



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1175 del 2017, proposto da:
Kibernetes S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Francesca Petullà, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso Segreteria T.A.R.
in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Toscano, con
domicilio eletto presso lo studio Francesco Gesess in Firenze, lungarno A. Vespucci
n. 20;

per l'annullamento

- della determinazione del direttore del dipartimento Estar n. 1165 del 18.07.2017
con cui veniva indetta la gara per l'affidamento del servizio di supporto alle attività
fiscali – tributarie – previdenziali e amministrativo – contabili, per le esigenze di
ESTAR, delle Aziende Sanitarie e degli Enti della Regione Toscana;

- del bando di gara pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 26.07.2017, e pubblicato in Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana – 5 serie speciale – Contratti Pubblici n. 89 del 4.08.2017;
- del disciplinare e del capitolato d'appalto, di tutti i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante in relazione a quanto dedotto nel ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2017 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

L'Ente di Supporto Tecnico Amministrativo della Regione Toscana indiceva una procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio di supporto alle attività fiscali – tributarie – previdenziali e amministrativo – contabili, per le esigenze dello stesso ESTAR e delle Aziende sanitarie della Regione Toscana.

Nel disciplinare di gara, al punto 7 “*Soggetti ammessi e condizioni di partecipazione*”, si disponeva che possono partecipare gli operatori economici di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016, in possesso dei requisiti di idoneità professionale, tecnico – professionale ed economico e finanziario di seguito precisati.

Per quanto di interesse, al punto 8.2 – “*requisiti di idoneità professionale*” – si statuiva che “*l'operatore economico, al fine della partecipazione alla presente procedura di gara...deve dimostrare di avere: iscrizione albo commercialisti per tutti i soci*”.

Al punto 8.4 – “*requisiti di capacità tecnica e professionale*” si richiedeva l’iscrizione all’albo dei commercialisti almeno quinquennale e l’aver eseguito almeno 2 contratti presso Enti del Servizio Sanitario nel triennio 2014-2015-2016, soggiungendo, per quanto riguarda il requisito della iscrizione all’albo professionale, l’esclusione della possibilità di ricorrere all’avvalimento e, con riferimento ai RTI, precisando che tutti gli operatori raggruppati dovevano possedere l’iscrizione all’albo professionale.

La ricorrente è una società che opera nel settore della fiscalità (ivi compresi la presentazione di dichiarazioni fiscali) prestando servizi per soggetti pubblici e privati, con particolare riferimento ad enti del Servizio sanitario nazionale.

Nondimeno, alla luce delle disposizioni del disciplinare la partecipazione alla gara le è preclusa in quanto i soci di Kibernetes non sono iscritti all’albo dei commercialisti; il requisito di cui al punto 8.2 è ostativo alla partecipazione di imprese, consorzi e delle altre forme societarie, in quanto l’iscrizione all’albo viene richiesta per tutti i soci; la possibilità di partecipare attraverso l’avvalimento è preclusa, poiché il disciplinare testualmente prescrive che sia possibile l’avvalimento solo dei requisiti di capacità economica – finanziaria e tecnica professionale di cui ai punti 8.3 e 8.4 e non già del requisito di idoneità professionale di cui al punto 8.2.

Conseguentemente la società ha impugnato il bando chiedendone, previa sospensione, l’annullamento *in parte qua*.

Nell’odierna camera di consiglio, sussistendone i presupposti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata.

Il ricorso è fondato.

Deduce in primo luogo la ricorrente la violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità e dei principi di libera concorrenza e non discriminazione, come codificate dall’art. 30, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento alla clausola del disciplinare che impone per i soggetti che partecipano in forma societaria l’iscrizione all’albo dei dottori commercialisti di tutti i soci.

La tesi merita condivisione.

Come è noto, la stazione appaltante è titolare di un margine di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara.

Tale esercizio di discrezionalità è stato ritenuto compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 3083; T.A.R. Lazio, sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2115).

Dunque, se l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tale possibilità (sindacabile in sede giurisdizionale quanto all'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto) incontra il limite che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775; id. 22 settembre 2009 n. 5653; id., sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3655).

Nel caso di specie, se può ritenersi ragionevole e non sproporzionata la richiesta, ai fini della qualificazione, del possesso del requisito dell'iscrizione all'albo per uno o più soci, quanto ai concorrenti che intendano partecipare alla gara in forma societaria, non altrettanto può dirsi in ordine alla richiesta

che “tutti” i soci debbano possedere detto requisito. Se, infatti, può consentirsi con la difesa di ESTAR in ordine all’intento “*di garantire che chi presterà le attività oggetto di gara, sia iscritto all’Albo*” non si comprende la *ratio* di una richiesta che obblighi tutti i soci debbano possedere tale requisito.

Analogamente va ritenuta irragionevole, perché non congrua rispetto all’oggetto del servizio, la clausola, come interpretata dalla stessa stazione appaltante nelle risposte ai quesiti posti dai potenziali concorrenti, che esclude che il requisito in parola possa essere posseduto solo dai dipendenti dell’impresa che andranno poi a eseguire il servizio i quali ben possono garantire lo svolgimento “operativo”, volto ad acquisire servizi di supporto alle attività fiscali, tributarie, previdenziali e amministrativo-contabili, come ritenuto da controparte.

Fondato si palesa anche il secondo motivo con cui la ricorrente lamenta la violazione dell’art. 89 del d.lgs. 50/2017 con riferimento alla clausola del disciplinare che, quanto al requisito in parola, non ammette il ricorso all’avvalimento.

Osserva il Collegio che nelle gare pubbliche il ricorso all'avvalimento è in linea di principio legittimo non ponendo la disciplina dell’art. 89 del d.lgs. 50/2017 (e in precedenza dell’art. 49 del d.lgs. nr. 163 del 2006) alcuna limitazione, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale (c.d. requisiti di idoneità morale) fissati dallo stesso decreto che non sono attinenti all’impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l’obiettivo qualità dell’adempimento, riguardando invece la mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente - quindi non dell’impresa ma dell’imprenditore - a partecipare alla gara d’appalto e ad essere quindi contraente con la pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2012, nr. 5595; in termini, anche Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2011, nr. 6040).

Sulla scorta di tale premessa la giurisprudenza ha ritenuto che l’istituto dell’avvalimento è consentito in via generale anche per integrare requisiti economico

- finanziari o tecnici od organizzativi in presenza dell'iscrizione agli albi professionali ovvero il possesso di requisiti di iscrizione ad albi specialistici (T.A.R. Lazio, sez. I, 24 febbraio 2016 n. 2589; T.A.R. Liguria, sez. II, 20 febbraio 2013 n. 315, T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 settembre 2012 n. 794).

In conclusione, per le ragioni illustrate il ricorso va accolto annullando *in parte quale* clausole della legge di gara di cui sopra.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi in motivazione precisati.

Condanna l'amministrazione intimata alla rifusione delle spese di giudizio che liquida in € 4.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernardo Massari

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO