

APPALTI: Contratti della P.A. – Appalto di opere e servizi – Appalti ad alta densità di manodopera – Interposizione illecita di manodopera – Casi in cui è ravvisabile. 2. Indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come “appalto” – Ma dissimulante una somministrazione di personale.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 10 marzo 2022, n. 2786

- in *Il Foro amm.*, 3, 2022, pag. 419 e ss.

1. “[...] in tema di interposizione di manodopera, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. 'labour intensive'), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'intuitus personae nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro” [...].”

2. “[...] La giurisprudenza ha individuato gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come “appalto”, ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi: a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro; b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente; c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività; e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore [...].”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico Umberto I di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2022 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti hanno impugnato la delibera del Direttore Generale n° 1177 del 19 dicembre 2019 con la quale è stata indetta una procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 95, co. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento di "*servizi di assistenza infermieristica e di attività di supporto*" nell'ambito dell'Azienda Policlinico Umberto I di Roma I.

In particolare, i ricorrenti hanno partecipato al concorso pubblico per titoli ed esami indetto dall'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea con deliberazione n. 175/19 a 258 posti di Collaboratore Professionale Sanitario - Infermiere (laureato) per l'assunzione a tempo indeterminato e sono stati tutti collocati come idonei nella graduatoria finale; graduatoria ancora vigente ex art. 35, comma 5 ter, d.lgs. n. 165/2001.

I ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi: 1. Eccesso di potere per difetto, incongruenza ed illogicità della motivazione; contraddittorietà con l'atto aziendale approvato con decreto del Commissario ad acta 4 luglio 2019 n° 259, e pubblicato sul BURL n. 58 del 18.7.2019. 2. Violazione degli artt. 4 e 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 e dell'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015. 3. Violazione dell'art. 21 septies della l. n. 241 del 1990. Violazione dell'art. 68 del d.lgs. n.° 50 del 2016. Eccesso di potere per indeterminatezza e genericità dell'oggetto dell'appalto. Violazione dell'art. 1346 cod. civ. e dell'art. 71 del d.lgs. n. 50 del 2016. 4. Violazione dell'art. 36, co. 2, del D.lgs. n° 165 del 2001. Eccesso di potere per irragionevolezza, inosservanza della circolare n° 5 del 2013 della Presidenza del Consiglio dei Ministri; difetto di motivazione e sviamento.

Sostengono i ricorrenti:

- che il provvedimento non è adeguatamente motivato;
- che in nessun documento di gara viene precisato il numero di lavoratori o il monte ore richiesti, e conseguentemente non è dato sapere come sia stato calcolato il valore dell'appalto nella sua totalità, e quello dei singoli lotti;
- che sedi, tipologia ed orari delle prestazioni sono stabilite dall'Azienda;
- che il personale dell'aggiudicatario deve operare secondo i piani di attività stabiliti presso i vari reparti;
- che nessuna obbligazione di risultato è prevista a carico dell'appaltatore al di fuori dell'obbligo di garantire la "*continuità*" del servizio;
- che non esiste il rischio di impresa;
- che il Policlinico deve fornire le attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- che nei documenti di gara vi sono incongruenze;
- che è riservato al Dipartimento delle professioni sanitarie la "*funzione di governo aziendale dell'assistenza infermieristica ed ostetrica, tecnico- sanitaria e della prevenzione riabilitativa e di supporto*";

- che il controllo sulle prestazioni del personale ed il loro coordinamento viene svolto dall'ente committente attraverso la figura del Direttore dell'esecuzione e dei suoi assistenti, tutti nominati dal Policlinico;
- che le clausole sono del tutto generiche e per ciascun servizio richiesto non sono stati indicati in modo compiuto, esplicito ed esauriente, le risorse di personale o quantomeno le ore di lavoro richieste;
- che si sarebbe dovuto attingere alla graduatoria degli idonei del concorso pubblico per infermieri.

L'Azienda resistente ha controdedotto nel merito.

Alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

L'esame della fattispecie in questione comporta la necessità di individuare la linea di demarcazione tra la fattispecie vietata dell'esistenza di una interposizione illecita di manodopera e quella lecita dell'appalto di opere o servizi.

Com'è noto, è stata ritenuta la legittimità degli appalti ad alta intensità di manodopera (cd. *labour intensive*), ossia appalti nei quali l'apporto di attrezzature e capitale risulta marginale rispetto alla fornitura di prestazioni lavorative; in tal caso il requisito dell'organizzazione di mezzi necessari potrà ritenersi provato dal fatto che il potere direttivo e organizzativo sul personale impiegato venga esercitato esclusivamente dall'appaltatore, senza alcuna interferenza da parte del committente e che, in ogni caso, vi sia una forma di assunzione di rischio di impresa da parte dell'appaltatore medesimo (Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n.12551).

In particolare, è stato precisato che *“in tema di interposizione di manodopera, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. 'labour intensive'), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'intuitus personae nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro”* (Corte App., Roma, sez. lav., 10 maggio 2021, n. 1819).

Il consolidato orientamento della giurisprudenza ritiene che debba essere accertato che all'appaltatore sia stato affidato un servizio ed un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso la reale organizzazione e gestione autonoma della prestazione, con effettivo assoggettamento dei propri dipendenti al potere direttivo e di controllo, con l'impiego di propri mezzi da parte dell'appaltatore e

sempre che sussista un rischio di impresa in capo all'appaltatore (Cass., sez. lav., 10 giugno 2019, n. 654146).

La giurisprudenza ha individuato gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come “appalto”, ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi: a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro; b) l’inserimento stabile del personale dell’appaltatore nel ciclo produttivo del committente; c) l’identità dell’attività svolta dal personale dell’appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l’espletamento delle attività; e) l’organizzazione da parte del committente dell’attività dei dipendenti dell’appaltatore (Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018 n. 1571).

“Secondo la disciplina di cui alla l. n. 1369 del 1960, l’interposizione illecita va esclusa quando l’appaltatore utilizza una propria organizzazione e gestisce direttamente i rapporti di lavoro ed i requisiti dell’appalto lecito vengono individuati nella organizzazione propria dell’appaltatore e nella assunzione di questi del rischio di impresa per il conseguimento di un autonomo risultato produttivo, mentre ai sensi dell’art. 29 d.lg. n. 276 del 2003, l’appalto di opere o servizi espletato con mere prestazioni di manodopera è lecito purché il requisito della organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell’appaltatore, senza che l’appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell’appaltatore e il requisito della organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore, previsto dal citato articolo 29, può essere individuato, in presenza di particolari esigenze dell’opera o del servizio, anche nell’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto” (Cass., sez. lav., 3 novembre 2020, n. 24386).

Fatte queste premesse – e precisando che il bando in questione attiene pacificamente nella categoria cd. *labour intensive*, essendo dominante la fornitura di prestazione lavorativa – è necessario passare ad esaminare le censure proposte dai ricorrenti.

In primo luogo, non è fondata la prima censura, con la quale si contesta la mancata indicazione del numero di lavoratori o del monte ore richiesti, posto che, in base alla giurisprudenza sopra citata, proprio questa mancata indicazione è indice della legittimità dell’appalto, in quanto, così facendo, è demandato all’appaltatore l’organizzazione delle risorse necessarie idonee a raggiungere gli obiettivi assistenziali indicati nell’appalto.

Non corrisponde al vero che la tipologia e gli orari delle prestazioni sono stati stabiliti dall’Azienda, in quanto il Capitolato speciale prevede espressamente che *“gli orari di lavoro dovranno essere definiti autonomamente dall’aggiudicatario”*.

Vero è che il Documento tecnico stabilisce una copertura di 24 ore del servizio infermieristico ma questo deve essere inquadrato nell'ambito della qualità richiesta, e cioè quale standard assistenziale idoneo a verificare l'appropriatezza dell'assistenza erogata.

In particolare, è l'appaltatore a scegliere il numero dei dipendenti necessario ad eseguire l'opera o il servizio dedotto in contratto, in virtù delle sue competenze tecnico-professionali che gli consentono di stimare le unità lavorative presumibilmente necessarie per lo svolgimento dell'incarico; a scegliere la sostituzione dei lavoratori assenti, posto che solo costui può valutare la professionalità del personale assente e decidere, nell'ottica del raggiungimento del risultato finale, se sostituirlo con un altro dipendente, appartenente pur sempre alla propria compagine aziendale, in possesso delle medesime o differenti professionalità, oppure continuare l'esecuzione dell'opera o del servizio con quel deficit prestazionale venutosi a creare.

Inoltre, anche se è il committente a determinare le fasce orarie di esecuzione dell'appalto, è l'appaltatore a fissare il turn over lavorativo, selezionando i dipendenti da adibire effettivamente a ogni turno.

Per quanto riguarda la cesura riguardante l'utilizzo e la fornitura delle attrezzature, la giurisprudenza ha precisato che *“sono leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera o con l'ausilio di attrezzature e mezzi modesti, costituiscano un servizio in sé svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e con assunzione da parte dello stesso dei relativi rischi economici, senza diretti interventi dispositivi e di controllo dell'appaltante sulle persone dipendenti dall'altro soggetto”* (Cass. sez. lav., 3 luglio 2009, n. 15693).

Quindi, seppur è vero che l'aggiudicatario utilizzerà arredi, attrezzature elettromedicali e i dispositivi medici necessari al servizio già in uso, e quindi già acquisiti dalla stazione appaltante, è anche vero che l'aggiudicatario dovrà mettere a disposizione altra specifica attrezzatura, quale barelle, carrozzine per mobilitazione pazienti e carrelli per distribuzione terapia.

In relazione poi al controllo sulle prestazioni del personale ed il loro coordinamento, questo non fa capo alla stazione appaltante, come ritengono i ricorrenti, in quanto il Direttore dell'Esecuzione del Contratto non è altro che il Direttore dei lavori, che dovrà vigilare sulla corretta esecuzione delle prestazioni di appalto.

In sostanza questa figura non esercita diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore, con la conseguenza che la previsione di questa figura, con funzioni di mero coordinamento, non è sufficiente a configurare la figura dell'intermediazione vietata nel nostro ordinamento.

Quanto al rischio di impresa si evidenzia che si ha gestione “a proprio rischio” da parte dell'appaltatore quando questo assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata, nonché quello dell'eventuale mancato raggiungimento del risultato connesso alla stipulazione dell'appalto; l'assunzione del rischio nell'esecuzione del rapporto contrattuale è a carico delle parti per

quello che ciascuna vi impegna direttamente, quindi, nel caso dell'appaltatore, egli assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata.

Ed è questo il caso in esame, posto che l'appaltatore si assume il rischio del conseguimento del risultato con la conseguenza che l'impossibilità della prestazione sarebbe imputabile al datore di lavoro titolare del contratto di lavoro.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto con compensazione delle spese di giudizio stante la particolarità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Francesca Ferrazzoli, Referendario

L'ESTENSORE

Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO