

n. 455/2022 r.g.lav. REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO CORTE DI APPELLO DI L'### Sezione Lavoro La Corte, composta dai magistrati: d.ssa ### - Presidente dr. ### - ### d.ssa ### - ### relatrice all'udienza del 15/06/2023 ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura del dispositivo, la seguente sentenza ex artt. 429 e 437 c.p.c., nella causa indicata in epigrafe, pendente tra ### rappresentata e difesa da: avv. ### e avv. ### elettivamente domiciliat ###atti; -ricorrente in riassunzione e ASL N. 1-AVEZZANO-SULMONA-L'### rappresentata e difesa da: avv. ### ### elettivamente domiciliat ###atti; ### s.c.s., rappresentata e difesa da: avv.ti ### EVANGELISTA, ### e ### elettivamente domiciliat ###atti; - convenute in riassunzione

Oggetto: mansione e jus variandi; giudizio di rinvio a seguito di cassazione della sentenza della Corte di Appello di L'### n. 118/2018 del 01/03/2018.

Conclusioni: come da verbale dell'udienza del 15/06/2023.

Svolgimento del processo Con sentenza n. 379/2016 il Tribunale di L'### in accoglimento del ricorso proposto in data ### dall'odierna ricorrente in riassunzione, socia lavoratrice della ### contro la ASL n. 1 Avezzano-Sulmona-L'### ha ritenuto che l'appalto per la fornitura dei servizi assistenziali non medici della RSA di ### intercorso dal ### al ### tra la ### titolare della struttura sanitaria, e la ### ed alla cui esecuzione la lavoratrice era addetta, non fosse genuino, essendosi la committente ingerita nella conduzione aziendale, nella direzione del personale e nella scelta di modalità e tempi di lavoro ed essendosi l'appaltatrice limitata alla mera gestione amministrativa del personale, con conseguente configurabilità di rapporto di lavoro alle dipendenze della ASL committente; pertanto, ha condannato la ASL stessa a corrisponderle le differenze retributive tra quanto di fatto percepito ed il trattamento retributivo previsto dai ### del ### per i dipendenti inquadrati nell'area B, in relazione al profilo professionale di operatore socio sanitario - livello BS, per il periodo di lavoro dal 10.9.2006 in poi, in misura pari ad €. 19.256,39 oltre oneri accessori, quantificata a mezzo di c.t.u. contabile.

Questa Corte di Appello, con sentenza n. 118/2018 del 01/03/2018, in accoglimento dell'appello proposto dalla ASL n. 1 nei confronti della sola lavoratrice, e senza integrare il contraddittorio nei confronti della ### ha rigettato la domanda, ritenendo che la cooperativa non si fosse limitata a gestire gli aspetti amministrativi del rapporto, perché quelle che la lavoratrice appellata asseriva essere direttive impartite direttamente dalla committente erano in realtà indicazioni di carattere terapeutico, che necessariamente dovevano essere date dal personale medico, mentre le attività routinarie e quotidiane, svolte autonomamente dal personale assegnato alla ### erano conformi ai piani di lavoro ed ai protocolli elaborati, verificati ed aggiornati dalla cooperativa, la quale controllava l'andamento della gestione periodicamente, e di conseguenza escludendo che, nella fattispecie, attraverso l'appalto fosse stata di fatto realizzata una somministrazione fraudolenta di sola manodopera.

Avverso detta sentenza l'odierna ricorrente ha proposto ricorso per cassazione avanti la S.C., deducendo: con il primo motivo, nullità della sentenza per violazione dell'art. 331 c.p.c. non essendo stato

notificato l'atto d'appello anche alla ### nonostante che essa fosse stata chiamata in causa iussu iudicis nel corso del giudizio di primo grado e, quindi, fosse ormai da considerare litisconsorte necessario; con il secondo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 1655 c.c. ed erroneità della motivazione su punti decisivi, essendosi verificato nella fattispecie stabile inserimento del personale della cooperativa appaltatrice nel ciclo produttivo della committente, con organizzazione, direzione e controllo da parte di quest'ultima della loro attività lavorativa, con conseguente configurabilità di appalto fraudolento ed interposizione nelle prestazioni di lavoro.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 23669 del 23/06/2022-28/07/2022, ha accolto il primo motivo di ricorso con conseguente assorbimento del secondo, ritenendo che la chiamata del terzo iussu iudicis ex art. 107 c.p.c. determina una situazione di litisconsorzio necessario c.d. processuale, non rimuovibile per effetto di un diverso apprezzamento del giudice dell'impugnazione, salva l'estromissione del chiamato con la sentenza di merito, sicché se il terzo, dopo aver partecipato al giudizio di primo grado a seguito di tale chiamata, non ha preso parte a quello di appello, si configura violazione dell'art. 331 c.p.c., rilevabile d'ufficio, con conseguente nullità della sentenza.

La Corte di Cassazione ha conseguentemente cassato la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio a questa Corte di Appello in diversa composizione per la decisione nel merito della controversia, previa integrazione del contraddittorio nei confronti della parte pretermessa, nonché per provvedere anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Con ricorso depositato il ### l'odierna ricorrente ha riassunto il giudizio innanzi a questa Corte, chiedendo rigettarsi l'appello proposto dalla ASL n. 1 e confermarsi la sentenza di primo grado, o in subordine dichiararsi obbligata la ### s.c.s., in solido con la ASL n. 1, al pagamento delle differenze retributive già riconosciute, con vittoria di spese di tutti i gradi di giudizio.

La ASL N. 1-Avezzano-Sulmona-L'### si è successivamente costituita in giudizio chiedendo il rigetto della domanda proposta dalla ricorrente, riportandosi ai motivi di appello e deducendo la genuinità dell'appalto intercorso con la ### ### si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, eccependo l'inammissibilità della domanda proposta nei propri confronti nel ricorso in riassunzione, sia in quanto nuova e tardiva, sia in quanto proposta in violazione del principio del ne bis in idem poiché già oggetto di precedente giudizio tra le parti conclusosi con conciliazione stragiudiziale e sentenza n. 93/2013 del Tribunale di L'### dichiarativa della cessazione della materia del contendere, e nel merito deducendone l'infondatezza.

Revocata la contumacia della ASL convenuta ed instauratosi il contraddittorio, all'odierna udienza la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo.

Motivi della decisione Va premesso che nel giudizio di rinvio ex artt. 392 segg. c.p.c. le parti, ex art. 394 c. 2 c.p.c., conservano la stessa posizione processuale che avevano nel procedimento definito con la sentenza cassata –e pertanto, nel presente giudizio, di appellante la ASL convenuta, di appellate la lavoratrice

ricorrente e la cooperativa convenuta che, in base al principio stabilito dalla S.C. nella pronuncia rescindente e come pacifico nei casi di cassazione con rinvio della sentenza di merito per mancata integrità del contraddittorio (cfr. Cass. Sez. 2 n. 23324 del 18/09/2019 rv. 655251 - 01), questa Corte di Appello, quale giudice di rinvio, ha cognizione piena di merito sui capi di domanda oggetto di motivi dell'impugnazione originariamente proposta, in funzione della statuizione da rendere in sostituzione di quella cassata. Ciò posto, l'eccezione di inammissibilità della domanda proposta dalla cooperativa convenuta è infondata, in quanto, in base ai principi di diritto affermati dalla S.C. nella citata sentenza rescindente n. 23669/2022, in conseguenza della chiamata in causa della cooperativa la domanda della ricorrente deve ritenersi automaticamente estesa, in via alternativa, anche alla terza chiamata stessa.

Ciò premesso, la domanda della lavoratrice nei confronti della ASL è fondata, per le seguenti considerazioni.

Quanto al primo motivo dell'originario appello della ASL convenuta, osserva questa Corte che, in materia di divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro negli appalti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006 (cd. codice dei contratti pubblici), pur dettando una disciplina derogatoria rispetto a quella degli appalti privati, recepisce la nozione giuridica di appalto definita dall'art. 1655 c.c., con un espresso rinvio alle disposizioni del codice civile a fini integrativi, sicché anche agli appalti pubblici di servizi deve trovare applicazione l'elaborazione giurisprudenziale in tema di discriminare tra appalto e somministrazione di lavoro, operando i principi che in caso di dissociazione fra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo consentono di configurare una illegittima interposizione di manodopera.

Pertanto, pur non essendo l'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 applicabile alle pp.AA., per l'espresso divieto contenuto nell'art. 1 c. 2 del d.lgs. stesso ed ulteriormente ribadito da quello più specifico introdotto dall'art. 9 c. 1 d.l. n. 76/2013, l'art. 29 stesso e la relativa elaborazione giurisprudenziale vanno utilizzati (contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta) al fine di individuare il discriminare tra appalto e somministrazione di lavoro. Ne segue che, in caso di appalto non genuino, i lavoratori hanno diritto a titolo di risarcimento del danno, ex art. 36 c. 5 d.lgs. n. 165/2001, alla differenza tra quanto loro corrisposto ed il trattamento retributivo che avrebbero percepito se fossero stati alle dirette dipendenze della p.A. committente (cfr. Cass. Sez. L. n. 18815 del 12/07/2019 rv. 654491 - 01).

Tale trattamento va quantificato in quello economico e normativo sancito dalla disciplina legale e collettiva in vigore presso l'effettivo datore di lavoro (cfr. Cass. Sez. L. n. 22066 del 13/10/2020 rv. 659112 - 01).

Quanto al secondo motivo dell'originario appello, è pacifico in giurisprudenza che l'appalto di opere o servizi espletato con mere prestazioni di manodopera è lecito purché il requisito della organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, previsto dall'art. 29 d.lgs. n. 276/2003, costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero

coordinamento necessario per la realizzazione del prodotto o del servizio, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore; di contro, in riferimento agli appalti endoaziendali (quale quello per cui si procede trattandosi di affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al ciclo produttivo del committente), ricorre fattispecie di illecita intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro qualora le prestazioni lavorative non vengano rese nell'ambito di un'organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, non siano finalizzate ad un autonomo risultato produttivo e, nella concreta esecuzione del contratto, l'appaltatore non sia dotato di reale autonomia gestionale esplicita in una conduzione aziendale con effettivo assoggettamento dei propri dipendenti al potere direttivo e di controllo, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro, con assunzione di effettivo rischio economico (cfr. Cass. Sez. L. nn. 27213 del 26/10/2018 rv. 651206 - 01; ### del 27/11/2018 rv. 651753 - 01; 15557 del 10/06/2019 rv. 654146 - 01).

In particolare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. labour intensive), il requisito della organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, deve costituire un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore; detto requisito può essere individuato, in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio, anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto (cfr. Cass. Sez. L. nn. 15557/2019 e ###/2018 citt., nonché Cass. Sez. 6 - L. n. 12551 del 25/06/2020 rv. 658115 - 01). Infine, per la configurabilità di un appalto non genuino o fraudolento non è sufficiente la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se esse siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti alle concrete ed effettive modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto (cfr. Cass. Sez. L. nn. 9139 del 12/04/2018 rv. 648626 - 01 e 15615 del 15/07/2011 rv. 618683 - 01).

In tali casi resta irrilevante che manchi, in capo al formale committente, l'intuitus personae nella scelta del personale, atteso che nelle ipotesi di somministrazione illegale è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro (cfr. Cass. Sez. 6 - L. n. 12551/2020 cit.). Ciò posto, dalle dichiarazioni rese dai testimoni nell'ambito dell'istruttoria testimoniale svoltasi in primo grado, e dalla documentazione in atti, risulta evidente che il rapporto tra la ASL e la ### S.c.s. sia del tutto privo degli elementi indispensabili per essere qualificato come genuino appalto di servizi sulla base dei principi sopra enunciati. In particolare, non può dirsi che le prestazioni lavorative dei lavoratori, tra cui l'odierna ricorrente,

fossero finalizzate ad un risultato produttivo autonomo, si svolgessero sotto la direzione e controllo della cooperativa, e presupponessero l'assunzione di un rischio economico da parte della stessa.

Occorre in primo luogo esaminare l'attività oggetto del contratto di appalto: in generale viene descritta come servizio di assistenza sanitaria non medica per la struttura residenziale per anziani sita nel comune di ### (art. 1).

Lo stesso ### (art. 3) riporta che: "la responsabilità dell'assistenza sanitaria è affidata ad un medico geriatra della ASL". (...) "### sanitaria non medica da garantire è: 1 collaboratore professionale sanitario ### ogni 7 ospiti, prevedendo almeno un collaboratore per turno, più un collaboratore con mansioni direttive ###; 1 operatore tecnico o ausiliario socio sanitario specializzato addetto all'assistenza ogni 4 ospiti (attualmente operatore socio sanitario); 1 terapeuta della riabilitazione ogni 20 ospiti; 1 terapeuta occupazionale ogni 10 ospiti." Lo stesso articolo fa inoltre riferimento al numero di persone indicate nel progetto tecnico della ditta per ciascuna categoria. ###. 4 descrive nel dettaglio i requisiti del personale per ciascuna categoria.

È dunque evidente che l'oggetto del contratto è in primo luogo definito in relazione alla messa a disposizione di un numero prefissato di operatori con determinate caratteristiche professionali, necessari al fine del soddisfacimento dei requisiti di legge e della dotazione organica minima necessaria alla struttura (art.3). Il servizio svolto da tali operatori -in relazione all'assistenza sanitaria non medicaricade nella più ampia responsabilità dell'assistenza sanitaria del medico della ### Il contratto indica anche le mansioni che tali operatori sono chiamati a svolgere, prevedendo che essi rispettino il piano di assistenza individuato dal personale medico della ASL per ciascun paziente, comprensivo di una serie di prestazioni indicate a titolo solo esemplificativo. ###. 5 infatti indica le "modalità di espletamento del servizio": "La ditta dovrà organizzare autonomamente il servizio di assistenza sanitaria non medica (diurna e notturna) garantendo il rispetto del piano di assistenza definito dalla ### nella fase di presa in carico del paziente. Il PAI costituisce un sistema indiretto di verifica della qualità del servizio di assistenza erogata. In particolare le attività sanitarie non mediche, possono essere indicate in via esemplificativa e non esaustiva nelle seguenti: -somministrazione della terapia farmacologica prescritta dal medico e gestione delle giacenze dei farmaci presso la struttura; -esecuzione di semplici attività di supporto diagnostico e terapeutico; -svolgimento e/o aiuto nelle attività della vita quotidiana (alzata, deambulazione, mobilità, alimentazione, ecc.) stimolando contemporaneamente l'anziano all'utilizzo delle proprie capacità residue; -igiene quotidiana di attività occupazioni e di animazione miranti a creare un clima favorevole alla socializzazione; -programmazione ed organizzazione di attività di riattivazione e recupero psico-fisico attraverso progetti concordati con l'### di ### geriatria miranti ad ostacolare e rallentare il decadimento psico-fisico degli utenti; -utilizzo degli strumenti informatici utilizzati dalla struttura aziendale e partecipazione ad eventuali corsi di aggiornamento in caso di introduzione di nuove

tecnologie; -partecipazione agli incontri indetti dalla ### della ### -accompagnare i degenti fuori dalla struttura per eventuali prestazioni specialistiche”.

Quanto ai livelli di qualità (art. 6), viene indicato che la prestazione sarà considerata insufficiente al di sotto dei seguenti livelli qualitativi minimi: - Rispetto del piano assistenziale individualizzato prescritto dall'### - ### il ricovero è garantito all'utente il servizio di gestione della biancheria del paziente (trasporto dei panni sporchi presso la lavanderia e ritiro dei panni puliti, ove richiesto dai familiari); - Tutti gli utenti effettuano un bagno completo ogni 7 giorni; - A tutti gli utenti incontinenti è garantito il cambio del pannolone almeno tre volte al giorno e per ogni necessità.

Inoltre sarà predisposto un sistema di valutazione del grado di soddisfazione dell'utenza che permetterà di individuare se l'attività di assistenza erogata è percepita come servizio di qualità.

Il prezzo del servizio è indicato come “fisso è invariabile per tutto il periodo della fornitura del servizio”.

È inoltre previsto (art. 12) che il Dirigente Medico ogni quindici giorni verifichi la rispondenza tra le attività erogate dalla ### e i ### di ### definiti per i singoli pazienti ricoverati nella ### e attesti l'esito positivo del controllo apponendo un visto sul piano stesso, e che in caso di mancato rispetto dei livelli qualitativi minimi definiti dall'art. 7 la ASL possa applicare una penale pari al costo di una giornata di servizio. ###. 7, a sua volta, stabilisce che “la ### dovrà assicurare lo svolgimento del servizio, nel rispetto del presente contratto nonché delle livelli qualitativi concordati per le singole attività, a propria cura, rischio e organizzazione nei tempi e luoghi indicati. In ogni caso dovrà adottare ogni iniziativa necessaria a fornire un servizio completo in ogni sua parte. Il servizio dovrà essere svolto dal lunedì alla domenica, anche durante i giorni festivi e gli orari notturni. La ditta si impegna ad usare con diligenza i beni e gli arredi della ### rispondendo anche direttamente per danni che dovessero verificarsi per dolo o colpa, anche lieve”.

È pacifico, per espressa previsione contrattuale, che la strumentazione e tutto il materiale utilizzato dagli operatori sia di proprietà della ### comprese le divise, del cui lavaggio si occupa la ASL stessa.

Dalla complessiva lettura di tali clausole emerge in prima battuta che la qualità del servizio oggetto dell'appalto può essere in astratto verificata solo a seguito dell'adozione caso per caso (cioè in relazione a ciascun paziente) di un piano di assistenza elaborato dalla ### che può prevedere le attività indicate in maniera non tassativa nel contratto.

Tale circostanza già di per sé può essere considerata indicativa della difficoltà di standardizzazione di un servizio come quello dell'assistenza sanitaria non medica, che avrebbe dovuto essere svolto in totale autonomia dal personale della cooperativa ### ferma la possibilità di verifica di risultati obiettivi da parte della ASL committente. Dalle testimonianze assunte è comunque emerso che in concreto le prestazioni dei dipendenti della ### addetti alla RSA di ### tra cui la parte ricorrente, si svolgevano sotto le direttive

quotidiane da parte del personale medico della ### impartite non solo alla caposala o al referente della ### ma anche direttamente ad infermieri ed operatori.

Sul punto le numerose dichiarazioni testimoniali sono del tutto concordanti, ed evidenziano il ruolo direttivo in particolare della dott.ssa ### medico responsabile della struttura, nonché l'impossibilità dello svolgimento dell'attività sanitaria non medica in assenza di una continua attività di direzione e controllo da parte del personale medico sui singoli operatori, anche in conseguenza dell'assenza di personale medico della cooperativa.

Il teste ### infermiere professionale, ha dichiarato: “#### di tutti noi comprendeva l'intera assistenza da fornire al paziente della struttura sanitaria, andava dalla somministrazione di terapie, dall'igiene, fisioterapia, terapia occupazionale, in modo del tutto analogo al ricovero ospedaliero. Erano i medici della struttura che impartivano le prescrizioni e le indicazioni direttamente a ciascuno di noi secondo le nostre competenze. Era il medico di turno che mi sollecitava ad inserire un catetere, ad effettuare un prelievo, a movimentare in un certo modo il paziente, a somministrare una certa terapia. A volte il medico si rivolgeva alla caposala, ma ciò avveniva indifferente rispetto all'infermiere o all'operatore o al terapeuta. In particolare, la notte in assenza di medico e caposala era l'infermiere di turno che chiamava direttamente il medico e riceveva istruzioni. Non vi erano figure mediche all'interno della Cooperativa” (...). “In particolare tutta l'attività passava per il vaglio del medico ed anzi quando riportavamo le indicazioni ricevute dal medico al ### della ### che peraltro solo sporadicamente (ogni 6 mesi) si presentava, ci diceva di assecondare e di seguire tutto ciò che il medico aveva indicato”.

Nello stesso senso le dichiarazioni di ### che evidenziano come anche per attività formalmente previste dal contratto fosse necessario il preventivo consenso del personale medico: “quanto all'attività sanitaria e assistenziale ognuno di noi sia operatore sia infermiere sia terapeuta riceve direttive e indicazioni direttamente dalla dott.ssa ### ### parte non vi sono figure mediche all'interno della ###va ### Preciso che se una attività viene svolta non correttamente la dott.ssa ### ci rimprovera. In generale in qualsiasi attività che riguarda il paziente, come per esempio il bagno in vasca o il tipo di vitto o lo svolgimento di terapie o di assistenza in casi particolari (pazienti con febbre) siamo noi stessi a chiedere in via preventiva alla dott.ssa ### il da farsi”. ### anch'ella infermiere, ha concordemente dichiarato: “nello svolgimento del nostro lavoro era la dott.ssa ### che impartiva ordini diretti a ciascuno di noi riguardanti la gestione del paziente ma anche della struttura. In particolare indicava gli ausili che dovevamo utilizzare, specificava le modalità ed individuava i pazienti, sia quelli destinatari di questi ausili sia quelli da mobilitare. In generale curava ogni aspetto della gestione del paziente e pertanto impartiva direttive quotidiane specifiche a ciascuno di noi”.

Le suddette affermazioni trovano totale conferma anche nella testimonianza di ### ed in quelle di ### e ### ### la prima: “abbiamo sempre ricevuto tutte le direttive sul lavoro giornaliero da svolgere dalla dott.ssa ### le direttive riguardavano tutte le

attività, dalla dieta alla movimentazione, all'igiene, all'utilizzo di materassini antidecubito, qualsiasi aspetto della gestione del paziente. In particolare la dott.ssa ### ogni mattina esegue il giro di visite, anche il pomeriggio e riferisce a ciascuno del personale presente il lavoro e l'attività specifica da svolgere per ciascun paziente. Anche quando ognuno di noi si accorge di un problema con il paziente si rivolge direttamente alla dott.ssa ### per sapere da lei cosa fare, evitando di prendere iniziative che peraltro non risultavano affatto gradite dalla stessa. Il contatto di ognuno di noi e quindi di ciascun ricorrente è diretto e continuo, oltre che quotidiano con la dott.ssa ### e non ci sono altre figure di riferimento. Ribadisco che l'intervento della dott.ssa ### è assoluto e riguarda per es. anche il vestiario del paziente".

La seconda ha dichiarato: "ad inizio turno la mattina osserviamo le indicazioni delle consegne, poi quando viene il medico, la dott.ssa ### o la dott.ssa ### o ### prima anche la dott.ssa ### questo impartisce direttamente a ciascuno di noi le direttive sulle attività da compiere circa la gestione del paziente. Anche la caposala o l'infermiere ci dà le direttive sulla base delle indicazioni date dal medico. Preciso che la caposala lavora prevalentemente in ufficio nel senso che la mattina partecipa al giro delle visite con il medico e subito dopo, con prevalenza il medico dice a noi operatori, che peraltro siamo presenti sul piano, cosa bisogna fare. Dopo le visite la caposala lavora nel suo studio al primo piano e si occupa di turnazione del personale, conteggio ore, approvvigionamento dei farmaci, curando i rapporti con la ASL in caso di richieste d'esami, prelievi ambulatoriali ed accertamenti. Di ciò si occupa anche il medico o l'infermiere in sostituzione della caposala. Anche nel caso in cui ciascuno di noi deve riferire particolari situazioni del paziente o chiedere indicazioni si rivolge direttamente al medico. È anche capitato di chiedere alla ### che però ci ha detto di aspettare il medico". ### ha chiarito: "tutto il personale riceve disposizioni o dalla dott.ssa ### o anche dalla ### che però nel pomeriggio non c'è mai e neanche nei festivi per cui perlopiù è la ### Anche noi OSS quando ci allarmiamo per le condizioni di salute di un paziente ci rivolgiamo direttamente alla dott.ssa ### o al ### di turno che impartisce le disposizioni direttamente a noi o se del caso all'infermiere. Preciso che esistono piani di lavoro, in cui in generale viene indicata l'attività degli OSS peraltro uguale per tutti e per tutti i giorni della settimana. Rispetto a tale previsione è giornalmente la dott.ssa ### che detta i tempi e che decide cosa bisogna fare. In altri termini, in una situazione sempre uguale a sé stessa vale il piano di lavoro ma poiché tutta l'attività dipende dalle condizioni mutevoli dei singoli pazienti le disposizioni sono continue e quindi per noi tutti prevale sempre quella della dott.ssa ### che coordina tutte le attività e che interviene quotidianamente con riferimento a ciascuno di noi".

Tali dichiarazioni, che evidenziano quindi come il ruolo della dott.ssa ### e degli altri medici addetti alla RSA non fosse di mero coordinamento ma consistesse nell'esercizio di un vero e proprio potere direttivo, senza il quale l'oggetto del servizio non avrebbe potuto essere svolto in autonomia dai lavoratori della cooperativa appaltatrice, non possono certamente considerarsi inattendibili sol

perché provenienti da soggetti in posizione analoga a quella della parte ricorrente. Ciò non solo perché si tratta di dichiarazioni specifiche e tra loro concordanti, ma anche perché trovano pieno riscontro nelle stesse affermazioni della dott.ssa ### e di altri medici della struttura, dalle quali si evince l'impossibilità dello svolgimento dell'attività in assenza di quotidiana impartizione di ordini e disposizioni non solo al referente della ### ma anche a tutti gli operatori non medici. La dott.ssa ### ha infatti affermato che "dopo il ricorso, la ASL ha comunicato per iscritto che i medici debbono interloquire solo con la caposala ma ciò è inattuabile", in perfetta concordanza con le dichiarazioni dell'infermiere ### che ha rappresentato: "dopo l'ultima udienza di questo procedimento è arrivata una comunicazione dalla ASL per cui veniva detto ai medici di non comunicare con il personale tranne che con la ### ovviamente ciò non è praticabile né praticato perché l'infermiere esegue un ordine medico solo se impartito dal medico che ne ha la responsabilità".

Anche la dott.ssa ### medico dipendente della ASL convenuta, ha confermato con la sua testimonianza quanto riferito dai dipendenti della cooperativa, riferendo: "in caso di assenza del ### e comunque nel corso della giornata, noi medici ci rivolgevamo indifferentemente agli infermieri o al ### come pure ai terapeuti e agli ### Ad esempio nel pomeriggio ci sono due infermieri su tre piani per cui capitava che noi medici ci rivolgessimo all'OSS presente sul piano, il quale a sua volta riferiva all'infermiere e lo chiamava. Ovviamente le attività cui mi riferisco sono quelle riguardanti atti medici. La dott.ssa ### si occupava del ### del personale medico e dell'attività del personale socio-sanitario (escluso turni, permessi e ferie). In particolare, predisponeva un piano settimanale dei bagni dei pazienti che poi veniva specificato in ragione delle esigenze di salute del medesimo. Aggiungo che sia per i bagni dei pazienti sia per l'uscita al cortile esterno le disposizioni della dott.ssa ### erano impartite direttamente e giornalmente agli OSS oppure alla ### Ciò accadeva anche per far camminare i pazienti lungo il corridoio con disposizione impartita direttamente agli ### Ciò accadeva anche per i terapeuti".

Da tutto quanto sopra riportato emerge quindi chiaramente che il piano assistenziale generale (della cui predisposizione ha dato conto la teste ### infermiera con ruolo di coordinatrice nella cooperativa) fosse privo di autosufficienza, dovendo l'attività degli operatori necessariamente essere adeguata alle direttive ricevute quotidianamente e in relazione alle condizioni di ciascun paziente. Non è emersa peraltro alcuna evidenza della predisposizione di un piano assistenziale individuale da verificarsi e vistarsi ogni quindici giorni, come previsto dall'art. 12 del citato contratto di appalto, né sono state individuate altre specifiche modalità attraverso le quali le prestazioni richieste agli operatori della cooperativa potessero assumere connotazione di attività autonoma con livelli prefissati e verificabili dall'esterno, oltre alla messa a disposizione di un numero preciso di operatori.

La dott.ssa ### stessa ha saputo individuare con precisione le attività di verifica da lei compiute legate al numero dei dipendenti in servizio, rimanendo invece generica circa le verifiche

riguardanti quanto disposto dal piano di assistenza: "il mio compito si limitava al controllo del regolare svolgimento del servizio, ad es. assicurarmi della presenza di tre infermieri in turno e 9 operatori di mattina, di 2 infermieri e 6 operatori di pomeriggio e 1 infermiere e 3 operatori di notte. Dovevo assicurarmi anche che tutte le attività venissero svolte correttamente. Di prassi non impartivo direttive riguardanti l'attività ordinaria e di routine ma potevo intervenire in occasioni particolari (utilizzo del sollevatore, pulizia particolare del paziente ecc.) per quanto riguarda tutte le direttive e indicazioni mediche provvedevo o attraverso la ### o interloquivo direttamente con gli infermieri o i terapisti".

La mancata definizione di livelli assistenziali in concreto verificati e verificabili esternamente, da cui far dipendere la corretta esecuzione del contratto con la cooperativa, porta quindi a ritenere che le direttive impartite ai dipendenti della ### da parte della dott.ssa ### e dagli altri medici non rappresentassero individuazione del contenuto del servizio appaltato, ma un vero e proprio esercizio del potere direttivo datoriale, con conseguenze anche in termini disciplinari.

Vi sono state infatti plurime e specifiche testimonianze relative ai richiami direttamente rivolti dalla dott.ssa ### al personale dipendente della cooperativa: si veda ad esempio quella della già citata ### che ha dichiarato "se una attività viene svolta non correttamente la dott.ssa ### ci rimprovera". ### ha fornito un concreto esempio di adozioni di decisioni in merito all'esercizio del potere sanzionatorio, solo formalmente demandato alla cooperativa: "in caso di negligenze è la ### che viene, ci rimprovera o dispone l'attività che dobbiamo svolgere. Ricordo che una volta si è rivolta alla ### per segnalare una nostra dimenticanza, quest'ultima ha chiesto a lei se procedere con le lettere di richiamo e la dott.ssa ### ha risposto: "Per questa volta no".

La dott.ssa ### ha precisato: "confermo che ogni due-tre o comunque all'occorrenza la dott.ssa ### convocasse il personale compresi medici, ### terapisti, infermieri, in riunioni nel corso delle quali evidenziava carenze quando le sue disposizioni non venivano eseguite. In particolare se aveva impartito delle disposizioni alla caposala e queste non erano eseguite dai destinatari interveniva direttamente su tutti. Inoltre, nelle medesime riunioni impartiva direttive su come dovevano essere svolte le attività. ### era poi affidato il controllo.

Ad esempio se un OSS faceva il bagno a letto anziché in vasca come disposto dalla dott.ssa ### l'OSS veniva rimproverata o direttamente o tramite la ### Altri rimproveri o disposizioni potevano riguardare l'alzata dei pazienti come pure le relazioni con i parenti dei pazienti. Potevano capitare contrasti tra questi e gli OSS o gli infermieri e il referente era sempre la dott.ssa ### o altro medico".

Riassumendo, il personale medico della ### e in particolare la dott.ssa ### impartiva direttive quotidiane al personale formalmente dipendente della ### in assenza delle quali l'attività non avrebbe potuto essere svolta in autonomia, rimproverava direttamente il personale e decideva se sottoporlo a procedimento disciplinare (nel

caso per il tramite della caposala), organizzava periodicamente riunioni alle quali partecipava sia il personale della ASL che tutto il personale della cooperativa e durante le quali venivano date disposizioni. Risulta quindi accertato che l'amministrazione appaltante svolgesse un intervento direttamente dispositivo e di controllo sulle persone dipendenti dall'appaltatore del servizio. Dal canto loro la ASL e la ### non hanno dimostrato -e a ben vedere neppure allegato in maniera specifiche quest'ultima autonomamente fornisse alcun input nell'attività degli operatori, ad eccezione della pacifica formazione dei turni e della gestione amministrativa del rapporto (ferie, permessi, malattia ecc.). Non si comprende quindi, al di là di tali aspetti, in che cosa sarebbe consistita l'autonoma organizzazione del lavoro da parte della cooperativa, che deve caratterizzare tutti gli appalti genuini, anche quelli c.d. "leggeri" o "labour intensive".

Non è in sostanza emerso alcun elemento a favore dell'autonomia del servizio svolto dai dipendenti della ### cioè di un risultato in sé autonomo realizzato dall'appaltatrice, né la ASL ha dimostrato di aver posto in essere, neanche formalmente, le verifiche di livelli essenziali previste dal contratto di appalto, quali ad esempio la predisposizione di un sistema di valutazione da parte dell'utenza (art. 6) e il visto da apporre ogni 15 giorni sul piano di assistenza di ciascun paziente (art. 12).

Non è quindi rinvenibile una qualsiasi forma di rischio legata al contratto di appalto in questione, che sostanzialmente prevede la messa a disposizione della ASL di forza lavoro affinché svolga i compiti di volta in volta affidati dai responsabili della ### pur nell'ambito di un mansionario che corrisponde alla qualifica professionale dei diversi operatori solo genericamente -e a mero titolo esemplificativo indicato nel contratto con la ###. E di fatto il ciclo lavorativo dei dipendenti dell'appaltatrice è stato gestito interamente ed esclusivamente dalla ASL committente, la quale impartiva ai lavoratori le concrete direttive ed istruzioni sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, laddove la cooperativa ### si limitava a mettere i lavoratori stessi a disposizione della committente ed a curare la gestione amministrativa dei rapporti di lavoro.

Appare quindi sfornita di ogni riscontro l'affermazione (peraltro generica) della ASL secondo cui "il rischio d'impresa è pacificamente ravvisabile nella ### appaltatrice, dato che la produttività delle prestazioni lavorative rese dal socio lavoratore incidono direttamente ed esclusivamente nella sfera economica della stessa appaltatrice, lasciando alla committente ASL soltanto il risultato finale della prestazione".

La produttività degli operatori, tra cui la parte ricorrente, non appare di fatto misurata né misurabile -sulla base delle modalità operative sopra descritte in maniera idonea ad incidere sui risultati economici della ###. Infine, un particolare indizio circa la natura reale del rapporto, è rappresentato dal fatto che in molti casi gli stessi lavoratori hanno svolto le medesime mansioni, senza sostanziali mutamenti nelle modalità operative, prima in regime di somministrazione attraverso la società ### e poi -una volta aggiudicato l'appalto alla ### come dipendenti della cooperativa, dalla quale sono stati assunti, su suggerimento della stessa ###. La

teste ### ha infatti dichiarato al riguardo: “### la struttura ha aperto siamo stati tutti assunti come interinali per la ### poi è intervenuto l'appalto con la ### e siamo stati assunti dalla ### ma le nostre mansioni non sono mai cambiate e sono rimaste quelle previste nel contratto da interinale”.

Tali affermazioni hanno trovato riscontro nella testimonianza di ### ### e ### della ### che ha affermato di aver curato l'avvio della struttura di ### precisando: “in detta fase dopo esserci aggiudicati l'appalto, su accordo con la ### ma comunque per nostra scelta, abbiamo proceduto all'assunzione del personale che già lavorava con contratto interinale presso la stessa struttura, quindi abbiamo implementato il personale mancante mediante selezioni ed assunzioni. Il riferimento è ai terapeuti, educatori sanitari ed infermiere. Preciso che prima della nostra gestione c'erano anche dipendenti ASL (una infermiera) tornati subito dopo presso le sedi di competenza. Le assunzioni di cui sopra sono avvenute intorno a ### ”.

Tutto quanto sopra esposto porta quindi a rinvenire nella fattispecie in esame un'interposizione illecita di manodopera. La ricorrente va pertanto considerata, per il periodo di adibizione all'appalto per cui è causa, come alle dipendenze della ASL convenuta, che ne ha di fatto utilizzato le prestazioni. Ne consegue, in base ai principi sopra richiamati, il diritto della ricorrente a percepire, ex art. 36 c. 5 d.lgs. n. 165/2001, la differenza tra quanto di fatto corrispostole ed il trattamento retributivo che avrebbe percepito, in base alla disciplina legale e contrattualcollettiva applicabile, se fosse stata alle dirette dipendenze della p.A. committente.

Non essendo contestate le statuizioni della sentenza di primo grado relative all'inquadramento delle mansioni svolte ed alla quantificazione delle differenze retributive spettanti alla ricorrente stessa per il periodo in esame, la ASL convenuta va quindi condannata al pagamento in favore della ricorrente della somma di € 19.256,39, oltre alla maggior somma tra interessi legali e rivalutazione monetaria fino al saldo. ### della domanda principale nei confronti della ASL nei termini sopra descritti determina l'assorbimento della domanda subordinata nei confronti della ### (anche considerato che la Cassazione, nella sentenza di rinvio sopra menzionata, ha affermato l'automatica estensione della domanda alla ### “in via alternativa”).

Le spese dell'intero giudizio seguono la soccombenza della ASL convenuta nei confronti della ricorrente e si liquidano come da dispositivo, tenuto conto della serialità del contenzioso, risultando essere stati proposti in identica materia altri giudizi non riuniti e trattati unitariamente al presente, sicché, ricorrendo la medesima ratio per la quale l'art. 151 disp. att. c.p.c. prevede la riduzione delle spese in caso di riunione delle cause connesse per identità di questioni giuridiche, si ritiene equo applicare in via analogica, per i gradi di appello, cassazione e rinvio, la medesima riduzione; quanto alla posizione processuale della cooperativa convenuta le spese vanno di contro compensate, non essendovi state statuizioni nei suoi confronti.

Ex art. 13 c. 1 quater d.P.R. n. 115/2002 la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della convenuta di ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari

a quello dovuto per l'impugnazione, a norma del c. 1 bis dell'art. 13 stesso. p.q.m. La Corte di Appello di L'### definitivamente pronunciando nel giudizio di rinvio a seguito di cassazione della sentenza della Corte d'Appello di L'### n. 118/2018 del 01/03/2018, così provvede: rigetta l'appello; per l'effetto accerta il diritto della ricorrente a percepire dalla ASL convenuta il trattamento retributivo previsto per i lavoratori con mansioni di ### - livello BS in base al ### comparto ### per il periodo dal 10.9.2006 al 31.3.2013, e per l'effetto condanna la ASL convenuta al pagamento in favore della ricorrente, a titolo di differenze retributive e ### della somma di € 19.256,39, oltre alla maggior somma tra interessi legali e rivalutazione monetaria fino al saldo; condanna la ASL convenuta alla refusione in favore della ricorrente delle spese dell'intero giudizio, liquidate quanto al primo grado in complessivi €. 1.800,00 per compensi professionali, oltre rimborsi (15%), IVA e CAP come per legge, ed €. 225,00 per esborsi; quanto al grado di appello in €. 1.300,00 per compensi professionali, oltre rimborsi (15%), IVA e CAP come per legge; quanto al giudizio di Cassazione in complessivi €. 1.000,00 per compensi professionali, oltre rimborsi (15%), IVA e CAP come per legge; quanto al presente grado in €. 1.400,00 per compensi professionali, oltre rimborsi (15%), IVA e CAP come per legge; pone definitivamente a carico della ASL convenuta le spese di c.t.u. già liquidate; compensa le spese quanto alla posizione della cooperativa convenuta; dà atto della sussistenza dei presupposti oggettivi per il versamento da parte della ASL convenuta di ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione ex art. 13 c. 1 bis e 1 quater d.P.R. n. 115/2002.

Così deciso in L'### all'udienza del 15/06/2023. ### LA PRESIDENTE
- dott. ssa ### - - d.ssa ### - RG n. 455/2022