

Pubblicato il 27/08/2021

**N. 06062/2021REG.PROV.COLL.
N. 07446/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7446 del 2020, proposto da SDS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina n. 26;

nei confronti

Sanitaservice Asl Ta s.r.l. Unipersonale, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1009/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Luigi Nilo e Ada Matteo su delega dichiarata di Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza (in forma semplificata) appellata, il T.A.R. per la Puglia ha respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante – società SDS s.r.l. – avverso la deliberazione n. 1529 del 20 luglio 2020, avente ad oggetto, ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lvo n. 50/2016, l'internalizzazione, tramite affidamento alla società *in house* dell'ASL (Sanitaservice ASL Taranto s.r.l. Unipersonale) per la durata di 9 anni, del servizio di gestione del Centro Unificato di Prenotazione (CUP), del servizio di supporto tecnico-operativo ICT, dei servizi di conduzione assistenza e manutenzione di primo livello comprensivo di conduzione data center, servizio help desk, servizio di manutenzione postazioni di lavoro, servizi supporto specialistico e servizi di assistenza e manutenzione di primo livello infrastrutture e sistemi.

La proposizione dell'impugnazione trovava fondamento nel ruolo allo stato rivestito dalla ricorrente, quale mandante del RTI verticale affidatario del servizio in proroga fino al 31 ottobre 2020, oltre che nel suo interesse a prendere parte alla gara che l'Amministrazione avrebbe indetto, in alternativa alla internalizzazione, ai fini del suo nuovo affidamento.

Il *thema decidendum*, che la ricorrente sottoponeva alla valutazione del giudice di primo grado, si collegava ad alcuni profili dominanti, quali:

- la congruità economica dell'offerta presentata dalla società *in house*, assumendo la parte ricorrente la sua inidoneità a garantire il rispetto del trattamento salariale minimo secondo il CCNL AIOP dei lavoratori adibiti

allo svolgimento del servizio da erogare secondo il Capitolato Tecnico Prestazionale.

Sul punto, la parte ricorrente deduceva che la Sanitaservice aveva fatto erroneamente riferimento, ai fini del calcolo del costo orario del lavoro, al monte ore teorico, e rilevava, sulla scorta della relazione a firma del c.t. di parte dott. De Pace, che il costo del servizio era pari ad euro 2.370.689,27 (e non, come affermato in offerta da Sanitaservice, ad euro 2.278.339,55), con la conseguenza che, aggiungendo a detto costo le voci negli stessi importi riportati nella offerta della Sanitaservice a pagina 5, si perveniva ad un costo complessivo di euro 2.603.294,67, superiore al costo della commessa con servizio esternalizzato pari ad euro 2.584.314,07.

Evidenziava altresì la parte ricorrente che il riferimento al corretto costo orario, pari ad € 20,95 e non ad € 16,95, come sostenuto dalla società *in house*, dimostrava l'erroneità dell'assunto secondo cui l'internalizzazione del servizio avrebbe comportato il pagamento in favore della società *in house* di un canone inferiore a quello da sostenere mediante il ricorso al libero mercato.

- l'assunzione dei lavoratori alle dipendenze dell'attuale gestore del servizio sulla scorta della cd. clausola sociale non sarebbe potuta avvenire come previsto dal regolamento interno della società Sanitaservice, ovvero con contratti a tempo determinato per la durata dell'affidamento, stabilita in anni nove, ma a con contratti tempo indeterminato, in contrasto con i vincoli posti all'affidamento in house anche con la sentenza della Corte costituzionale n. 68/2011.

- poiché il coordinamento delle attività degli operatori di sportello CUP veniva affidato ad una struttura della ASL, e segnatamente al DEC dei servizi di gestione del CUP individuato nel responsabile della struttura semplice denominata "Gestione liste di attesa /CUP", alla Sanitaservice risultava affidata la sola messa a disposizione della prestazione lavorativa degli operatori, con la conseguente configurazione di una inammissibile (ed illecita) fattispecie di intermediazione o interposizione di lavoro.

Mediante la sentenza appellata, il giudice di primo grado ha respinto i plurimi profili di censura articolati, con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti, dalla società ricorrente, non pronunciandosi sulle eccezioni di inammissibilità formulate dalla parte resistente.

La sentenza costituisce quindi oggetto dei rilievi critici formulati dalla odierna appellante, al cui accoglimento si oppone – anche riproponendo le eccezioni di inammissibilità articolate in primo grado ed assorbite dal T.A.R. – l’Azienda Sanitaria Locale di Taranto.

Tanto premesso, deve muoversi dall’esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo formulate dall’Azienda appellata.

Essa deduce in primo luogo che fa difetto in capo alla SDS s.r.l. la legittimazione al ricorso, sul rilievo che la società ricorrente, quale mandante del raggruppamento affidatario del servizio della cui internalizzazione si discute, verserebbe, allo stesso modo dell’intero raggruppamento, in una posizione di proroga tecnica, efficace fino al 31 ottobre 2020.

Inoltre, prosegue la parte resistente, la proroga riguarda solo i servizi oggetto di internalizzazione, con esclusione dei servizi di conduzione, assistenza e manutenzione di secondo livello, servizio di help desk di secondo livello, servizio di supporto sistemistico, gestione licenze antivirus, servizio di manutenzione adeguativa, servizio di manutenzione normativa e servizio di manutenzione evolutiva, che saranno affidati mediante appalto specifico nell’ambito dell’Accordo Quadro ICT Regionale.

Da tali rilievi l’Azienda fa discendere che l’interesse sotteso al ricorso – a godere di ulteriori proroghe del rapporto contrattuale in essere – è qualificabile come interesse di mero fatto, come tale non apprezzabile sul piano giuridico.

L’eccezione non può essere accolta.

Deve infatti osservarsi che, come si evince dal ricorso introduttivo, “con il presente ricorso si eccepiscono motivi di interesse strumentale derivanti dalla irregolarità del procedimento, sia con riferimento all’iter seguito e sia con

riferimento alle conclusioni cui è pervenuto....Tale eccezione prescinde dalla effettiva posizione di attuale appaltatore del servizio Cup da parte della ricorrente, che non viene dedotto nella fattispecie di cui è causa....Aver sottratto dal libero mercato una occasione di lavoro costituisce, di per se, lesione di una legittima aspettativa per un operatore del settore, come è la SDS srl.”.

Dalle surriportate affermazioni del ricorso introduttivo (e come ribadito con la memoria di appello del 12 ottobre 2020) è dato quindi desumere che la legittimazione al ricorso viene fondata dalla stessa ricorrente (non sulla sua posizione di attuale gestrice, ma) sul suo predicato interesse a concorrere all'affidamento del servizio, il quale troverebbe soddisfacimento, nell'ipotesi di accertamento della illegittimità del provvedimento di affidamento alla società *in house* Sanitaservice s.r.l. e di conseguente accoglimento della relativa domanda di annullamento, mediante l'auspicato ricorso al mercato ai fini della individuazione del soggetto gestore.

Con ulteriore eccezione di inammissibilità, l'Azienda appellata, con riferimento alla posizione legittimante in tal modo delineata, deduce che, ai fini della tutelabilità dell'interesse strumentale, non è sufficiente qualificarsi alla stregua di un operatore economico del settore di riferimento, essendo al contrario necessario comprovare anche la propria qualificazione per lo svolgimento dei servizi di che trattasi: nella specie, tuttavia, la dichiarata qualità di attuale gestore del servizio non apparirebbe sufficiente a radicare in capo alla società appellante l'interesse vantato, considerato che essa costituisce solo uno dei componenti il raggruppamento guidato da Consis che, come evidenziato nell'atto di indirizzo del 23 gennaio 2020, costituisce un raggruppamento di carattere verticale “con ciascun operatore [...] chiamato a svolgere una commessa ben definita”, con l'effetto che, quand'anche fosse effettivamente la SDS a svolgere in concreto il servizio CUP, non si comprenderebbe sulla base di quali requisiti la medesima ditta potrebbe svolgere anche gli altri servizi oggetto di internalizzazione.

Nemmeno tale eccezione è meritevole di accoglimento.

Deve rilevarsi, in primo luogo, che l'Azienda appellata non fornisce alcun elemento probatorio al fine di dimostrare che la società appellante sia qualificata per lo svolgimento di una sola parte (quella cioè relativa alla gestione del CUP) dei servizi oggetto di internalizzazione, non potendo a tal fine farsi leva sul fatto che, nell'ambito del precedente affidamento all'esito di una pubblica gara, essa era mandante di un RTI di tipo asseritamente verticale.

Come si evince infatti dall'atto di indirizzo del 23 gennaio 2020, che l'Azienda richiama a fondamento dell'eccezione de qua, si afferma che la "configurazione del RTI" sarebbe stata "di carattere essenzialmente verticale": ebbene, tanto più a fronte della contestazione svolta sul punto dalla parte appellante (cfr. memoria del 12 ottobre 2020) ed in mancanza di più specifici elementi probatori, la suddetta affermazione non denota in maniera univoca che la struttura verticale del RTI abbia caratterizzato anche la sua partecipazione alla gara (né che la relativa *lex specialis* prevedesse la suddivisione delle prestazioni da affidare in principale e secondarie, come sarebbe stato necessario ai fini della configurazione di un RTI verticale in senso stretto) e non abbia costituito solo una modalità esecutiva del servizio oggetto di affidamento.

In ogni caso, come poc'anzi evidenziato, il fatto che la società appellante abbia eventualmente svolto una sola parte della commessa quale componente di un RTI di tipo verticale non depone necessariamente nel senso che essa non sia qualificata allo svolgimento dell'intero servizio oggetto della contestata internalizzazione: senza omettere di aggiungere che, anche ammesso che così sia, l'interesse strumentale (all'affidamento del servizio mediante gara) può ben essere perseguito da una delle imprese titolari di una qualificazione di carattere parziale, in vista della sua partecipazione, nuovamente in RTI (con le medesime imprese già affidatarie o altre), alla futura gara.

Ed invero, l'idoneità legittimante (al ricorso) dell'interesse strumentale deve essere esclusa solo quando sia univocamente dimostrato che la parte ricorrente non possa aspirare all'ottenimento, anche solo parziale (*recte*, con riferimento ad una sola parte del complessivo servizio oggetto di internalizzazione), del bene della vita finale: laddove, proprio il fatto che, con riguardo al precedente affidamento, essa abbia fatto ricorso alla soluzione del RTI depone nel senso della persistenza di siffatto interesse, in mancanza di serie ragioni atte, già in astratto, ad ostacolarne la realizzazione.

Con ulteriore eccezione, l'Azienda appellata deduce la tardività dell'impugnazione, all'uopo rappresentando che:

- già con la deliberazione n. 1880 del 28 dicembre 2018 l'Azienda sanitaria di Taranto, nel dichiarato intento di garantire “la continuità al complesso dei sistemi informatici, applicativi, di sicurezza, nonché ai relativi servizi di conduzione, assistenza tecnica, help desk, gestione dotazione informatica, sicurezza informatica e di manutenzione del complesso dei sistemi e della dotazione IT aziendale”, aveva stabilito di prendere atto dell'avvenuta trasmissione alla Sanitaservice degli elementi necessari per operare una “verifica di fattibilità di un percorso di internalizzazione di tutte o parte delle tipologie di servizi tecnici e di supporto NSIA”, riservandosi espressamente “ogni valutazione e determinazione a tale riguardo”: tale deliberazione era ben conosciuta dalla odierna appellante, avendo la mandataria del raggruppamento Consis, di cui la SDS è componente mandante, impugnato la medesima innanzi al T.A.R. di Lecce con il ricorso n. RG 1212/2019, respinto con sentenza n. 2006/2019;

- in ogni caso, la società appellante ha tardivamente impugnato l'atto di indirizzo del 23 gennaio 2020 (con la conseguente inammissibilità delle censure rivolte avverso la delibera n. 1529/2020), con il quale l'Asl di Taranto aveva già espresso una scelta definitiva in favore del modello di gestione dei servizi di cui si tratta fondato sull'*in house providing*, sia pure condizionata alla valutazione della proposta economica e del piano aziendale elaborati e

trasmessi dalla Sanitaservice, ma senza che, nell'ipotesi di ritenuta inidoneità di tali atti, potesse venire meno l'obiettivo dell'internalizzazione, suscettibile in quanto tale di essere nuovamente coltivato attraverso la richiesta di un nuovo programma aziendale e di una nuova proposta economica.

Nemmeno tale eccezione può essere accolta.

Quanto alla dedotta tardività della (*recte*, alla omessa) impugnazione della delibera n. 1880/2018, è sufficiente osservare in senso contrario, da un lato, che la conoscenza della stessa da parte di un membro del RTI di cui fa parte la società appellante non è idonea a dimostrare che analoga posizione soggettiva sia predicabile in capo a quest'ultima, dall'altro lato, che, come dedotto dalla stessa Azienda appellata, essa attiene alla fase preliminare della mera "verifica di fattibilità di un percorso di internalizzazione di tutte o parte delle tipologie di servizi tecnici e di supporto NSIA", senza manifestare la volontà definitiva di ricorrere al suddetto modulo organizzativo.

Quanto invece all'atto di indirizzo del 23 gennaio 2020, impugnato con il ricorso introduttivo, nemmeno esso, pur esternando l'opzione aziendale per l'esecuzione internalizzata del servizio de quo, esprime alcuna volontà definitiva al riguardo, essendo questa subordinata all'acquisizione della proposta economico-gestionale da parte della società *in house* incaricata ed all'esito positivo della comparazione tra i costi dell'affidamento tramite gara e quelli connessi alla gestione internalizzata.

Da questo punto di vista, invero, non potendo prevedersi a priori l'esito di quella comparazione, non può non rilevarsi che l'atto di indirizzo non è foriero di alcun immediato pregiudizio a carico della società appellante, dal momento che, se essa si fosse conclusa in senso negativo, sarebbe risultato nel contempo compromesso il percorso di internalizzazione, così come non potrebbe escludersi che l'eventuale accoglimento della domanda di annullamento avente ad oggetto l'affidamento del servizio alla società *in house* possa ridondare – in relazione alla natura ed alla gravità dei vizi riscontrati – nella preclusione assoluta di quella modalità organizzativa.

Deduce ancora l'Azienda appellata, con la medesima finalità di dimostrare l'inammissibilità del ricorso, che l'odierna appellante ha censurato il provvedimento gravato solo sotto il profilo della economicità della soluzione gestionale prescelta, tralasciando tutti gli altri profili, pure coinvolti nella valutazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lvo n. 50/2016, il quale impone all'Amministrazione di dare conto attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio, nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltrechè di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, e che, una volta esternati (con riferimento particolare, nella specie, al problema delle liste di attesa e della necessità di addivenire ad un loro rapido abbattimento), concorrono autonomamente e singolarmente a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento.

Nemmeno tale eccezione può ritenersi fondata.

Deve premettersi che, ai sensi della norma citata, "ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di attuale impiego delle risorse pubbliche".

Ebbene, deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per

ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione *in house*, debba automaticamente cadere la scelta complessiva.

Infine, sotto il profilo della dedotta inammissibilità del ricorso, l'Azienda appellata evidenzia che la valutazione che l'Amministrazione interessata è chiamata a svolgere, lungi dal limitarsi alla ricognizione comparativa delle conseguenze sul piano del risparmio di spesa derivanti dalla gestione del servizio attraverso le due alternative di gestione dell'appalto e dell'autoproduzione, ma dovendo al contrario rendere conto della migliore aderenza e funzionalità del ricorso all'*in house providing* al perseguimento degli obiettivi di qualità del servizio, costituisce una valutazione di carattere complesso e latamente discrezionale, censurabile nei suoi limiti esterni, ma che non può ammettere indebite sostituzioni da parte del giudice.

Nemmeno tale deduzione può condurre alla declaratoria della inammissibilità del gravame.

Deve premettersi che la formulazione della norma citata, attribuendo alla "valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*" carattere "preventivo", induce a sostenere che il relativo parametro non sia destinato a confluire, smettendo la sua autonoma rilevanza, nel quadro della più complessiva valutazione inerente all'opportunità della scelta, ancorata agli ulteriori parametri delle "ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di

economicità e di qualità del servizio, nonché di attuale impiego delle risorse pubbliche”.

In ogni caso, anche accedendo alla lettura della parte appellata, tesa a rimarcare il carattere complessivo della valutazione, nell’ambito della quale concorrerebbero i singoli elementi giustificativi tracciati dal legislatore (con la conseguenza che l’eventuale pregnanza dei profili di utilità sociale garantiti dalla internalizzazione farebbe premio anche sulla eventuale carenza dell’utilità economica della stessa), deve rilevarsi che l’eventuale accertamento della erroneità (sotto tutti i profili astrattamente rilevanti, nell’ottica del sindacato sull’eccesso di potere) del giudizio di congruità economica dell’offerta della società *in house* avrebbe effetto “disgregante” nei confronti della valutazione complessiva, la quale, proprio perché unitaria ed inscindibile, una volta utilmente “aggredita” in uno dei suoi “organi vitali”, non potrebbe che essere restituita al “laboratorio” istruttorio e motivazionale dell’Amministrazione, affinché verifichi la permanente validità della soluzione organizzativa in discorso: ciò tanto più quando, come nella specie, alla valutazione della congruità economica è stata dedicata anche formalmente dall’Amministrazione una analisi separata e preliminare, sul rilievo che “uno dei passaggi fondamentali da affrontare nel complesso percorso motivazionale è rappresentato dalla congruità economica dell’offerta formulata dal soggetto ‘in house’” e che “altro momento fondamentale di verifica identificato dal nostro legislatore – e confermato dalla recentissima giurisprudenza citata – è la concreta e solida motivazione e giustificazione – nell’atto di affidamento – del mancato ricorso al mercato, dimostrando che il costo del servizio che si andrà a sostenere con l’affidamento ‘in-house’ sia inferiore e/o comunque almeno pari a quello che la committenza pubblica avrebbe sostenuto mediante ricorso al mercato ed affidamento mediante procedura concorrenziale di gara”.

Esaurita l’indagine concernente i dedotti – ma, per quanto detto, insussistenti – profili di inammissibilità del ricorso, occorre esaminare le questioni di

merito sollevate dalla parte appellante.

A venire in rilievo sono le censure intese a contestare le statuizioni reiettive recate dalla sentenza appellata con riferimento ai motivi di ricorso aventi ad oggetto la valutazione di congruità economica dell'offerta della Sanitaservice.

La prima doglianza si appunta sull'affermazione del giudice di primo grado secondo cui “la ricorrente non dimostra l'inattendibilità complessiva dell'offerta di Sanitaservice, limitandosi a estrapolare, da tale offerta, alcuni dati, senza peraltro fornire un risultato alternativo che sia, a sua volta, attendibile”.

Deduce in proposito la parte appellante che in primo grado, oltre ad evidenziare gli errori inficianti la valutazione di congruità operata dall'Azienda, aveva prodotto in primo grado apposita perizia di parte, finalizzata a dimostrare l'erroneità dell'assunto, contenuto nella delibera impugnata, secondo cui il costo orario del personale, risultante dall'offerta economica di Sanitaservice, non violerebbe il trattamento minimo salariale inderogabile previsto dalla contrattazione collettiva, chiedendo al Tribunale di disporre una verifica: lamenta quindi che il T.A.R. ha omesso di pronunciarsi sui motivi in esame così come sulla relativa istanza istruttoria.

Ebbene, deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità formulata sul punto dalla parte resistente, laddove evidenzia che i riferimenti di controparte al contenuto della perizia depositata in prime cure, che avrebbe dimostrato la incongruità della proposta economica della Sanitaservice, non valgono a sostenere il motivo di impugnazione, atteso che a fronte di specifici rilievi contenuti nella sentenza impugnata, controparte avrebbe dovuto replicare attraverso un'impugnativa parimenti specifica.

L'eccezione non può essere accolta, essendo sufficiente rilevare che la parte appellante ha puntualmente richiamato i motivi di ricorso – e non solo la perizia di parte atta a suo avviso a sostenerli – di cui lamenta il sostanzialmente omesso esame da parte del giudice di primo grado.

Nel merito, la Sezione ha ritenuto che le ragioni poste dal T.A.R. a fondamento, in parte qua, della sentenza di rigetto – connesse alla mancata dimostrazione della “inattendibilità complessiva dell’offerta di Sanitaservice” – potessero essere compiutamente apprezzate solo dopo un congruo approfondimento istruttorio, nei sensi auspicati dalla parte appellante, inteso ad accertare la congruità dell’offerta della società *in house*, sotto il particolare profilo del rispetto delle condizioni contrattuali collettive in tema di diritti retributivi dei lavoratori.

Ad analoga conclusione la Sezione è pervenuta con riferimento all’ulteriore motivo di appello, inteso a censurare l’affermazione della sentenza appellata secondo cui “nessuna specifica contestazione viene mossa dalla ricorrente in ordine al passaggio da un CCNL a un altro (cioè dal CCNL Multiservizi al CCNL AIOP) e al mutamento del regime orario settimanale da 40 a 36 ore settimanali e a come tali cambiamenti incidano sul costo del lavoro (v. pagg. 4-5 offerta di Sanitaservice)”: allega in proposito la parte appellante che i numeri esaminati e riportati in ricorso e nella perizia di parte sono gli stessi che si leggono nella offerta economica della Sanitaservice, quindi, anche riferiti alle caratteristiche e peculiarità del CCNL AIOP rispetto al CCNL Multiservizi, dovendo quindi concludersi, anche a tale riguardo, che la statuizione censurata di primo grado non fornisca un esaustivo riscontro alle censure formulate in primo grado dalla parte appellante, le quali prendevano le mosse – pur contestandone i risultati – proprio dai dati ricavabili dal CCNL AIOP.

Nel prosieguo dell’appello, la parte appellante contesta la sentenza appellata nella parte in cui rileva che “la ricorrente, poi, nel contestare il criterio delle ore teoriche, non si avvede del fatto che, nella offerta di Sanitaservice, si è tenuto conto delle ore medie di assenza dei dipendenti di Sanitaservice pari al 17,90% – dato ricavato dalle rilevazioni aziendali (per nulla contestate dalla ricorrente) – in modo da considerare le ore medie di presenza di 1536,91 per unità impiegate per 36 ore a settimana (v. pagg. 5-6 offerta di Sanitaservice)”.

In proposito, la parte appellante deduce che, con i motivi aggiunti, aveva evidenziato che Sanitaservice aveva fornito un dato non vero, anche quando perveniva a determinare il costo orario della commessa pari ad euro 16,95, atteso che detto risultato era stato ottenuto assumendo a parametro non le ore che esso stesso aveva dichiarato occorrenti, e cioè 121.586,82 (corrispondenti alle ore al netto del tasso di assenteismo indicato nel 17,90%), ma il monte ore teorico di 148.096 al lordo del tasso di assenteismo, da ciò conseguendo che il costo orario risulterebbe essere di € 20,64 e non, come dichiarato da Sanitaservice, di € 16,95.

Anche a tale riguardo, la Sezione ha ritenuto che la non completa esaustività del suddetto passaggio motivazionale, rispetto alla censura formulata dalla parte ricorrente, esigesse un pertinente approfondimento di carattere istruttorio.

Ancora, la parte appellante censura il seguente punto motivazionale della sentenza appellata: “inoltre, per contestare il costo orario indicato da Sanitaservice (per euro 16,95), la ricorrente, nel ricorso principale, indica un costo effettivo di euro 20,95 e, poi, nei motivi aggiunti, il diverso costo di 20,65 euro, per il che è evidente che il ragionamento sviluppato da parte ricorrente è assolutamente contraddittorio e, quindi, radicalmente infondato”. Osserva sul punto la parte appellante che il Tribunale non si è avveduto che non vi è alcuna contraddizione negli scritti della deducente e che i diversi dati riportati scaturiscono da presupposti e ragionamenti diversi ampiamente illustrati.

Anche da tale punto di vista, ritiene la Sezione che il perno delle deduzioni critiche formulate in primo grado dalla odierna appellante ruoti intorno alla contestazione della attendibilità del calcolo del costo del lavoro effettuato dalla società affidataria, non rilevando, al fine di inficiare la fondatezza delle censure, la diversità dei risultati cui la stessa perviene sulla scorta di ragionamenti diversi, tutti ugualmente conducenti, anche se in misura diversa,

nel senso della erroneità delle determinazioni sulle quali si fonda l'offerta economica di Sanitaservice.

Sulla scorta di tali complessive considerazioni, quindi, la Sezione ha adottato l'ordinanza istruttoria n. 1231 del 9 febbraio 2021, con la quale ha incaricato dell'esecuzione di apposita verifica il Direttore del Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università La Sapienza di Roma, investendolo dei seguenti quesiti:

1) dica il verificatore, alla luce dei rilievi di parte appellante (contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e dei successivi motivi aggiunti, così come ulteriormente illustrati in appello, anche analizzando le perizie depositate nel primo e nel secondo grado di giudizio), se l'offerta economica della società Sanitaservice s.r.l., con particolare riguardo al costo del lavoro ivi indicato, sia idonea a garantire i diritti retributivi dei dipendenti necessari all'esecuzione del servizio oggetto di affidamento mediante la delibera della ASL Taranto n. 1705/2020, così come riconosciuti dal pertinente CCNL AIOP;

2) dica altresì se il costo orario della manodopera indicato dalla società Sanitaservice, pari ad € 16,95, sia congruo e se comunque il costo orario correttamente determinato sia tale da garantire la convenienza dell'offerta economica dalla stessa presentata (in termini di prezzo per ora del servizio) rispetto al costo orario del servizio desumibile dai provvedimenti di aggiudicazione delle gare assunte a comparazione dalla ASL con la delibera impugnata.

L'incombente istruttorio è stato espletato dalla prof. Federica Ricci, all'uopo incaricata, ed il relativo elaborato depositato agli atti del giudizio in data 10 giugno 2021.

Prima di analizzare le risultanze della verifica, occorre pronunciarsi sul rilievo formulato dalla parte appellante, con la memoria del 29 giugno 2021, in ordine alla inutilizzabilità delle osservazioni rese al verificatore dal

consulente di parte della ASL Taranto, prof. Vittorio Dell'Atti, in assenza del relativo atto di nomina.

Il rilievo non può essere accolto, avendo la ASL appellata, con successiva memoria del 1° luglio 2021, prodotto agli atti del giudizio la delibera n. 595 del 18 marzo 2021, recante la nomina del prof. Dell'Atti quale consulente di parte dell'Amministrazione nell'ambito delle operazioni di verifica; in ogni caso, il rilievo della parte appellante attiene a profili di regolarità amministrativa del procedimento di nomina, privo di immediate ricadute sul versante processuale.

Ebbene, con riferimento al primo quesito, la risposta data dal verificatore può essere sintetizzata nei termini che seguono: “il costo del lavoro preventivato da Sanitaservice risulta essere maggiore di 4.629,53 € in confronto alla voce “Costo del lavoro” e quindi sufficiente a coprire interamente il costo totale annuo del lavoro come verificato”.

Sempre in relazione al medesimo quesito, inoltre, il verificatore ha così concluso: “il costo del lavoro presentato da Sanitaservice nell'offerta economica relativamente alla gestione del servizio CUP rispetta il trattamento salariale minimo inderogabile ed è quindi idonea a garantire i diritti retributivi dei dipendenti necessari all'esecuzione del servizio oggetto di affidamento mediante la delibera della ASL di Taranto n.1705/2020 così come riconosciuti dal pertinente CCNL AIOP”.

Con la citata memoria del 29 giugno 2021, la parte appellante contesta le conclusioni del verificatore, in relazione agli aspetti di seguito analizzati.

Premio di incentivazione.

Il verificatore ha ritenuto di assumere a tal fine l'importo di cui al primo comma dell'art. 65 del CCNL AIOP, secondo cui ““A tutto il personale compete un premio di € 450,00 annue lorde da erogarsi in un'unica soluzione congiuntamente alla retribuzione di luglio di ogni anno”.

Osserva in senso critico la parte appellante che il verificatore non ha tenuto conto che, “con espresso valore confessorio, nella consulenza di parte a firma

dott. Gallo prodotta e presentata in primo grado dalla ASL ed assunta a riferimento nella sentenza TAR appellata, l'importo indicato è di euro 585,00”.

Ebbene, il suddetto rilievo non è suscettibile di inficiare le conclusioni del verificatore, il quale ha tenuto conto della suddetta osservazione e replicato alla stessa nei termini seguenti:

“A parere di chi scrive, è evidente come il premio di incentivazione di cui all'art. 65 del CCNL AIOP sia basato non su parametri di produttività di natura aleatoria, quanto invece su un unico elemento obiettivamente riscontrabile, che è la presenza effettiva dei lavoratori in azienda. È evidente che non si può stabilire con assoluta certezza se l'evento sottostante il conseguimento del premio si manifesterà o meno, né in quale misura.

Tuttavia, si prende atto di quanto dispone il menzionato art. 65 al comma 3 e seguenti, ovvero: “Per ogni giorno di mancata presenza, il premio di cui al 1° comma è ridotto in ragione di euro 15,00 giornalieri; parimenti per ogni giorno di presenza oltre i 258 giorni e fino a un tetto di 267 giorni di presenza verrà corrisposta una ulteriore quota aggiuntiva pari a euro 15,00 per giorno.

Ai fini del computo delle presenze non incidono nella decurtazione del suddetto premio le giornate di: permessi straordinari retribuiti, compresi quelli di cui alla L.104/92, permessi sindacali retribuiti, periodi di astensione obbligatoria per maternità, ricovero ospedaliero documentato o in day hospital, infortunio sul lavoro riconosciuto ed assistito dall'INAIL.

Ai fini del conteggio dei giorni di presenza, le ferie e le festività, ancorché non usufruite nel periodo 1° luglio-30 giugno, debbono essere considerate come godute. Ai fini del computo delle presenze/assenze di cui al presente articolo si fa riferimento a sei giornate lavorative”.

Ad una analisi completa emerge infatti che il CCNL AIOP prevede rispetto al premio di incentivazione:

- hp a. una riduzione per ogni giorno di mancata presenza pari a € 15,00;

- hp b. una ulteriore quota aggiuntiva pari a € 15,00 per ogni giorno ulteriore di presenza oltre il tetto dei 258 gg, e fino a un massimo di 267 gg.

L'osservazione della controparte Deloitte può quindi intendersi solo parziale, in quanto non tiene altresì conto dell'hp a, ovvero dell'eventuale decurtazione rispetto al premio di incentivazione pari a € 450,00 per ogni giorno di mancata presenza.

È del tutto evidente che ogni qualsivoglia previsione circa l'hp a (riduzione rispetto al premio di incentivazione) e l'hp b (surplus aggiuntivo rispetto al premio di incentivazione) si rivela in questa sede del tutto opinabile, sia in un senso, sia in un altro.

Peraltro, al fine di mantenere quanto più possibile una linea razionalmente fondata, si ritiene che considerare il premio incentivo pari a euro 450 annui lordi per tutto il personale impiegato sia già una stima prudente, nella misura in cui, inevitabilmente, bisogna tener conto di un fisiologico assenteismo che potrebbe manifestarsi tra i lavoratori.

Su tali premesse si ritiene ragionevolmente accettabile assumere il premio di incentivo pari a 450,00 senza considerare nessuna eventuale variazione né in aumento, né in diminuzione per tutto il personale occupato nella gestione della commessa CUP”.

Ebbene, a fronte delle analitiche argomentazioni svolte dal verificatore al fine di respingere l'osservazione del consulente della parte appellante, questa si limita a ribadirla nella presente sede difensiva, omettendo di considerare che compito del verificatore è svolgere l'accertamento demandatogli sulla base di verifiche oggettive ed indipendenti dalle dichiarazioni delle parti (o dei loro tecnici), cui non può quindi riconoscersi portata vincolante ai fini dell'espletamento dell'incombente istruttorio disposto dal giudicante.

IRAP.

Il verificatore ha formulato sul punto i seguenti rilievi:

“Si riconferma quanto asserito nella relazione preliminare nella misura in cui in adempimento della clausola sociale il personale già impiegato nella

commessa gestione CUP è stato assunto interamente a tempo indeterminato. È acclarato che la Sanitaservice è una società di capitali (S.r.l.) che determina la base imponibile applicando le disposizioni di cui agli artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 446/1997 e che, di conseguenza, beneficia delle deduzioni spettanti dalla base imponibile in relazione al costo del lavoro.

Con specifico riferimento ai contratti di lavoro a tempo indeterminato la deduzione integrale del costo è disciplinata dall'art. 11, co.4-octies del citato d.lgs. n. 446/1997.

Conseguentemente, sul piano della rilevanza dell'IRAP non si registra un incremento del costo del lavoro e, di fatto l'incidenza dell'IRAP sul costo del lavoro è pari a 0,00 €”.

Osserva in senso critico la parte appellante, con la citata memoria del 29 giugno 2021, che la qualificazione dei contratti di lavoro come “a tempo indeterminato” è contra legem, sia perché l'assunzione del personale interessato alla clausola sociale è produttiva di effetti esclusivamente per la durata del contratto di servizio tra ASL e Sanitaservice (pari a 9 anni), sia perché il suddetto personale non è stato assunto sulla base di una selezione concorsuale, essendosi la Sanitaservice limitata ad un avviso per la verifica dei presupposti per la applicazione della clausola sociale.

I rilievi della parte appellante, come innanzi sintetizzati, non possono essere condivisi.

Deve infatti osservarsi che essi si fondano su profili argomentativi per un verso infondati (come si vedrà infra per quanto concerne la natura dei rapporti di lavoro instaurati da Sanitaservice con il personale interessato dalla clausola sociale), per altro verso inammissibili (come quello relativo alle modalità selettive da essa osservate), in quanto non trovano rispondenza in un conforme e tempestivamente formulato motivo di ricorso: ciò non senza osservare che non potrebbe esigersi dal verificatore lo svolgimento di indagini inerenti alla legittimità del tipo contrattuale utilizzato, in funzione della verifica concernente l'applicabilità dei menzionati benefici di carattere fiscale.

Posizione della dipendente Russo Donatella.

Deduce la parte appellante che, ai fini del calcolo del costo del lavoro, il verificatore non avrebbe tenuto conto della maggiore (rispetto a quella del pertinente CCNL) retribuzione spettante dipendente Russo Donatella, alla cui salvaguardia Sanitaservice era obbligata.

Il rilievo è inammissibile.

Deve premettersi che l'apprezzamento delle risultanze della verifica da parte del Collegio non può prescindere dai limiti che le norme processuali pongono a tutte le attività – compresa quella istruttoria – che nella cornice del processo sono destinate a svolgersi: corollario di tale considerazione generale è che anche la facoltà delle parti di concorrere all'espletamento dell'incarico conferito al verificatore, ed alla lettura (anche critica) dei risultati raggiunti, deve esprimersi nel rispetto di quei limiti, a cominciare da quello che condiziona il potere di allegazione delle parti all'osservanza di precise scadenze temporali.

Tale principio trova espresso riflesso, nella fattispecie in esame, nel quesito formulato dal Giudicante, nei termini che è opportuno ribadire, per la parte di interesse:

“dica il verificatore, alla luce dei rilievi di parte appellante (contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e dei successivi motivi aggiunti, così come ulteriormente illustrati in appello, anche analizzando le perizie depositate nel primo e nel secondo grado di giudizio), se l'offerta economica della società Sanitaservice s.r.l., con particolare riguardo al costo del lavoro ivi indicato, sia idonea a garantire i diritti retributivi dei dipendenti necessari all'esecuzione del servizio oggetto di affidamento mediante la delibera della ASL Taranto n. 1705/2020, così come riconosciuti dal pertinente CCNL AIOP”.

Ebbene, è evidente che, avendo il Collegio circoscritto l'analisi demandata al verificatore ai motivi dedotti dalla parte appellante, non potrebbe trovare spazio, ai fini della decisione, una deduzione che, sebbene formulata sotto

forma di critica alle risultanze della verifica, non trova riscontro in un corrispondente motivo di censura (tantomeno tra quelli formulati e/o riproposti con l'appello in esame).

In relazione al secondo quesito, invece, il verificatore, rilevato che il monte ore di lavoro del personale effettivamente e direttamente impiegato nella commessa assorbito tramite clausola sociale è quindi pari a n. 135.277,49 ore, mentre le ore dichiarate da Sanitaservice nell'offerta economica sono pari a n. 148.096, ha evidenziato che il risultante differenziale di 12.818,51 ore, "ragionevolmente riconducibile a fisiologiche assenze che oltre le ferie e le festività si manifestano verosimilmente nella prassi economico aziendale tra il capitale umano impiegato", "può essere coperto potenzialmente per il tramite di impiego di personale "fuori cantiere/commessa", in quanto – quest'ultimo – è ad oggi in numero tale poter assicurare la copertura del fabbisogno del servizio CUP oltre il monte ore annue effettivamente lavorabile dal personale direttamente impiegato nella gestione della commessa. Tale condizione organizzativa, assumendo le dichiarazioni dell'amministratore unico dott. Vito Santoro contenute nelle osservazioni alla relazione preliminare del verificatore del CTP Prof. V. Dell'Atti, confermano il costo orario commessa per la gestione CUP come da seguente formulazione: $2.2510.692,87/148.096 = 16,95 \text{ €}$ e, quindi, la convenienza dell'offerta economica della Sanitaservice rispetto al costo orario delle gare assunte a comparazione della delibera impugnata".

Devono a questo punto analizzarsi i rilievi critici formulati dalla parte appellante con la menzionata memoria del 29 giugno 2021.

Essa deduce in primo luogo che, ai fini della determinazione del monte ore effettivo e, quindi, del costo del lavoro, il verificatore ha erroneamente ritenuto che le ore presunte per assenza per malattia non sono da conteggiare poiché l'onere sarebbe a totale carico dello INPS (a tal fine, la parte appellante richiama la normativa INPS ed il contratto AIOP, che disporrebbero diversamente).

Il rilievo è inammissibile, sia perché non è stato prospettato al verificatore mediante le pertinenti osservazioni alla bozza preliminare di verifica (cfr. all. 4 della relazione depositata dal verificatore, laddove il tecnico di parte appellante si limitava a richiamare il tasso di assenteismo risultante dalle tabelle ministeriali), al fine di consentire allo stesso di prendere motivata posizione sul punto, sia perché esso è inidoneo a dimostrare univocamente ed ex ante l'inattendibilità del costo del lavoro, dovendo condividersi quanto osservato in proposito dal verificatore, nel senso che "in linea del tutto astratta, non è possibile operare una previsione compiuta rispetto agli eventi di assenteismo oltre le ferie e le festività delle risorse umane occupate in una organizzazione".

Con ulteriore rilievo, la parte appellante contesta le conclusioni del verificatore laddove, al fine di determinare il costo orario della commessa in € 16,95 (derivante dal rapporto tra il costo totale della commessa indicato da Sanitaservice, pari ad € 2.510.692,87, ed il numero delle ore di servizio offerte, pari a 148.096), ed in particolare al fine di giustificare il differenziale tra il monte orario effettivo del personale assorbito per effetto della clausola sociale (n. 135.277,49 ore) ed il monte orario offerto da Sanitaservice (n. 148.096 ore), pari a 12.818,51 ore, ha fatto leva sulle osservazioni del tecnico di parte prof. Vittorio Dell'Atti, laddove si afferma che "come riferito dall'Amministratore unico dott. Vito Santoro attraverso la propria dichiarata capacità organizzativa Sanitaservice è in grado di ottimizzare l'utilizzo delle risorse umane attraverso un impiego di personale "fuori cantiere/commessa" per la gestione del servizio CUP della Asl Taranto, a copertura del differenziale orario oggetto dell'offerta economica, senza ulteriori costi imputabili alla commessa oggetto di verifica".

Il rilievo di parte appellante, incentrato sulla irrilevanza delle dichiarazioni del consulente di parte resistente (a loro volta basate su quanto affermato dall'amministratore della società *in house*), non può essere accolto, non essendo fornito alcun elemento atto a dimostrare la loro inattendibilità: non

può infatti escludersi in assoluto ed *a priori* – o, comunque, non fornendo la parte appellante univoci elementi in tal senso né avendo il verificatore formulato obiezioni sul punto - che Sanitaservice, nell'esercizio della sua capacità organizzativa, metta a disposizione della commessa il personale necessario a coprire il suddetto differenziale orario, senza oneri ulteriori a carico dell'Amministrazione.

Per quanto concerne invece i rilievi di parte appellante concernenti il monte orario effettivo calcolato dal verificatore (che, come essa evidenzia, è difforme – per eccesso – rispetto a quello indicato nell'offerta della società *in house*), non può non ribadirsi che il verificatore ha correttamente basato la sua indagine sui dati autonomamente enucleati, sulla scorta dei criteri di calcolo da esso applicati ed indipendentemente da quelli dichiarati dalla parte.

L'esito della verifica, immune come si è detto ai rilievi critici della parte appellante, offre quindi elementi sufficienti per ritenere l'infondatezza delle censure da essa formulate, ai fini del cui approfondimento istruttorio il suddetto incumbente è stato espletato.

La parte appellante censura quindi la sentenza appellata nella parte in cui rileva che “con riferimento a quanto dedotto dalla ricorrente in relazione all'assunzione dei lavoratori grazie alla clausola sociale, va rilevato che ciò avviene in applicazione di espressa previsione di legge, cioè dell'art. 30 L.R. n. 4/2010, dichiarato incostituzionale con sentenza n. 68 del 3 marzo 2011 proprio nelle parti in cui si prevedeva i) l'assunzione a tempo indeterminato (e non “l'utilizzo”, cfr. § 12.2 della decisione di illegittimità costituzionale) dei lavoratori della precedente impresa e ii) l'assunzione di questi ultimi senza previa selezione (selezione che, conformemente all'insegnamento della Corte Costituzionale, Sanitaservice risulta avere indetto, come da avviso in doc. 5 ricorso)”.

Deduce al riguardo la parte appellante, da un lato, che il contratto di lavoro fatto sottoscrivere da Sanitaservice prevede la assunzione nel livello inquadramento B contratto AIOP e con rapporto a tempo indeterminato,

dall'altro lato, che “il Tribunale non si è avveduto che il motivo di ricorso contestava la legittima applicazione della clausola sociale (non la clausola sociale) e ciò in relazione al dettato normativo, alle previsioni della linee guida regionali, nonché in relazione, anche, allo stesso Regolamento della Sanitaservice che, per le assunzioni a tempo indeterminato, come è avvenuto, prevedeva modalità diverse da quelle poste in essere nella presente fattispecie”, lamentando conclusivamente l'omissione di pronuncia inficiante sul punto la sentenza appellata.

Ritiene la Sezione di prendere le mosse dalla corrispondente censura contenuta nei motivi aggiunti al ricorso introduttivo, con i quali l'originaria ricorrente deduceva, come accennato nella parte in fatto della presente sentenza, che:

- secondo il regolamento interno della società Sanitaservice, i lavoratori impegnati nel presente appalto, dipendenti della SDS, dovrebbero essere assunti a tempo determinato per la durata dello affidamento alla Sanitaservice indicato e stabilito, nella delibera impugnata, in anni nove: attualmente, il rapporto di lavoro con SDS è a tempo indeterminato;
- l'indicazione di un rapporto di lavoro con la apposizione del termine di anni nove è in violazione del d.l. n. 87/2018, convertito nella l. n. 96/2018, che pongono limiti stringenti all'utilizzo del contratto a tempo determinato;
- la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 68 del 2011, ha ritenuto illegittima la previsione della assunzione a tempo indeterminato nella casistica di affidamento *in house*;
- non può valere al riguardo il richiamo alle linee guida approvate dalla G.R., atteso che:
 - a) esse non trovano applicazione nella fattispecie di cui è causa, poiché il contratto che la ASL intende affidare alla Sanitaservice con la delibera impugnata non può ritenersi “oggettivamente assimilabile a quello esternalizzato”: basti, al riguardo, evidenziare che il contratto in essere comprende la parte informatica dei programmi relativi alla gestione del CUP

ed ai servizi Asl nonché la manutenzione dei predetti programmi, che la ASL ha esternalizzato, affidandolo, con diversa procedura, a società esterna (delibera del Direttore Generale n. 1715 del 14 agosto 2020);

b) in ogni caso, dette linee guida devono ritenersi illegittime nella parte in cui si pongono in contrasto con il d.l. n. 87/2018, convertito nella l. n. 96/2018, e al di fuori del perimetro tracciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza sopra indicata.

Nessuno dei suindicati motivi di censura è meritevole di accoglimento.

Deve preliminarmente osservarsi che, come evidenziato con l'atto di appello, la società *in house* affidataria, in forza del provvedimento impugnato in primo grado, del servizio de quo ha proceduto all'assunzione dei dipendenti del precedente gestore, previa selezione, con appositi contratti a tempo indeterminato.

Ciò, in primo luogo, è avvenuto conformemente all'art. 25, comma 1, l.r. Puglia n. 25/2007, come sostituito dall'art. 30 comma 1, l.r. n. 4/2010, a mente del quale “fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione Puglia devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi l'assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto nonché la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli”, come risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68/2011, che ne ha sancito l'illegittimità costituzionale “limitatamente alle parole «a tempo indeterminato» e “nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva”.

La suindicata statuizione di incostituzionalità, deve precisarsi, è derivata dal rilievo secondo cui la disposizione impugnata “introduce uno strumento diverso dalla «clausola sociale», in quanto non si limita a prevedere il

mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto» (...) le norme impugnate impongono alle nuove imprese o società affidatarie dell'appalto l'«assunzione a tempo indeterminato», anziché l'«utilizzo», del personale della precedente impresa o società affidataria, ed estendono quest'obbligo, senza prevedere alcuna procedura selettiva, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo», integrando la “violazione dell'art. 97 Cost., e delle richiamate norme interposte, sotto il profilo della «imparzialità dell'azione amministrativa e uniformità della stessa sul territorio nazionale», nonché sotto il profilo del buon andamento. Tale violazione si determina sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato si riflette – anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto interamente private – sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla «clausola sociale», di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio”.

Deve altresì rilevarsi che il modus operandi della “clausola sociale” nella fattispecie in esame deve ritenersi conformato, oltre che dalla disposizione citata (come residuante dal “taglio” operato in sede costituzionale) e dall'art. 27 del Regolamento interno di Sanitaservice, laddove prevede (sub “Clausola Sociale”) che “il reclutamento del personale mediante applicazione della clausola sociale deve avvenire dalla precedente impresa o società affidataria, per la durata di affidamento del servizio, in misura proporzionale alla quantità di servizi appaltati ed in coerenza con lo assetto organizzativo della società e del Committente...”, anche dalle Linee guida in materia di organizzazione e

gestione delle società in house delle aziende ed enti del Servizio Sanitario Regionale di cui alla delibera di G.R. n. 2126 del 25 novembre 2018, così come modificate con delibera della medesima G.R. n. 951 del 19 giugno 2020, laddove, al punto 4.9, prevedono che “il rapporto di lavoro instaurato con la società “in house” in applicazione della clausola sociale mantiene la stessa natura giuridica (determinato/indeterminato) (...) del rapporto di lavoro alle dipendenze del precedente affidatario. In ogni caso, il contratto di lavoro produce effetti esclusivamente per l’intera durata dell’affidamento del servizio, cessando alla scadenza del medesimo”.

Ebbene, come accennato, deve escludersi la sussistenza dei profili di illegittimità lamentati dalla parte appellante, atteso che:

- l’assunzione con contratto a tempo indeterminato dei dipendenti del precedente gestore del servizio non è avvenuta “in modo automatico e generalizzato”, ma in coerenza con lo scopo della “clausola sociale”, così come posto in evidenza dalla citata sentenza costituzionale, di assicurare la stabilità occupazionale dei medesimi, anche dal punto di vista della forma del contratto di lavoro in essere, trattandosi di soggetti già titolari di contratto di lavoro a tempo indeterminato (ciò conformemente alle citate Linee guida, laddove prevedono che l’assunzione da parte della società in house debba avvenire nel rispetto della natura giuridica del precedente contratto: Linee guida – sia detto per inciso - la cui applicazione alla fattispecie in esame non può essere esclusa, sul presupposto che il servizio affidato alla Sanitaservice non sarebbe “oggettivamente assimilabile a quello già esternalizzato”, non essendo tale presupposto inficiato dal fatto, dedotto dalla parte appellante, che una parte del servizio esternalizzato non è stata conferita alla società *in house*, trattandosi di modifica “riduttiva”, ergo meramente quantitativa, e non di tipo qualitativo);
- la natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro instaurato con i precedenti lavoratori dalla società *in house* non è smentita dal fatto che l’assunzione è commisurata all’intera durata dell’affidamento del servizio,

cessando alla scadenza del medesimo”, non contraddicendo tale limitazione temporale la durata indeterminata del contratto ma inerendo ad un evento di carattere risolutivo assimilabile alla interruzione del contratto per giusta causa (siccome connesso a vicende oggettive, di carattere organizzativo, dell’imprenditore): anche da questo punto di vista in perfetta coerenza con il citato *dictum* costituzionale, laddove pone in risalto il contrasto della disposizione censurata con il principio di buon andamento della P.A., prevedendo esso un obbligo eccedente “i limiti temporali dell’affidamento del servizio”;

- l’assunzione da parte della società *in house* dei dipendenti del precedente gestore – come evidenziato dalla parte appellata, oltre che dalla sentenza appellata, e non contestato, nell’*an* e nel *quomodo*, da quella appellante (se non, del tutto innovativamente rispetto al ricorso di primo grado ed ai relativi motivi aggiunti, con la memoria di appello del 15 ottobre 2020) - è stata preceduta dallo svolgimento di una apposita selezione, conformemente alle esigenze di imparzialità e buon andamento evidenziate dalla Corte costituzionale.

L’ultimo motivo di appello si prefigge di contestare la sentenza appellata laddove afferma che “non può giovare a parte ricorrente dedurre che il servizio affidato a Sanitaservice non sarebbe lo stesso nell’assunto che gli operatori risponderebbero a un dipendente della ASL (con compiti di gestione e organizzazione), in quanto – ammesso che sia così – si tratterebbe non solo di una mera modalità di concreta organizzazione del servizio (come tale non incidente sulla verifica di sussistenza delle condizioni di cui all’art. 192, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016) ma anche di un indice del controllo che la ASL esercita sulla propria partecipata nelle attività che quest’ultima sarà chiamata a svolgere”.

Sostiene sul punto la parte appellante che l’affidamento del coordinamento e della organizzazione del servizio ad un dipendente della ASL e non della Sanitaservice, a differenza di quanto previsto dalle precedenti modalità

organizzative, avrebbe l'effetto di trasformare l'affidamento in una semplice prestazione di mano d'opera, configurabile come (vietata) ipotesi di interposizione di mano d'opera: essa lamenta quindi, anche in relazione a tale aspetto, l'omissione di pronuncia da parte del giudice di primo grado.

In proposito, deve preliminarmente rilevarsi l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del motivo di appello in esame, articolata dall'Azienda appellata, sul presupposto che il relativo contenuto critico sarebbe estraneo alle deduzioni ritualmente formulate in primo grado, siccome tardivamente introdotte con semplice memoria.

Deve infatti osservarsi che la doglianza, così come riproposta in appello, era già sufficientemente delineata in sede di perimetrazione del *thema decidendum* del giudizio di primo grado, ivi già sostenendo l'originaria ricorrente (cfr., in particolare, i motivi aggiunti) che l'attribuzione dei compiti di coordinamento delle attività degli operatori di sportello CUP ad una struttura della ASL, e segnatamente al DEC dei servizi di gestione del CUP individuato nel responsabile della struttura semplice denominata "Gestione liste di attesa /CUP", dimostrava che l'affidamento contestato aveva ad oggetto solo la messa a disposizione della prestazione lavorativa degli operatori, integrante una ipotesi di (illecita) intermediazione ed interposizione di manodopera.

Fondata, invece, è la censura di parte appellante intesa a lamentare che il T.A.R. ha sostanzialmente omesso di pronunciarsi sul motivo in esame: ciò in quanto lo stesso giudice di primo grado, nel sintetizzare il contenuto della censura, ha evidenziato che la ricorrente si sarebbe limitata a dedurre – in termini, per quanto detto, non esattamente (o comunque non esaustivamente) corrispondenti al motivo di ricorso in esame - che "il servizio affidato a Sanitaservice non sarebbe lo stesso nell'assunto che gli operatori risponderebbero a un dipendente della ASL (con compiti di gestione e organizzazione)".

Nel merito, tuttavia, il motivo in esame non è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi che la distinzione tra appalto e interposizione di manodopera – con il connesso divieto di ricorrere alla seconda in difetto dei relativi presupposti legittimanti - trova la sua base normativa nel disposto dell'art. 29, comma 1, d.lvo n. 276/2003, ai sensi del quale “ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei 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 la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”.

Trattasi, quindi, di distinzione (e di connesso divieto) che trova il suo contesto applicativo tipico ed esclusivo nei casi in cui il committente e l'affidatario (di una prestazione di *facere*) si pongano in una relazione di alterità soggettiva, nell'ambito della quale, tra le rispettive strutture organizzative, non siano ravvisabili interferenze, conservando esse la propria autonomia funzionale: ricorrendo tale (ordinaria) situazione organizzativa, infatti, il legislatore ha avvertito l'esigenza di evitare fenomeni di fittizia imputazione del rapporto di lavoro, suscettibili di incidere sulla tutela dei lavoratori e di generare dubbi sulla univoca individuazione della figura datoriale.

Tali essendo i presupposti applicativi (e la stessa *ratio*) della previsione in esame, è evidente che gli stessi non ricorrono laddove lo stesso legislatore ammetta la legittimità di forme di affidamento diretto di un servizio tra soggetti appartenenti ad un centro di imputazione di interessi sostanzialmente unitario (sebbene formalmente articolato in una duplice soggettività giuridica), siccome accomunati dal perseguimento di un unico obiettivo attraverso la predisposizione di una struttura organizzativa strettamente compenetrata ed unitariamente diretta: quale appunto si riscontra nell'ipotesi della cd. società *in house*.

E' noto, infatti, che, ai fini della configurazione del requisito del cd. controllo analogo dell'ente pubblico partecipante nei confronti della società *in house*, quel che rileva è che il primo abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della seconda, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica: ciò in quanto l'espressione "controllo" non può essere ritenuto sinonimo di un'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali, trattandosi invece di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal Codice Civile, fino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 1 del 3 marzo 2008).

Nello stesso ordine di idee, è stato altresì autorevolmente ritenuto che la società *in house* non possa qualificarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna: essa, infatti, rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle relative condizioni legittimanti "esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo» (Corte costituzionale, n. 325 del 3 novembre 2010), talché "l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa" (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2008, cit.; va solo precisato che tale conclusione non cambia ove si ritenga che, in linea con la più recente normativa europea e nazionale, il ricorso all'*in house*

providing si atteggi in termini di equiordinazione – e non più di eccezionalità – rispetto alle altre forme di affidamento).

Peraltro, con riguardo alla fattispecie in esame, la evidenziata peculiarità della relazione organizzativa esistente tra Azienda e società *in house* è posta in risalto nel provvedimento di affidamento al fine di giustificare i benefici attesi, in termini di qualità del servizio, dalla adottata soluzione organizzativa: si veda, sul punto, quanto affermato proprio con riguardo alla gestione del servizio CUP, laddove si osserva che “stante il dichiarato obiettivo di migliorarne le prestazioni (anche) al fine di determinare un contenimento delle liste d’attesa, la gestione ‘in-house’ consente – per l’immediatezza e l’immanenza della relazione tra committenza ed esecutore - di intensificare il controllo dei report quotidiani, settimanali e mensili sulle prestazioni ed i servizi resi presso i diversi punti di prenotazione aziendale, al fine di monitorarne tempi medi di attesa, numero di prestazioni prenotate, operatività degli sportelli, picchi di affluenza, durata media di trattazione delle singole richieste, al fine di intervenire con le necessarie azioni correttive”.

Infine, e ad ulteriore dimostrazione della bontà della soluzione interpretativa raggiunta, non può non evidenziarsi che la stessa relazione contrattuale tra Azienda e Sanitaservice trova la sua consacrazione in una fattispecie contrattuale – il contratto di servizio – non assimilabile al contratto tipico di appalto e concepito, appunto, al fine di rispondere alle esigenze operative proprie di un servizio gestito in forma internalizzata.

L’infondatezza dell’ultimo esaminato motivo di appello impone quindi la reiezione complessiva del gravame.

Può prescindere dalla mancata ottemperanza dell’Amministrazione all’ordine di acquisizione formulato dalla Sezione, non avendo esso ad oggetto documenti indispensabili, *re melius perpensa* ed alla luce delle considerazioni innanzi formulate, ai fini della decisione.

La complessità e l’originalità dell’oggetto della controversia giustificano comunque la compensazione delle spese di giudizio, ad eccezione del

compenso spettante al verificatore per l'attività espletata, da porre a carico della parte appellante e da liquidare in complessivi € 4.000,00 (quattromila).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio, salva la liquidazione del compenso spettante al verificatore, che pone a carico della parte appellante e liquida nell'importo di € 4.000,00 (quattromila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, svolta in modalità telematica con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO