



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 557 del 2008, proposto da: Cooperativa Sociale Nuovo Impegno S.C. Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Noschese, con domicilio eletto presso Francesco Noschese in Brescia, via Cadorna, 7;

*contro*

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali -Direz. Prov. del Lavoro di Brescia, Servizio Isp. del Lavoro, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata per legge in Brescia, via S. Caterina, 6;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

del verbale di ispezione 21.5.208 n. 019/015/114/123/8667, con il quale si ingiunge la cessazione dell'invio di unità operative presso la Casa di Riposo G.B. Valotti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali -Direz. Prov. del Lavoro di Brescia, Servizio Isp. del Lavoro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29/10/2008 il dott. Mario Mosconi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1 – La società ricorrente è una cooperativa che svolge servizi socio-assistenziali mediante appositi contratti di appalto con enti pubblici e privati. Il contenuto di questi contratti consisterebbe nello svolgimento con proprio personale e propria organizzazione di attività di assistenza a favore di soggetti non autosufficienti ricoverati in strutture protette.

1.1 - In relazione all'opposto verbale della DPL di Brescia alla stessa è stato fatto divieto di usare proprio personale presso la Fondazione Valotti di Isorella (RSA ex IPAB).

2 – Ciò premesso risulta che in data 15.12.2007 la ricorrente ha stipulato diversi contratti d'appalto con la detta Fondazione che qui si annotano per sommi capi:

a) contratto di appalto di servizio Asa-socio assistenziale, che ha per oggetto l'erogazione nella fascia diurna e pomeridiana, da parte (indicativamente) di otto operatori inviati dalla detta Cooperativa, del servizio socio-assistenziale agli ospiti del reparto B, mentre, nel reparto A, tale servizio viene svolto dai dipendenti della Fondazione;

b) contratto di appalto del servizio di animazione, che ha per oggetto l'erogazione da parte (indicativamente) di un operatore inviato dalla Cooperativa a tutti i quaranta ospiti della Casa di riposo, di 3,5 ore giornaliere finalizzate ad attività ludiche, ad aiuti al mantenimento della cognitività, ad attività rieducative di gruppo ed a terapie occupazionali;

c) contratto di appalto di servizio notturno erogato da OSS, che ha per oggetto l'erogazione, da parte (indicativamente) di un operatore inviato dalla Cooperativa, di "assistenza durante il turno notturno"; si precisa che l'esatto oggetto del

contratto è indicato al II capoverso della pag. 2 del contratto, risultando, invece, frutto di un mero errore di scritturazione, contenuta al penultimo capoverso della pag. 1 del contratto stesso, agli ospiti del reparto B, mentre, nel reparto A, tale servizio viene svolto da un dipendente della Fondazione;

d) contratto di appalto del servizio fisioterapico, che ha per oggetto l'erogazione nella fascia diurna, da parte (indicativamente) di un operatore inviato dalla Cooperativa, di 6 ore di attività giornaliera dedicata alla rieducazione motoria individuale, alla rieducazione neuro motoria ed a terapie fisiche.

2.1 – Gli impegni rispettivamente gravanti sulle parti in forza dei predetti contratti sono sintetizzati a termini dei detti contratti:

“l'appaltatore assume a suo rischio e in piena autonomia gestionale nei confronti dell'appaltante, l'obbligo di organizzazione ed esecuzione della propria attività attraverso mezzi propri, utilizzandone alcuni messi a disposizione dell'appaltante”;

“la Cooperativa si impegna a garantire, attraverso la propria organizzazione, l'esecuzione del servizio...”, mettendo, in particolare, a disposizione della Fondazione:

- l'organizzazione e la direzione del personale,
- un coordinatore,
- tutto il personale necessario all'esecuzione del servizio dotato di specifica qualificazione professionale ed idoneità fisica,
- elenco nominativo aggiornato del personale in servizio,
- formazione e aggiornamento del personale,
- la definizione, predisposizione e gestione dei turni di lavoro,
- predisposizione dei piani di lavoro, secondo le linee guida della direzione sanitaria della fondazione,
- il controllo della qualità del servizio come previsto nel Manuale della Qualità della Cooperativa secondo norma Uni EN ISO 90012000,
- i dispositivi di protezione individuale (inclusi indumenti per il lavoro), il tesserino di riconoscimento ed eventuali ausili o attrezzature aggiuntive,
- la rendicontazione mensile delle prestazioni rese dal proprio personale; “

“la Fondazione mette a disposizione dell'appaltatore:

- il nominativo del referente interno che ha l'incarico di monitorare il servizio reso dall'appaltatore relazionandosi con il coordinatore e con il responsabile tecnico,
- le attrezzature e gli ausili,
- il materiale di consumo per l'igiene degli ospiti e degli ambienti, stoviglie, posate, bicchieri ed attrezzature per la somministrazione dei pasti, per i soli servizi di assistenza socio assistenziale,
- le manutenzioni ordinarie e straordinarie di locali ed impianti della struttura,
- le utenze relative alla struttura,
- uno spazio riservato alla Cooperativa per le attività di organizzazione e coordinamento,
- uno spazio spogliatoio attrezzato con armadietti individuali per il personale della Cooperativa,
- l'apparecchiatura per la rilevazione delle presenze del personale,

dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.

2.2 – Nei citati contratti sono anche dettagliatamente precisati i compiti rispettivamente affidati al Coordinatore del servizio, all'Ufficio del Personale e al referente delle attività assistenziali (RAA).

2.3 – Quanto, infine, al corrispettivo dovuto alla Cooperativa, le parti hanno pattuito importi forfetari, che, peraltro, possono essere ridotti sino ad un certo massimo su semplice richiesta (della Fondazione),

2.4 – Osserva il Collegio che quanto partitamente enunciato corrisponde ai contenuti dei citati contratto qui allegati.

3 – Tanto premesso illustrato e concluso, si rileva che la ricorrente finisce così col sostenere che, nel caso, non si tratti di illegittimo utilizzo di manodopera quanto un appalto di lavoro per vari servizi, assumendo perciò l'intervenuta violazione dell'art. 29 del D.Lvo n. 276 del 2003 in concomitanza con la reclamata ma non dovuta applicazione delle disposizioni di cui al precedente art. 27.

4 – Tanto da ultimo assunto si osserva come emerge per atti che la ricorrente, in qualità di asserito appaltatore, si è impegnata a garantire agli ospiti le seguenti prestazioni: igiene personale e vestizione, interventi sanitari semplici, mobilitazione-alzata-coricamento, distribuzione dei pasti e aiuto nell'alimentazione. Oltre a questo la ricorrente provvede alla pulizia degli ambienti di degenza e degli arredi. Per lo svolgimento del servizio la ricorrente predispone l'organizzazione e la gestione del personale. Individua una figura professionale con il compito di coordinatore dell'appalto, assume il personale necessario e provvede alla relativa formazione, elabora i piani di lavoro in accordo con la Fondazione, controlla la qualità del servizio, presenta la rendicontazione delle prestazioni rese dal proprio personale su base mensile. La Fondazione a sua volta si è impegnata a fornire le attrezzature ed il materiale necessario (ausili, prodotti per l'igiene degli ospiti e degli ambienti, stoviglie per la somministrazione dei pasti), a nominare un referente interno con compiti di monitoraggio, a pagare le utenze del luogo di svolgimento del servizio, a mettere a disposizione uno spogliatoio e un locale per l'attività di coordinamento, a eseguire la manutenzione ordinaria e straordinaria dei locali e degli impianti, a predisporre un sistema di rilevazione delle presenze e un piano di emergenza.

4.1 – La DPL di Brescia nell'accertamento ispettivo in contestazione, ha, invece, qualificati come non genuini i contratti di appalto su descritti ipotizzando di conseguenza una fattispecie di somministrazione irregolare di lavoro ai sensi dell'art. 27 del D.Lvo 10 settembre 2003 n. 276. Questa conclusione si basa su due elementi: l'inserimento dei dipendenti della ricorrente nell'organizzazione della Fondazione assieme ai dipendenti di quest'ultima (turni, timbrature) e il conferimento di mezzi da parte della Fondazione. In conseguenza della detta accertata ed asserita irregolarità il verbale ispettivo ha ordinato alla ricorrente di cessare immediatamente l'invio dei propri dipendenti presso la Fondazione.

5 – Alle argomentazione di censura testè enunciate ed in relazione alla complessa situazione di fatto e di diritto su descritta ha partitamene controdedotto l'Avvocatura erariale la quale, nel concludere per l'infondatezza del ricorso, ha, preliminarmente, eccepito il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice.

6 – Ora, quanto a quest'ultimo preliminare profilo di rito giova, ancora una volta, (v. dec. 212 del 2008) osservare che per i provvedimenti delle autorità con funzioni ispettive in materia di lavoro vale il criterio generale fissato dalla giurisprudenza (c. Cass. Civ. SU 13 febbraio 1993 n. 1822) secondo cui sono attribuiti al Giudice ordinario gli atti a contenuto assolutamente vincolato mentre spetta al giudice amministrativo valutare gli atti che “incidono sostanzialmente sulla sfera di iniziativa imprenditoriale, affievolendo il diritto di impresa riguardante l'assetto organizzativo dell'ambiente di lavoro”. Nel caso in esame l'ispettore del lavoro ha

ricostruito la figura contrattuale in corso di svolgimento tra la Fondazione e la ricorrente utilizzando le disposizioni normative (artt. 27 e 29 del D.L.vo 276/2003) come norme in bianco e applicando criteri appartenenti all'ambito della discrezionalità tecnica per stabilire il superamento della linea di confine tra somministrazione irregolare e appalto di lavoro. La libertà di organizzazione aziendale della ricorrente e la facoltà di svolgere secondo autonome scelte organizzative la propria attività di impresa sono state quindi riconformate diversamente mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, il che costituisce il presupposto per l'attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo.

7 - Nel merito appare così fondato l'unico motivo di ricorso, mediante il quale la ricorrente afferma che può sussistere appalto di lavoro per i servizi ai sensi dell'art. 29 comma 1 del Dlgs. 276/2003 anche in mancanza di conferimento di mezzi. In effetti questa norma specifica che l'appalto di lavoro si caratterizza "per l'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". Gli elementi necessari perché vi sia appalto di lavoro sono quindi l'organizzazione dei mezzi e l'assunzione del rischio di impresa. L'organizzazione dei mezzi non coincide con il diretto e personale conferimento delle attrezzature destinate al servizio ma principalmente con l'assunzione e la direzione degli operatori impiegati (in base al comma 3-bis dell'art. 29 del Dlgs. 276/2003 qualora vi fosse interposizione fittizia i lavoratori interessati potrebbero chiedere al giudice ordinario la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze al soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa). I mezzi materiali possono essere perciò forniti anche dal soggetto che riceve il servizio, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga in capo all'appaltatore e purché attraverso la fornitura di tali mezzi non sia invertito il rischio di impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore.

7.1 - I contratti tra la Fondazione e la ricorrente rientrano in questi parametri. Come si è visto sopra spetta a quest'ultima sostenere i costi del proprio personale (retribuzione e formazione) e adottare le disposizioni di dettaglio per lo svolgimento del servizio. La Fondazione ha il potere di esprimere un assenso sui piani di lavoro e di svolgere attività di monitoraggio. In base a questi elementi si può ritenere che l'impegno organizzativo sia realmente a carico della ricorrente, salvo il naturale vincolo costituito dalla necessità di stabilire un coordinamento con le esigenze della Fondazione in particolare per quanto riguarda gli orari di servizio. La possibilità che vi sia sovrapposizione tra i dipendenti della ricorrente e quelli della Fondazione non introduce una contraddizione insanabile con lo schema dell'appalto di lavoro. In realtà l'esternalizzazione del servizio non esclude che il

personale della Fondazione in precedenza adibito a tali compiti possa continuare a svolgere le proprie mansioni all'interno di una nuova formula organizzativa. Normalmente una simile soluzione presenta anzi minori inconvenienti rispetto alla modifica del mansionario e alla riconversione in altri settori.

7.2 - La natura forfettaria del corrispettivo garantisce poi che la ricorrente sopporti un effettivo rischio di impresa, in quanto l'integrazione della somma pattuita può essere disposta solo con il consenso della Fondazione e sul presupposto che intervengano modifiche nell'entità o nelle caratteristiche del servizio (non quindi nei costi unitari utilizzati come base negoziale). L'unico elemento assimilabile ad un rimborso spese a favore della ricorrente è il costo delle attrezzature e del materiale, che essendo a carico della Fondazione dovrebbe essere inserito nel bilancio del servizio come una partita di giro. Tuttavia l'esistenza di una voce economica esclusa dal rischio di impresa non cancella il rischio collegato alle altre voci, e in particolare alla spesa per il personale e per l'organizzazione. In mancanza di una definizione normativa di rischio si può ritenere che il corrispettivo dell'appalto di lavoro possa essere costituito in parte dal versamento di una somma forfettaria e in parte da un accollo dei costi, purché entrambe le componenti abbiano, come nel caso in esame, un reale significato economico per l'appaltatore.

7.3 – E dunque e in conclusione nel caso ed in via assorbente si può dedurre che non via sia stata alcuna interposizione fittizia di lavoro subordinato e di utilizzo improprio di manodopera.

8 - Il ricorso deve quindi essere accolto con il conseguente annullamento del divieto di inviare i dipendenti della ricorrente presso la Fondazione. Le spese possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso come precisato in motivazione annullando, per l'effetto, il detto divieto.

Le spese sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Mosconi, Presidente, Estensore

Gianluca Morri, Primo Referendario

Mauro Pedron, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO