

APPALTI: Pubblica amministrazione – Contratti della P.A. – Contratto di somministrazione – Composizione.

Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2022, n. 3468

- in *Il Foro amm.*, 5, 2022, pag. 617

“[...] il contratto di somministrazione - definito come «contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un’agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell’interesse e sotto la direzione e il controllo dell’utilizzatore» (art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015) - costituisce una fattispecie negoziale complessa, in cui due contratti si combinano per realizzare la dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione di lavoro, secondo una interposizione autorizzata dall’ordinamento in quanto soggetta a particolari controlli e garanzie, quali condizioni per prevenire il rischio che l’imputazione del rapporto a persona diversa dall’effettivo utilizzatore si presti a forme di elusione delle tutele del lavoratore [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori Delle Cave Angelo, Grauso Pasqualina, Amoresano Annabella, Belfiore Vincenzo, Bizzarro Cesare, Anna Cecere, Teresa Cimmino, Giuseppe Civitella, Carmela Colella, Federico Costa, Antonietta De Chiara, Graziella De Lauzieres De Themines, Rosangela Di Carluccio, Rosa Fabozzi, Carolina Ferrara, Antonietta Gaglione, Raffaella Gaglione, Pasqualina Galardo, Immacolata Lucariello, Anna Maria Martucci, Antimo Massimo, Marialuisa Morlando, Michelina Negro, Maria Sabatino, Alessandro Salma, Elena Speranza e Carmela Velotti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il Cons. Antonella De Miro e uditi per le parti l’avvocato Andrea Abbamonte e l’avvocato Michela Izzo, su delega dell’avvocato Giuseppina Caterino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Gli appellati hanno partecipato alla procedura concorsuale, per titoli ed esami, indetta dall'ASL di Caserta, riservata alla stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del Servizio Sanitario Nazionale ed avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di n. 20 posti di operatore socio sanitario di livello economico "BS".

2.-Il bando relativo alla procedura di stabilizzazione, richiamando i requisiti richiesti dall'art. 20, comma 2, del citato d.lgs. n. 75/2017, prevedeva che il candidato dovesse “essere titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso ed avere maturato, alla data del 31 dicembre 2020, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni presso l'amministrazione che bandisce il concorso”.

3.-I candidati, odierni appellati, specificando di essere dipendenti di cooperative sociali, hanno dichiarato nella domanda di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 20, comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

4.- Gli interessati, con la deliberazione n. 331 del 26 febbraio 2020 dell'ASL di Caserta, sono stati esclusi dalla procedura, perché risultati non in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 20, comma 2, del citato d.lgs. n. 75/2017, richiamati nel bando.

5.-Essi hanno, pertanto, proposto ricorso innanzi al TAR per la Campania per ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione, deducendo il difetto di motivazione, perché non sarebbe stato esplicitato di quali requisiti fossero carenti, nonché il difetto dei presupposti, perché - ricadendo la procedura di stabilizzazione nell'ambito applicativo dell'art. 1, comma 543, della legge 208/2015, richiamato dal comma 10 dell'art. 20, comma 2, del citato d.lgs. n. 75/2017 – si sarebbe dovuto ricomprendere nella stabilizzazione anche il personale del comparto sanità titolare di un contratto di somministrazione rientrante tra i rapporti di lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36 del decreto legislativo 165/2001.

6.-Il Giudice di prime cure, con la sentenza n. 707 del 2021, ha respinto le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla ASL di Caserta, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato la deliberazione dell'ASL Caserta n. 331 del 26 febbraio 2020, nella parte in cui ha escluso gli appellati dalla procedura di stabilizzazione.

