

Pubblicato il 26/04/2022

N. 03182/2022REG.PROV.COLL.
N. 02433/2021 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 2433 del 2021, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

i signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppina Caterino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, e dei signori -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

nonché dei signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Galluccio e Agostino Armando Carratù, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angela Fiorentino in Roma, via E. Q. Visconti, n. 11;

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania –
-OMISSIS-, resa tra le parti, che ha annullato la deliberazione dell'ASL Caserta -*

OMISSIS-, nella parte in cui reca la esclusione degli appellati, ricorrenti di prime cure, dalla procedura di stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del Servizio Sanitario Nazionale, bandita con delibera -OMISSIS- del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta per la copertura di 20 posti di O.S.S. - OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

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

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

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

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

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

5.-Il Giudice di prime cure, con la sentenza -OMISSIS-, ha dichiarato inammissibile il ricorso nei riguardi di -OMISSIS- che non avevano presentato la domanda di partecipazione alla procedura di stabilizzazione, ha respinto le altre eccezioni di inammissibilità sollevate dalla ASL di Caserta, ha accolto il ricorso con riferimento ai restanti ricorrenti, odierni appellati, e, per l'effetto, ha annullato la deliberazione dell'ASL Caserta -OMISSIS-, nella parte in cui reca la loro esclusione dalla procedura di stabilizzazione.

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

- le tipologie di contratti di lavoro flessibile sarebbero inclusive della somministrazione di lavoro, perché il comma 10 del D.lgs. n. 75/2017, che rinvia all'articolo 1, comma 543, della legge 208/2015, delinea una disciplina speciale esclusivamente applicabile alle procedure di stabilizzazione del personale medico, tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, come tali sottratte, quanto all'individuazione dei requisiti di partecipazione, alla disposizione generale posta dal comma 9 del medesimo articolo; ciò si desumerebbe sia dal tenore letterale del citato comma 10

(*"continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 543, della legge 28 dicembre 2015, n. 208"*), sia dalla *ratio* sottesa all'intervento legislativo, volto specificamente a prorogarne l'efficacia, scandendo i termini finali di indizione e conclusione delle procedure di stabilizzazione, così da circoscrivere l'ambito temporale di applicazione della disciplina derogatoria rispetto alla sopravvenuta normativa generale.

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

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

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

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

a) la procedura di stabilizzazione in questione ha visto ammessi -OMISSIS- esclusi -OMISSIS-;

b) i candidati ammessi hanno sostenuto la prova scritta in data -OMISSIS- e i relativi elaborati non sono stati a tutt'oggi corretti;

c) a seguito di diffida dei ricorrenti e susseguente contro-diffida degli ammessi al concorso, giusta delibera del direttore generale -OMISSIS-, l'ASL ha sospeso, allo stato, la procedura concorsuale, al fine di attendere il pronunciamento di merito del Consiglio di Stato.

8.-In via preliminare, riproponendo le censure di rito sollevate con il ricorso di prime cure, l'amministrazione appellante deduce che il ricorso proposto dagli odierni appellati nel giudizio di primo grado non risulta notificato ad alcuno dei soggetti controinteressati pur evincibili dalla delibera -OMISSIS-, oggetto di impugnativa, nonché la tardività del medesimo ricorso per mancata impugnazione del bando nei termini di legge;

9.- Nel merito, la stessa amministrazione deduce:

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

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

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

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

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

20, comma 2, d.lgs 75/2017.

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

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

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

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

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

10.-Con l'ordinanza -OMISSIS-, la Sezione ha accolto la domanda incidentale cautelare dell'ASL e per l'effetto ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata.

11.- La Sezione, preso atto che sulla questione del divieto di stabilizzazione per i lavoratori in regime di somministrazione, previsto dall'art. 20, comma 9, del d. lgs. n. 75 del 2017, il Tribunale -OMISSIS-, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza -OMISSIS-, aveva sollevato questione di costituzionalità sotto il profilo della prospettata violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e che l'udienza avanti alla Corte

costituzionale per la discussione della questione era stata fissata per - OMISSIS-, con propria ordinanza collegiale -OMISSIS- ha assegnato alle parti termine fino al -OMISSIS- per presentare memorie vertenti sulla questione *de qua*.

15.-Le parti hanno presentato memorie.

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

DIRITTO

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

Entrambe le eccezioni sono infondate.

1.1-Condividendo le prospettazioni del Giudice di prime cure, nessun onere d'impugnativa immediata del bando sorge allorché la lesione dell'interesse del concorrente nasce non direttamente da clausole chiaramente escludenti inserite nel bando, ma dalla valutazione che l'amministrazione fa in sede applicativa della regola della *lex specialis*.

Infatti, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa presentazione della domanda, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'atto conclusivo del procedimento, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (cfr. Cons. Stato, Sez. III -OMISSIS-, Sez. III -OMISSIS-).

Nel caso di specie, i requisiti indicati a pag. 2 del bando di concorso, nel richiamare l'art. 20, comma 2, del D. Lgs n. 75/2017, non avevano carattere immediatamente escludente, poiché erano destinati a trovare concreta applicazione soltanto a seguito della valutazione che l'Amministrazione era

chiamata ad operare con riguardo alle singole posizioni dei candidati, anche alla luce di quanto stabilito dal comma 10 del medesimo art. 20.

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

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

La posizione di controinteressato è infatti riscontrabile solo in quei soggetti risultati idonei in una graduatoria finale di merito, visto che solo in tale occasione "l'eventuale esito positivo (di un'impugnativa) potrebbe pregiudicare la situazione, ancorché in via astratta e remota, ...dei promossi", che devono, di conseguenza, essere posti in grado di difendersi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, -OMISSIS- e Cons. Stato, sez. VI, -OMISSIS-).

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

2.1-L'ASL, con il bando pubblicato sul B.U.R.C. -OMISSIS- e, per estratto nella G.U.R.I. -OMISSIS-, ha indetto una procedura di concorso per titoli per la stabilizzazione del personale precario dell'area del comparto sanità del servizio sanitario nazionale avente ad oggetto la copertura a tempo indeterminato di n. 20 posti di O.S.S. -OMISSIS-.

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

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

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

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

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

La frequente stipula, da parte delle pubbliche amministrazioni, di contratti a termine, di formazione e lavoro, di somministrazione e, in genere, alle forme contrattuali flessibili – pur consentito solo per esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, ma spesso reiterato oltre i previsti limiti temporali - ha determinato situazioni di precariato, cronicizzate nel tempo.

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

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

In particolare, l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 - concernente “modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c),

e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” - prevede che:

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

a) risulti in servizio, anche per un solo giorno, successivamente alla data - OMISSIS-, con contratto di lavoro a tempo determinato presso l'amministrazione che deve procedere all'assunzione;

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

c) abbia maturato, -OMISSIS-, alle dipendenze della stessa amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

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

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

b) abbia maturato, -OMISSIS-, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

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

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

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

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

5.-Essi sono, e lo dichiarano in atti, dipendenti di cooperative sociali che, come specificato dall’ASL appellante, sono aggiudicatarie in ATI di gara bandita dalla medesima ASL di Caserta per l’affidamento dei servizi socio

sanitari, ex art. 3 e Allegato II D.lgs 163/2006, presso le proprie strutture ospedaliere e territoriali.

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

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

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

- a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta;
- b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa;
- c) del rischio di impresa (si veda in tal senso l'art. 29 del d.lgs. 276/2003, il quale recita: *“Ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione di mezzi necessari da parte*

dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa?').

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

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.

8.-Se come sopra delineata la disciplina relativa alla stabilizzazione, di cui al più volte citato art.20, si presenta quale norma derogatoria della previsione generale delle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni attraverso pubblico concorso, allora sono da intendersi come assolutamente vincolanti e necessari i requisiti che i lavoratori debbono possedere per partecipare alla procedura di stabilizzazione. E, nel caso di specie, uno dei requisiti inderogabili è la titolarità da parte dello stesso lavoratore di un rapporto di lavoro flessibile con l'amministrazione precedente.

9.- E' fuor di dubbio che gli appellati sono dipendenti di cooperative sociali aggiudicatarie in ATI di un appalto di servizi.

10.- A tale proposito, l'ASL di Caserta specifica che:

- si tratta di una gara per l'affidamento dei servizi socio sanitari, ex art. 3 e Allegato II D.lgs 163/2006, presso le proprie strutture ospedaliere e territoriali, aggiudicata con deliberazione -OMISSIS- all'-OMISSIS-;

- il capitolato speciale di appalto, richiamato nel contratto sottoscritto - OMISSIS-, prevedeva che le prestazioni dovessero essere rese presso - OMISSIS-, per un monte orario mensile -OMISSIS-, e per le seguenti prestazioni: garantire aiuto e collaborazione per l'igiene e la cura della persona, garantire prestazioni igienico-sanitarie di semplice attuazione, complementari ad altre attività assistenziali, garantire ogni altra prestazione di carattere assistenziale che rientri comunque nella competenza degli operatori socio sanitari prevista dalle norme vigenti, nell'ambito di appositi protocolli operativi;

- secondo le disposizioni del contratto e del CSA restava a carico della appaltatrice la gestione del personale, sia nella fase di formazione, sia nella fase esecutiva del contratto, conservando pienamente il potere disciplinare nei confronti dei propri dipendenti.

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

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

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

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

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello n. 2433 del 2021 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR per la Campania -OMISSIS-, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 7 e 9 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonella De Miro

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO