

## **Criteria discretivi per la differenziazione di appalto e somministrazione di manodopera**

*Quesito relativo al contratto di appalto di cui all'art. 29 del D. L.vo 276/03.*

L'art. 29 del D. l.vo 276/03 contiene una disposizione dettata per distinguere il contratto d'appalto dalla somministrazione di lavoro per la cui definizione si fa esplicito cenno all'art. 1665 c.c. che dà decisivo rilievo al carattere dell'imprenditorialità da rinvenire in capo all'appaltatore per riconoscere lecito il contratto stesso.

Nella somministrazione l'agenzia autorizzata mette a disposizione dell'utilizzatore il personale, esercitando nei confronti dello stesso il potere direttivo ed organizzativo.

Nell'appalto l'appaltatore gestisce i mezzi di produzione, ha un potere organizzativo nei confronti del personale utilizzato nell'appalto, assume il rischio d'impresa.

Rispetto alla legge n. 1369/60, il legislatore del D. L.vo 276/03 non ha assegnato rilevanza assoluta alla disponibilità di beni strumentali da parte dell'appaltatore, il cui apporto può essere comunque apprezzabile anche nel caso di conferimento di capitali e beni non materiali, comprese specifiche professionalità, che, essendo economicamente valutabili, si rivelano essenziali agli effetti della realizzazione dei lavori o dei servizi appaltati.

Pertanto, l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che appunto determina la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, "può... risultare..... dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati", fermo restando il rischio d'impresa assunto dall'appaltatore.

Nella disciplina contenuta nell'art. 29 del D. L.vo 276/03, a differenza di quella precedente che ne parlava esplicitamente ricollegandovi determinate conseguenze, non c'è più la distinzione tra appalto interno ovvero esterno al ciclo produttivo ed in proposito alcuni autori spiegano che la riforma Biagi appare aderente al cambiamento registrato nei processi produttivi e nei rapporti tra le aziende, avendo fornito nuove regole per contribuire a dare ordine al processo di " esternalizzazione " da tempo ed in maniera crescente attivato nelle realtà produttive.

Infine si segnala il nuovo testo al comma 2 dell'art. 29 del D. L.vo 276/03 introdotto dal D. L.vo 251/04 circa la solidarietà negli appalti di opere e di servizi dell'appaltatore e dell'appaltante entro 12 mesi dalla cessazione del contratto per trattamenti retributivi e contributivi dovuti.

### **Possibilità di continuare a fruire degli sgravi contributivi per l'impresa subentrante nell'appalto**

L'Azienda scrivente affida in appalto a ditte esterne alcune tipologie di servizi per i quali la normativa vigente prevede l'obbligo, in capo all'azienda che subentra nella gestione, di assumere il personale dipendente precedentemente assegnato allo stesso servizio.

In particolare, questa Azienda ha esperito un appalto per l'affidamento del servizio di portierato e custodia, precedentemente gestito da un'impresa che fruiva degli sgravi contributivi previsti dalla legge 407/90 per i lavoratori dipendenti impiegati nel servizio.

Si chiede pertanto un competente parere in merito alla possibilità in capo alla ditta subentrante, obbligata come detto in premessa ad assorbire il personale già assegnato al medesimo servizio, di usufruire a sua volta delle agevolazioni previste dalla citata legge 407/90.

Una risposta positiva a tale quesito avrebbe il pregio di favorire la concorrenza delle imprese per l'affidamento di tali tipologie di appalti; nel caso contrario, invece, vi sarebbe l'anomala posizione di vantaggio dei soggetti già affidatari dell'appalto che, grazie agli sgravi contributivi e al conseguente basso costo della manodopera, sarebbero gli unici a poter proporre le condizioni più favorevoli.

## **Risposta**

Il quesito proposto riguarda l'applicabilità della L. 407/90 all'azienda vincitrice di gara d'appalto che subentra nella gestione del servizio ad altra azienda già beneficiaria delle agevolazioni previste dalla predetta legge.

Vista la normativa vigente in materia di trasferimento d'azienda - articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276 "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda" - considerato l'orientamento costante dell'INPS (circolare INPS n° 230 del 14 ottobre 1993) sempre confermato dalla Corte di Cassazione relativamente alla insussistenza della continuità del rapporto di lavoro in caso di passaggio diretto dei lavoratori da un'azienda ad un'altra, sentito il parere della Direzione Centrale Entrate Contributive, si ritiene che la sola acquisizione del personale già impiegato nell'appalto, a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, debba essere considerato passaggio diretto piuttosto che trasferimento d'azienda, a meno che non si verifichi la cessione di altri elementi materiali significativi tra le due imprese, tale da realizzare l'ipotesi prevista dall'art. 2112 del codice civile, come modificato dal D.Lgs.n.276/2003.

Conseguentemente, se non si può ravvisare continuità del rapporto di lavoro in quanto si verifica la risoluzione del primo rapporto e la costituzione di uno nuovo, non è possibile applicare la L.407/90 in quanto i benefici non si trasferiscono da un datore di lavoro ad un altro se non in caso di trasferimento di azienda.

Per completezza di informazione si precisa che l'azienda subentrante potrà presentare alla Sede INPS competente una nuova domanda per l'applicazione dei benefici previsti dall'art. 8, comma 9 della Legge n° 407/90, relativamente ai lavoratori acquisiti in virtù dell'aggiudicazione dell'appalto, ove ne ricorrano i presupposti -oggettivi in capo al datore di lavoro (non utilizzo in sostituzione di lavoratori licenziati dei lavoratori assunti dal precedente appaltatore ai sensi della L.407/90) e soggettivi in capo ai lavoratori, (stato di disoccupazione da almeno 24 mesi, attestato dal competente centro per l'impiego: tale requisito potrebbe ad esempio ancora sussistere in caso di assunzione dei medesimi da parte del precedente appaltatore con contratto di lavoro a tempo indeterminato part-time con un reddito annuo non superiore ai 7500 €).

Ulteriori e diverse informazioni relative alle concrete modalità del passaggio tra le due imprese dovranno essere comunicate alla sede INPS competente, al fine di permettere l'analisi nel concreto della situazione ai fini della applicazione della L. 407/90 e di ogni altra agevolazione contributiva che verrà richiesta.

## **Un appalto regolare**

Con la presente sono a richiedervi un parere in merito alla regolarità di un appalto che qui di seguito vado ad illustrarvi.

Un'azienda che commercia all'ingrosso ceramica fino ad oggi ha affidato la totale realizzazione della campionatura dei suoi prodotti ad aziende esterne, non avendo quindi al proprio interno né l'attrezzatura né il personale specializzato per realizzare tale campionatura; oggi vorrebbe affidare ad un'azienda specializzata, con contratto di appalto, la campionatura al proprio interno, per risparmiare le spese di trasporto, per gestire le urgenze, per riutilizzare il cosiddetto materiale di scarto, per avere un controllo più attento dei campioni.

L'azienda che avrebbe scelto è uno dei suoi fornitori, quindi la suddetta ditta ha già avuto modo di verificarne le capacità nella realizzazione della campionatura; è un'azienda che ha propri capitali, proprie attrezzature, una propria organizzazione, ha dipendenti e naturalmente viene remunerata in

base al lavoro eseguito, quindi ha un rischio d'impresa; i dipendenti delle due ditte non interagiscono nella realizzazione dei campioni.

### **Risposta**

Sulla base degli elementi forniti dal richiedente, sotto il profilo civilistico si configura un appalto di servizi (art. 1677 c.c.), poiché la modificazione materiale della cosa oggetto della lavorazione costituisce un elemento accessorio del contratto.

Con riferimento all'istituto de quo e relativamente al luogo di esecuzione dell'opera, nelle costruzioni, modificazioni e riparazioni di beni mobili l'esatto luogo ove adempiere la prestazione, per avere rilevanza assoluta, deve essere indicato nel contratto come luogo essenziale; in difetto, esso è a discrezione dell'appaltatore ("Trattato di diritto civile" Vassalli, Utet, volume VII, tomo III, "L'appalto"). In ogni caso, nessuna norma civilistica vieta l'esecuzione del servizio nei locali del committente.

Sotto il profilo giuslavoristico, data per acquisita la genuinità dell'appaltatore (vero imprenditore), la legge n. 1369/1960 dispone che gli appaltanti sono obbligati in solido con gli appaltatori a garantire ai dipendenti di quest'ultimo, in primo luogo, un trattamento normativo e retributivo non inferiore a quello applicato agli impiegati dell'appaltante, in secondo luogo, l'adempimento di tutti gli obblighi previdenziali; si ritiene pertanto necessario inserire dette previsioni nello stipulando contratto, onde evitare future azioni cosiddette dirette (ex art. 1676 c.c.) nei confronti del committente. Con riferimento a detta previsione normativa, la Cassazione, con sentenza n. 12641 del 17 dicembre 1998, ha chiarito che non è determinante se l'attività prestata venga svolta all'interno dei locali del committente.

Infine, sotto il profilo della sicurezza, in materia di obblighi del committente e dell'appaltatore in regime di appalto, è necessario attenersi a quanto disposto dall'art. 7 del D.Lgs n. 626/1994.

L'appalto in questione è dunque, in linea di principio, regolare, fermi gli opportuni accorgimenti.

### **Responsabilità solidale in materia di sanzioni amministrative.**

Quesito art. 6 legge 689/81 circa il principio di solidarietà in materia di sanzioni amministrative.

La legge generale sull'illecito amministrativo (n. 689/81) all'art. 6 introduce un'obbligazione solidale per la sanzione pecuniaria amministrativa.

Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o da un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta.

Il vincolo di solidarietà consente all'ente impositore nel soddisfacimento della sua pretesa sanzionatoria di rivolgersi e al trasgressore e all'obbligato in solido per esigere l'intera somma.

La ratio della responsabilità del solidale risulta quella di evitare che l'illecito resti impunito per l'impossibilità d'identificare l'autore della trasgressione, mentre è consentito facilmente identificare il soggetto obbligato solidalmente.

L'obbligato in solido che effettua il pagamento, ha diritto di regresso per l'intera somma nei confronti dell'autore della violazione.

Se più sono gli autori in concorso di violazione è evidente che l'obbligato in solido dovrà rispondere per tutti, assommandosi le sanzioni.

Gli obblighi dei precetti amministrativamente sanzionati, previsti dalla legislazione sul lavoro subordinato, a carico della società di persone datrice di lavoro, si indirizzano in via di principio a

tutti i soci, sui quali incombono le relative responsabilità per le inosservanze o infrazioni agli stessi riferibili.

Pertanto, la sussistenza di un illecito amministrativo certificata dall'ispettore del lavoro sarà imputata a tutte le persone che in base al certificato della Camera di Commercio formano la società con parità di poteri gestori ed amministrativi.

Quanto sopra, fatta salva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2297 c.c., la prova di un patto sociale noto ai terzi circa l'attribuzione dei poteri di rappresentanza soltanto ad un determinato socio, che in quanto preposto alla gestione del personale sia tenuto all'adempimento dei conseguenti obblighi (Cassazione sentenza n. 11376 del 1995), risponde esclusivamente di persona per tale incombenza male esercitata ovvero omessa.