Nel merito, in particolare, il TAR ha precisato che:

- le tipologie di contratti di lavoro flessibile sarebbero inclusive della somministrazione di lavoro, perché il comma 10 del D.lgs. n. 75/2017, che rinvia all'articolo 1, comma 543, della legge 208/2015, delinea una disciplina speciale esclusivamente applicabile alle procedure di stabilizzazione del personale medico, tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario

nazionale, come tali sottratte, quanto all'individuazione dei requisiti di partecipazione, alla disposizione generale posta dal comma 9 del medesimo articolo; ciò si desumerebbe sia dal tenore letterale del citato comma 10 ("*continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 543, della legge 28 dicembre 2015, n. 208*"), sia dalla *ratio* sottesa all'intervento legislativo, volto specificamente a prorogarne l'efficacia, scandendo i termini finali di indizione e conclusione delle procedure di stabilizzazione, così da circoscrivere l'ambito temporale di applicazione della disciplina derogatoria rispetto alla sopravvenuta normativa generale.

-Il significato del riferimento al "*lavoro flessibile*", contenuto nel comma 543 della legge 208/2015, deve essere desunto tenendo conto dell'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che, nel delimitare i tipi di contratti di lavoro mediante i quali le pubbliche amministrazioni possono assumere personale, ricomprende - nell'ambito delle "*forme di lavoro flessibile*" (come le definisce la rubrica dell'articolo) - i "*contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nonché [le] forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche*".

-Non può sostenersi che la procedura concorsuale sia stata indetta oltre il limite temporale di vigenza della normativa speciale, atteso che l'*iter* procedimentale per la stabilizzazione del personale precario ha avuto inizio con la delibera del direttore generale dell'Asl di Caserta n. 1655 del 31 dicembre 2018, e quindi entro il termine fissato dal comma 10 dell'art. 20 del D.lgs. n. 75/2017 ai fini dell'applicabilità delle "*disposizioni di cui all'art. I comma 543 legge n. 208/2015, la cui efficacia è stata prorogata al 31 dicembre 2018 per l'indizione delle procedure concorsuali straordinarie ed al 31 dicembre 2019 per la loro conclusione*".

7.-Avverso la citata sentenza n.707/2021, l'ASL di Caserta ha proposto l'odierno gravame, con richiesta di misura cautelare.

L'amministrazione appellante, *in primis*, riferisce che:

- a) la procedura di stabilizzazione in questione ha visto ammessi n. 43 ed esclusi n. 146 candidati;
- b) i candidati ammessi hanno sostenuto la prova scritta in data 24 giugno 2020 e i relativi elaborati non sono stati a tutt'oggi corretti;
- c) a seguito di diffida dei ricorrenti e susseguente contro-diffida degli ammessi al concorso, giusta delibera del direttore generale n. 410 del 15 marzo 2021, l'ASL ha sospeso, allo stato, la procedura concorsuale, al fine di attendere il pronunciamento di merito del Consiglio di Stato.

d) il ricorso di prime cure non risulta notificato ad alcuno dei soggetti controinteressati pur evincibili dalla delibera 331/2020 oggetto di impugnativa.

L'amministrazione appellante deduce:

I. *error in iudicando* - difetto di motivazione per travisamento dei fatti. violazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c.

I ricorrenti hanno sostenuto di essere tutti dipendenti di cooperative sociali, per la maggior parte con contratti di lavoro a tempo indeterminato, e non hanno mai dedotto, né provato di essere dipendenti di agenzie di lavoro interinale e/o somministrazione, restando evidente la differenza del rapporto giuridico intercorrente tra il dipendente e le due diverse categorie datoriali.

II. Difetto di motivazione. violazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. e 64 c.p.a.

La motivazione del provvedimento di esclusione dei ricorrenti (odierni appellati) dalla procedura di stabilizzazione è correttamente motivata, perché “non in possesso dei requisiti previsti dall’art. 20 comma 2 D.lgs 75/2017 di cui al bando di indizione del concorso pubblico”, non sussistendo alcun rapporto di lavoro flessibile tra di essi e la ASL, in presenza del contratto di appalto servizi.

