Pubblicato il 22/02/2021

N. 01515/2021REG.PROV.COLL.

N. 03844/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3844 del 2020, proposto da
Cafasso & Figli STP s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Caporaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Livia Tellus Romagna Holding s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Diego Vaiano ed Elisa Valeriani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

nei confronti

CNA Servizi Forli'-Cesena soc. coop. cons. per azioni, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Seconda, 12 maggio 2020, n. 311, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Livia Tellus Romagna Holding s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, e uditi per le parti, con le medesime modalità, gli avvocati Caporaso e Vaiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società odierna appellante ha partecipato alla procedura negoziata telematica, indetta da *Livia Tellus Romagna Holding s.p.a.* (società *in house* controllata da diversi enti locali della Provincia di Forlì), per l'affidamento del *«servizio di elaborazione paghe e dei conseguenti adempimenti previdenziali, fiscali e contabili»* per il personale della medesima società, collocandosi al secondo posto della graduatoria finale (col punteggio di 77,05), preceduta da *CNA Servizi s.r.l.* (col punteggio di 81,40) alla quale è stato aggiudicato il contratto.

2. - L'ammissione alla procedura della *CNA Servizi s.r.l.* e l'aggiudicazione in suo favore, sono state impugnate dalla *Cafasso & Figli* con ricorso al Tribunale amministrativo per l'Emilia-Romagna, Bologna, che ha ritenuto infondate tutte le censure, sottolineando essenzialmente come l'aggiudicataria abbia i requisiti per assumere il servizio anche ai sensi dell'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12 (*Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro*) in quanto società di servizi costituita nell'ambito dell'associazione di categoria delle imprese artigiane e delle altre piccole imprese.

3. - La ricorrente in primo grado ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla base dei motivi che saranno esaminati in prosieguo.

4. - Resiste in giudizio la *Livia Tellus Romagna Holding s.p.a.* (di seguito anche solo L.T.R.H.), chiedendo che l'appello sia respinto.

5. - All'udienza del 12 novembre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, l'appellante ripropone, in chiave critica della sentenza appellata, la censura secondo cui la *CNA Servizi* –in quanto mera società cooperativa per azioni - è priva del necessario requisito di partecipazione di cui all'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12 (recante *«Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro»*) che riserva ai professionisti iscritti all'albo dei consulenti del lavoro (e agli altri albi indicati dalla legge) le prestazioni professionali in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, richieste dagli articoli 1 e 2 del capitolato speciale d'appalto.

6.1. - Il motivo è infondato.

6.2. - Occorre muovere dalla previsione contenuta nell'art. 1, comma quarto, della legge n. 12 del 1979 cit., secondo cui le piccole imprese *«anche in forma cooperativa, possono affidare l'esecuzione degli adempimenti di cui al primo comma a servizi o a centri di assistenza fiscale istituiti dalle rispettive associazioni di categoria. Tali servizi possono essere organizzati a mezzo dei consulenti del lavoro, anche se dipendenti dalle predette associazioni»*. La definizione di piccola impresa si ricava dal medesimo art. 1 della legge n. 12 del 1979, il cui quinto comma

distingue, a tali fini, tra le imprese con oltre 250 addetti (le quali - se non si avvalgono, per le operazioni di cui al comma 1 dell'art. 1 cit., di proprie strutture interne - possono avvalersi di *«centri di elaborazione dati, anche di diretta costituzione od esterni, i quali devono essere in ogni caso assistiti da uno o più soggetti di cui al primo comma»*) e *«le imprese di cui al quarto comma»* (le piccole imprese) che possono alternativamente avvalersi dei predetti centri di elaborazione dati, anche *«costituiti o promossi dalle rispettive associazioni di categoria alle condizioni definite al citato quarto comma»*, ovvero (ai sensi del già veduto quarto comma) affidare gli adempimenti *«a servizi o a centri di assistenza fiscale istituiti dalle rispettive associazioni di categoria»*.

6.3. - Risulta dagli atti, e non è d'altronde contestato tra le parti, che la L.T.R.H. è piccola impresa ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge n. 12 del 1979, in quanto impresa con meno di 250 dipendenti. Risulta, inoltre, che essa è anche associata alla "Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della piccola e media impresa" (CNA Associazione), di cui è emanazione anche la società cooperativa *CNA Servizi Forlì-Cesena*. Con la conseguenza che l'affidamento del servizio a quest'ultima rientra nella possibilità contemplata dall'art. 1, comma quarto, della legge n. 12 del 1979 (già più volte richiamato sopra).

7. - Alla luce delle considerazioni svolte, ne deriva, inoltre, che è infondata anche la censura (sollevata specificamente con il secondo motivo dell'appello) diretta a contestare lo status di piccola impresa in capo alla *Livia Tellus*, posto che - come già osservato - la legge n. 12 del 1979 delinea una speciale definizione legale di piccola impresa incentrata sul numero di addetti (non superiore a 250), applicabile ai soli fini della disciplina sull'affidamento dei servizi e delle prestazioni professionali in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti.

8. - E', invece, inammissibile, ai sensi dell'art. 104 del cod. proc. amm. (divieto di *jus novorum* in appello), in quanto non proposta col ricorso introduttivo, la censura secondo cui l'art. 1, comma quarto, della legge n. 12 del 1979 cit. non sarebbe applicabile alle pubbliche amministrazioni.

9. - L'appellante ripropone, altresì, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del cod. proc. amm., il secondo motivo del ricorso introduttivo diretto a contestare la legittimità dell'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria *CNA Servizi Forlì-Cesena*, in quanto avrebbe indicato dei consulenti del lavoro "esterni" alla cooperativa realizzando in tal modo una *«modificazione soggettiva tra il soggetto partecipante e l'affidatario reale del servizio in possesso (presunto) dei titoli abilitanti»*, con elusione anche della previsione di cui all'art.83, comma 1, lett. *c)*, del Codice dei contratti pubblici (approvato col d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), sul possesso della capacità tecnica e professionale.

9.1. - Il motivo è infondato.

9.2. - Come si desume dall'offerta tecnica (nonché da quanto dichiarato dall'aggiudicataria nel DGUE), la *CNA Servizi Forlì-Cesena* ha indicato, quali soggetti abilitati allo svolgimento delle prestazioni professionali oggetto dei servizi in affidamento, due consulenti del lavoro iscritti all'Ordine, dipendenti della medesima associazione. Peraltro, il fatto che le prestazioni siano svolte mediante consulenti (iscritti all'albo ma) dipendenti della *CNA Servizi* (e non mediante liberi professionisti o società di professionisti) non comporta la mancanza del requisito richiesto dalla *lex specialis*, poiché una conclusione in tal senso non terrebbe conto della norma di cui all'art. 1, quarto comma, della legge n. 12 del 1979, il quale - quando (come nel caso di specie) le prestazioni di cui trattasi sono affidate a *«centri di assistenza fiscale istituiti dalle rispettive associazioni di categoria»* - consente di svolgere tali servizi anche *«a mezzo dei consulenti del lavoro* […] *dipendenti dalle predette associazioni»*.

10. - Con il quarto motivo, l'appellante assume l'erroneità della sentenza per non aver rilevato che l'aggiudicataria non è qualificabile come "operatore economico" (secondo la nozione sostanziale ed eurounitaria), essendo essa connotata da uno scopo meramente mutualistico ai sensi dell'art. 2511 del Codice civile, in contrasto con l'art. 45 e con l'art. 3, comma 1, lett. *p)*, del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

10.1. - Il motivo è manifestamente infondato, ove si tenga conto della costante giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., che delinea un'ampia nozione di "operatore economico" idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato *«a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare»*, precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato *«la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare»* (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (in tal senso, di recente, Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato - costituita ai sensi dell'art. 14 del Codice civile - di partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria).

11. - Infine, con il quinto motivo, l'appellante reitera la censura di violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 (*«Contratti sotto soglia»*) del Codice dei contratti pubblici, in quanto la *CNA Servizi* non avrebbe dovuto essere invitata alla procedura negoziata ristretta indetta da L.T.R.H. per la sua posizione di precedente affidataria del medesimo servizio. Viene dedotta, sul punto, l'erroneità della sentenza impugnata per aver qualificato la selezione come procedura aperta e per aver affermato che il precedente contratto era diverso per oggetto, importo e durata.

11.1. - Il motivo è infondato.

11.2. - Come osservato dalla stessa appellante, è ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate.

12.3. - Nel caso di specie, la procedura di gara indetta da *Livia Tellus Romagna Holding* non è riconducibile a una procedura negoziata ristretta. Il procedimento di gara è stato preceduto, infatti, da un *«avviso per l'acquisizione di manifestazioni di interesse»* pubblicato il 7 ottobre 2019, aperto a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti indicati nell'avviso pubblico, che avessero manifestato l'interesse a partecipare alla successiva fase selettiva; ed è proseguita con l'invio delle lettere di invito a tutti gli operatori che hanno manifestato interesse. Pertanto, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata, che si colloca al di fuori di quelle tipiche previste dalla legge), non ricorre la *ratio* che

caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (in tal senso si veda il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

Essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, alla procedura in esame non è applicabile il principio di rotazione.

13. - In conclusione, l'appello va integralmente respinto.

14. - Considerata la peculiarità e la parziale novità delle questioni esaminate e decise, si giustifica la compensazione tra le parti delle spese giudiziali del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese giudiziali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giorgio Manca	Francesco Caringella

IL SEGRETARIO