante a favore delle imprese artigiane e delle piccole imprese (art. 1, commi 4 e 5) – costituisca “*oggetto dell'attività?*” in tal senso riservata lo “*svolgimento per conto di qualsiasi datore di lavoro?*” di “*tutti gli adempimenti previsti da norme vigenti per l'amministrazione del personale dipendente?*”, oltre alla “*assistenza fiscale nei confronti dei contribuenti non titolari di reddito autonomo e di impresa?*”, eventualmente comprensiva, in tal caso, di ogni altra funzione “*affine, connessa e conseguente?*”, svolta “*su delega ed in rappresentanza degli interessati?*”.

Tale normativa (che va integrata con l'art. 10 della legge 12 novembre 2011, n. 183, che ammette lo svolgimento in forma societaria dell'attività riservata, fissandone forme, limiti e condizioni) introduce un *regime vincolistico* incentrato su un *sistema ordinistico*, preordinato alla salvaguardia degli interessi di chi fruisce, in ambiti e in materie tecnicamente complesse e particolarmente delicate, dell'attività di professionisti, di cui, perciò, si pretende la sottoposizione a controllo sia in sede di accesso alla professione che di svolgimento della stessa, anche sotto il profilo del rispetto della deontologia nei rapporti con la clientela.

La *finalità protettiva* – che, prefigurando *speciali divieti a contrarre su base soggettiva*, struttura, per un verso, una incisiva *limitazione legale alla autonomia negoziale privata* ed introduce, per altro verso, una *compressione al libero gioco concorrenziale* tra gli operatori economici – trae alimento dalla peculiare rilevanza degli interessi, ancorati a beni fondamentali o di rilevo costituzionale, quali devono

essere considerati quelli attinenti alla corretta gestione (sotto i concorrenti profili economico, contabile, contributivo, assistenziale e fiscale) dei rapporti di lavoro (cfr. artt. 1, 4, 36, 38, 53 Cost.).

Si giustifica, per tal via, da un lato la *nullità civilistica (virtuale)*, atteso il carattere imperativo e la connotazione proibitiva della disciplina vincolistica: cfr. art. 1418, comma 1 c.c.) dei contratti stipulati in violazione del limite legale (cfr., da ultimo, Cass., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14247) e, dall'altro lato, la legittima e proporzionata *limitazione, sotto il profilo pubblicistico, del canone di massima concorrenza* nell'accesso alle commesse pubbliche (cfr. art. 30 d. lgs. n. 50/2016).

Nondimeno, proprio a ragione del carattere eccezionale e derogatorio del divieto, tali limitazioni devono essere oggetto, relativamente alla definizione del relativo ambito operativo, di stretta interpretazione, in conformità alla *ratio* ed alla luce di un canone di adeguatezza e proporzionalità.

Occorre, a tal fine, distinguere, assecondando del resto il tratto normativo testuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2020, n. 4186), tra:

a) gli “*adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale*” che il datore di lavoro ha l'obbligo di curare, sotto la propria e personale responsabilità ed eventualmente avvalendosi di propri dipendenti, in quanto “*capo dell'impresa*” (cfr. art. 2086 c.c.);

b) le “*attività strumentali ed accessorie*”, tipicamente inerenti lo “*svolgimento delle operazioni di calcolo e stampa*” (cfr. art. 1, comma 4 l. n. 12/79), che hanno carattere servente e, di per sé, non valgono ad elidere o sottrarre, quando non accompagnate da apposita *delega di funzioni* (cfr. art. 2, comma 2) la responsabilità datoriale.

Solo nel primo caso l'affidamento al professionista iscritto all'albo investe quest'ultimo (che si trova ad operare “*per conto*” del datore di lavoro e sotto la propria “*responsabilità personale*”: cfr. art. 2, commi 1 e 4 l. n. 12/79 cit.) degli “*adempimenti previsti da norme vigenti per l'amministrazione del personale dipendente*”: per ogni altro profilo, deve ritenersi che si tratti di mera attività consulenziale

(o, propriamente, di mero *supporto*), non riservata (cfr. ancora Cass., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14247).

3.- Tanto premesso in termini generali, in relazione al caso in esame va osservato che, alla luce della documentazione di gara, l’Agenzia delle Entrate non ha inteso procedere all’affidamento degli adempimenti lavoristici, previdenziali, assistenziali e fiscali (destinati, come tali, a restare inequivocabilmente a carico e sotto la responsabilità della committente), limitando l’oggetto dell’appalto (come è chiaramente confermato dalla lettura del paragrafo 3 del capitolato tecnico) alla fornitura dei servizi e alla gestione delle attività amministrative del *payroll*, del *time management* e della relativa reportistica, attraverso una piattaforma di integrazione *online* preordinata a fornire una visione generale della forza lavoro per il personale dipendente (operai, impiegati, quadri e dirigenti) e per i collaboratori coordinati e continuativi dell’Agenzia.

Più in dettaglio, al fornitore era richiesta una attività di (mera) “*elaborazione*” dei dati necessari per i successivi adempimenti previdenziali, assicurativi, fiscali, contabili e bancari, unitamente al “*calcolo*” delle retribuzioni, alla elaborazione della relativa “*reportistica*” e della corrispondente “*gestione storica*”, il tutto attraverso la gestione operativa della piattaforma informativa “*a supporto dei processi dell’amministrazione del personale gestito*”.

Si tratta, con ogni evidenza, di un’attività di mero trattamento dei dati, al quale l’appaltatore era chiamato in termini di prestazioni di aggregazione e sviluppo matematico dei dati comunicati dal datore di lavoro, allo scopo di fornire a quest’ultimo tutto il necessario supporto per consentirgli di procedere autonomamente ai conseguenti adempimenti lavoristici, previdenziali, assistenziali e fiscali.

Del resto, la circostanza che la gara non prevedesse in alcun modo attività intellettuale connessa a tali adempimenti normativi – non destinati, come tali, ad essere sottratti alla responsabilità della stazione appaltante – trova conferma anche dalla disamina dei criteri di attribuzione dei punteggi tecnici.

L'art. 17.1 del disciplinare, infatti, evidenziava che tutti i criteri di valutazione dell'offerta tecnica avevano ad oggetto la funzionalità della piattaforma oggetto di fornitura, vale a dire le *“soluzioni informatiche proposte per la reportistica; personalizzazione e flessibilità nella generazione degli output richiesti”*, la *“funzionalità della piattaforma On Line”* o i *“miglioramenti dei Livelli di Servizio proposti nel Capitolato Tecnico”*.

Anche i punteggi tecnici relativi alla formazione del personale dell'Agenzia riguardavano il *“piano di lavoro”*, il *“gruppo di lavoro”* e soprattutto le *“modalità di addestramento sull'utilizzo delle soluzioni informatiche utilizzate per l'esecuzione dei servizi e di aggiornamento sulle tematiche giuslavoristiche”*: l'ottica era, per tal via, pur sempre quella di ottenere una formazione che consentisse al personale dell'Agenzia di utilizzare le soluzioni informatiche offerte, proprio al preordinato fine di consentire di porre in essere in autonomia, senza conferimento di delega, tutti gli adempimenti di legge.

4.- Alle luce delle considerazioni che precedono, non possono condividersi le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice che – richiamando precedenti di questo Consiglio riferiti a vicende non comparabili a quello in esame (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4186/2020 cit., a confronto con Id., sez. V, 8 maggio 2018, n. 2748 e Id., sez. VI, 16 gennaio 2015 n. 103) – ha ritenuto che le prestazioni oggetto di affidamento, o almeno alcune di esse, fossero tali da rientrare, in quanto implicanti il possesso di specifiche cognizioni lavoristico-previdenziali, tra quelle da assoggettare imperativamente al descritto regime di riserva legale dell'iscrizione agli albi professionali previsto dall'art. 1 della citata legge n. 12/1979.

Gli appelli proposti dalla Sirfin s.p.a. e dalla Agenzia per le Entrate – Riscossione vanno, perciò, accolti e, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le peculiarità della fattispecie giustificano l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli (principale e incidentale) come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**