

Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 01/03/2018) 12-03-2018, n. 1571

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)

In genere

Fatto Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA
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 8083 del 2017, proposto da:

R.I. S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni N. 26/B;

contro

AZIENDA U.R. 6, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Merelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno N. 7;
e con l'intervento di

ad adiuvandum:

ASSOCIAZIONE N.A. - ASSOLAVORO, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni N. 26/B;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 11292/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento di attività di supporto amministrativo agli uffici della ASL Roma 6;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL Roma 6;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e udito per la parte appellante l'avvocato Massimiliano Brugnoletti;

Svolgimento del processo

1. Con bando pubblicato il 22 settembre 2017, la ASL Roma 6 ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento delle seguenti attività di supporto agli uffici della stazione appaltante: supporto giuridico, amministrativo, tecnico e contabile; supporto e gestione dei servizi centrali, distrettuali e ospedalieri; archiviazione, data entry e front office; supporto amministrativo contabile riferito al procedimento di liquidazione fatture e degli ulteriori documenti contabili; segreteria alle Direzioni Aziendali, Ospedaliere e Distrettuali.

Per l'appalto, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono stati previsti una durata biennale e un valore annuo di Euro 3.565.270,00.

2. La società appellante, nell'impugnare in primo grado gli atti di gara, ha sostenuto che la procedura avviata dalla ASL è stata erroneamente impostata come un "appalto di servizi", ma che in realtà essa ha ad oggetto una somministrazione di personale - attività, quest'ultima, ex lege riservata alle Agenzie per il Lavoro iscritte nell'apposito Albo presso il Ministero del Lavoro (cfr. art. 4 del D.Lgs. n. 276 del 2013).

Conseguenza di tale erronea impostazione è che la partecipazione alla gara è stata consentita a tutte le imprese commerciali, a cui è vietata la somministrazione di personale pena la commissione di un illecito amministrativo (cfr. art. 40 del D.Lgs. n. 81 del 2015); mentre è stata preclusa alle Agenzie per il Lavoro - e tra queste alla società appellante - a causa dei particolari requisiti d'accesso richiesti, incentrati sullo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara.

3. Con la sentenza qui appellata n. 1129/2017, il Tar Lazio ha respinto il ricorso, conducendo una verifica in ordine ai tratti distintivi tra l'appalto e la somministrazione di personale e giungendo alla conclusione che la fattispecie in esame è configurabile come un genuino appalto di servizi.

Tale qualificazione risulterebbe avvalorata dalle seguenti circostanze: "a) l'aggiudicataria è tenuta ad elaborare e presentare un progetto tecnico in cui devono essere esplicitate le modalità organizzative di svolgimento del servizio, alla luce delle esigenze definite ex ante dalla stazione appaltante nella lex specialis; b) il personale è chiamato a svolgere le prestazioni de quibus sulla base di ordini di servizio impartiti dall'impresa aggiudicataria; c) la gestione dei singoli rapporti di lavoro del personale de quo (pagamento delle retribuzioni, concessione delle ferie e dei permessi) è a carico dell'appaltatore; d) l'appaltatore è in ogni caso tenuto a garantire l'erogazione dei servizi anche in caso di sciopero del personale addetto; e) a carico di quest'ultimo è anche la responsabilità dei danni prodotti ai locali, alle persone o cose derivanti dall'espletamento delle prestazioni contrattuali (art. 6 del capitolato tecnico) ... Anche per quanto concerne la presenza del rischio di impresa la conclusione non muta, avuto presente che, se è incontestabile che il corrispettivo viene quantificato calcolando il numero delle ore lavorative previste per la tariffa oraria

proposta e che l'impresa aggiudicataria verrà compensata per le ore effettivamente lavorate dal personale, non può non essere disconosciuto che sull'impresa aggiudicataria potranno gravare ulteriori costi connessi alla sostituzione a vario titolo del personale adibito ovvero alle diverse categorie di danni indicate dal citato articolo 6 del capitolato tecnico che giustificano la sussistenza di un concreto rischio di impresa".

4. La pronuncia viene qui appellata con un unico articolato motivo di censura, inteso a ribadire la tesi già svolta in primo grado - ma ampliata alla luce della sentenza impugnata - secondo la quale le singole disposizioni del capitolato e del disciplinare, analiticamente e organicamente esaminate, delineano una fattispecie di somministrazione di personale, donde la non genuinità dell'appalto e l'ingiustizia delle clausole della legge di gara che impediscono la partecipazione alle agenzie di lavoro.

5. La Asl Roma 6 si è ritualmente costituita in giudizio, replicando alle deduzioni avversarie e chiedendone il rigetto.

6. E' intervenuta ad adiuvandum la Assolavoro - Associazione N.A.. La parte resistente ha tuttavia eccepito l'inammissibilità dell'intervento, per carenza di legittimazione attiva dell'associazione interveniente.

7. A seguito della rinuncia all'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 1 marzo 2018.

Motivi della decisione

1. L'eccezione di carenza di legittimazione dell'associazione interveniente viene argomentata dalla Asl Roma 6 mediante il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 21 luglio 2016, n. 3303 e al principio, da questa asseritamente sancito, secondo il quale gli enti esponenziali possono agire solo se previsto in una puntuale disciplina normativa che stabilisca chi può agire e che tipo di azione può esercitare.

1.1. L'eccezione non può essere accolta.

Innanzitutto, essa invoca a suo fondamento un precedente giurisprudenziale inconferente con il caso di specie, nel quale il difetto di legittimazione è stato deliberato con riguardo ad una associazione (Codacons) che agiva come appellante (e non come interveniente), e sulla base di una normativa speciale (artt. 139 e 140 del Codice del consumo) che circoscrive a casi specifici le azioni esperibili dalle associazioni dei consumatori.

1.2. Depurata dell'impropria citazione giurisprudenziale, l'eccezione in esame rimane sguarnita di ulteriori argomenti e, per di più, si pone in aperta contraddizione con la costante giurisprudenza che individua le condizioni legittimanti l'intervento in giudizio delle associazioni di categoria, da un lato, nella lesione dello scopo istituzionale associativo che i fatti di causa vengono a configurare; e, dall'altro, nell'interesse comune agli associati, che attraverso l'intervento in giudizio l'associazione medesima deduce e fa valere (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3029; Id., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2150).

1.3. Entrambi i presupposti ricorrono nel caso di specie e legittimano l'intervento ad adiuvandum della Assolavoro.

2. Nel merito, corretta premessa metodologica dalla quale prendono le mosse le tesi difensive delle parti contendenti - condivisa anche dai giudici di primo grado - è quella secondo cui la natura dell'affidamento in oggetto va indagata in concreto, esaminando gli elementi che caratterizzano il singolo rapporto contrattuale e tenendo presenti i tratti distintivi che connotano in modo tipico il contratto d'appalto e valgono a differenziarlo dalla somministrazione di personale.

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. n. 276 del 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").

2.1. 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.

2.2. Dal che 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.

2.3. La giurisprudenza della Corte di Cassazione è intervenuta a dettagliare in modo ancor più specifico 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 (Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3178).

3. Si tratta di indici ricorrenti anche nella fattispecie qui all'esame e complessivamente attestanti il carattere fittizio dell'appalto.

3.1. Nell'ordine, seguendo la successione dei criteri sopra richiamati, sotto il profilo della natura della prestazione richiesta, appare chiaro che le prestazioni richieste dalla ASL appellata sono identificate non

già in "servizi", bensì in numero di ore di lavoro annue: per il "supporto giuridico, amministrativo, tecnico e contabile" la ASL chiede 31.200 ore annue di lavoro; per il "supporto e gestione dei servizi centrali, distrettuali e ospedalieri" la ASL chiede 22.568 ore annue di lavoro; per l'attività di "archiviazione, data entry e front office" la ASL chiede 62.566 ore annue di lavoro; per il supporto alla liquidazione e gestione ordini, consegne e pagamenti la ASL chiede 18.928 ore annue; per la segreteria alle Direzioni Aziendali, Ospedaliere e Distrettuali la ASL chiede 36.296 ore annue di lavoro (cfr. disciplinare, pagg. da 3 a 6).

3.2. Questo primo dato dimostra che l'Azienda resistente mira sostanzialmente ad integrare il proprio personale interno, dimostratosi insufficiente, con altro personale esterno, in modo garantire il regolare svolgimento delle proprie attività d'ufficio.

3.3. Un simile scenario sfugge alla logica tipica dell'appalto di servizi - ove l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato, finalizzate alla realizzazione di un opus dotato di consistenza autonoma - e manifesta affinità, piuttosto, con lo schema tipico della "somministrazione di lavoro" a tempo determinato, che si caratterizza per la ricerca di lavoratori da utilizzare per i generici scopi del committente, in chiave d'integrazione del personale già presente in organico.

3.4. Induce alla medesima conclusione l'analisi delle modalità di individuazione della base d'asta e di disciplina della remunerazione del servizio:

- la base d'asta è stata esclusivamente correlata alle ore/lavoro richieste all'aggiudicatario: il disciplinare specifica, infatti, che la base d'asta è stata "determinata ... tenendo conto delle ore di servizio richiesto e quantificate in 171.548 (ore servizio richieste) X Euro 20,782 (quota oraria posta a base d'asta)" (disciplinare, pag. 7 e capitolato, pag. 2);

- coerente con la determinazione della base d'asta è la modalità di formulazione dell'offerta economica. Il disciplinare prevede infatti che l'offerta "dovrà essere formulata quantificando il costo orario del servizio ... (l'offerente - n.d.r.) dovrà specificare la percentuale di ribasso rispetto alla base d'asta, fissata in Euro 20,782 (che è il costo/ora posto a base d'asta - n.d.r.)" (disciplinare, pag. 21);

- quanto alla modalità per individuare il corrispettivo da corrispondere all'aggiudicatario, si prevede che questo sarà calcolato sulla base delle ore di lavoro mensilmente svolte, moltiplicate per il corrispettivo orario offerto, senza che assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative (disciplinare, pag. 28).

3.5. Anche con riguardo all'ulteriore profilo concernente l'inserimento del personale nel ciclo produttivo del committente, prevalgono elementi indicatori di una sostanziale contaminazione tra l'attività dei lavoratori della ASL Roma 6 ed i lavoratori inviati dall'appaltatore: quest'ultimi, infatti, come dimostra la definizione contenuta nell'oggetto della prestazione, forniscono un contributo di supporto nell'attività "amministrativa" della ASL; e la dettagliata declinazione di detta funzione di supporto evidenzia come essa si traduca nella "collaborazione" dei lavoratori dell'appaltatore con i dipendenti della ASL e consista nello svolgimento di attività di istruttoria documentale, nella redazione di atti preliminari tesi alla redazione di successivi provvedimenti da parte del personale interno, nel supporto alla stesura delle gare, nell'inserimento ordini, nell'inserimento di dati nell'albo, nel supporto alla liquidazione e gestione ordini, consegne e pagamenti, nello svolgimento di attività di segreteria amministrativa e di gestione della corrispondenza (disciplinare, pagg. da 3 a 6).

3.6. Dunque, risulta sufficientemente chiaro che l'appaltatore non svolge alcun servizio "diverso" da una mera attività di ausilio collaborativo al personale dipendente della ASL.

3.7. Neppure è previsto che l'appaltatore metta a disposizione mezzi ed attrezzature: il personale dell'appaltatore, per la prestazione della propria attività, utilizzerà infatti mezzi ed attrezzature della ASL (quali computer, cancelleria, fotocopiatrici etc.), prestando la propria attività presso la sede della stessa e avvalendosi dello strumentario di lavoro ivi presente.

3.8. Sui profili in esame, la parte appellata ha eccepito che la gara in questione avrebbe ad oggetto "intere linee di attività" e non singole collaborazioni in sostituzione di personale "a macchia di leopardo"; e che, dunque, le prestazioni rese in esecuzione dell'appalto assumerebbero una loro autonomia di contenuto e di risultato in grado di sconfinare qualunque fenomeno di osmosi e di continuità operativa tra il personale esterno e quello interno.

3.9. Il Collegio reputa la deduzione non persuasiva, innanzitutto perché sprovvista di più concreti elementi di supporto, ricavabili dal disciplinare e dal capitolato di gara, che forniscano conferma della effettiva autonomia delle linee produttive assegnate all'appaltatore. Si tratta, inoltre, di affermazione contraddetta dalle note descrittive delle prestazioni appaltate, ricavabili direttamente dal disciplinare di gara, dalle quali emerge che dette prestazioni sono pienamente integrate nel ciclo di produzione degli uffici aziendali e presentano un contenuto omogeneo a quello delle attività svolte dal personale stabilmente inserito nella pianta organica della ASL. Non vi è traccia, infine, del fatto che il personale della appaltatrice sia munito di un know-how specifico, ovvero di un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune, quindi di un quid pluris rispetto alla mera capacità professionale dei lavoratori già impiegati presso la ASL, tale da far emergere un apporto qualitativo specifico riconducibile all'appalto di servizio.

Da qui l'impossibilità di individuare un obiettivo di risultato, concluso e autonomo, realizzabile dall'appaltatore e distinguibile dal continuum delle attività principali alle quali quelle appaltate sono chiamate a fornire ausilio.

3.10. Ricorre, dunque, la causa "tipica" della somministrazione di lavoro, il cui fine tipico è proprio l'"integrazione" del personale nell'organigramma del committente (cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796).

3.11. Peraltro, in ipotesi di affiancamento di personale, ciò che può rilevare come indice sintomatico dell'appalto sono proprio le particolari modalità di coordinamento tra le imprese interessate, laddove concepite per escludere commistioni, interferenze o sovrapposizioni tra le due realtà organizzative; ovvero

per rendere del tutto evidente, anche sul piano logistico, la separazione tra le due imprese e tra le rispettive fasi della produzione (si veda in tal senso la circolare del Ministero del Lavoro del 22.10.2009).

3.12. Anche sotto questo specifico profilo, il capitolato qui in esame non fornisce indicazioni coerenti con la qualificazione del contratto come appalto, limitandosi ad assegnare all'aggiudicatario un generico onere di "coordinamento complessivo dei servizi affidatigli.. al fine di garantire il regolare svolgimento dei servizi nella loro continuità e nel rispetto degli obiettivi e degli standard fissati dalla Direzione dell'Azienda" (art. 4). Dunque, la carenza di misure atte a scongiurare l'interferenza e la commistione tra i lavoratori, unitamente all'assenza di linee di cesura in grado di differenziare autonome fasi di produzione, forniscono ulteriore conferma della natura fittizia dell'appalto.

4. Anche se inquadrata sotto la lente prospettica dei tre più generali e tipici parametri distintivi dell'appalto - richiamati in premessa - la commessa in oggetto rivela connotati del tutto affini alla somministrazione di personale.

4.1. Partendo dal potere dell'appaltatore di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta, il Tar ha ritenuto di poterlo rinvenire nel disposto dell'art. 4 del capitolato, il quale prevede che:

- "l'aggiudicatario dovrà garantire un coordinamento complessivo dei servizi affidati ed esplicitare nel progetto tecnico le modalità tecniche e gli strumenti aggiuntivi rispetto a quelli già messi a disposizione dalla ASL con i quali procederà ad organizzare le attività e ad impartire gli ordini di servizio al proprio personale al fine di garantire il regolare svolgimento dei servizi nella loro continuità e nel rispetto degli obiettivi e degli standard fissati dalla Direzione dell'Azienda e/o dalle singole strutture";

- "le attività di coordinamento e la garanzia della continuità dei servizi secondo gli standard fissati dalla Direzione Aziendale e dai soggetti da questa indicati saranno assicurate ad esclusivo carico del fornitore secondo le modalità di cui al progetto tecnico oggetto di apposita valutazione".

Il giudice di prime cure ha ritenuto che le attività appaltate siano qualificabili come una autonoma attività imprenditoriale, in quanto l'impresa aggiudicataria è tenuta ad elaborare e presentare un progetto tecnico in cui devono essere esplicitate le modalità organizzative di svolgimento del servizio, alla luce delle esigenze definite ex ante dalla stazione appaltante nella lex specialis.

4.2. Occorre tuttavia osservare che - secondo costante giurisprudenza - il tratto qualificante della direzione tecnica ed organizzativa della prestazione da parte dell'appaltatore va verificato attraverso un accertamento operato in concreto, con riferimento all'oggetto e al contenuto intrinseco dell'appalto.

Tale principio va applicato con particolare attenzione nei casi di appalti endoaziendali (quale quello qui in esame), caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente (cfr., Cass. civ. sez. lav., 3 giugno 2014, n. 12357).

E giova ulteriormente precisare, sul punto, come, sotto il profilo eminentemente processuale, l'onere probatorio gravi in via esclusiva sul soggetto che, avanzando la domanda costitutiva, assume trattarsi di una fattispecie interpositoria illecita (Cass. civ., sez. lav., 11 marzo 2014, n. 5568).

4.3. Ebbene, anche se tra guardato sotto il profilo della sussistenza di una effettiva e sostanziale organizzazione dei mezzi, l'appalto in esame presenta vistose contiguità con la fattispecie della somministrazione di personale, se solo si considera che:

- gli orari di lavoro non vengono definiti autonomamente dall'aggiudicatario, ma sono da esso programmati sulla base delle specifiche esigenze della ASL, che si riserva la possibilità di richiedere prestazioni lavorative anche in giornate festive: "gli operatori economici dovranno attenersi scrupolosamente agli orari programmati ad opera dell'Impresa aggiudicataria sulla base delle esigenze manifestate dai Responsabili dei Servizi ASL interessati e non potrà essere in alcun modo variata se non per gravi motivi opportunamente comunicati agli stessi o al personale a tale scopo individuato dalla ASL" (disciplinare, pag. 8);

- quanto alle sostituzioni del personale, si prevede che la ASL possa richiedere la sostituzione del singolo lavoratore assente; e che soluzioni alternative per fronteggiare le assenze debbano essere concordate con la ASL (capitolato, pag. 8);

- non vi è traccia di una qualche attività di organizzazione di mezzi e di attrezzature destinate alla esecuzione del servizio, dovendo l'aggiudicatario limitarsi a "fornire" lavoratori.

4.4. Non miglior successo può ascriversi al tentativo di collocare la gara nell'ambito degli appalti di servizi, in virtù della prescrizione, contenuta nel capitolato di gara, che pone a carico dell'aggiudicatario l'onere della gestione "amministrativa" dei rapporti di lavoro: pagamento della retribuzione, riconoscimento delle ferie, etc..

Anche in questo caso, si tratta di previsione immanente alla somministrazione di lavoro: gli artt. 32 e 37 del D.Lgs. n. 81 del 2015 pongono infatti tale gestione in capo all'Agenzia per il Lavoro, la quale, essendo il "datore di lavoro formale" (mentre, nel rapporto trilatero che si genera, il committente assume il ruolo di "datore di lavoro sostanziale"), provvede alla "gestione amministrativa" del rapporto di lavoro, elaborando le buste paga, pagando le retribuzioni, versando i contributi: "Con il contratto di somministrazione di lavoro l'utilizzatore assume l'obbligo di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori" (art. 32 D.Lgs. n. 81 del 2015); "Gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, sono a carico del somministratore" (art. 37 D.Lgs. n. 81 del 2015).

4.5. Dunque, per quanto sin qui esposto, non pare ravvisabile un potere di autonoma ed effettiva organizzazione produttiva da parte dell'aggiudicatario dell'appalto.

4.6. Sicché le generiche clausole del capitolato secondo le quali "i servizi verranno svolti con esclusiva organizzazione, responsabilità e rischio della ditta aggiudicataria" (capitolato, pag. 3), si svuotano di effettiva rilevanza, a fronte dell'assenza di concrete modalità di organizzazione delle attività che ne assegnino la conduzione all'autonomia e alla iniziativa imprenditoriale dell'appaltatore.

4.7. D'altra parte, se la distinzione tra le due figure contrattuali è marcata dal fatto che il "contratto di appalto" ha ad oggetto un'obbligazione di risultato (con cui l'appaltatore assume con la propria organizzazione il compito di far conseguire al committente il risultato promesso), mentre la somministrazione di lavoro sottende una tipica obbligazione di mezzi (attraverso cui l'Agenzia per il Lavoro si limita a fornire prestazioni lavorative organizzate e finalizzate dal committente), è evidente che nella gara di qua l'aggiudicatario non ha alcun risultato da raggiungere, poiché oggetto esclusivo della procedura, per quanto già si è esposto, sono mere prestazioni lavorative (di segreteria, istruttorie o di supporto alla gestione delle attività amministrative) che, evidentemente, non rappresentano un'articolata ed organizzata prestazione di servizi.

5. Con riguardo al potere direttivo sui lavoratori impiegati nella commessa - secondo tratto distintivo dell'appalto - il Tar ha ritenuto di rinvenirlo nella previsione di cui all'art. 4 del capitolato, ai sensi della quale "l'aggiudicatario dovrà garantire un coordinamento complessivo dei servizi ed esplicitare nel progetto tecnico le modalità tecniche e gli strumenti aggiuntivi rispetto a quelli già messi a disposizione dalla ASL, con i quali procederà ad organizzare l'attività ed impartire gli ordini di servizio".

Da tale prescrizione il TAR è dunque giunto alle conclusioni che gli ordini di servizio al personale verranno impartiti dall'aggiudicatario e non dalla Azienda sanitaria.

5.1. Si tratta tuttavia di affermazione ampiamente ridimensionata da ulteriori previsioni del capitolato, trascurate dal giudice di primo grado.

In particolare, l'art. 5 del capitolato, in cui è espressamente fissata la regola sugli ordini al personale, prevede che gli stessi "dovranno ... attenersi alle direttive dei Responsabili dei Servizi Asl interessati": le direttive, dunque, non verranno impartite dal committente all'aggiudicatario (come avviene nell'appalto), bensì direttamente dal committente ai lavoratori, elemento questo che caratterizza tipicamente la somministrazione di lavoro, come definita dall'art. 30 del D.Lgs. n. 81 del 2015, che ne individua una delle caratteristiche nel fatto che i lavoratori soggiacciono al potere di direzione e controllo dell'utilizzatore.

5.2. Peraltro, è vero che l'art. 4 del capitolato prevede che gli ordini di servizio potranno essere impartiti dall'aggiudicatario, o meglio, che il concorrente indichi in offerta gli strumenti "ulteriori rispetto a quelli messi a disposizione dalle ASL" (capitolato, pag. 3) con cui impartire gli ordini di servizio. Ma occorre rilevare, altresì, che è la stessa ASL a "determinare" le "regole" cui dovrà attenersi il personale. Invero, le stesse prescrizioni valorizzate dal TAR (laddove vi si legge che l'impresa impartirà ordini di servizio) prevedono espressamente che la ASL definisca "obiettivi" e "regole standard", che l'aggiudicatario - rimanendo il "formale datore di lavoro" (situazione tipica della somministrazione) - trasferirà ai lavoratori: l'art. 4 del capitolato stabilisce infatti che l'aggiudicatario provvederà ad "impartire ordini di servizio ..nel rispetto degli obiettivi e degli standard fissati dalla Direzione dell'Azienda e/o delle singole strutture" (capitolato, pag. 3). Dunque, le scelte organizzative dalle quali promanano le direttive sono rimesse all'utilizzatore delle prestazioni, sebbene promanino dal soggetto fornitore di personale.

5.4. Si tratta, peraltro, di disposizioni riconducibili ad un effettivo potere direttivo del committente, e non di meri suggerimenti o indicazioni finalizzate ad ottimizzare il risultato del prodotto facente comunque capo all'organizzazione e alla gestione proprie dell'appaltatore.

5.5. Pertanto, anche sotto il profilo del potere direttivo del personale messo a disposizione della Asl, la tesi della genuinità dell'appalto sconta limiti di coerenza con il concreto contenuto sostanziale delle prescrizioni di gara.

Si profila, al contrario, un ulteriore elemento tipizzante del contratto di somministrazione, costituito dalla dissociazione dei poteri del datore di lavoro, come delineato dal comma 2 dell'articolo 20 del D.Lgs. n. 276 del 2003, secondo il quale "Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore".

5.6. Il passaggio argomentativo in esame è assai rilevante, in quanto la giurisprudenza ha chiarito che, laddove si verta in fattispecie di appalto in cui la prestazione richiede esclusivamente l'impiego di manodopera, il criterio dell'effettivo esercizio del potere di organizzazione e di direzione, da parte dell'appaltatore o del committente, assume valore decisivo al fine di valutare la genuinità o meno dell'appalto (Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796).

6. Venendo infine al rischio di impresa - terzo tratto distintivo dell'appalto - il giudice di prime cure ha ritenuto di poterlo rinvenire nei "costi della sostituzione" del personale (anche in caso di sciopero) che l'appaltatore assume nell'erogazione dei servizi, oltre che nella prescrizione dettata dall'art. 6 del capitolato, che pone a carico dell'aggiudicatario i costi per i danni causati dai lavoratori (elemento valorizzato in sentenza alle pagine 4, 5 e 6).

6.1. Anche tali elementi, tuttavia, nell'ottica di una ponderazione complessiva dei tratti caratterizzanti il contenuto del rapporto, non dimostrano l'effettiva presenza di un reale rischio imprenditoriale in capo all'appaltatore.

In proposito occorre considerare che nella fattispecie in esame:

- sono in primo luogo assenti investimenti a carico dell'aggiudicatario, il quale non si fa carico dei costi per l'acquisto e l'organizzazione dei mezzi strumentali alla esecuzione della prestazione richiesta;
- non è stata resa dimostrazione di un apporto di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni e, in genere, per sostenere il costo del lavoro), ovvero di know-how e beni immateriali in concreto forniti dalla appaltatrice, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto;
- i servizi richiesti dalla ASL vengono quantificati in ore lavoro (disciplinare, pagg. da 2 a 6) e retribuiti unicamente per le ore lavorate (disciplinare, pag. 28). Altrettanto accade nella somministrazione di lavoro, nella quale non viene retribuito il servizio in quanto tale, ma vengono remunerate le ore di lavoro effettivamente prestate, secondo un meccanismo che elide ogni forma di rischio e che fa corrispondere ad un certo numero di ore lavorate un certo costo per il personale impegnato e un correlato prezzo conseguito dal somministrante;

- anche la prescrizione che pone a carico dell'aggiudicatario gli oneri della sostituzione del personale assente (capitolato, pag. 8) non contraddice, quindi, la natura tipica della somministrazione di personale: essendo l'oggetto della prestazione la "fornitura" del lavoratore, questi, se assente, deve essere sostituito senza oneri per il committente, che retribuisce la singola prestazione lavorativa oraria effettivamente resa (sia pure sulla base di un costo orario che in sé ingloba anche gli oneri della tutela assicurativa del lavoro).

6.3. Analogo rilievo vale per la clausola che esenta la ASL dai danni subiti dai lavoratori, posto che, ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 81 del 2015, è l'Agenzia a sostenere gli oneri assicurativi a tutela degli infortuni subiti dai dipendenti.

6.4. Il rischio di impresa non può essere ricondotto neppure alla previsione di penali, come sostenuto dalla ASL.

La penale, infatti, come correttamente eccepito dalla parte appellante, non costituisce indice di rischio di impresa, dovendo questo desumersi dall'alea economica insita nell'attività affidata e derivante dall'imprevedibile andamento del mercato ovvero dalla riuscita delle scelte imprenditoriali compiute dall'appaltatore. Per converso, nulla osta alla previsione di penali anche nella somministrazione di lavoro, se connesse al grado di diligenza con il quale il somministrante è chiamato ad adempiere le sue obbligazioni (e quindi, ad esempio, al ritardo con cui invia i lavoratori in somministrazione o sostituisce i lavoratori assenti - cfr. i capitolati di gare di somministrazione allegate dalla parte appellante - doc. 6).

In questi casi, la presenza della penale non muta la natura del contratto, ma corrobora l'obbligo di diligenza del contraente (art. 1176 c.c.) - valido per ogni fattispecie di obbligazione - secondo un meccanismo innestabile in qualunque tipologia di contratto.

Peraltro, le penali contenute nel disciplinare della gara de qua (art. 35) risultano coerenti con lo schema della somministrazione di lavoro, essendo comminate per l'omesso o il ritardato avvio del servizio, la mancata sostituzione del personale o per eventuali errori commessi dallo stesso.

6.5. Per quanto concerne i danni causati dai lavoratori, è vero che l'articolo 35 comma 7 del D.Lgs. n. 81 del 2015 (e ancor prima l'art. 26 del D.Lgs. n. 276 del 2003), applicabile anche alle somministrazioni instaurate con pubbliche amministrazioni, pone la relativa responsabilità civile in capo all'utilizzatore, quale "datore di lavoro sostanziale", in deroga alla previsione generale contenuta nell'articolo 2049 del codice civile (si veda in tal senso la circolare n. 9/2007 sui contratti di somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni).

Nondimeno, non vi è alcuna preclusione normativa a che l'Agenzia possa pattiziamente porre a proprio carico detti costi, come avviene nel caso di specie.

6.6. In ogni caso, se la disciplina in materia di danni causati dai lavoratori fornisce uno spunto utile alla tesi della parte resistente, è anche vero che per potersi predicare l'esistenza di un contratto d'appalto, occorre che l'oggetto negoziale sia costruito in modo da attribuire - in modo rilevante e per elementi qualificanti l'intero rapporto - il rischio contrattuale all'appaltatore; una condizione, quest'ultima, che nel caso di specie non si realizza, atteso che l'oggetto principale della prestazione è la "fornitura di lavoratori", senza che assuma alcun rilievo, neppure sul piano remunerativo, il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative. La presenza di qualche secondaria deviazione da tale modello appare di rilievo marginale e, come tale, non idonea a contraddire la strutturale e prevalente incompatibilità dell'oggetto contrattuale con lo schema dell'appalto di servizi.

7. Per tutto quanto esposto, la disamina in concreto dei contenuti del contratto smentisce la qualificazione giuridica ad esso assegnata dalla ASL e conduce a ravvisarvi una somministrazione di lavoro.

8. Così riconfigurata, la gara si appalesa illegittima sia nella parte in cui non omette di richiamare, quali requisiti di partecipazione, il possesso dell'Autorizzazione Ministeriale e la conseguente iscrizione all'Albo - tutte norme di garanzia applicabili esclusivamente alla "somministrazione di lavoro" e non invece ai contratti d'appalto di servizi - ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 276 del 2003, dell'art. 30 del D.Lgs. n. 81 del 2015 e dell'art. 83, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016; sia nella parte in cui prevede requisiti di ammissione inerenti lo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara (cfr. disciplinare pag. 2) - essendo questi propri delle imprese che svolgono appalti di servizi ma non anche delle agenzie di lavoro che, come la società appellante, operino esclusivamente nel campo della somministrazione di personale.

9. Per tutte le ragioni esposte, l'appello è fondato e determina, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e il conseguente annullamento degli atti con esso gravati.

10. Quanto alla regolamentazione delle spese di lite, la peculiarità e la complessità delle questioni trattate ne giustificano la compensazione per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con esso gravati.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lafranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore