Considerazioni sull’appalto e la connessa responsabilità solidale

scritto da goal | 7 Gennaio 2019

di Pietro Aloisi Masella*

Negli ultimi anni il numero di imprese che esternalizzano una o più fasi del proprio ciclo produttivo, utilizzando lo strumento giuridico del contratto di appalto, è notevolmente aumentato. L’appalto è il contratto con cui l’appaltatore realizza un’opera o un servizio a proprio rischio e attraverso l’utilizzo di mezzi propri, per conto di un committente, che verserà un corrispettivo in denaro all’appaltatore.

Ormai con sempre maggiore frequenza è possibile osservare come più imprese collaborino alla realizzazione di un prodotto o di un servizio. Specializzarsi su una fase del ciclo produttivo consente non solo un’ottimizzazione delle risorse e una gestione più flessibile della produzione ma anche, in alcune circostanze, la possibilità di beneficiare di regimi agevolati riservati ad aziende di ridotte dimensioni. In tali circostanze l’appalto può rivelarsi estremamente vantaggioso per le aziende coinvolte ma è necessario che committente e appaltatore si muovano con prudenza all’interno dei limiti previsti dalla normativa. Non è infrequente che sotto la veste del contratto di appalto si nascondano fenomeni di abuso e di illegalità. Due sono i rischi fondamentali che si celano dietro il contratto di appalto:

- la non genuinità dell’appalto;
- la solidarietà tra appaltante e appaltatore.

GENUINITA’ DELL’APPALTO

L’art. 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276

“*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*” Legge Biagi, definisce gli elementi che contraddistinguono il contratto di appalto e stabilisce che l’appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro perché nell’appalto l’appaltatore gestisce l’organizzazione dei mezzi per l’esecuzione dell’opera o del servizio, mentre il somministratore mette solo a disposizione la manodopera senza occuparsi minimamente dell’organizzazione del lavoro e dei mezzi per il suo svolgimento. In sostanza, il contratto di appalto ha ad oggetto un’obbligazione di risultato, con cui l’appaltatore assume, con una propria organizzazione, il compito di far conseguire al committente il risultato promesso, mentre la somministrazione di lavoro ha ad oggetto una tipica obbligazione di mezzi, attraverso la quale l’Agenzia per il lavoro si limita a fornire prestazioni lavorative organizzate e finalizzate dal committente.

La Corte di cassazione con sentenza n. 12357/2014 ha stabilito il principio in base al quale, quando sotto lo schema giuridico dell’appalto, l’appaltatore si limita ad assumere e retribuire i dipendenti, utilizzando le attrezzature ed i capitali messi a disposizione dal committente e, quest’ultimo, consegue le prestazioni di lavoro senza accollarsi il carico fiscale e previdenziale dei lavoratori, si palesa un’interposizione fittizia di manodopera. La sentenza specifica espressamente che, affinché si configuri l’ipotesi di intermediazione illecita, non è necessario che l’impresa appaltatrice sia fittizia, infatti, il rischio economico e l’autonomia di organizzazione sono del tutto irrilevanti una volta accertata l’estraneità dell’appaltatore all’organizzazione e direzione del lavoratore nell’esecuzione dell’appalto.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 1571/2018 ha confermato ed evidenziato, in maniera puntuale, gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato

come “appalto”, ma che in realtà dissimula una somministrazione di personale. Gli elementi valutati dal Consiglio di Stato per attestare il carattere fittizio dell’appalto sono i seguenti:

- **prestazioni richieste dal committente:** devono essere servizi e non un mero numero di ore di lavoro Questo dato dimostra che il committente vuole solo integrare il proprio personale interno;
- **strumenti e attrezzature:** laddove quest’ultimi sono forniti esclusiva mente dalla ditta committente, non possiamo parlare di appalto di servizi;
- **ambito delle attività:** le attività appaltate devono essere qualificabili come un’autonoma attività imprenditoriale. All’interno del contratto di appalto deve essere evidenziato, da parte dell’impresa appaltatrice, il progetto tecnico da cui emergono le modalità organizzative di svolgimento del servizio;
- **coordinamento tra le imprese:** in dice sintomatico dell’appalto sono le modalità di coordinamento tra le imprese interessate, in modo da escludere commistioni, interferenze o sovrapposizioni tra le due realtà organizzative;
- **competenze:** elemento determinante per valutare il discrimine tra un appalto genuino e una somministrazione di personale è la mancanza, da parte del personale della ditta appaltatrice, di un patrimonio di conoscenze e di pratiche maggiori rispetto alla mera capacità professionale dei lavoratori già impiegati presso la società com mittente, tale da far emergere un apporto qualitativo specifico riconduci bile all’appalto di servizio;
- **potere direttivo:** l’appalto genuino passa anche per la gestione dei lavoratori in capo all’appaltatore. Le direttive, dunque, non dovranno essere emanate dal Proprio il criterio dell’effettivo esercizio del potere di organizzazione e di direzione, da parte

dell’appaltatore o del committente, assume valore decisivo al fine di valutare la genuinità o meno dell’appalto (vedi Cassazione n. 7796 del 27 marzo 2017);

- **rischio di impresa:** in capo alla ditta appaltatrice, che si palesa attraverso la presenza di investimenti a carico dell’appaltatore, il quale si fa carico dei costi per l’acquisto e l’organizzazione dei mezzi strumentali alla esecuzione della prestazione richiesta; un apporto di capitale diverso da quello per sostenere il costo del lavoro, ovvero di knowhow e beni immateriali in concreto forniti dall’appaltatore; l’evidenziazione nel contratto di appalto che il compenso richiesto attiene al servizio offerto e non alle ore di lavoro prestate; la presenza di una copertura assicurativa a tutela degli infortuni subìti dai Pertanto al fine di scongiurare il rischio di incorrere nella violazione di intermediazione illecita di manodopera, una situazione illegittima che l’ordinamento espressamente sanziona, consentendo peraltro al lavoratore impiegato irregolarmente di rivolgersi al Giudice perché stabilisca un rapporto di lavoro subordinato con committente, è necessario che tra l’appaltante e l’appaltatore si definiscano nettamente i ruoli e le responsabilità.

SOLIDARIETA’ TRA APPALTANTE E APPALTATORE

Al fine di tutelare i lavoratori utilizzati nel contratto di appalto, è stato previsto il principio della responsabilità solidale dell’appaltatore e dell’appaltante per la corresponsione delle retribuzione ed il pagamento dei contributi previdenziali, entro il termine di due anni dalla cessazione del contratto di appalto. Bisogna sottolineare a tal proposito, che la “Riforma Fornero” era intervenuta prevedendo che tale solidarietà potesse essere derogata dai contratti collettivi nazionali, ma il decreto legge 17 marzo 2017, n. 25 “*Disposizioni urgenti per l’abrogazione delle*

disposizioni in materia di lavoro accessorio nonche' per la modifica delle disposizioni sulla responsabilità solidale in materia di appalti" ha escluso tale possibilità ed ha anche soppresso la possibilità per il committente di eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore o del subappaltatore. La previgente disciplina infatti prevedeva che se il committente, eccepiva, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore e dei subappaltatori, i lavoratori o gli stessi enti previdenziali ed assicurativi dovevano prima tentare di escutere il patrimonio dell'appaltatore e, solo in caso di tentativo infruttuoso, potevano rivolgersi al committente. Oggi, invece, lavoratori ed Enti possono liberamente scegliere di agire direttamente in giudizio nei soli confronti del committente e di chiedere direttamente nei suoi confronti il pagamento di quanto loro dovuto dall'appaltatore. Quindi, in caso di appalto di opere o di servizi, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, il committente è obbligato in solido con l'appaltatore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto. Il committente che ha pagato quanto dovuto dall'appaltatore, ha comunque la possibilità di agire in via di regresso nei confronti di quest'ultimo. La responsabilità solidale negli appalti rappresenta un rischio importante da tenere in grande considerazione, in quanto può comportare, in capo al committente, costi e spese non preventivati.

E' certamente fondamentale, seppur non sufficiente, che il committente inserisca nel contratto di appalto strumenti e procedure di controllo al fine di verificare la correttezza dei pagamenti e dei trattamenti retributivi e contributivi da parte dell'appaltatore, oltre che idonee garanzie da parte di quest'ultimo in caso di rivendicazioni da parte dei propri

dipendenti e collaboratori. Inoltre, il committente farebbe meglio a stipulare contratti di appalto solo con appaltatori che applichino ai propri lavoratori i Ccnl sottoscritti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative del settore di appartenenza ed evitare di rivolgersi ad appaltatori che applichino contratti stipulati da organizzazioni di dubbia o nulla rappresentatività facilmente oggetto di controversie.

* *Odcec Roma*