PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 20 - numero 4258 di Giovedì 14 giugno 2018

Appalto genuino e somministrazione illecita di lavoro: le distinzioni

La somministrazione di personale camuffata formalmente da "appalto" e gli indici/esempi concreti per distinguere un affidamento ad un appaltatore che assume rischio di impresa da uno finalizzato ad integrare personale nell'organico.

La recente e importante sentenza del **Consiglio di Stato, Sez.III, 12 marzo 2018 n.1571** ha chiarito che cosa distingua il vero e proprio contratto d'appalto dalla somministrazione di personale, specificando che questa distinzione deve essere *"indagata in concreto"* sulla base di **precisi indici** individuati dalla norma e dalla giurisprudenza.

In particolare questi indici distintivi *"consistono nell'**assunzione da parte dell'appaltatore:***

a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta;

b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa;

c) del rischio di impresa".

I due diversi contratti

Non dimentichiamo infatti anzitutto la **definizione di "contratto d'appalto"** che viene fornita dall'art.1655 del codice civile, secondo cui *"l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con **organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio,** il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro."*

Da tale definizione emerge che il contratto di appalto segue lo schema dell'"obbligazione di risultato" (a differenza del contratto di somministrazione di lavoro che segue lo schema dell'"organizzazione di mezzi").

Questo concetto è chiarito dalla sentenza in esame e dagli esempi che seguiranno e chiariranno cosa si intende in concreto per "risultato" e quindi per "obbligo di risultato".

Infatti - precisa il Consiglio di Stato - *"attraverso il contratto di appalto una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro - **secondo lo schema dell'obbligazione di risultato;** nel contratto di somministrazione, al contrario, l'agenzia invia in missione dei lavoratori, che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore - secondo lo schema*

*dell'**obbligazione di mezzi."***

La conseguenza di tutto ciò, in pratica, è che *"nel contratto di appalto i lavoratori restano nella disponibilità della società appaltatrice, la quale ne cura la direzione ed il controllo; nella somministrazione è invece l'utilizzatore che dispone dei lavoratori, impartendo loro le direttive da eseguire."*

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0326] ?#>

Esempi concreti: la proprietà delle attrezzature, l'inserimento nel ciclo produttivo del committente, il numero di ore di lavoro richieste, l'attività svolta, i vari poteri organizzativi, il coordinamento o meno tra le imprese

Facciamo un primo **esempio concreto**, tratto da una sentenza dell'anno scorso **(Cass.Civ., Sez. Lav., 7 febbraio 2017 n.3178).**

In questo caso è stato accertato che ***"l'attività** concretamente svolta dai dipendenti della ... (appaltatrice) presso la ... **(committente)** era quella stessa di contazione valori **da quest'ultima svolta ed organizzata** e che **era inoltre la proprietaria delle attrezzature** necessarie per l'effettuazione del servizio; che la committente si limitava a richiedere all'appaltatrice ... solo un certo numero di ore lavoro, su base mensile, in base alle specifiche esigenze di ogni periodo, con indicazione dei turni orari, limitandosi l'appaltatrice ad abbinare le persone a tali ruoli; che tale **personale svolgeva poi le stesse identiche mansioni svolte dai dipendenti [della committente], inserito stabilmente a tutti gli effetti nel ciclo produttivo** di quest'ultima, a nulla rilevando, per le ragioni di cui in premessa, che i formali dipendenti della [appaltatrice] fossero impegnati esclusivamente nei turni serali o notturni, sempre sotto la sorveglianza di un incaricato [della committente]."*

Andando ancor più nel dettaglio, è interessante poi la distinzione che questa sentenza fa tra il potere organizzativo della prestazione lavorativa collegato anche all'organizzazione di mezzi da un lato e il potere organizzativo "di tipo amministrativo" dall'altro.

Infatti, secondo la Cassazione Lavoro, *"la differenza tra la somministrazione e l'appalto di lavoro [...] risiede nell'effettivo esercizio del potere organizzativo della prestazione lavorativa e nell'organizzazione dei mezzi necessari all'impresa da parte dell'appaltatore, mentre **risulta secondaria la mera sussistenza di un potere organizzativo di tipo amministrativo (ad esempio in tema di ferie o permessi) in capo all'appaltatore."***

Pertanto, quando ci si trova di fronte ad un *"affidamento formalmente qualificato come "appalto", ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale",* bisogna valutare i *"seguenti elementi:*

a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;

b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;

c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;

*d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività; e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore **(Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3178)."***

Facciamo **un altro esempio concreto.**

Nella sentenza da cui siamo partiti (Consiglio di Stato n.1571/2018), *"le prestazioni richieste dalla ASL appellata sono identificate **non** già in **"servizi",** bensì in **numero di ore di lavoro annue"*** e ciò *"dimostra che l'Azienda [...] mira sostanzialmente ad **integrare il proprio personale interno,** dimostratosi insufficiente, con altro personale esterno, in modo garantire il regolare svolgimento delle proprie attività d'ufficio."*

Ovvero in questo caso manca il "risultato" di cui abbiamo parlato quando abbiamo fatto riferimento al contratto di appalto quale "obbligazione di risultato".

Infatti, precisa la sentenza, *"un simile scenario sfugge alla logica tipica dell'**appalto di servizi** - ove l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un **preciso risultato,** finalizzate alla realizzazione di un opus dotato di consistenza **autonoma** - e manifesta affinità, piuttosto, con lo schema tipico della **"somministrazione di lavoro"** a tempo determinato, che si caratterizza per la ricerca di lavoratori da **utilizzare per i generici scopi** del committente, in chiave **d'integrazione del personale** già presente in organico."*

Anche in questo caso specifico, poi, *"la base d'asta è stata esclusivamente correlata alle **ore/lavoro richieste** all'aggiudicatario"* e, quanto alla modalità per individuare il corrispettivo, *"si prevede che questo sarà calcolato sulla base delle ore di lavoro mensilmente svolte, moltiplicate per il corrispettivo orario offerto, **senza** che assuma **alcun rilievo il concreto risultato** conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative".*

Ritorna inoltre anche qui l'importantissimo tema dell'**inserimento nel ciclo produttivo del committente,** rispetto al quale nel caso descritto dalla sentenza emerge *"una sostanziale contaminazione tra l'attività dei lavoratori della ASL ... ed i lavoratori inviati dall'appaltatore: quest'ultimi, infatti, come dimostra la definizione contenuta nell'oggetto della prestazione, forniscono un contributo di supporto nell'attività "amministrativa" della ASL"* che si traduce concretamente nella *"collaborazione" dei lavoratori dell'appaltatore con i dipendenti della ASL"* e consiste nello *"svolgimento di attività di istruttoria documentale, nella redazione di atti preliminari tesi alla redazione di successivi provvedimento da parte del personale interno, nel supporto alla stesura delle gare, nell'inserimento ordini, nell'inserimento di dati nell'albo, nel supporto alla liquidazione e gestione ordini, consegne e pagamenti, nello svolgimento di attività di segreteria amministrativa e di gestione della corrispondenza".*

Pertanto, in questo caso *"l'appaltatore non svolge alcun servizio "diverso" da una mera attività di ausilio collaborativo al personale dipendente della ASL".*

Ricorre infine ancora una volta il tema della messa a disposizione delle attrezzature.

Precisa infatti il Consiglio di Stato che ***"neppure è previsto che l'appaltatore metta a disposizione mezzi ed attrezzature:** il personale dell'appaltatore, per la prestazione della propria attività, utilizzerà infatti mezzi ed attrezzature della ASL (quali computer, cancelleria, fotocopiatrici etc.), prestando la propria attività presso la sede della stessa e avvalendosi dello*

strumentario di lavoro ivi presente."

In conclusione, secondo la sentenza *"ricorre, dunque, la causa "tipica" della* ***somministrazione di lavoro, il cui fine tipico è proprio l'integrazione" del personale nell'organigramma del committente (cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796)."***

Quanto poi al tema dell'"*affiancamento di personale",* anche qui vi sono elementi caratteristici dell'appalto ed elementi caratteristici della somministrazione di lavoro.

Da questo punto di vista, *"ciò che può rilevare come* ***indice sintomatico dell'appalto*** *sono proprio* ***le particolari modalità di coordinamento tra le imprese*** *interessate, laddove concepite per escludere commistioni, interferenze o sovrapposizioni tra le due realtà organizzative; ovvero per rendere del tutto evidente, anche sul piano logistico, la separazione tra le due imprese e tra le rispettive fasi della produzione (si veda in tal senso la circolare del Ministero del Lavoro del 22.10.2009)."*

Nel capitolato che è stato esaminato dal Consiglio di Stato, invece, *"la carenza di misure atte a scongiurare l'interferenza e la commistione tra i lavoratori, unitamente all'assenza di linee di cesura in grado di differenziare autonome fasi di produzione, forniscono ulteriore conferma della natura fittizia dell'appalto."*

E' interessante esaminare infine un ultimo aspetto.

Ovvero: la presenza di **clausole penali** all'interno di un contratto di affidamento di lavori o servizi, è un indice che qualifica in maniera incontestabile tale affidamento come un appalto genuino?

Il Consiglio di Stato dà una risposta negativa a questa domanda, affermando che *"il rischio di impresa non può essere ricondotto neppure alla previsione di penali"* dal momento che tale rischio deve desumersi *"dall'alea economica insita nell'attività affidata e derivante dall'imprevedibile andamento del mercato ovvero dalla riuscita delle scelte imprenditoriali compiute dall'appaltatore."*

Mentre *"nulla osta alla previsione di penali anche nella somministrazione di lavoro, se connesse al grado di diligenza con il quale il somministrante è chiamato ad adempiere le sue obbligazioni (e quindi, ad esempio, al ritardo con cui invia i lavoratori in somministrazione o sostituisce i lavoratori assenti".*

In conclusione

Conclusivamente, riassumiamo sinteticamente per punti i principi che regolano la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro secondo la giurisprudenza esaminata:

1) *"per potersi predicare l'esistenza di un contratto d'appalto, occorre che l'oggetto negoziale sia costruito in modo da attribuire - in modo rilevante e per elementi qualificanti l'intero rapporto - il rischio contrattuale all'appaltatore";*

2) *"secondo costante giurisprudenza - il tratto qualificante della direzione tecnica ed organizzativa della prestazione da parte dell'appaltatore va verificato attraverso un accertamento operato in concreto, con riferimento all'oggetto e al contenuto intrinseco dell'appalto.*

Tale principio va applicato con ***particolare attenzione nei casi di appalti endoaziendali*** *[...] caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo* ***ciclo produttivo del committente*** *(cfr., Cass. civ. sez. lav., 3 giugno 2014, n.12357)";*

3) *"la distinzione tra le due figure contrattuali è marcata dal fatto che il "contratto di appalto" ha ad oggetto un'obbligazione di risultato (con cui l'appaltatore assume con la propria organizzazione il compito di far conseguire al committente il risultato promesso), mentre la somministrazione di lavoro sottende una tipica obbligazione di mezzi (attraverso cui l'Agenzia per il Lavoro si limita a fornire prestazioni lavorative organizzate e finalizzate dal committente)";*

4) *"la giurisprudenza ha chiarito che, laddove si verta in fattispecie di appalto in cui la prestazione richiede esclusivamente l'impiego di manodopera, 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 (Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796)."*

Anna Guardavilla

Dottore in Giurisprudenza specializzata nelle tematiche normative e giurisprudenziali relative alla salute e sicurezza sul lavoro

Scarica le sentenze di riferimento:

Consiglio di Stato - Sez.III - Sentenza n.1571 del 12 marzo 2018 n. 1571 - La linea di demarcazione tra contratto di appalto di servizi e contratto di somministrazione di personale

Corte di Cassazione Civile, Sez. Lav. ? Sentenza n. 7786 del 27 marzo 2017 - Attività di saldatore e malattia professionale. Accolto il ricorso del lavoratore

Corte di Cassazione, sezione lav. ? Sentenza n. 3178 del 7 febbraio 2017 - Appalto illecito se il committente compra solo ore di lavoro.

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

www.puntosicuro.it