



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9609 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale ASL TO 2, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio eletto presso Alberto Romano in Roma, Lungotevere Sanzio, 1;

***contro***

TESAN S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

I & T Servizi s.r.l. in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Software & Servizi S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Pasquale Varone, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere della Vittoria, 9;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO n. 04083/2010  
resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO  
GESTIONE SERVIZI SANITARI POLIAMBULATORIALI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di TESAN s.p.a. e di I & T  
Servizi s.r.l. nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2011 il Cons. Doris  
Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Romano, Manzi e Varone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda Sanitaria Locale TO 2 (ASL TO 2), in data 3 luglio  
2009, bandiva procedura aperta per l'affidamento del servizio di  
gestione delle attività amministrative di *front office* per l'accesso ai  
servizi sanitari poliambulatoriali.

L'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta  
economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d. lgv. n. 163  
del 2006.

Alla procedura partecipavano quattro concorrenti, tra le quali la  
TESAN s.p.a. in a.t.i. con Ass.i.s.te s.c.s. e la I & T Servizi s.r.l. in a.t.i.  
con Software & Servizi s.p.a., che risultava aggiudicataria.

La TESAN, collocatasi in seconda posizione, con ricorso al TAR

Piemonte, impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto del 26 marzo 2010, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara perché il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per carenza documentale;

b) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara perché il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per mancato possesso della certificazione di qualità richiesta dall'art. 26 del capitolato di gara;

c) violazione e falsa applicazione delle norme sul lavoro e sulla previdenza sociale perché la remunerazione offerta dall'aggiudicataria non sarebbe sufficiente a compensare il minimo di ore previsto e presupporrebbe non l'utilizzo di lavoratori subordinati, ma l'impiego di operatori assunti "a progetto".

Si costituiva in giudizio la ASL TO 2 che chiedeva il rigetto del ricorso.

L'aggiudicataria si costituiva in giudizio e proponeva ricorso incidentale per l'annullamento degli atti della procedura di gara, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente principale TESAN s.p.a. che aveva presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo fissato dalla *lex specialis* di gara.

TESAN proponeva ricorso incidentale per l'annullamento del capitolato d'appalto, ove inteso nel senso di escludere le offerte in aumento.

2.- Il TAR Torino, con sentenza n. 4083 del 2010 accoglieva il ricorso

di TESAN s.p.a. e, per l'effetto, annullava il provvedimento di aggiudicazione impugnato. Respingeva il ricorso incidentale della I & T Servizi s.r.l.. Dichiarava inammissibile il ricorso incidentale di TESAN. Dichiarava l'inefficacia del contratto limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire. Condannava l'amministrazione ad aggiudicare e sottoscrivere il contratto con TESAN s.p.a., nonché a pagare alla stessa la somma di denaro indicata in parte motiva, oltre la condanna alle spese di giudizio.

3.- L'Azienda Sanitaria Locale TO 2 impugnava il dispositivo della suddetta sentenza e successivamente la sentenza - la cui esecutività veniva sospesa con ordinanza Cons. Stato, V, n. 5850 del 2010 -, chiedendone l'annullamento o la riforma per i seguenti motivi:

erroneità per aver ritenuto tempestivo il ricorso di TESAN notificato il 5 giugno 2010, a fronte dell'aggiudicazione avvenuta il 26 marzo 2010 e comunicata il 6 aprile successivo;

erroneità con riferimento alla certificazione di qualità posseduta dall'aggiudicataria e ritenuta inadeguata dal TAR;

erroneità con riferimento alla valutazione di anomalia dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

TESAN s.p.a., costituitasi in giudizio chiedeva il rigetto dell'appello e proponeva appello incidentale in relazione alla domanda di risarcimento danni per equivalente, che il TAR aveva accolto limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire e non in via retroattiva e con riferimento alle altre voci di danno (danno curriculare, spese di partecipazione alla gara e danno da

immobilizzazione di risorse aziendali), delle quali il TAR Piemonte aveva negato il ristoro.

Si costituiva in giudizio la I & T Servizi s.r.l. in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Software & Servizi s.p.a., che sosteneva le ragioni fatte valere dalla ASL TO 2.

Le parti depositavano memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 29 aprile 2011, il giudizio veniva assunto in decisione.

4.- Con il primo motivo d'appello, viene riproposta l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado di TESAN s.p.a., respinta dal TAR.

Sostiene l'appellante che il ricorso sarebbe tardivo, in quanto notificato oltre il termine di decadenza di 30 giorni dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avvenuta il 6 aprile 2010. L'eccezione è infondata.

Come rilevato dal TAR, la comunicazione del 6 aprile 2010 è stata inviata alla mandante della TESAN e la stessa amministrazione ha rinnovato la comunicazione con atto del 5 maggio 2010, ricevuto dalla TESAN il 14 maggio 2010, data, rispetto alla quale il ricorso notificato il 5 giugno 2010 è tempestivo.

Peraltro, il termine di 30 giorni per la notifica del ricorso in materia di appalti è stato introdotto dal d. lgv. 20 marzo 2010, n. 53 entrato in vigore il 27 aprile 2010, per cui tale termine ridotto non può che applicarsi alle fattispecie che si perfezionano sotto la nuova disciplina e non ai termini in corso che, in mancanza di una specifica norma transitoria, restano regolati dalla precedente disciplina in base al

principio *tempus regit actum*.

Ne consegue che il ricorso notificato il 5 giugno 2010 è tempestivo, sia con riguardo alla comunicazione del 6 aprile 2010, rispetto alla quale trova applicazione il termine lungo di 60 giorni, sia con riguardo alla comunicazione alla Tesan del 5 maggio 2010, ricevuta in data 14 maggio 2010, termine quest'ultimo, che ricadendo nel vigore della nuova disciplina, è di 30 giorni.

5.- Con il secondo motivo di appello, la ASL TO 2 deduce erroneità della sentenza del TAR per aver ritenuto l'aggiudicataria carente del certificato di qualità adeguato al servizio.

Va, in proposito, osservato che l'art. 26 del capitolato d'appalto prescriveva che le imprese partecipanti alla gara dovevano documentare il possesso dei requisiti di carattere tecnico mediante "certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000 o altra certificazione del sistema di qualità idonea, relativa all'oggetto dell'appalto".

Secondo il TAR Piemonte, i certificati di qualità prodotti dall'aggiudicataria e dalla sua mandante, in quanto riferiti all'ambito dei prodotti informatici e delle relative attività manutentive e di assistenza, non sarebbero riferibili all'oggetto dell'appalto che si identificherebbe, ai sensi dell'art. 1 del capitolato speciale, in una mera attività di sportello che, per sua natura, implica capacità relazionali con il pubblico.

L'interpretazione dell'oggetto dell'affidamento contenuta in sentenza non appare convincente.

Invero, oggetto dell'appalto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 3 del capitolato di gara, è il servizio di *front office* (CUP) per l'accesso ai servizi poliambulatoriali della ASL (“servizio di accoglienza, prenotazione, accettazione, registrazione, pagamento tickets, esenzioni tickets, scelta e revoca del medico, consegna referti..” ed il servizio di *manutenzione full risk* dell'attrezzatura hardware e software data in custodia ed in uso gratuito per l'espletamento del servizio.

Entrambi i servizi richiedono una specifica competenza in ordine alla gestione di hardware e software.

Tali capacità ricoprono, invero, un ruolo cardine per il servizio CUP, il quale richiede una specifica professionalità di uso e gestione dei mezzi informatici nell'individuazione rapida ed efficiente della disponibilità dei servizi sanitari richiesti, dell'inserimento delle prenotazioni, della loro registrazione e della loro gestione, compreso il pagamento del ticket, sostanziandosi il servizio CUP in una serie di attività che non possono prescindere dall'utilizzo a livello professionale di apparecchiature elettroniche.

Ne consegue che la capacità di relazione dello sportellista del servizio, su cui si è soffermata la sentenza appellata, che si circoscrive alla gentilezza, pazienza e buona educazione nello svolgere il servizio è meno pregnante della capacità di gestione dei sistemi informatici che assume, invece, carattere prevalente nella qualificazione dell'oggetto dell'appalto.

In conclusione, è indubbio che il servizio oggetto dell'affidamento

non si identifica con l'attività di sportello che implica esclusivamente capacità relazionali con il pubblico, ma nella capacità di gestione delle banche dati e delle prenotazioni, nonché della manutenzione delle apparecchiature elettroniche in dotazione.

Pertanto, l'ISO prodotto dall'aggiudicataria, come ritenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, è adeguata allo svolgimento dei servizi oggetto di gara consistenti come detto nell'attività informativa agli utenti attraverso la gestione di servizi di informazione.

Peraltro, a fugare ogni dubbio sull'idoneità e adeguatezza del certificato di qualità in questione, trattandosi di questione meramente tecnica, l'aggiudicataria ha depositato in giudizio perizia tecnica della società di certificazione DNV Team Leader che certifica l'idoneità dell'ISO da essa prodotto in gara a comprendere i servizi oggetto di gara.

Ad ogni buon conto, va considerato che, ai sensi dell'art. 26 del capitolato speciale, la dimostrazione delle capacità tecniche andava comprovata anche mediante la produzione di una dichiarazione attestante l'avvenuto svolgimento negli ultimi tre anni (2006 – 07 – 08) di servizi simili per le amministrazioni pubbliche di valore non inferiore a 1.000.000,00 sicché la capacità delle concorrenti non era affidata solamente alla certificazione ISO ma anche all'esperienza conseguita nel campo, ampiamente dimostrata dall'a.t.i. aggiudicataria. Il motivo esaminato è, quindi, fondato e merita accoglimento.

6.- E' fondato anche il terzo motivo di gravame in ordine all'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il TAR Piemonte, in accoglimento di specifico motivo di ricorso della TESAN sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, riteneva che illegittimamente l'amministrazione aggiudicatrice aveva valutato congrua l'offerta della I & T Servizi s.r.l., malgrado l'uso quasi esclusivo per l'espletamento del servizio di personale assunto con contratto a progetto.

Secondo il TAR Piemonte, l'uso dell'istituto dei contratti a progetto per il servizio di sportello risulterebbe illegittimo, perché tale servizio richiederebbe la predeterminazione della durata della prestazione lavorativa, dell'obbligatoria continuità del servizio, dell'obbligo di eseguire gli ordini, pena sanzioni disciplinari. Ciò escluderebbe in radice la condizione di autonomia del lavoratore necessaria per la configurabilità di un rapporto di lavoro "a progetto".

Tanto, secondo il TAR, sarebbe in violazione non solo delle norme a protezione dei lavoratori, ma anche dell'obbligo della stazione appaltante di verificare la congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

La ricostruzione dell'istituto del contratto di lavoro a progetto fatta dal TAR non è convincente.

Va, innanzi tutto, puntualizzato, che le categorie giuridiche dei contratti di lavoro autonomo o dei contratti di lavoro subordinato non possono essere automaticamente utilizzate per la catalogazione di tali contratti di lavoro.

In particolare, come evidenziato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con circolare n. 1 dell'8 gennaio 2004 "Disciplina

delle collaborazioni coordinate e continuative nelle modalità c.d. a progetto. Decreto legislativo n. 276/03”, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all’art. 409 c.p.c. vanno oggi ricondotti a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l’organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa.

Secondo la suddetta circolare n. 1 del 2004, “.. *il perimetro esterno dell’autonomia del lavoratore andranno.. ravvisate: a) nello svolgimento di un’attività lavorativa, contrattualmente definita e funzionalizzata alla realizzazione del progetto, del programma di lavoro o della fase di esso (vincolo teleologico); b) nella necessaria coordinazione tra il lavoratore “a progetto” con il committente (nesso organizzativo) e c) nell’irrilevanza del tempo impiegato per l’esecuzione della prestazione (“elemento negativo”).*

Aggiunge la circolare che “*affermare che l’orario di lavoro è irrilevante (ovviamente non in senso assoluto, né in vista della determinazione della retribuzione in fine spettante) non significa affatto che alle parti di un “contratto a progetto” sia recisamente precluso di accordarsi su una prestabilita misura temporale della prestazione ritenuta necessaria ai fini del conseguimento dello specifico obiettivo contrattualmente individuato; nondimeno siffatta eventuale predeterminazione resta comunque ai margini della configurazione negoziale ed, in questa accezione, appare “irrilevante”, ovvero non costituisce l’elemento caratterizzante il rapporto, il cui connotato essenziale è piuttosto rappresentato dallo scopo (progetto, programma o fase)”.*

Secondo quanto affermato dal Ministero, l'orario lavorativo va concepito in "funzione" del risultato da conseguire, così che possono verificarsi situazioni in cui la costante presenza del lavoratore sul luogo dell'esecuzione del contratto, per un preciso lasso temporale giornaliero rivesta un'importanza nodale nell'economia del rapporto (ipotesi che ricorre nella fattispecie esaminata) perché il coordinamento sotto tale aspetto dell'attività del collaboratore con l'organizzazione produttiva del datore può risultare un passaggio essenziale e indefettibile per l'utile realizzazione del programma o progetto.

Tale circostanza non esclude di per sé la fattispecie del contratto di lavoro a progetto.

Fermo tanto, va rammentato che l'ammissibilità in generale e la compatibilità di tale contratto di lavoro con gli appalti pubblici, è questione già esaminata dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5157; 3 aprile 2006, n. 1743; Cass. Civ., lav., 2 maggio 1994, n. 4204) e dal Ministero del Lavoro (circolare n. 4 del 2008) che ne hanno affermato la compatibilità, evidenziando che il ruolo chiave di coordinamento è costituito dall'esistenza di un soggetto professionalmente qualificato con rapporto di lavoro subordinato con l'impresa e con la cui organizzazione svolgere i compiti di coordinamento.

Ciò posto in via di principio, deve ritenersi compatibile con l'appalto in questione il contratto a progetto per lo svolgimento dell'attività di sportello, non sussistendo preclusione nella predeterminazione

dell'orario di lavoro, atteso che gli elementi tradizionalmente indicatori dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (tra i quali, ad esempio, l'imposizione di un orario di lavoro), non assumono significato nella qualificazione del rapporto di lavoro a progetto.

Va, poi, considerato che nel caso di specie l'appalto non è eseguito da soli lavoratori a progetto, in quanto il ruolo chiave di coordinamento di tutte le attività è ricoperto da un soggetto professionalmente qualificato, con rapporto di lavoro subordinato con l'impresa e con la cui organizzazione svolgere i compiti di collegamento.

I lavoratori a progetto sono pertanto supportati da una organizzazione preesistente, che non si identifica e si esaurisce con i soli lavoratori a progetto impiegati.

Comunque, al di là di ogni considerazione, il contratto da stipulare con la ASL rimetteva esclusivamente alla scelta dell'aggiudicatario l'organizzazione del lavoro, mentre era necessario garantire un'apertura giornaliera dello sportello.

Anzi, la stazione appaltante, in risposta a chiarimenti sulla possibilità di impiegare personale contrattualizzato a progetto (ex art. 61 e ss. Del d. lgv. 276 del 2003) per le figure professionali che espletano i servizi richiesti, aveva dato risposta affermativa.

Non v'era, quindi, alcun divieto per l'affidatario del servizio di utilizzare personale a progetto, ferma restando in capo ad esso la responsabilità di organizzare il servizio e di offrire la prestazione richiesta e di rispettare gli obblighi fissati in materia di lavoro,

assicurazioni sociali e sicurezza sul lavoro.

Peraltro, né nel corso del procedimento, né nel corso del giudizio è stato dimostrato che l'utilizzazione di un contratto diverso da quello a progetto avrebbe comportato l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, che doveva essere, invece, l'elemento essenziale per valutare l'insostenibilità della prestazione.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza TAR Piemonte, cui consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale.

La novità delle materie trattate comporta la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale con riforma della sentenza appellata. Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)