III. Violazione dell’art. 3, comma 10, e allegato II d.lgs 163/2006, dell’art. 29 d.lgs. 276/2003 e degli artt. 30 e 31 d.lgs 81/2015. in connessione con l’art. 20, comma 2, d.lgs 75/2017.

Il capitolato di appalto ed il contratto prevedono a carico della appaltatrice prestazioni riconducibili esclusivamente allo schema dell’appalto di servizi; l’art. 29 del D.lgs 276/2003, a differenza del contratto di somministrazione lavoro, prevede il potere organizzativo e direttivo in capo all’appaltatore, che assume altresì il rischio di impresa.

V. Violazione dell’art. 20, comma 2, d.lgs 75/2017; violazione dell’art. 1, comma 543, legge 208/2015; violazione delle circolari del Ministero della funzione pubblica n. 3/2017 e n. 1/2018; violazione della circolare della Regione Campania prot. n. 455915/2018.

In presenza di un contratto di appalto servizi con oggetto prestazione di manodopera, la questione all’esame sfugge del tutto dall’ambito applicativo della ‘legge Madia’.

VI. Violazione dell’art. 20 d.lgs 75/2017

L’art. 20 della ‘legge Madia’ subordina le procedure di stabilizzazione alla approvazione del Piano triennale del fabbisogno del personale e alla connessa indicazione della copertura finanziaria. Pertanto è inapplicabile l’art. 1, comma 543, legge 208/2015 in relazione alla data di attivazione della procedura di stabilizzazione, che non può farsi risalire alla delibera n. 1655/2018 con la quale si dava mandato alla UOC risorse umane di procedere alla ricognizione degli aventi diritto alla stabilizzazione.

VII. inammissibilità del ricorso per tardività, avendo le clausole del bando portata immediatamente escludente.

8.-Gli appellati insistono nel sostenere in primo luogo il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione, non essendo in alcun modo esplicitato di quali requisiti i ricorrenti fossero carenti, nonché il difetto dei presupposti, per essere gli stessi titolari, nell'arco di tempo considerato, di un contratto di lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36 del decreto legislativo 165/2001, che comprende nell'ambito delle forme di lavoro flessibile i contratti di somministrazione, di cui affermano di essere titolari.

9.-Con l'ordinanza n. 2141/2021, la Sezione ha accolto la domanda incidentale cautelare dell'ASL e per l'effetto ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata.

10.- La Sezione, inoltre, preso atto che sulla questione del divieto di stabilizzazione per i lavoratori in regime di somministrazione, previsto dall'art. 20, comma 9, del d. lgs. n. 75 del 2017, il Tribunale di Massa, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza n. 23 del 2 novembre 2020, aveva sollevato questione di costituzionalità sotto il profilo della prospettata violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e che l'udienza avanti alla Corte costituzionale per la discussione della questione era stata fissata per il 10 novembre 2021, con propria ordinanza collegiale n. 6429/2021, ha assegnato alle parti termine fino al 22 ottobre 2021 per presentare memorie vertenti sulla questione *de qua*.

11.-Le parti hanno presentato memorie.

12.-Nell'udienza del 7 aprile la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

1.-La Sezione ritiene di scrutinare preliminarmente le censure sollevate dall'ASL di Caserta in ordine alla mancata notifica del ricorso di primo grado ai controinteressati e alla contestata tardività dell'atto.

Entrambi i motivi d'appello sono infondati.

1.1- La Sezione respinge la censura relativa alla mancata notifica del ricorso ai controinteressati, perché, secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale in materia, prima della formazione della graduatoria non sono configurabili controinteressati in senso tecnico.

Qualora sia impugnata una graduatoria concorsuale, controinteressati sono coloro fra i partecipanti i quali, per effetto dell'ipotetico accoglimento del ricorso, verrebbero a subire un pregiudizio anche in termini di postergazione nella graduatoria medesima (cfr. Cons. Stato, sez. III n. 770/2013).

La posizione di controinteressato è infatti riscontrabile solo in quei soggetti risultati idonei in una graduatoria finale di merito, visto che solo in tale occasione "l'eventuale esito positivo (di

un'impugnativa) potrebbe pregiudicare la situazione, ancorché in via astratta e remota, ...dei promossi”, che devono, di conseguenza, essere posti in grado di difendersi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 3813/18 luglio 2005 e Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 23/2008).

1.2- Quanto alla lamentata tardività dei ricorsi di primo grado, rileva il Collegio che gli appellati hanno essenzialmente sostenuto che gli impugnati atti di esclusione si sarebbero posti in violazione della normativa di settore, sicché non vi era l'onere d'impugnativa immediata del bando.

Nel caso di specie, il bando di concorso ha richiamato l'art. 20, comma 2, del D. Lgs n. 75/2017, sicché risultano tempestive le censure di errata interpretazione della legge, formulate in primo grado.

2.-Passando ad esaminare il merito, l'appello dell'ASL di Caserta è fondato e pertanto deve essere accolto.

2.1-L'ASL, con il bando pubblicato sul B.U.R.C. n. 49 del 12 agosto 2019 e, per estratto nella G.U.R.I. IV serie speciale n. 73 del 13 settembre 2019, ha indetto una procedura di concorso per titoli per la stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del servizio sanitario nazionale avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di n. 20 posti di O.S.S. di livello economico "BS".

2.2-La partecipazione era subordinata al possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017.

2.3- Gli appellati, vittoriosi in primo grado, ritengono che non si applichi al personale del comparto Sanità il divieto di stabilizzazione ai rapporti di somministrazione, previsto espressamente dal comma 9 del medesimo articolo 20, per effetto del richiamo operato dal successivo comma 10 all'articolo 1, comma 543, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

E siccome si dichiarano dipendenti di cooperative sociali aggiudicatrici dell'appalto di servizio bandito dall'amministrazione sanitaria appellante, essi ritengono di essere equiparabili ai lavoratori somministrati e, quindi, in possesso del requisito per l'ammissione alla procedura di concorso, dalla quale assumono di essere stati illegittimamente esclusi.

2.4-La questione su cui la Sezione è chiamata a decidere riguarda, pertanto, l'ambito di effettiva operatività dell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017, avuto riguardo ai lavoratori del comparto sanità.

2.5-Preliminarmente, la Sezione intende procedere ad un inquadramento della nuova disciplina concernente la stabilizzazione dei precari.

La frequente stipula, da parte delle pubbliche amministrazioni, di contratti a termine, di formazione e lavoro, di somministrazione e, in genere, alle forme contrattuali flessibili – consentita solo per

esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, ma talvolta reiterata oltre i previsti limiti temporali - ha determinato situazioni di precariato, cronicizzate nel tempo.

Ciò ha indotto il legislatore ad introdurre procedure di “stabilizzazione”, finalizzate all’obiettivo dell’assorbimento dei lavoratori precari nel personale stabile con contratti a tempo indeterminato.

Come ha chiarito la stessa Corte Costituzionale, le procedure di stabilizzazione costituiscono uno strumento di reclutamento derogatorio rispetto a quello ordinario del pubblico concorso, in quanto introducono un percorso riservato ad una platea ristretta di soggetti, che risultino in possesso di determinati requisiti e abbiano maturato un determinato periodo di esperienza lavorativa in ambito pubblico, secondo dettagliate disposizioni previste da specifiche leggi.

In particolare, l’art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 - concernente “*modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” - prevede che:

1) al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, consente alle amministrazioni, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all’articolo 6, comma 2, e con l’indicazione della relativa copertura finanziaria, di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:

a) risulti in servizio, anche per un solo giorno, successivamente alla data del 28 agosto 2015, con contratto di lavoro a tempo determinato presso l’amministrazione che deve procedere all’assunzione;

b) sia stato assunto a tempo determinato attingendo ad una graduatoria, a tempo determinato o indeterminato, riferita ad una procedura concorsuale ordinaria, per esami o per titoli, ovvero anche prevista in una normativa di legge - in relazione alle medesime attività svolte e intese come mansioni dell’area o categoria professionale di appartenenza, procedura anche espletata da amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all’assunzione;

c) abbia maturato, al 31 dicembre 2022, alle dipendenze della stessa amministrazione che procede all’assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

2.6- Nello stesso triennio 2018-2020, le amministrazioni possono bandire, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all’articolo 6, comma 2, e ferma restando la garanzia dell’adeguato accesso dall’esterno, previa indicazione della relativa copertura finanziaria, procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:

a) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso;

b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

2.7- Dalle procedure di “stabilizzazione” previste dall’art. 20, sono esclusi, ai sensi del successivo comma 9, ultimo periodo, i lavoratori utilizzati mediante contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

2.8.-Ai sensi del comma 11 del medesimo articolo 20, *“Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano al personale tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, nonché al personale delle amministrazioni finanziate dal Fondo ordinario per gli enti e le istituzioni di ricerca, anche ove lo stesso abbia maturato il periodo di tre anni di lavoro negli ultimi otto anni rispettivamente presso diverse amministrazioni del Servizio sanitario nazionale o presso diversi enti e istituzioni di ricerca”.*

3.-La Corte costituzionale, con la sentenza n. 250/21, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell’art. 20, comma 9, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, nella parte in cui esclude i lavoratori utilizzati in base a contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni dalla possibilità di essere “stabilizzati” alle dipendenze di quest’ ultime, limitatamente alle condizioni previste dal comma 1 del medesimo art. 20 per i lavoratori titolari di contratto di lavoro a tempo determinato.

4.-Tutto ciò premesso, avuto riguardo in particolare all’ipotesi del comma 2 dell’art.20 che qui interessa, in disparte la estensione o meno del divieto di cui al comma 9 anche ai contratti di somministrazione del comparto sanità, il *thema decidendum* riguarda la possibilità di considerare gli appellati titolari o meno di un rapporto di lavoro flessibile con l’ASL di Caserta e se, come essi pretendono, possano essere ritenuti assimilabili ai lavoratori somministrati, nel presupposto di un asserito carattere elusivo del contratto in essere con le cooperative sociali.

5.-Essi sono, e lo dichiarano in atti, dipendenti di cooperative sociali che, come specificato dall’ASL appellante, sono aggiudicatari in ATI di gara bandita dalla medesima ASL di Caserta per l’affidamento dei servizi socio sanitari, ex art. 3 e Allegato II D.lgs 163/2006, presso le proprie strutture ospedaliere e territoriali.

6.-In tale quadro, va chiarito che il contratto di somministrazione - definito come *«contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un’agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività*

nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore» (art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015) - costituisce una fattispecie negoziale complessa, in cui due contratti si combinano per realizzare la dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione di lavoro, secondo una interposizione autorizzata dall'ordinamento in quanto soggetta a particolari controlli e garanzie, quali condizioni per prevenire il rischio che l'imputazione del rapporto a persona diversa dall'effettivo utilizzatore si presti a forme di elusione delle tutele del lavoratore.

Nella diversa ipotesi dell'appalto di servizi aggiudicato dalla ASL di Caserta, resta a carico della appaltatrice la gestione del personale, sia nella fase di formazione, sia nella fase esecutiva del contratto, conservando pienamente anche il potere disciplinare nei confronti dei propri dipendenti.

7.-Il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sez. V, n. 1571/2018, ha chiarito i tratti distintivi che connotano in modo tipico il contratto d'appalto e valgono a differenziarlo dalla somministrazione di personale, precisando che essi “consistono nell'assunzione da parte dell'appaltatore:

- a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta;
- b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa;
- c) del rischio di impresa (si veda in tal senso l'art. 29 del d.lgs. 276/2003, il quale recita: “*Ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione di mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa*”).

I richiamati profili di differenziazione si compendiano nel fatto che attraverso il contratto di appalto una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro - secondo lo schema dell'obbligazione di risultato; nel contratto di somministrazione, al contrario, l'agenzia invia in missione dei lavoratori, che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore - secondo lo schema dell'obbligazione di mezzi.

Da ciò ulteriormente consegue che nel contratto di appalto i lavoratori restano nella disponibilità della società appaltatrice, la quale ne cura la direzione ed il controllo; nella somministrazione è invece l'utilizzatore che dispone dei lavoratori, impartendo loro le direttive da eseguire.

8.-Se come sopra delineata la disciplina relativa alla stabilizzazione, di cui al più volte citato art.20, si presenta quale norma derogatoria della previsione generale delle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni attraverso pubblico concorso, allora sono da intendersi come assolutamente

vincolanti e necessari i requisiti che i lavoratori debbono possedere per partecipare alla procedura di stabilizzazione.

E, nel caso di specie, uno dei requisiti inderogabili è la titolarità da parte dello stesso lavoratore di un rapporto di lavoro flessibile con l'amministrazione precedente.

9.- Orbene, gli appellati sono dipendenti di cooperative sociali aggiudicatarie in ATI di un appalto di servizi.

10.-Come specificato dall'amministrazione appellante e come si ricava agevolmente dal contratto di appalto versato in atti, sottoscritto tra le parti il 18 dicembre 2014, le cooperative sono aggiudicatarie in ATI di gara bandita dalla medesima ASL di Caserta per l'affidamento dei servizi socio sanitari, ex art. 3 e Allegato II D.lgs 163/2006, presso le proprie strutture ospedaliere e territoriali, all'ATI A.I.D.O., Soc. coop. sociale Il Pellicano, Società Cooperativa Sociale Onlus Filipendo;

Il capitolato speciale di appalto, richiamato nel citato contratto, ed esplicitato dallo stesso ente appellante, prevedeva che le prestazioni dovessero essere rese presso il P.O. di Maddaloni, il P.O. di Marcianise, il P.O. di San Felice a Cancelli, il P.O. di Piedimonte Matese, il P.O. di Sessa Aurunca, il P.O. di S. Maria Capua Vetere, lo S.P.D.C. Ospedale di Caserta, il Coordinamento Farmaceutico ex Asl di Caserta, la Farmacia Poliambulatorio di Caiazzo, per un monte orario mensile per ciascun dipendente di 100 ore. Inoltre, secondo le disposizioni del contratto e del CSA restava a carico della appaltatrice la gestione del personale, sia nella fase di formazione, sia nella fase esecutiva del contratto, conservando pienamente il potere disciplinare nei confronti dei propri dipendenti.

11.- Per quanto sopra precede gli appellati non sono dipendenti diretti dell'ASL, né hanno con l'ASL un rapporto di lavoro in regime di somministrazione.

12.- E' irrilevante che essi ritengono che il loro rapporto di lavoro presso le cooperative sociali sia un rapporto di lavoro in regime di somministrazione, non potendo avere rilievo in questa sede qualsiasi considerazione sulla sussistenza di rapporti posti in essere in violazione della legge.

13.- Ne consegue che nella interpretazione della legge non trova spazio quanto affermato dal TAR per la Campania, con la sentenza n. 707/2021, circa il diritto alla partecipazione alla procedura concorsuale degli appellati, nell'asserito presupposto che prevalga la disposizione dell'art. 1, comma 543, della legge di stabilità 2016 (l. 208/15), richiamato dal comma 10 dell'art. 20 della c.d. Legge Madia, sulla esclusione sancita dal comma 9 dello stesso articolato.

14. Per le ragioni che precedono l'appello è fondato e deve essere accolto, sicché, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va respinto.

Sussistono le condizioni per la compensazione delle spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello n. 2423 del 2021 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR per la Campania n. 707/2021, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonella De Miro

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO
