Pubblicato il 14/04/2020

N. 02382/2020REG.PROV.COLL.

N. 06482/2019 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6482 del 2019, proposto da

contro

nei confronti

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma,

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 8321/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di Roma Capitale e dell'Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2020 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Adami, Cataldi e Maggiore, nonché l'avvocato dello Stato Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale prot. n. CN/94848/2018 del 13 luglio 2018, il Municipio IX di Roma Capitale indiceva una procedura aperta di gara, avente ad oggetto l'affidamento di un servizio sociale per 24 mesi, consistente nella realizzazione del progetto "I ragazzi del muretto", per un importo totale di 126.934,08 euro, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Alla scadenza del termine all'uopo fissato dalla stazione appaltante risultavano aver presentato domanda di partecipazione il facente capo ad

Nella successiva fase di verifica della documentazione attinente le offerte tecniche, la stazione appaltante, con nota prot. CN/162328/2018 comunicava alla seconda l'esclusione dalla procedura di gara, non risultando la documentazione collazionata in un unico documento, come invece richiesto dal disciplinare di gara; tale provvedimento veniva però successivamente annullato in autotutela, riammettendo la alla procedura.

All'esito della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la risultava prima in graduatoria con un punteggio totale di 89,25 laddove il raggruppamento secondo graduato otteneva un punteggio complessivo di 80,52.

All'esito del sub-procedimento di anomalia, in ordine al quale erano state chieste giustificazioni ad entrambi gli operatori economici, l'amministrazione da un lato riteneva esaustiva la risposta fornita dal , dall'altro chiedeva ulteriori chiarimenti alla in ordine alle modalità con cui sarebbe stato impiegato il personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

Contestualmente alla richiesta integrativa di giustificazioni trasmessa a , la stazione appaltante inviava altresì un'istanza di parere all'Ispettorato territoriale del lavoro di Roma in merito alla possibilità dell'operatore di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste dal bando, in particolare per i tre incarichi di educatore professionale.

L'Ispettorato, nel proprio parere acquisito con nota prot. CN/31945/2019, riportava testualmente il primo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, a mente del quale "a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", nonché parte del secondo comma, segnatamente le lett. a) e b), ai sensi delle quali si esclude l'applicabilità del predetto principio "alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" ed "alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali".

Con successiva nota prot. CN/42308/2019, la stazione appaltante chiedeva all'Avvocatura capitolina un parere in merito alla possibilità, per l'operatore, di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste dalla legge di gara e, segnatamente, per i tre incarichi di educatore professionale; l'organo legale richiesto concludeva nel senso che sussistessero, nel caso di specie, "gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato".

Conseguentemente a tali indicazioni, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara della

per anomalia dell'offerta economica, sul presupposto che, "con riferimento all'inquadramento contrattuale proposto per gli educatori, sussistono ragionevolmente gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato che escludono l'adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa".

Con successiva determinazione dirigenziale prot. CN/62386/2019 veniva infine disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del

Avverso la propria esclusione e la successiva aggiudicazione al raggruppamento concorrente, la proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) violazione dell'art. 97 del d.lgs. n- 50/2016, della legge n. 43/2006, della l. 3/2018 e del d.lgs. 81/2015, in quanto agli educatori professionali non sarebbe applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trattandosi di soggetti che hanno l'obbligo di iscrizione in un apposito albo e come tali, da ricomprendere nelle ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 2, comma 2, del

d.lgs. 81/2015; 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 118 Cost., dei principi di non discriminazione e par condicio, nonché per difetto di istruttoria, in quanto la Stazione appaltante avrebbe omesso di accertare la congruità economica della sua offerta ed avrebbe impedito la massima partecipazione alla gara, limitandola di fatto ai soli operatori economici con lavoratori dipendenti in organico.

Costituitasi in giudizio, Roma Capitale concludeva per l'infondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

Con sentenza 26 giugno 2019, n. 8321, il giudice adito accoglieva il ricorso, ritenendo che alla figura dell'educatore professionale non si potesse applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal d.lgs. n. 81 del 2015.

Avverso tale decisione interponeva appello , articolando le seguenti doglianze:

1) Grave erroneità in fatto e in diritto della sentenza di primo grado (in relazione al primo motivo di ricorso).

2) Grave erroneità in fatto e in diritto della sentenza di primo grado (in relazione al primo motivo di ricorso).

Si costituiva in giudizio Roma Capitale, concludendo per l'accoglimento dell'appello e la conferma dei provvedimenti a suo tempo adottati dalla stazione appaltante.

Anche si costituiva, insistendo per contro per il rigetto del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente approfondivano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 23 gennaio 2020, dopo la rituale discussione, a causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, ritiene il Collegio di dover prioritariamente esaminare il secondo motivo di appello, in ragione del carattere assorbente delle questioni ivi dedotte rispetto all'oggetto del contenzioso.

Con esso si ribadisce – diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza appellata – che nel caso di specie sussistevano gli indici previsti dalla legge per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato, i quali peraltro escludevano l'adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa, indicato invece nell'offerta della per alcune delle figure espressamente richieste nella lex specialis di gara (ovverosia i tre educatori professionali).

Secondo la sentenza impugnata, la figura dell'educatore professionale rientrerebbe nella categoria delle professioni sanitarie e, dunque, delle "professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali", categorie per le quali l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015 esclude l'applicazione del comma 1 dello stesso articolo, che dispone l'applicazione "della disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

Tale interpretazione non sarebbe però condivisibile, non potendosi ricondurre qualsiasi tipologia di "educatore professionale" nella categoria delle professioni sanitarie.

Il motivo è fondato.

In effetti, lungi dal costituire una categoria unitaria, sono individuabili due diverse tipologie di "educatori professionali", per una sola delle quali è però prevista l'iscrizione in apposito albo della professione sanitaria (e per la quale dunque può valere quanto riportato nelle motivazioni della sentenza di primo grado, ossia l'applicabilità della disciplina dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015): in particolare, il d.m. n. 153018 del 2018, richiamato in sentenza, ha effettivamente istituito un albo delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione, in cui fa rientrare la figura di educatore professionale socio-sanitario.

Va però detto che la normativa di settore distingue due figure di "educatori professionali", ossia gli educatori professionali socio-sanitari e gli educatori professionali socio-pedagogici, laddove solo per i primi è prevista la necessaria iscrizione all'albo di cui sopra.

La lex specialis di gara faceva esclusivo riferimento alla seconda tipologia di operatori.

L'art. 11 del capitolato così individuava le figure professionali destinate ad operare nella struttura:

"- n. 1 coordinatore con il titolo di assistente sociale o psicologo, iscritto al relativo albo professionale, con esperienza di lavoro nell'ambito dei minori documentata da curriculum professionale; tale professionista dovrà coordinare il lavoro di tutti gli operatori del centro, strutturati in equipe, e dovrà garantire la presenza lungo tutti gli orari di apertura del Centro;

– Almeno n. 3 Educatori professionali con documentato curriculum formativo e professionale nel lavoro con i minori; dovrà essere garantita la presenza contemporanea di tutti gli educatori durante l'orario di apertura del Centro;

– n. 1 Psicologo Supervisore, iscritto all'Albo, con documentato curriculum formativo e professionale, che dovrà svolgere attività di supervisione per n. 2 ore con cadenza mensile".

E' evidente, in ragione sia del tenore letterale della disposizione, sia del contesto nel quale la stessa si colloca, che gli "educatori professionali" ivi previsti non svolgono una professione sanitaria, bensì quella di educatori di minori. Non è pertanto prevista, per loro, l'iscrizione ad alcun albo (a differenza delle altre categorie di operatori contemplate dal capitolato, che infatti richiede tale requisito) e conseguentemente opera per essi la disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal cd. Jobs Act (d.lgs n. 81 del 2015).

Poste tali premesse, l'amministrazione riteneva sussistenti, nel caso di specie, "gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato", alla luce di quanto in precedenza riferito dall'Ispettorato del lavoro ("anche per quanto concerne i titolari di partita Iva, la prestazione lavorativa verrà ritenuta come subordinata in presenza degli indici rilevatori tradizionali che concernono la mancanza di autonomia, l'assoggettamento al potere direttivo, disciplinare ed organizzativo del datore di lavoro […]").

L'accoglimento del secondo motivo di gravame è assorbente degli ulteriori profili di censura dedotti dall'appellante, relativi alla sussistenza di un obbligo – in capo all'operatore economico che intenda aggiudicarsi un contratto di appalto con la pubblica amministrazione – di garantire l'applicazione del livello massimo di tutele per i lavoratori, con la conseguenza di doversi comunque escludere quello che scelga deliberatamente di applicare ai propri dipendenti le condizioni peggiori, fondando su tale applicazione le proprie giustificazioni.

Conclusivamente, alla luce delle considerazioni sopra esposte l'appello va accolto.

La particolarità delle questioni affrontate giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso originariamente proposto dalla

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE