

Pubblicato il 22/05/2019

N. 03296/2019REG.PROV.COLL.

N. 07952/2018 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 7952 del 2018, proposto da Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Allocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Marcantonio Colonna, 27;

**contro**

Auxilium Care Società Cooperativa Sociale, non costituita in giudizio;

**nei confronti**

- Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, anche domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
- Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata, non costituita in giudizio;
- A.O.U. Policlinico Umberto I, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Baglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale del Policlinico, 155;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 06673/2018, resa tra le parti, concernente previsione dell'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato quale requisito di accreditamento delle strutture sanitarie private – DCA n. 376/2017 e Protocollo d'Intesa in data 21 marzo 2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Lazio e di A.O.U. Policlinico Umberto I;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti l'avvocato Giuseppe Allocca e l'avvocato dello Stato Giancarlo Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. La causa si inserisce nel quadro di un contenzioso instaurato, nei confronti del Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Lazio, da numerosi operatori accreditati (o in via di accreditamento) per erogare prestazioni sociosanitarie assistenziali e riabilitative, riguardo all'imposizione di un requisito consistente nella presenza di figure professionali assunte con rapporto di lavoro dipendente disciplinato dal c.c.n.l..

2. In particolare, è utile sottolineare che:

- il decreto del Commissario *ad acta* (DCA) 17 novembre 2016, n. U00376, ad integrazione del DCA n. 90/2010 (relativo alle strutture che operano in regime di ricovero ospedaliero, ambulatoriale, residenziale, semiresidenziale e domiciliare), ha previsto che "quale ulteriore requisito di qualificazione necessario ai fini del rilascio dell'accreditamento per le strutture sociosanitarie residenziali sia assistenziali sia riabilitative, ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettera b) della l.r. 4/2003, il personale avente qualifica di infermiere, educatore professionale, fisioterapista, tecnico sanitario e operatore sociosanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alle persona, deve essere assunto direttamente dalle strutture con rapporto di dipendenza regolato dal CCNL sottoscritto dalle associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore sanitario", con termine di adeguamento per i soggetti gestori delle strutture sociosanitarie già accreditate o che hanno inoltrato richiesta di accreditamento, al 30 giugno 2017;

- con l'Intesa sindacale raggiunta il 12 giugno 2017, si è poi stabilito che "per le RSA e per gli ex art. 26 residenziali a partire dal 01/07/2017 sarà consentito l'utilizzo di una percentuale massima del 25% dell'organico previsto dai requisiti minimi dediti all'assistenza", mentre a partire dal 1° gennaio 2019 per tutte le tipologie assistenziali la percentuale di flessibilità organizzativa sarebbe dovuta scendere al 20%;

- il DCA 7 luglio 2017, n. U00283, ha adottato, tra le altre cose, i "Requisiti di accreditamento per le attività di cure domiciliari ex art. 22 d.P.C.M. 12 gennaio 2017", individuandoli sia sul piano organizzativo, con riguardo alla dotazione dell'equipe minima (comprendente, tra gli altri, medici, infermieri, OSS, terapisti occupazionali, dietista) e alle figure professionali paramediche per 1000 posti ADI standard, sia con riguardo a fattori di qualità, come ad esempio quello della continuità assistenziale;

- il DCA 5 ottobre 2017, n. U00422, a integrazione dei precedenti, ha previsto: "quale ulteriore requisito di qualificazione necessario ai fini del rilascio dell'accreditamento per le strutture sanitarie private, ivi comprese quelle che hanno avanzato istanza di accreditamento ai sensi dell'art. 14 della L.R. 4/2003 prima dell'entrata in vigore del presente provvedimento, il personale avente qualifica di infermiere, educatore professionale, fisioterapista, tecnico sanitario e operatore sociosanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alle persona, deve essere assunto direttamente dalle strutture con rapporto di dipendenza regolato dal CCNL sottoscritto dalle associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore sanitario"; ed ha quindi disposto che "al fine di mantenere una adeguata flessibilità nella gestione ed organizzazione delle risorse umane, le strutture sanitarie e sociosanitarie

private possono assumere il personale di cui al precedente punto l) in misura non inferiore all'80% dell'attuale organico purché comunque rispondente ai requisiti minimi autorizzativi e ulteriori di accreditamento richiesti, con facoltà di utilizzo di altre forme contrattuali consentite dall'ordinamento italiano per la restante parte (20%)” e che anche le strutture già autorizzate e accreditate, che non siano già in regola, devono adeguarsi alle nuove disposizioni con una progressione segnata dalle due date del 30 novembre 2017 e del 31 dicembre 2018.

3. Anche la società cooperativa odierna appellata ha impugnato dinanzi al TAR Lazio il DCA n. 376/2016, insieme ad atti presupposti o conseguenti, lamentando, attraverso articolate censure, che l'imposizione dell'obbligo di assumere direttamente con rapporto di lavoro subordinato il personale con la qualifica di infermiere, educatore professionale, fisioterapista, tecnico sanitario e operatore sociosanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alla persona, non sia supportata da alcuna norma nell'ambito della disciplina del servizio sanitario, contrasti con la disciplina civilistica dei rapporti di lavoro, e finisca con l'imporre un onere ingiustificato agli operatori del settore.

4. Il TAR, con la sentenza appellata (III-quater, n. 6673/2018), ha accolto il ricorso, annullando i provvedimenti.

In particolare, il TAR ha affermato che:

- l'art. 8-quater, comma 3, lettera c), del d.lgs. 502/1992, tra i criteri generali uniformi per l'accREDITamento, prevede quello di «garantire che tutte le strutture accreditate assicurino adeguate condizioni di organizzazione interna, con specifico riferimento alla dotazione quantitativa e alla qualificazione professionale del personale effettivamente impiegato», senza tuttavia menzionare affatto la possibilità di prescrivere anche lo specifico tipo di contratto col quale regolare i rapporti di lavoro, la cui individuazione rientra, quindi, tra le scelte propriamente datoriali, ovviamente nel rispetto delle norme primarie vigenti;
- il requisito di accREDITamento in contestazione non trova conforto neanche nel d.lgs. 81/2015, posto che la relativa disciplina: a) ammette l'utilizzo di rapporti di lavoro di collaborazione, diversi dunque dall'archétipo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato; b) in presenza di concrete modalità di organizzazione del lavoro (prestazioni esclusivamente personali e continuative, con eterodirezione datoriale) anche alle collaborazioni – le quali tali rimangono dal punto di vista della qualificazione contrattuale – impone l'applicazione della sola disciplina (e, dunque, non anche del *nomen*) del rapporto di lavoro subordinato, con l'evidente risultato di conseguire, a seconda delle possibili diverse modalità di esecuzione della prestazione nel tempo, tutele flessibili e adeguate al concreto (art. 2, comma 1); c) esclude comunque, a priori, l'applicazione della disciplina del contratto di lavoro subordinato per le collaborazioni dei professionisti intellettuali iscritti agli albi (art. 2, comma 2, lettera b);
- quest'ultima è la situazione, oltre che dei medici, anche del personale infermieristico, tenuto conto che per esso sono richiesti un diploma universitario e l'iscrizione all'albo professionale (cfr. art. 1, comma 1, del d.m. Sanità 739/1994) e che, più in generale, per tutte le professioni sanitarie l'art. 1, commi 1 e 3, della legge 43/2006 prevedono il conseguimento di un titolo universitario abilitante e l'iscrizione all'albo professionale;
- pertanto, anche per quelle tra le professioni sanitarie menzionate nel DCA impugnato che non dovessero rientrare nella previsione di immediata esenzione, si applicherebbe pro tempore la disciplina del rapporto di lavoro subordinato (ma non anche il mutamento del titolo contrattuale) nel solo caso in cui le collaborazioni dovessero, di volta in volta, concretarsi in prestazioni esclusivamente personali e continuative, oltre che eterodeterminate quanto ai tempi e al luogo di lavoro.

Per concludere nel senso che “In definitiva, gli atti gravati, movendosi sul punto al di fuori del perimetro tracciato dagli artt. 8-quater del d.lgs. n. 502/1992 e 2 del d.lgs. n. 81/2015, finiscono per incidere direttamente nell'ambito delle scelte dell'autonomia privata

imprenditoriale e, esorbitando dall'esercizio dei poteri conferiti dal Legislatore, comportano l'invasione scelte riservate proprio al potere legislativo e, in certa misura, a quello giurisdizionale".

5. La Regione Lazio ha appellato la sentenza, prospettando gli ordini di censura appresso indicati.

5.1. Vi sarebbe omessa pronuncia del TAR sull'eccezione concernente il collegamento tra tariffe e contratto di lavoro subordinato.

Al riguardo, la Regione sottolinea che:

- i criteri per la definizione delle tariffe e, quindi, della remunerazione delle prestazioni, sono definiti, ai sensi dell'art. 8-sexies, del d.lgs. 502/1992, sulla base di costi standard organizzativi e di costi unitari predefiniti dei fattori produttivi, tenendo conto quando appropriato, del volume dell'attività svolta; ciò significa che già a monte, nei criteri di remunerazione, è prevista l'individuazione di uno dei fattori produttivi, quale è quello del personale;

- ma il personale è computato secondo il c.c.n.l. applicabile, non certo sulla base del corrispettivo liberamente pattuibile per il caso di contratto di collaborazione di prestazione intellettuale ovvero sulla base di contratti di collaborazione coordinata e continuativa; infatti, le associazioni di categoria comunicano i costi standard del personale rilevati presso i propri associati secondo quanto previsto nei c.c.n.l. di categoria (cfr. comunicazione ARIS e AIOP n. prot. 596676 del 4 novembre 2015);

- nel settore assistenziale in questione, il costo del personale rappresenta un valore che oscilla tra il 60 ed il 70 per cento della tariffa, e dunque, rapporti diversi da quello subordinato, in assenza di applicazione del c.c.n.l., sarebbero il pretesto per puntare al massimo dell'economie a discapito della salute e comunque a danno della qualità del servizio, consentendo alle strutture che operino in questo modo (ed ottengano un prezzo che consente loro un guadagno non giustificato normativamente) una concorrenza sleale;

- la sentenza non considera l'aspetto della continuità assistenziale a favore del paziente, che giustifica la previsione del requisito in questione; dal contratto di subordinazione scaturisce la legittima aspettativa che un determinato ciclo terapeutico sia realizzato dal medesimo operatore sociosanitario garantendo, da un lato una maggiore efficienza della singola prestazione effettuata, dall'altro un maggiore "feeling" con il paziente che si tramuta in una prestazione meno impattante nei confronti dello stesso.

5.2. Sarebbe violato l'art. 8-quater, comma 4, del d.lgs. 502/1992, che prevede, per le strutture da accreditare, l'adozione di criteri volti, tra l'altro, ad assicurare "adeguate condizioni di organizzazione interna, con specifico riferimento alla dotazione quantitativa e alla qualificazione professionale del personale effettivamente impiegato".

La locuzione "con specifico riferimento", infatti, deve essere interpretata come disposizione che prevede un contenuto minimo riferito ad un ambito particolare, ma non esclusivo, né esaustivo, né tassativo.

Comunque, tra le "adeguate misure di organizzazione interna", rientra la definizione della tipologia dei contratti di lavoro.

5.3. La sentenza non considera come, ai sensi del principio di cui all'art. 39 Cost., così come anche attuato dagli artt. 44 e 45 del d. lgs. 165/2001, la materia dei rapporti di lavoro non è demandata né agli atti amministrativi né a quelli legislativi ma ai c.c.n.l..

I DCA n. 422/2017 e n. 376/2016 rinviano espressamente agli accordi collettivi firmati tra ARIS ed AIOP da un lato e CGIL CISL e UIL dall'altro; in pratica, i provvedimenti impugnati non hanno imposto alcun "obbligo generalizzato", limitandosi a cristallizzare quanto disposto in altra sede da un accordo tra le parti.

5.4. Vi sarebbe violazione e falsa applicazione degli artt. 117 e 120 Cost.

Sottolinea al riguardo che la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, n. 2470/2013) ha chiarito che l'art. 2, comma 83, della legge 191/2009 e l'art. 1, comma 796, lett. b) della legge 296/2006, "fondano potestà tanto ampie, quanto vincolate per l'esatta esecuzione, da parte dei Commissari deputati all'attuazione dei piani di rientro, le cui determinazioni implicano effetti di variazione di atti già a suo tempo adottati dalle Regioni commissariate. Da ciò discende, per un verso, che l'esercizio di siffatte potestà commissariali configura l'ipotesi delle ordinanze libere *extra ordinem* e, per altro e correlato verso, esse non soggiacciono, affinché sia garantita la loro efficace immediatezza ed urgenza, alle regole di contraddittorio procedimentale, come d'altronde accade per ogni ordinanza contingibile" [...] "i poteri commissariali possono in ogni momento disapplicare anche regole pattizie, quando, come nella specie, siano accessive o integrative di provvedimenti illegittimi o inopportuni per il raggiungimento degli obiettivi di tutela di interessi primari dell'ordinamento non altrimenti tutelabili".

Quindi non è certamente preclusa, alle Regioni ed al Commissario *ad acta* che sostituisce temporaneamente gli organi regionali, la possibilità di disciplinare *in melius* rispetto a quanto previsto dai principi e criteri direttivi dettati dall'art. 8-quater, comma 4, del d.lgs. 502/1992.

5.5. Infine, con riferimento all'interpretazione data dal TAR al d.lgs. 81/2015:

- appare dubbia la correlazione tra l'iscrizione all'albo e l'incompatibilità professionale (cfr. Trib. Venezia, pen., n. 266/2016, che ha escluso l'obbligo di iscrizione per i sanitari che lavorano nella P.A.) e di conseguenza la correlazione dell'iscrizione con la richiesta che il soggetto che opera per una struttura autorizzata e accreditata abbia un rapporto di lavoro subordinato, quale ulteriore requisito di accreditamento e quindi di qualità;

- comunque, con riferimento alle collaborazioni, seppure non trova applicazione la norma di "scivolo" verso la subordinazione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015, non essendo sufficiente verificare il carattere eterorganizzato del lavoro per ricondurle alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, si può comunque ritenere che le stesse restano ri-qualificabili come subordinate qualora integrino gli estremi dell'eterodirezione ex art. 2094, c.c. laddove l'elemento identificativo che segna anche il confine con il lavoro autonomo, è l'eterodirezione della prestazione di lavoro, che peraltro può atteggiarsi in modo differente a seconda delle situazioni;

- in questa prospettiva, come chi lavora presso le strutture assistenziali, anche gli infermieri che si recano presso il domicilio del paziente sono diretti dalla struttura che instaura un rapporto contrattuale con la Regione e viene remunerata sulla base della tariffa vigente; l'infermiere cioè non è libero di autodeterminarsi, né di scadenzare il proprio orario né di scegliere i pazienti, né di scegliere l'assistenza da prestare, essendo vincolato al rispetto di un coordinamento formale e sostanziale promanante dal soggetto autorizzato e accreditato;

- ne consegue che il rapporto di lavoro subordinato è il presupposto per un corretto inquadramento della fattispecie ed è il requisito paritario per tutte le tipologie di strutture in base al quale è stata commisurata la tariffa; le stesse argomentazioni valgono per le altre professioni (OSS, OTA, assistenti e fisioterapisti);

- il meccanismo di flessibilità (percentuali di rapporti di lavoro subordinato da assicurare progressivamente) è stato dettato dall'esigenza di evitare di ingessare il sistema allo scopo di

consentire un adeguato trattamento delle situazioni impreviste ed imprevedibili (assenze improvvise, malattie, congedi straordinari del personale).

6. Parte ricorrente in primo grado non si è costituita in giudizio.

7. Si sono invece costituiti in giudizio il Commissario ad acta per il Piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Lazio, nonché l'A.O.U. Policlinico Umberto I, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale.

8. In corso di causa, è entrato in vigore l'art. 9 della l.r. Lazio 13/2018, il cui comma 1 ha codificato il principio per cui "A tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, necessario a soddisfare gli standard organizzativi, dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario".

9. La Regione, con memoria finale, ha sostenuto che l'art. 9 ha fornito "copertura legislativa" ai provvedimenti impugnati, insistendo quindi per l'accoglimento dell'appello.

10. Preliminare è la valutazione della rilevanza della norma sopravvenuta.

Nel solco di sentenze della Sezione che hanno definito controversie del tutto simili (e decise contestualmente) alla presente (cfr. Cons. Stato, III, n. 2372, 2374 e 2376/2019), deve ritenersi che la disposizione di cui l'art. 9, comma 1, della l.r. Lazio 13/2018 sia priva di contenuto interpretativo, e per converso si limiti, in assenza di diverse ed espresse previsioni, a dettare norme applicabili per il periodo successivo alla sua entrata in vigore. Depongono in tal senso, oltre al tenore testuale della disposizione, che in nessuna sua parte fa riferimento a fattispecie pregresse, anche il suo specifico contenuto, il quale sembra contenere prescrizioni non collimanti e ancora più stringenti di quelle previste dai provvedimenti annullati dal TAR con la sentenza appellata.

Né elementi di segno contrario possono ricavarsi dal comma 2 dell'art. 9, trattandosi di norma specificatamente e naturalmente destinata ad operare su rapporti pendenti e sulla loro definizione dal punto di vista sanzionatorio (mentre quella del comma 1, è invece una norma che, in quanto prescrivente comportamenti, non può che essere proiettata ai rapporti futuri o allo svolgimento futuro dei rapporti esistenti).

Occorre pertanto concludere che l'art. 9 della l.r. 13/2018 non rileva rispetto alla valutazione di legittimità del DCA n. 422/2017, che dev'essere invece condotta alla luce della normativa vigente al momento della sua emanazione.

11. Nel merito, il Collegio ritiene che le censure prospettate dalla Regione Lazio siano infondate, per le considerazioni che seguono.

11.1. Ai sensi dell'art. 8-sexies, del d.lgs. 502/1992, comma 5, le tariffe massime da corrispondere alle strutture accreditate sono determinate "in base ai costi standard di produzione costi standard di costi generali, calcolati su un campione rappresentativo di strutture accreditate, preventivamente selezionate secondo criteri di efficienza, appropriatezza e qualità di assistenza".

Il rilievo, nel sistema tariffario, del costo del lavoro e della contrattazione collettiva, non ha trovato molto spazio nella sentenza appellata.

Tuttavia, riguardo alla giustificazione del requisito in questione con il vigente sistema di determinazione delle tariffe del settore, la prospettazione della Regione sconta una inversione del nesso eziologico.

Come già sottolineato dalla Sezione (nelle sentenze sopra citate), "ciò darebbe luogo ad un rapporto capovolto in cui la rilevazione dei costi medi dei fattori produttivi (parametro utile per la determinazione della remunerazione massima) genera, nel silenzio della legge, l'obbligo di tutte le strutture di conformarsi pro futuro alla rilevazione medesima".

Viceversa, sono le tariffe che devono riflettere la reale struttura dei costi medi dei fattori di produzione del servizio garantendo un'adeguata remunerazione, e quindi non è corretto intervenire sui costi di produzione, imponendo oneri estranei alle scelte organizzative degli operatori, per giustificare il mantenimento delle tariffe esistenti.

Se la possibilità di organizzare il servizio mediante l'utilizzo di un numero prevalente di rapporti di collaborazione, o comunque diversi dal lavoro subordinato, determina, attraverso la riduzione dei costi, un'eccedenza delle tariffe vigenti (in quanto elaborate sulla base dei c.c.n.l. che riguardano i rapporti di lavoro subordinato) rispetto a quelle che risulterebbero giustificate, è sulle modalità di rilevazione dei costi, ai fini della determinazione delle tariffe e della loro entità, che occorre intervenire - eventualmente prevedendo un sistema più articolato e differenziato che tenga conto delle diverse opportunità organizzative disponibili per gli operatori, nonché, in ipotesi, delle modalità di svolgimento (residenziale, semiresidenziale, domiciliare) della prestazione - non già sui costi reali che l'imprenditore sostiene, secondo i propri criteri di efficienza per organizzare e gestire concretamente le proprie risorse lavorative (nel rispetto, ovviamente degli standard numerici e qualitativi imposti, in applicazione dell'art. 8-quater, comma 4, del d.lgs. 502/1992).

Peraltro, la correlazione tra rapporto subordinato (che, peraltro, potrebbe anche essere a tempo determinato) e qualità della prestazione sociosanitaria è un dato non dimostrato e certamente opinabile.

Quanto poi, specificamente, alla tutela della continuità assistenziale, l'Intesa Stato-Regioni di cui all'atto rep. 259/CSR in data 20 dicembre 2012, alla quale fa richiamo il provvedimento impugnato, non collega affatto l'obiettivo di assicurare continuità assistenziale ad un intervento sulla tipologia del rapporto di lavoro degli operatori, limitandosi a sancire (oltre all'identificazione per tutto il periodo di degenza di un responsabile della cura del paziente) una serie di principi finalizzati alla "adozione da parte dell'organizzazione di processi a supporto della continuità e coordinamento delle cure" nonché "la definizione dei collegamenti funzionali tra i servizi interni e con le strutture esterne coinvolte nell'assistenza".

Lo stesso DCA n. 283/2017 declina la continuità assistenziale (4° criterio/fattore qualità) come l'insieme delle procedure atte ad assicurare che vi sia evidenza "che il paziente e i familiari siano informati sul proseguimento delle cure", "dell'adozione da parte dell'organizzazione di modalità strutturate per il trasferimento delle informazioni rilevanti durante i passaggi di consegna, i trasferimenti e i processi di dimissione", "che tutta la documentazione sanitaria del paziente è a disposizione degli operatori sanitari, sociosanitari e sociali in ogni momento" e "che sia fornita al paziente specifica relazione clinica finale per il medico curante". In altri termini, la continuità assistenziale risulta correlata alla corretta gestione dei flussi informativi generati dal ricovero e dall'erogazione della prestazione sanitaria, destinati a consentire il corretto trasferimento delle informazioni sanitarie rilevanti tra tutti gli operatori coinvolti.

Può aggiungersi che neanche presso le strutture pubbliche la libertà di scelta del paziente può tradursi nella necessaria permanenza del medesimo professionista (o team di professionisti) per tutto il ciclo terapeutico.

11.2. Nemmeno l'art. 8-quater, comma 5, del d.lgs. 502/1992, può giustificare il requisito in contestazione.

Sembra ragionevole ritenere che, avendo la disposizione declinato il concetto generico di organizzazione interna (potenzialmente comprensivo di tutte le risorse – di personale, di dotazioni strumentali, di locali – impiegate nell'espletamento del servizio) esplicitando la possibilità di disciplinare gli aspetti qualitativi (professionalità necessarie) e quantitativi (dotazione delle diverse professionalità) della provvista di personale da parte delle strutture private accreditate, tale sottolineatura porti tendenzialmente ad escludere altri aspetti relativi al personale, quale appunto la tipologia del rapporto di lavoro.

L'amministrazione può cioè esigere che il personale corrisponda per quantità e qualificazione ad uno standard organizzativo minimo sufficiente a garantire affidabilità e qualità delle prestazioni erogate, ma non già ingerirsi nelle scelte di autonomia imprenditoriale circa il tipo di rapporto di lavoro instaurato con il personale, salvo le limitazioni direttamente discendenti dalla legge.

E' del resto logico, per esigenze di uniformità di trattamento e di tutela del mercato, che la gamma delle tipologie di lavoro utilizzabili risulti disciplinata a livello nazionale, in relazione ai caratteri (ed alle esigenze di tutela dei lavoratori) che presentano i diversi tipi di attività - e dunque a prescindere dalla utilizzazione in quel determinato settore e da parte di strutture private partecipanti al servizio pubblico sanitario, e soprattutto non con limitato riferimento ad un ambito regionale - così come fa il d.lgs. 81/2015.

L'ordine di censure in esame poggia anche sulla tesi secondo la quale i provvedimenti non avrebbero imposto un obbligo, derogatorio del principio di autonomia privata, bensì un onere da sostenere al solo fine di essere ammessi ad operare quale struttura accreditata.

Come già sottolineato dalla Sezione (nelle sentenze sopra citate), ferma la correttezza della qualificazione della situazione giuridica, non può sottacersi che quando tale onere concerne l'accesso a mercati ampi ed economicamente rilevanti, come quello delle prestazioni sanitarie in regime di accreditamento, esso può costituire una barriera all'ingresso, se sproporzionato o irragionevole e, soprattutto, se sganciato da interesse squisitamente sanitari.

Gli interessi sanitari sono perseguiti dalla legge attraverso l'imposizione di standard quantitativi e qualitativi, che costituiscono onere esigibile e ragionevole, concretamente dimensionabile attraverso l'intervento amministrativo regionale. La tipologia di rapporto di lavoro è invece prevalentemente legata al diverso ed eterogeneo tema della salvaguardia della stabilità occupazionale nel settore sanitario privato; interesse che pur in astratto meritorio e perseguibile, necessita di un'esplicita previsione normativa primaria, certamente non rinvenibile, ad oggi, nell'art. 8-quater, cit.

A tale esigenza sembra aver fatto fronte il legislatore regionale solo con il recente art. 9 della legge 13/2018, tuttavia, come esposto, inapplicabile *ratione temporis* alla controversia.

11.3. La censura della Regione incentrata sulla rilevanza degli accordi sindacali non tiene conto che la tipologia dei rapporti di lavoro è oggi disciplinata dal d.lgs. 81/2015, nei cui confronti non viene mosso alcun rilievo critico, e che la contrattazione collettiva non può derogare alla tipizzazione dei rapporti di lavoro e della relativa disciplina derivante dalle previsioni di legge.

Senza contare che un accordo sindacale vincola le parti firmatarie, e non risulta, o comunque non è stato prospettato che parte ricorrente in primo grado abbia partecipato agli accordi richiamati dai provvedimenti impugnati o risulti tra gli aderenti alle associazioni di categoria che li hanno sottoscritti.

11.4. Neanche la censura che fa leva sulla portata derogatoria dei poteri commissariali coglie nel segno.

E' infatti evidente che il requisito annullato dal TAR non comporta una deroga ad atti regionali preesistenti, né (soltanto) una disciplina più stringente degli standard organizzativi previsti



dall'art. 8-quater, comma 4, del d.lgs. 502/1992, bensì una deroga alle previsioni del d.lgs. 81/2015, la cui portata applicativa è quella affermata dal TAR e sopra sintetizzata, e dello stesso art. 8-quater, comma 4.

La sentenza di questa Sezione n. 2470/2013 non afferma quello che sostiene la Regione appellante. Come chiarito da successiva pronuncia (Cons. Stato, III, n. 832/2017): "E' vero, poi, che la sentenza di questa Sezione n. 2470/2013 ha affermato che i provvedimenti del commissario ad acta sono ordinanze emergenziali statali in deroga, ma lo ha fatto al (limitato) fine di escludere che debbano rispettare le regole di contraddittorio procedimentale, come d'altronde accade per ogni ordinanza contingibile, e di affermare che possono in ogni momento disapplicare anche regole pattizie, quando siano accessive o integrative di provvedimenti illegittimi o inopportuni per il raggiungimento degli obiettivi di tutela di interessi primari dell'ordinamento non altrimenti tutelabili. Per quanto sia opinabile l'individuazione degli effetti discendenti da detta qualificazione, non può comunque ritenersi che i provvedimenti in esame possano derogare anche a norme legislative, pena un insuperabile contrasto con l'interpretazione dei poteri commissariali fornita - successivamente alla predetta sentenza - dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 278/2014."

Infatti, in detta sentenza, la Corte Costituzionale aveva affermato che " ... giova richiamare quanto affermato da questa Corte con la sentenza n. 361 del 2010, che ha escluso la possibilità di ritenere conformi al dettato costituzionale provvedimenti commissariali aventi forza di legge regionale. La Corte, nella citata pronuncia, ha chiarito che «a livello regionale è solo il Consiglio regionale l'organo titolare del potere legislativo» e che «la disciplina contenuta nell'art. 120 Cost. non può essere interpretata come legittimante il conferimento di poteri legislativi ad un soggetto che sia stato nominato Commissario dal Governo». Sulla base della richiamata sentenza n. 361 del 2010, che ha ulteriormente contribuito a delineare i limiti dei poteri sostitutivi, occorre ribadire che l'esercizio del potere di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. non può modificare l'ordine delle attribuzioni, né creare nuovi tipi di atti legislativi di competenza di organi che non hanno funzioni legislative".

11.5. Infine, il Collegio ritiene che le argomentazioni del quinto motivo di appello non tocchino le questioni dirimenti, sopra esaminate.

La correlazione tra iscrizione ad albo e incompatibilità professionale non ha rilevanza ai fini della limitazione delle tipologie di rapporto di lavoro spendibili quale requisito di accreditamento, posto che l'iscrizione rappresenta, nel d.lgs. 81/2015, elemento di qualificazione dell'attività ai fini dell'esclusione dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

La verifica delle caratteristiche della prestazione svolta rileva, nella medesima normativa, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, non anche della qualificazione del rapporto, e non vi è ragione per approfondire in questa sede a quale esito una simile verifica possa condurre nel caso dell'attività svolta dalla parte ricorrente in primo grado.

La scansione in percentuali dell'organico, dei rapporti di lavoro subordinato da conseguire progressivamente entro i termini prefissati, prevista dai provvedimenti annullati dal TAR, ha indubbiamente la finalità di dare flessibilità all'adeguamento organizzativo che l'imposizione del requisito comporterebbe; ma ciò, se non comporta di per sé un elemento di conferma dell'illegittimità dei provvedimenti (come, effettivamente, potrebbe evincersi dalle argomentazioni della sentenza appellata), comunque non esclude la sussistenza dei vizi altrimenti riscontrati dal TAR.

12. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

13. Le spese del grado di giudizio, considerata la complessità e relativa novità delle questioni affrontate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO