

Giustizia Amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it/>)

Indietro

Publicato il 27/09/2018
N. 05551/2018 REG. PROV. COLL.
N. 02244/2018 REG. RIC.



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 2244 del 2018, proposto dalla Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

la Exprivia s.p.a., nella sua qualità di incorporante di Exprivia Healthcare IT s.r.l. a seguito di atto di fusione per incorporazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Gattamelata e Ernesto

Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata sito in Roma, via di Monte Fiore, n. 22, nonché

nei confronti

della Sanitaservice Asl Brindisi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tar Puglia, Sezione staccata di Lecce, sez. II, n. 1919 del 6 dicembre 2017, che ha accolto il ricorso proposto per l'annullamento della delibera del Direttore generale della Asl Br n. 1486 del 13 agosto 2014, con la quale è stata disposta l'internalizzazione di alcune attività del servizio CUP (Centro Unico di Prenotazione) e il relativo affidamento alla società in house Sanitaservice Asl Br s.r.l., mentre ha respinto la domanda di condanna al risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio

della Exprivia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 1870 dell'1 giugno 2010 la Asl di Brindisi, in attuazione delle linee guida regionali diramate con Delibera di Giunta n. 2477 del 2009, ha costituito la società in house providing a capitale interamente pubblico, denominata Sanitaservice Asl Br s.r.l., cui veniva affidato il compito di procedere all'internalizzazione dei servizi indicati nel cronoprogramma allegato a detta deliberazione, nel quale era compreso il servizio relativo al Centro Unico di Prenotazione delle prestazioni sanitari della ASL (CUP), servizio già esternalizzato con

affidamento alla Svimservice s.p.a. di Bari (oggi Exprivia Healthcare IT s.r.l.).

Nel 2011, la Exprivia Healthcare IT s.r.l. ha partecipato alla gara bandita dalla Asl Br per l'affidamento dei Servizi del Centro Unificato di Prenotazione delle prestazioni sanitarie (CUP) per una durata di 48 mesi (servizi di cui la stessa società era fornitore uscente in virtù di precedente contratto e successive proroghe), risultando nel 2014 aggiudicataria provvisoria. Nelle more dell'aggiudicazione definitiva la Asl Br ha avviato l'iter di internalizzazione di alcune attività ricomprese nel servizio CUP che era stato posto a gara, affidandole alla propria società in house Sanitaservice, anziché al gestore esterno risultato vincitore della gara.

2. Con ricorso notificato il 14 ottobre 2014 e depositato dinanzi al Tar Lecce la Exprivia Healthcare IT s.r.l. ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 30, commi 1 e 4, l. reg. Puglia n. 4 del 2010, come

interpretata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 68 del 2011. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida regionali in tema di internalizzazione dei servizi di cui alla Delibera di Giunta regionale n. 2271 del 3 dicembre 2013. Violazione dell'art. 97 Cost. e delle norme interposte in materia di reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica e dei principi in tema di concorsi pubblici.

3. Con sentenza n. 1919 del 6 dicembre 2017 la sez. II del Tar Lecce ha accolto l'azione annullatoria, mentre ha respinto la domanda di condanna al risarcimento danni.

4. Con atto di appello notificato il 5 marzo 2018 e depositato il successivo 19 marzo, l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi ha impugnato la citata sentenza n. 1919 del 6 dicembre 2017. Ha dedotto:

a) Error in iudicando - Inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse ed acquiescenza.

Erroneamente il giudice di primo ha ritenuto che non si fosse formata acquiescenza da parte della Exprivia Healthcare IT s.r.l. alla scelta di internalizzazione del servizio. Ha aggiunto l'appellante che se anche si volesse ritenere che l'affidamento a gara era sottoposto a parziale condizione, e che quindi l'interesse di Exprivia sarebbe sorto solo in esito all'avveramento di tale condizione, essa era tenuta ad impugnare la clausola del capitolato, indubbiamente lesiva della sua sfera di interessi, quanto meno all'atto della impugnazione della delibera attuativa del processo di internalizzazione, ossia della impugnata delibera n. 1486 del 2014, diversamente divenendo inoppugnabile la scelta di internalizzare e, soprattutto, quella di non dare ulteriore corso all'esito della gara pubblica, con conseguente sottrazione non già solo dell'interesse, ma ancor prima della legittimazione di Exprivia ad agire contro detta delibera n. 1486.

b) Nullità della sentenza ex artt. 99 e 112 c.p.c. - Omissione di pronuncia e violazione di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Il giudice di primo grado ha accolto, nel merito, un motivo che Exprivia non ha mai formulato, non essendo stata dedotta, nell'atto introduttivo del giudizio, l'illegittimità in radice dell'internalizzazione del servizio CUP.

c) Error in iudicando. Sulla legittimità della delibera n. 1486 del 2014 in punto di valutazione dei risparmi nella gestione del servizio in house.

La sentenza è immotivata e generica laddove afferma che la Asl avrebbe disatteso i criteri della delibera di Giunta n. 2271 del 2013 in merito al reclutamento e alla gestione del personale, così come è infondata l'affermazione secondo cui la comparazione andava fatta con i costi dei tre esercizi precedenti.

5. Si è costituita in giudizio la Exprivia s.p.a., nella sua qualità di incorporante di Exprivia Healthcare

IT s.r.l. a seguito di atto di fusione per incorporazione, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

6. La Sanitaservice Asl Brindisi s.r.l. non si è costituita in giudizio.

7. Alla camera di consiglio del 17 aprile 2018, su accordo delle parti, l'esame dell'istanza di sospensione cautelare della sentenza del Tar Lecce n. 1919 del 2018 è stata abbinata al merito.

8. Alla pubblica udienza del 20 settembre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del gravame è l'impugnazione della sentenza del Tar Puglia, Sezione staccata di Lecce, sez. II, n. 1919 del 6 dicembre 2017, che ha annullato la delibera del Direttore generale della Asl Br n. 1486 del 13 agosto 2014, con la quale è stata disposta l'internalizzazione di alcune attività del servizio CUP (Centro Unico di Prenotazione) - gestito da Exprivia Healthcare IT s.r.l. (d'ora in poi, Exprivia) quale fornitore uscente

- e il relativo affidamento alla società in house Sanitaservice Asl Br s.r.l. (d'ora in poi, Sanitaservice).

Con il primo motivo di appello l'Azienda sanitaria ha affermato che erroneamente il giudice di primo grado ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata sul rilievo che Exprivia avrebbe fatto acquiescenza alla scelta di internalizzazione del servizio sottoscrivendo il capitolato della gara – alla quale ha partecipato risultando aggiudicataria provvisoria – che prevedeva la possibilità di revoca della gara o dell'eventuale sua aggiudicazione definitiva ove l'Amministrazione sanitaria avesse inteso internalizzare il servizio, nonché non impugnando tempestivamente – né censurandole con l'atto introduttivo del giudizio – la delibera n. 1870 del 2010 di assunzione della scelta politica di internalizzare e le precedenti delibere di Giunta Regionale nn. 745 e 2477 del 2009, con le quali sono state dettate le linee guida per la

costituzione delle società a capitale pubblico cui affidare i servizi *in house providing*.

Al fine del decidere tale profilo, il cui accoglimento avrebbe precluso al giudice di primo grado l'esame nel merito del ricorso, il Collegio ritiene necessario principiare dall'esatta individuazione dei vizi denunciati dinanzi al Tar.

La Exprivia ha innanzitutto dedotto la violazione dei principi in materia di reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica, affermando che l'assunzione a tempo indeterminato dei 39 dipendenti in servizio presso la stessa Exprivia è avvenuta in asserita applicazione della c.d. **clausola sociale**, che obbliga il nuovo affidatario di una gara pubblica a mantenere in servizio personale che era utilizzato dall'affidatario uscente. Tale disposizione, applicabile a determinate condizioni alle società in house, presupporrebbe però, ad avviso della società, che l'affidatario uscente non voglia mantenere in atto

il rapporto di lavoro con i propri dipendenti per altre commesse. Presupposto, questo, che non si verificherebbe nel caso di specie dal momento che la Exprivia ha intenzione di riallocare il proprio personale, assunto a tempo indeterminato ed altamente qualificato, al quale invece la Sanitaservice ha inviato una sollecitazione a presentare la propria candidatura.

Con il secondo motivo dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado la Exprivia ha invece affermato che il Piano economico finanziario, allegato all'impugnata delibera del Direttore generale della Asl Br n. 1486 del 13 agosto 2014, è forzatamente orientato a mostrare un considerevole risparmio nel costo dell'internalizzazione del servizio di sportello CUP rispetto al costo determinato dai prezzi di mercato applicati dalle ditte esterne per le attività di sportello e di coordinamento.

Da questa breve ricostruzione emerge evidente come, in effetti, il ricorso di primo grado non fosse volto ad escludere in toto l'internalizzazione del servizio di sportello CUP, con affidamento del servizio in house providing, internalizzazione peraltro decisa come eventualità già con la deliberazione n. 1870 del 1° giugno 2010, in attuazione delle linee guida diramate con delibera di Giunta n. 2477 del 2009. La Exprivia si è limitata a censurare una modalità di detta internalizzazione (primo motivo) e la mancanza del presupposto dell'economicità necessario per internalizzare (secondo motivo), mancanza evincibile solo attraverso il Piano economico finanziario, allegato alla delibera del Direttore generale della Asl Br n. 1486 del 2014. Sul principio secondo cui l'Azienda sanitaria avrebbe potuto svolgere un servizio servendosi di una società in house, dunque, la Exprivia non ha mosso alcun motivo.

2. Rileva invece il Collegio d'ufficio l'inammissibilità del motivo dedotto in primo grado da Exprivia avverso la carenza del presupposto della economicità dell'internalizzazione, motivo giudicato fondato dal Tar.

Di tale profilo in rito il Collegio ha dato comunicazione alle parti in udienza, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Non è stata, infatti, impugnata in primo grado (pur se depositata agli atti del giudizio), nella via dei motivi aggiunti al ricorso notificato il 14 ottobre 2014, l'aggiudicazione definitiva della gara (disposta con delibera del 2 marzo 2015, n. 285), che era stata indetta, con determina a contrarre n. 244 del 31 gennaio 2011, per l'affidamento, per 48 mesi, dei servizi del Centro Unificato di Prenotazione (CUP) delle prestazioni sanitarie della Asl Br, oltre ad alcuni servizi professionali particolarmente qualificati, quali la gestione unica delle agende, la gestione del servizio di presidio degli sportelli CUP – Cassa Tiket nelle sedi delle Aziende,

la supervisione delle attività di sportello, i servizi di integrazione con il SISRS/NSISR della Regione Puglia, i servizi di prenotazione telefonica e recall via Contact Center del CUP.

L'aggiudicazione definitiva, disposta a favore della Exprivia Healthcare IT s.r.l. (già Svimservice di Bari), è infatti avvenuta espungendo la parte, perché internalizzata, del servizio CUP ed è stata limitata all'assegnazione del noleggio delle attrezzature e del software di gestione del servizio CUP, del servizio di call center, del servizio di gestione agenda e del Servizio di supervisione delle attività di sportello. A seguito di detta aggiudicazione la Exprivia ha stipulato il contratto il 16 giugno 2015.

La mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, nella parte in cui dispone che l'affidamento non è di tutti i servizi oggetto della procedura ad evidenza pubblica, comporta che il motivo dedotto in primo grado da Exprivia avverso la carenza del presupposto della

economicità avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile. La sua fondatezza (rilevata dal giudice di primo grado), infatti, avrebbe comportato la necessità di affidare anche il servizio CUP alla Exprivia, aggiudicataria della gara bandita nel 2011, risultato al quale però osta l'affidamento, rimasto inoppugnato, del solo servizio di noleggio delle attrezzature e del software di gestione del servizio CUP, del servizio di call center, del servizio di gestione agenda e del Servizio di supervisione delle attività di sportello.

Tale profilo di inammissibilità può essere sollevato d'ufficio dal Collegio. Trova infatti applicazione il principio secondo cui l'eventuale inerzia di una delle parti in causa nel sollevare una questione rilevabile d'ufficio non priva evidentemente il giudice di appello dei relativi poteri-doveri officiosi: la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrilevabilità, ciò che equivarrebbe a

privare il giudice dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Non è precluso, dunque, al giudice di appello rilevare ex officio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Il giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito; né in senso contrario può valere che, con riferimento ad altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza della giurisdizione, il Codice del processo amministrativo abbia introdotto un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ai sensi dell'art. 9 c.p.a., giacché la regola del giudicato

implicito non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2152). Si tratta, infatti, di elementi che in concreto costituiscono il potere del giudice di giudicare perché abilitano l'azione in giustizia che lo investe: sicché, in applicazione del generale principio sull'azione dei pubblici poteri nello Stato di diritto, la loro verifica d'ufficio resta immanente per l'intero processo. Né il loro vizio può andare, in itinere, sotto il riparo del 'giudicato implicito': il quale, a norma dell'art. 9 c.p.a., può eccezionalmente riguardare il solo tema del difetto di giurisdizione, in considerazione dell'unitarietà del c.d. "servizio giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215).

3. Deve essere accolto il secondo motivo di appello, con il quale si afferma che la sentenza del giudice di primo grado ha violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Il Tar ha, infatti, accolto, nel merito, un motivo che Exprivia non ha mai formulato, non avendo – come si è argomentato sub 1 – nell’atto introduttivo del giudizio dedotto l’illegittimità in radice dell’internalizzazione del servizio CUP. Il giudice di primo grado ha invece ritenuto l’internalizzazione illegittima perché “costituiva consistentissima deroga al principio della regolare indizione di una procedura di gara”; ha aggiunto che “alla luce di siffatto quadro normativo, deve, pertanto, ritenersi che, in presenza di un sistema rigorosamente limitativo della facoltà di dare vita a società strumentali, anche il processo di internalizzazione di un servizio erogabile a cura dell’Ente Regione e affidabile direttamente alla società strumentale, come quello sanitario nelle sue molteplici articolazioni operative, debba essere considerato di natura eccezionale, a causa delle consistentissime deroghe che si apportano a principi comunitari come

quello di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato CE (ora artt. 52, 56 e 106 T.F.U.E).”.

Ma, come si è detto, tale profilo non era stato sollevato dalla Exprivia probabilmente perché consapevole della possibile tardività dello stesso.

4. Il giudice di primo grado, avendo ritenuto illegittima l'internalizzazione del servizio CUP e avendo giudicato fondato il motivo sulla non economicità del ricorso all'internalizzazione ha assorbito la questione relativa all'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti di Exprivia.

Il motivo è stato riproposto però in grado di appello da Exprivia, con memoria tempestivamente prodotta entro il termine per la costituzione in giudizio, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

Le modalità di assunzione del personale della Exprivia non sono illegittime.

Giova premettere che la giurisprudenza di questa Sezione, che il Collegio condivide e fa propria, ha affermato che la cd. **clausola sociale** deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. Corollario obbligato di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei

lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078). Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo, la **clausola sociale** funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori (Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; id., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; id. 9 dicembre 2015, n. 5598; id. 5 aprile 2013, n. 1896; id., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

E che tale sia la finalità precipua della previsione, ne è prova la circostanza che oltre alla possibilità di distrarre un lavoratore, assunto in virtù della **clausola sociale**, in altra commessa, la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078) ha affermato che i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma

dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255).

La **clausola sociale**, dunque, ha come obiettivo principale la tutela dei lavoratori della società affidataria di un appalto cessato.

Tutto ciò chiarito, il Collegio rileva che nel caso in esame l'assunzione è avvenuta per la durata del servizio svolto dalla società in house Sanitaservice, anche se il rapporto è stato definito a tempo indeterminato, volendo con tale interlocuzione intendere che non avrà termine prima della conclusione della gestione del servizio. L'apposizione di tale termine certo di risoluzione del rapporto fuga qualsiasi dubbio, avanzato dall'appellata, di stabilizzazione del rapporto di lavoro in contrasto con le regole che disciplinano la materia e con la pronuncia della Corte costituzionale n. 68 del 3 marzo 2011,

che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. reg. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4, quanto al comma 1 del sostituito art. 25, l. reg. Puglia 3 agosto 2007, n. 25, limitatamente alle parole "a tempo indeterminato" e, quanto al comma 4 del medesimo art. 25, nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva, ferma restando l'applicazione, alle ipotesi previste dalle disposizioni impugnate, della "**clausola sociale**" in senso proprio, nei termini prescritti dalle norme e dai contratti collettivi vigenti, e in permanenza dell'affidamento del servizio.

Giova aggiungere che l'assunzione non è stata coattiva ma sono stati i 39 lavoratori assunti dalla società in house che, volontariamente, hanno aderito all'offerta, pervenuta da quest'ultima, senza che fosse necessario coinvolgere nel procedimento di assunzione la Exprivia.

5. L'appello deve quindi essere accolto, con conseguente annullamento della sentenza del Tar Puglia, Sezione staccata di Lecce, sez. II, n. 1919 del 6 dicembre 2017 e reiezione del ricorso proposto in primo grado dalla Exprivia s.p.a.. Diversamente da quanto assunto dal giudice di primo grado, infatti, non è sindacabile il ricorso, da parte dell'Azienda sanitaria, all'internalizzazione (perché non oggetto del gravame) né il profilo dell'economicità della stessa mentre risultano corrette le modalità di assunzione del personale da parte della società in house.

Sussistono giusti motivi, in ragione della complessità della vicenda contenziosa, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari del 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 del Tar Puglia, Sezione staccata di Lecce, sez. II, n. 1919 del 6 dicembre 2017, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla Exprivia s.p.a..

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari,

Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere,

Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Giulia Ferrari Marco Lipari

IL SEGRETARIO

Valuta questo sito

Giustizia Amministrativa

Segretariato Generale

Uffici relazioni con il pubblico

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Amministrazione trasparente

Accedi

Carta dei Servizi

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Seguici su:

YouTube

Contatti

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Mappa del sito

[Guida al sito](#)

[Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#)

[Privacy](#)

[Regole di accesso](#)

[Webmail](#)