

Le regole degli appalti

INTRODUZIONE: Il tema degli appalti, presente dagli anni 60, esplose negli ultimi decenni poiché è diventato parte strutturale del mercato economico e del mercato del lavoro nel nostro paese. Tale fenomeno è avvenuto nell'ambito del ripensamento dei modelli organizzativi delle imprese e delle PA, che è avvenuto tra gli anni 80/90, dove si è assistito nei modelli di organizzazione medi ad una tendenza all'alleggerimento dei modelli organizzativi e all'esternalizzazione di tutto ciò che è esternalizzabile, al contrario dell'impresa fordista. Le imprese, quindi, smettono di gestire direttamente molte attività che non sono ritenute direttamente collegate al core business e a cercare sul mercato imprese specializzate in quelle attività per realizzare abbattimento dei costi e alla loro ottimizzazione in relazione alla qualità di quei servizi. L'esternalizzazione delle imprese ha indotto alla nascita di nuovi mercati di gestione di servizi in appalto dove si sono sviluppate di dinamiche che hanno chiesto regolazione come il cosiddetto "lavoro povero", soprattutto quando le imprese concorrono con le imprese di altri paesi. Nelle pubbliche amministrazioni, invece, l'esternalizzazione dei servizi si diffonde negli anni 90 per ragioni di riduzione dei costi che pesano sulle attività pubbliche, di flessibilità, ma anche per il fenomeno del blocco delle assunzioni. Oggi molti enti locali appaltano i servizi a imprese specializzate, senza avere proprio personale

Affrontiamo il tema delle tutele del lavoro negli appalti, che evidenzia come le regole del lavoro interagiscono in maniera molto forte con il tema dei comportamenti economici, della regolazione della concorrenza e dell'orientamento dei soggetti economici in particolare ad obiettivi di tutela sociale, cioè verso comportamenti socialmente sostenibili.

Cos'è l'appalto?

La nozione è definita dall'art. 1655 cc → Contratto con il quale una parte **assume con l'organizzazione e i mezzi necessari e con gestione a proprio rischio** il compimento di un'opera/servizio verso un corrispettivo in denaro. Questi due requisiti ci dicono che siamo di fronte a un'impresa poiché si assume l'organizzazione dei mezzi necessari e il rischio d'impresa.

Rimanda al contratto di opera, infatti sono fattispecie speculari, ma la differenza è nell'organizzazione: il lavoratore autonomo e il prestatore d'opera svolgono un'attività/servizio con lavoro prevalentemente personale, in cambio di un corrispettivo in denaro; L'appalto avviene non da parte di un soggetto di individuale ma da parte di un soggetto che svolge un'attività economica organizzata (soggetto imprenditoriale). Il committente può essere un soggetto giuridico, un'impresa o una persona fisica.

Perché le regole del lavoro dovrebbero interessarsi e interagire con l'interrelazione tra le due imprese se già si occupano della relazione con i propri dipendenti? Perché ci sono delle regole del lavoro che si interessano dei meccanismi di appalti (di ciò che succede tra l'appaltante e l'appaltatore di una attività di servizio? Questo accade per diversi motivi:

- Una prima tematica riguarda il fatto che si vogliono da un lato prevenire e contenere gli effetti sociali negativi che possono sorgere dalle vicende tipiche del lavoro in appalto, che spesso (non sempre) identificano una condizione di potere economico e giuridico dell'impresa committente e una condizione di debolezza economico-contrattuale da parte dell'impresa appaltatrice.

- Una seconda tematica riguarda l'intervento dell'ordinamento per evitare che nei meccanismi degli appalti, che sono manifestazione di una concorrenza molto accentuata, ci sia una concorrenza sul tema del **costo del lavoro**. Le tutele del lavoro per i dipendenti dell'impresa appaltatrice diventano terreno fondamentale di regolazione della concorrenza con l'obiettivo di evitare che la concorrenza si eserciti attraverso meccanismi di dumping sociale, consistenti nella ricerca di appalti sempre più favorevoli che configurino risparmi di costi da parte delle imprese committenti, abbattendo le tutele sociali dei lavoratori da parte delle imprese appaltatrici. Nei settori caratterizzati da un basso contenuto professionale, ma ad alta intensità di manodopera sono significativi i fenomeni del c.d. lavoro povero. Una volta la povertà era sostanzialmente una condizione delle persone o famiglie che stavano in situazioni di privazione del lavoro, oggi invece si assiste a una diffusione significativa di condizioni di persone e famiglie nelle quali c'è il lavoro ma, ciò nonostante, permane una situazione di povertà. Le regole del lavoro si occupano di questa tematica, per esempio, per limitare ed evitare il più possibile la diffusione di fenomeni socialmente negativi come questo.
- Un altro fenomeno socialmente negativo del lavoro negli appalti è quello di una presenza significativa di soggetti imprenditoriali con scarsa consistenza: imprese piccole, poco capitalizzate, con un'impresa sul mercato molto fragile in cui il tasso di mortalità di queste imprese in questi settori sia abbastanza elevato. Questo comporta una condizione sociale negativa perché quando le imprese vivono situazioni patologiche di crisi finanziaria o fallimenti, tra le vittime troviamo i lavoratori.

Le grandi tematiche principali di cui ci occuperemo dal punto di vista giuridico nella regolazione degli appalti sono:

- A) Distinzione tra appalto genuino e interposizione illecita o somministrazione irregolare (dalla legge 1369/1960 al dlgs 81/2015 e 603bis c.p).
- B) L'impiego della manodopera negli appalti genuini: autonomia delle organizzazioni di datore di lavoro e appaltatore, ma intersezione delle responsabilità (1676 c.c., art 29 dlgs 276/2003, normativa sicurezza degli appalti).
- C) I settori in cui le filiere produttive che operano stabilmente su appalti: la tutela della stabilità dell'occupazione nei cambi di appalto.

Le regole del lavoro provano quindi ad incidere su questi fenomeni con meccanismi diretti e indiretti, per esempio attraverso un **meccanismo di responsabilizzazione dei soggetti committenti**. Significa che il committente a certe condizioni risponde anche di obbligazioni dell'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti → forma di tutela, in quanto è costituita una garanzia a capo del committente dell'adempimento di obbligazioni socialmente rilevanti nei confronti dell'appaltatore. Quell'attività lavorativa è stata fatta per finalità del datore di lavoro (impresa appaltatrice) e non del committente, ma di fatto ha anche realizzato un interesse del committente. Questa regola è una regola che ha anche lo scopo di regolare il funzionamento di quel mercato degli appalti di servizi nel senso che tutte le volte che noi costituiamo una posizione di responsabilità giuridica in capo ad un soggetto, facciamo anche in modo che questo soggetto si trovi nella condizione di dover governare questa responsabilità e di dover decidere entro quali limiti è disponibile ad assumere i rischi che derivano da quella posizione di responsabilità.

Una regola come quella della **responsabilità solidale** del committente per, ad esempio, le retribuzioni dovute ai lavoratori che vengono applicati nell'appalto è un tema che può giocare proprio nella scelta dell'impresa appaltatrice. Quella regola va a favore dei dipendenti dell'appaltatore, ma che tende in primis ad operare a monte, in quanto il committente è

libero di scegliere a chi affidare l'appalto. Nel caso in cui l'impresa a cui si affida l'appalto è poco affidabile e che non fa fronte alle sue obbligazioni nei confronti dei suoi dipendenti, sarà proprio il committente a doverne rispondere. Il **meccanismo dell'obbligazione solidale** è un meccanismo che prevede che il committente debba garantire l'adempimento dell'obbligazione, ma poi il committente possa rivalersi nei confronti dell'impresa appaltatrice. Si tratta di una regola che alla fine tende ad orientare il comportamento del committente e quindi ad incidere sulle condizioni di concorrenza tra le imprese.

Nel corso degli anni il termine cooperative ha consentito alle imprese di avvalersi di una serie di agevolazioni, che la legge prevedeva, e anche di qualche vantaggio delle condizioni dei lavoratori. Le cooperative di produzione lavoro, nascenti dalla volontà dei lavoratori per ottenere e distribuirsi in maniera equa occasioni di lavoro a condizioni migliori di quelle del mercato, sono finte cooperative quando il carattere mutualistico che caratterizza la genuina cooperativa viene a mancare. Fenomeno che ha una finalità sociale altamente positiva.-

A) Il fenomeno degli appalti illeciti o non genuini:

Nelle leggi del lavoro, in particolar modo nella Legge Biagi d.lgs. 276/2003, compare una norma **all'art. 29 comma 1 che definisce cos'è il contratto d'appalto ai fini lavoristici** e viene estesa questa norma con la finalità di **distinguere l'appalto dalla somministrazione di lavoro**. La prima disposizione in questo tema la troviamo nell'art. 1 della Legge 1369/1960 che fissava **il divieto di intermediazione e interposizione delle prestazioni di lavoro**. Questa norma è stata abrogata ma si può ritenere che questo divieto di intermediazione e interposizione delle prestazioni di lavoro esista ancora ed è riconducibile al divieto dei falsi appalti.

La prospettiva lavoristica ci porta a dover distinguere **tra appalti genuini e appalti non genuini**. Questi ultimi sono definiti dalla legge del 1960 (art.1), la quale diceva che è vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto, anche a società cooperative, non un vero e proprio appalto ma l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario. Viene vietata sostanzialmente l'interposizione, che oggi potremmo chiamarla somministrazione, quando questa è fatta dalle agenzie autorizzate. All'ora si diceva che l'imprenditore poteva affidare in appalto l'esecuzione di un'opera o di un servizio ad opera dell'art 1655 c.c., ma l'oggetto dell'appalto non può essere l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, perché altrimenti se stessimo parlando di esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte di lavoratori assunti e retribuiti dall'appaltatore o dall'intermediario, allora vuol dire che ti stai semplicemente limitando a mettere alcuni lavoratori a disposizione di un altro soggetto senza organizzare personalmente le prestazioni lavorative.

A questo si aggiunge una particolare ipotesi laddove un soggetto committente costituisca apposta dei soggetti dandogli lui stesso i capitali, le macchine e le attrezzature, che avessero il compito di mettergli a disposizione mere prestazioni di lavoro di alcuni lavoratori assunti e retribuiti direttamente da quel soggetto, con un'organizzazione imprenditoriale non genuina perché messa a disposizione dallo stesso committente. L'effetto che la legge produce quando ci si trova di fronte a un fenomeno di questo genere è quello di ritenere i lavoratori assunti alle dipendenze di colui che abbia effettivamente le loro prestazioni.

Il meccanismo che si voleva vietare partiva dall'idea che la responsabilità giuridica dei rapporti di lavoro e di tutte le obbligazioni che ne sorgono e ne derivano, va sempre ricondotta in capo al **soggetto che è l'effettivo titolare dell'organizzazione produttiva nella quale quei lavoratori sono inseriti**. Questa è una norma che ci evidenzia quello che è un principio generale della materia lavoristica che è il **principio di effettività, cioè di**

prevalenza della realtà dell'effettività rispetto alla forma. All'ordinamento interessa solo dove effettivamente il soggetto lavora. Questo dato di effettività ricade sul piano giuridico attraverso la **riconduzione della responsabilità giuridica di questi rapporti in capo al vero datore di lavoro.** Questa norma ci diceva e ci dice ancora oggi che il datore di lavoro che deve assumersi la responsabilità giuridica e patrimoniale delle obbligazioni nei confronti di un rapporto di lavoro è **colui che utilizza effettivamente e direttamente le prestazioni di un lavoratore, anche se questo è formalmente assunto da un altro.** Questo concetto ha una serie di ricadute importantissime, in primo luogo sul lavoratore stesso che può individuare più correttamente il datore di lavoro sostanziale, ossia responsabile della sua condizione giuridica e quindi rispetto al quale far valere ad esempio il diritto al pagamento della retribuzione che non sia soddisfatto dal datore di lavoro formale.

Questo vale anche per la definizione dell'istituto giuridico della persona, per esempio con riferimento al contratto collettivo applicabile al lavoratore. Se ci troviamo di fronte ad una situazione di un'impresa chimica che affida ad un'impresa di servizi della logistica la gestione del suo magazzino → se questo è un appalto genuino allora sarà un'impresa che ai propri dipendenti riconosce le regole del settore chimico (CCNL dell'industria chimica) mentre l'impresa della logistica applicherà ai propri dipendenti le regole del CCNL della logistica. Se invece siamo di fronte a un appalto non genuino allora abbiamo un lavoratore al quale è stato fittiziamente imposto un certo statuto giuridico che potrà far valere il fatto di essere dipendente sostanzialmente di un altro soggetto anche ai fini dell'applicazione del diverso statuto giuridico per aspetti economici e non economici. Un'altra ricaduta importante è quella sulle relazioni sindacali.

Fin dall'inizio degli anni '60 il legislatore si è posto questo problema di contrastare e vietare tutto ciò. Questa norma era stata sanzionata penalmente (pecuniaria), è stata abrogata, ma il principio che veniva stabilito è un principio che c'è ancora nel nostro ordinamento e si ricava dall'**articolo 29** del decreto 276/2003 (attualmente vigente). Negli anni '90 viene invece disciplinata per la prima volta la **somministrazione di lavoro** attualmente regolata nel **d.lgs. 81/2015** che rappresenta di fatto un'eccezione al divieto di intermediazione e interposizione perché la somministrazione realizza un meccanismo di questa natura. Questa eccezione è autorizzata a fronte del fatto che c'è una regolazione molto intensa di quella ipotesi: viene autorizzata da parte dell'Agenzia del lavoro autorizzata che, in base a determinate caratteristiche, ricevono un'autorizzazione ministeriale pubblica, che possono esercitare la somministrazione di lavoro solo nei casi definiti e regolati dalla legge e nelle modalità. Esiste, tra l'altro, un **principio di parità di trattamento** riconosciuto al lavoratore somministrato presso una certa impresa, rispetto alle condizioni che vengono riconosciute ai dipendenti diretti di quella impresa. Questa regola è molto importante e centrale, non solo come regola di tutela del lavoro somministrato ma anche in quanto afferma che l'imprenditore può usufruire di lavoro somministrato per tutta una serie di motivazioni ma pone un limite, cioè la ragione della sua adozione non può essere quella del mero abbattimento del costo del lavoro. L'utilizzo dei lavori somministrati non costa meno rispetto ai lavoratori diretti, anzi costa di più perché si deve pagare il servizio dell'agenzia di intermediazione. La situazione attuale prevede un caso di interposizione lecita ma al di fuori del ricorso alla somministrazione secondo quelle possibilità e condizioni, il ricorso agli appalti continua ad essere vietato se l'appalto non è genuino e se realizza una mera somministrazione.

Oggi la disposizione la si trova nell'art. 29 del decreto 276/2003 sotto forma di distinzione del confine tra appalto e somministrazione di lavoro:

«Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo (cioè la disciplina lavoristica degli appalti), il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, **in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa**».

Con questo inciso quindi si distingue l'appalto genuino dalla somministrazione. È l'appaltatore che deve organizzare i mezzi per il compimento dell'opera o del servizio→ La norma ci dice che per distinguere l'appalto genuino dalla mera fornitura di lavoratori quello che conta è chi dirige ed organizza i lavoratori, ossia chi esercita effettivamente il potere organizzativo e direttivo nei confronti di quei lavoratori. Una volta che noi capiamo chi è quel soggetto che davvero esercita quei poteri, avremo capito se è l'appaltatore, ossia il formale datore di lavoro→ appalto genuino

Se invece quei soggetti sono messi a disposizione dal committente ed è lui che li organizza e che direttamente esercita i poteri nei loro confronti→ somministrazione e non ad un vero appalto.

Se questa somministrazione che non ha le caratteristiche dell'appalto è fatta sotto la forma di un contratto d'appalto→ somministrazione di interposizione illecita, perché avrò stipulato quel contratto d'appalto con un soggetto imprenditoriale che non rientra tra le agenzie autorizzate le quali soltanto possono svolgere le attività di fornitura, di lavoro interinale.

Il tema della genuinità dell'appalto si pone sia per gli appalti privati che per quelli pubblici dal momento che si tratta di un contratto di diritto privato, anche se per le PA è presente un'intensa regolazione pubblicistica sia per la fase di bando che per l'attribuzione del soggetto aggiudicatario e per alcuni aspetti di esecuzione. Quello che cambia tra il pubblico e privato sono le **conseguenze sanzionatorie**: mentre nel **privato** nel momento in cui viene realizzato un appalto non genuino o una parte dei lavoratori formalmente impiegati nell'appalto vengono integrati nell'organizzazione, la principale conseguenza giuridica è che **i lavoratori hanno diritto di aver costituito il rapporto direttamente in capo al committente**; nel **pubblico** non può avvenire in ragione al principio dell'articolo 97 della costituzione, il quale afferma che ai ruoli di lavoro pubblico si accede solo mediante concorso oppure mediante le procedure disciplinate dalla legge e quindi non ci si può accedere sulla base di una patologia giuridica.

Per concludere l'argomento bisogna ricordare che per quello che riguarda i **profili sanzionatori**, oggi la sanzione la troviamo nello stesso **art. 29 comma 3 bis** che dice: «Quando il contratto di appalto sia stato stipulato in violazione di quanto disposto al comma 1, cioè in una situazione in cui non è l'appaltatore che si assume l'organizzazione e la direzione dei lavoratori con rischio proprio, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del Codice di procedura civile notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, **la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo** (di colui che ha utilizzato la prestazione). In questa ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, comma 2.»

Il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, cioè alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione→ **concetto dell'utilizzazione**, in senso giuridico, cioè colui che direttamente organizza e dirige le prestazioni e ne ricava immediatamente l'utilità di quelle prestazioni quindi il soggetto utilizzatore deve essere il datore di lavoro e non il soggetto formalmente appaltatore di

quell'impresa. Il lavoratore può agire in giudizio per far valere il fatto che quel rapporto debba essere costituito in capo all'utilizzatore e non al formale datore di lavoro presso il quale ha lavorato che è il soggetto formalmente appaltatore di quell'impresa. Un lavoratore chiede questo effetto, ad esempio, quando non è stato pagato o per ottenere il versamento di contributi previdenziali o quando si vuole intervenire sull'allontanamento dal lavoro (in caso di licenziamento). In quest'ultimo caso quando il lavoratore, finito quello che era un formale appalto viene lasciato a casa, se è dipendente dell'appaltatore potrà impugnare l'eventuale licenziamento, ma se quell'appalto era un appalto genuino e se l'appaltatore non ha trovato un altro committente sul quale fare lavorare quelle persone impiegate nell'appalto sarà più difficile impugnare questo licenziamento. Se invece era un appalto fittizio per il lavoratore sarà più facile far valere che quello era il suo datore di lavoro e automaticamente questo può determinare il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro in capo a quel soggetto. Questa è una base da cui si parte per identificare il terreno degli appalti genuini.

Il particolare il primo tema che si pone nel regolare dal punto di vista lavoristico, ciò che accade quando c'è un'intersezione tra più imprese che cooperano a parti di un unico ciclo produttivo con un committente che affida un servizio a un appaltatore che assume lo svolgimento di questo servizio con organizzazioni e mezzi necessari e gestione a proprio rischio, è quello di verificare se l'appalto sia genuino o meno (distinzione tra appalto genuino e mera interposizione di lavoro). Quando siamo dinanzi ad un finto appalto, questo porta a sanzioni e in particolare alla sanzione civilistica della costituzione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore in capo al finto committente che in realtà è l'interponente (quello che mette in campo un'interposizione illecita).

Questa sanzione civilistica opera solo laddove il soggetto committente sia un **soggetto privato**, non può invece operare se il soggetto committente è un **soggetto pubblico**, per un limite generale dettato dall'articolo 36 del TU sul lavoro pubblico. Il quale prevede che tutte le volte in cui le pubbliche amministrazioni ricorrono in maniera irregolare a prestazione di lavoro la sanzione non può mai essere la costituzione rapporto in capo delle amministrazioni stesse perché questo violerebbe la regola generale di legge per cui ruoli pubblici e al ruolo di dipendenti pubbliche amministrazioni si può accedere soltanto tramite concorso pubblico o le altre procedure selettive regolate dalla legge che consentono alle pubbliche amministrazioni di assumere personale. Questo non vuol dire che rimane senza sanzione, i lavoratori hanno comunque diritto se lo ritengono di agire però l'effetto che possono conseguire sono due:

1. Che comunque per il periodo in cui hanno lavorato direttamente a favore dell'amministrazione hanno diritto agli stessi trattamenti che avrebbero avuto se fossero stati inquadrati come dipendenti pubblici. Perché questo? Perché rimane il fatto il lavoratore ha lavorato di fatto come subordinato della pubblica amministrazione anche se formalmente alle dipendenze di un appaltatore e quindi si potrà considerare un contratto nullo perché appunto in violazione della regola del concorso del divieto di costituzione rapporto in capo delle pubbliche amministrazioni se non tramite procedura concorsuali. Esiste però un principio generale del nostro ordinamento secondo il quale per i rapporti di lavoro subordinato nulli per il periodo in cui si sono svolti è comunque dovuta la retribuzione.
2. Si può chiedere anche il risarcimento del danno dice l'art. 6 del TU sul lavoro pubblico, danno inteso per esempio anche nel senso della perdita del posto di lavoro in via involontaria.

Il divieto di interposizione delle prestazioni di lavoro, con riferimento agli appalti endoaziendali (cioè quelli appalti di quei servizi che si svolgono all'interno, anche fisicamente, dell'organizzazione committente come i servizi di pulizia o di manutenzione)

opera quando l'appaltatore mette a disposizione del committente una prestazione meramente lavorativa, cioè si limiti a mandare dei lavoratori occupandosi della mera gestione amministrativa del rapporto ma senza che da parte dell'appaltatore vi sia una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata a un risultato produttivo autonomo. Secondo la Cassazione va indicato se i lavoratori siano fisicamente presenti per mettere a disposizione una prestazione dell'impresa committente o per realizzare un risultato produttivo autonomo, che è organizzato dall'impresa appaltatrice.

- Nel caso della vicenda finita di fronte al **Consiglio di Stato 12/03/2018 n.1571** siamo di fronte ad un caso in cui la controversia è nata ancora prima che l'appalto si realizzasse, impugnando il bando di gara. Il soggetto che ha impugnato il bando di gara era un'agenzia del lavoro autorizzata alla somministrazione del lavoro poiché una ASL voleva affidare un appalto avente ad oggetto l'attività amministrativa dell'ASL stessa. In questo caso non sta appaltando opera o servizi ad un'impresa esterna, ma la messa a disposizione di una serie di persone con determinate caratteristiche professionali che siano in grado di dare una mano allo svolgimento delle attività indicate. Il giudice, nel caso di specie, dice che "appare chiaro che le prestazioni richieste dalla ASL appellata sono identificate non già in servizi, bensì in numero di ore di lavoro annue: per il supporto giuridico, amministrativo, tecnico e contabile". Poi aggiunge: "medesima conclusione l'analisi delle modalità di individuazione della base d'asta e di disciplina della remunerazione del servizio (che era oraria)". Questo contrasta con quanto definito ai sensi dell'art 1655 del c.c. dal momento che le ore lavorate le decide l'appaltatore, il quale ha il compito di produrre un risultato, in quanto sostenitore del rischio d'impresa. Il giudice prosegue affermando che: "Questo primo dato dimostra che l'Azienda resistente mira sostanzialmente ad integrare il proprio personale interno, dimostratosi insufficiente, con altro personale esterno, in modo da garantire il regolare svolgimento delle proprie attività d'ufficio. Uno 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". Tali tipi di appalti sono stati fatti negli ultimi anni nella PA per il blocco del personale, vicenda che ha coinvolto prima della pandemia gli ospedali per quanto riguarda gli infermieri e gli oss. In particolare, tale bando è stato impugnato dall'agenzia del lavoro poiché si tratta della sua attività, che per essere svolta richiede il rispetto di alcune regole come la richiesta di autorizzazione ministeriale, la quale avviene a seguito il raggiungimento di requisiti organizzativi minimi, l'investimento di capitali per garantire fideiussione. Allora, l'agenzia ha impugnato il bando d'appalto davanti al giudice amministrativo affermando che si tratta di **concorrenza sleale e violazione alla legittima aspirazione di fare attività di amministrazione**, che è condizionata al rispetto di alcune regole. In conclusione il Consiglio di Stato dice che per il modo per cui è impostato è impossibile distinguere le attività date all'appaltatore e le attività che vengono svolte dalla ASL, ricorre, dunque la causa tipica della somministrazione di lavoro, il cui fine tipico è proprio l'integrazione del personale nell'organigramma del committente".

L'utilizzo della somministrazione di lavoro da parte di un'impresa è qualcosa di non solo concettualmente diverso rispetto all'appalto ma è una condizione che posso usare solo se garantisco una retribuzione pari a coloro i quali vengono assunti direttamente. Cosa significa

questo? Almeno sulla carta il ricorso alla somministrazione di lavoro può essere utilizzato come strumento flessibile ma non con la finalità unica e specifica di abbattere i costi del lavoro. Si può dire anzi che tendenzialmente costa di più in quanto deve essere anche pagata l'agenzia di somministrazione. Molto spesso quando le imprese ricorrono ad appalti hanno anche l'obiettivo di abbattere i costi di quello specifico servizio nell'ambito del ciclo produttivo. Questo cosa vuol dire? Per le agenzie di somministrazione, gli appalti non genuini (di mera somministrazione del lavoro) sono una pratica distorsiva della concorrenza.

- Un altro caso che verrà ora citato è quello che si è svolto dinanzi ad un **Tribunale di Padova**. Si trattava di un sito di logistica (movimentazione di merci che venivano scaricare o caricate su mezzi di trasporto o classificate, verificate, confezionate, ecc). L'impresa appaltatrice aveva appaltato alcune fasi di queste lavorazioni, tra cui l'attività dei picker, cioè coloro che devono movimentare la merce, i colli, i prodotti. A un certo punto i lavoratori fecero causa al committente in quanto hanno lavorato direttamente per lui e quindi hanno diritto di essere riconosciuti come lavoratori dipendenti sulla base di un regime sanzionatorio. La cosa interessante, sulla quale il giudice ha formulato una sentenza innovativa, è che era molto importante nello svolgimento di questi servizi l'utilizzo della tecnologia, si trattava di un'attività logistica molto avanzata dove la movimentazione delle merci avveniva mediante un programma software, avevano dei terminali, degli smartphone, delle cuffie. Svolgimento del processo: erano lavoratori dipendenti di una cooperativa inquadrati al primo livello di CCNL Multiservizi, ossia a livello più basso per lo svolgimento di mansioni elementari. La cooperativa aveva preso l'appalto che le era stato assegnato da un Consorzio di cui faceva parte e il committente era un'impresa Z industriale, interessata alla movimentazione dei beni della logistica. Fatti rilevanti:

-Tutti i mezzi strumentali allo svolgimento dell'appalto erano di proprietà del committente, di cui le direttive di lavoro erano ricevute direttamente dall'impresa committente tramite un terminale mobile e collegamento mediante cuffie e microfono. Questo sistema di controllo consentiva al committente la conoscenza delle prestazioni svolte dal singolo sia la durata di ognuno di esse.

-Il lavoro era controllato dal direttore della logistica e da un suo collaboratore, che provvedevano anche a richiamare i collaboratori che non compivano un numero minimo di operazioni orarie richieste.

A questo punto, su questa base, i lavoratori che avevano agito in giudizio, richiedevano l'applicazione di trattamenti derivanti CCNL del terziario e del commercio, poiché esso era il contratto applicato da quella impresa. Inoltre, chiedevano, ai sensi di quel contratto, l'inquadramento nel quinto livello e le relative differenze retributive oppure almeno l'inquadramento nel terzo livello.

Nel caso in cui il giudice non li riconoscesse come dipendenti di Z, i lavoratori richiedono che il giudice riconosca che Z ha la **responsabilità solidale** del pagamento delle differenze che gli sono dovute sulla base del diverso inquadramento nel CCNL Multiservizi.

La tesi principale di chi ha agito in giudizio è: riconoscere che il lavoratore in realtà, anche se era impiegato dalla Cooperativa appaltatrice, ha lavorato direttamente per l'impresa committente perché era lei ad indirizzarlo tramite palmare e cuffie e che quindi ha diritto di essere dipendente di Z e di avere i trattamenti sulla base del CCNL di Z. In questo modo, i lavoratori sarebbero inquadrati in un contratto migliore dovuto all'essere stipulato da sindacati più rappresentativi.

A questo punto, i lavoratori decidono di chiamare in giudizio sia il committente che il Consorzio poiché avevano altre domande subordinate che non mettevano in discussione il rapporto con il Consorzio. Si difende, nel caso di specie, in giudizio il committente al contrario del consorzio. L'impresa committente ha riconosciuto che i lavoratori compivano l'attività di picker su dei strumenti elettrici in cui compariva l'ordine da svolgere, ma ha affermato che la voce indicava lo scaffale fosse preregistrata. Il giudice afferma che decidere chi fosse il datore di lavoro significa decidere chi presidiava l'organizzazione del lavoro nel magazzino e chi, quindi, esercitava la direzione sui lavoratori che vi erano addetti. Se i lavoratori hanno ragione, l'operazione effettuata dal giudice è un'operazione di svelamento degli effettivi rapporti di produzione. Nel caso di specie a disvelare gli effettivi rapporti di produzione è la **rilevanza dell'organizzazione tecnologica**, dal momento che lo svolgimento della prestazione lavorativa era del tutto automatizzato e la disponibilità del software impiegato risultava di uso esclusivo dell'impresa committente.

Secondo il giudice un concetto di subordinazione che si incentri sulla nozione di eterodirezione del lavoro deve inevitabilmente tenere conto dell'evoluzione tecnologica, che ha reso in molti settori obsoleta la relazione da superiore a subordinato, rimettendo alle macchine di guidare il processo produttivo. Ciò deve avvenire a maggior ragione nei settori definiti "**labour intensive**", dove i soggetti appaltatori non dispongono di propri beni strumentali o ne dispongono in una misura irrilevante.

Il giudice continua sostenendo che non si intende vedere solamente chi dirige la squadra, ma il livello di autonomia che il capo possiede. Ciò in quanto se esso si limita a verificare senza nessuna discrezionalità che si faccia un lavoro che in realtà è interamente proceduralizzato dal committente, non ha senso che ci sia il capo. E' vero anche che c'era il personale della cooperativa, ma anche esso era strettamente controllato da parte del committente.

La sentenza ha in conclusione riconosciuto che è la committente ad essere il datore di lavoro, la quale è obbligata a pagare le differenze retributive del CCNL, ad assumere i lavoratori e a regolarizzare la loro posizione contributiva, oltre a creare problematiche nell'organizzazione dell'appalto. L'appalto non genuino, quindi, crea una condizione di sotto-protezione dei lavoratori dell'appalto, ma laddove i lavoratori decidano di reagire i profili sanzionatori sono importanti.

In questo caso non è un appalto genuino ma è una somministrazione irregolare.

I PROFILI SANZIONATORI

Nei profili sanzionatori relativi ad appalti non genuini troviamo prima di tutto il terreno civilistico che è rappresentato **dall'art 29, comma 3 bis, dlgs 276/2003**, descritto in precedenza.

La costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo viene prevista anche oggi **dall'art 38, comma 2, d.lgs. 81/2015 sulla Somministrazione irregolare**. Tale legge però prevede anche che tutto ciò che il formale datore di lavoro, nonché l'appaltatore, ha fatto nella gestione di lavoro, vale come se fosse stato fatto dal vero datore di lavoro. In particolare tutti i pagamenti effettuati dall'appaltatore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione (quindi per il lavoro già svolto il committente non deve pagare o versare i contributi una seconda volta). Se però per quel periodo doveva essere pagato di più sono dovute le differenze sulle retribuzioni e i contributi sulle differenze di retribuzione.

Art 32, comma 4 L 183/2010 “Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato”: Tali profili sanzionatori sono soggetti a **termini di decadenza**, esiste infatti una norma di valenza generale che si applica in questo caso, la quale prevede che tutti coloro che vogliono agire in giudizio per il riconoscimento del reale datore di lavoro, possono contestare tale fattispecie entro un termine stragiudiziale di 60 giorni dalla cessazione del rapporto (prima impugnazione extragiudiziale), termine al quale segue un secondo termine per agire in giudizio di 180 giorni. È dunque una norma che ha lo scopo di garantire la certezza degli assetti giuridici alle imprese che ricorrono agli appalti.

Dove si verifichi una **fattispecie irregolare** intervengono i servizi ispettivi, i quali possono accertare che siamo di fronte a un appalto non genuino, usando **due strumenti** ovvero:

1) **Prescrizione obbligatoria:** è quello strumento che hanno gli ispettori del lavoro di ordinare la cessazione immediata dell'azione antidoverosa (e quindi la cessazione nel nostro caso di un appalto non regolare), laddove non venisse rispettata comporterebbe sanzioni ulteriori, anche se non esclude che il destinatario possa impugnarli in giudizio. Inoltre, allorché sia presente una prestazione fraudolenta, è possibile prescrivere al committente di regolarizzare alle proprie dipendenze i lavoratori impiegati.

2) **Diffida accertativa:** è lo strumento che gli ispettori del lavoro possono utilizzare per il pagamento di somme dovute ai collaboratori se sussistono certi requisiti. Tale diffida ha poi il vantaggio per i lavoratori, che se il soggetto a cui viene indirizzata non paga ciò costituisce un titolo esecutivo che i lavoratori possono utilizzare, salvo opposizione in giudizio da parte il soggetto destinatario.

Poi c'è il tema delle **sanzioni penali** → trasformate dal 2016 (depenalizzazione dei reati minori) in sanzioni amministrative (più efficaci). Tuttavia, rimane la sanzione penale dei casi più gravi di interposizione che la legge del 2016 ha previsto, che è l'interposizione penale con sfruttamento del lavoro, nonché attuale art. 602 bis del codice penale (reclusione da 1 a 6 anni e multa per ciascun lavoratore reclutato).

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:

1. recluta manodopera allo scopo da destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;
2. utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione, di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato.”

Inoltre la norma poi prova a definire quali siano tali condizioni di sfruttamento, dove viene per esempio considerata condizione “la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi, nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale”; Piuttosto che altre condizioni quali: la “la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro”; “la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro”; “la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti”.

Infine, c'è stata una ri-penalizzazione recente nel 2019 con il decreto dignità che ha reso penalmente rilevante, sia pure come contravvenzione, la somministrazione fraudolenta

quando questa è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

Infine sul tema degli appalti non genuini è utile segnalare l'**Istituto della certificazione** che è una procedura che è stata inserita da una legge del 2003 come uno strumento per dare una maggiore certezza ai contratti di lavoro in alcuni casi e viene utilizzata anche per certificare gli appalti.

L'art. 84 della Legge Biagi del 2003 ci dice che questa distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino può essere anche portata all'attenzione delle commissioni di conciliazione, le quali possono analizzare le modalità di sviluppo di quell'appalto e se ritengono che si possa certificare che ci si trovi effettivamente dinanzi ad un appalto genuino possono certificare la genuinità di quell'appalto. Il vero effetto forte di queste certificazioni, sia con riguardo agli appalti sia con riguardo ai contratti di lavoro non standard, è quello previsto dalla legge per cui di fronte a un contratto certificato vengono meno i poteri di accertamento autoritativo in capo all'ispettorato. Si tratta di una autorità pubblica che laddove rilevi una irregolarità provvede, attraverso dei poteri di accertamento, ha il potere di sanzionare tali irregolarità nei confronti dei soggetti privati → non può essere messo in discussione se non andando davanti ad un giudice.

LE TECNICHE DI TUTELA NEGLI APPALTI

Il legislatore ha elaborato nel corso del tempo una serie di tutele, strumenti molto importanti per garantire i trattamenti dei lavoratori degli appalti (con basso contenuto professionale o anche di servizi educativi) (per causa della scarsità di risorse) e che sono simili ma che svolgono un ruolo tra loro complementare:

1. **AZIONE DIRETTA- Codice civile art. 1676** si prevede la possibilità di coloro che sono alle dipendenze dell'appaltatore e che quindi come dipendenti dell'appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio, questi dipendenti possono, se vogliono, proporre azioni dirette contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto. Cioè se sono rimasti senza soddisfazione di quanto era loro dovuto (prima di tutto della retribuzione o altri diritti violati) possono proporre azione diretta contro il committente. È una regola eccezionale rispetto alla regola generale secondo la quale si può agire solo nei confronti dei soggetti in capo ai quali era sorta l'obbligazione. La legge non toglie l'obbligo del datore di lavoro ma aggiunge al datore di lavoro un altro soggetto che è il committente dell'appalto per rafforzare la posizione di chi ha lavorato nell'appalto. Tuttavia, questa regola è LIMITATA (per questa ragione non è ancora una vera e propria obbligazione solidale) poiché questa azione diretta può essere svolta di fronte all'appaltatore ma **fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda**. Questo significa che il lavoratore che non è stato pagato invece di agire nei confronti del datore di lavoro (appaltatore) può agire nei confronti del committente ma il committente sarà tenuto a pagare solo entro i limiti di quanto ancora il committente deve dare all'appaltatore come corrispettivo dell'appalto stesso. Dall'altro lato, per il committente questa azione diretta non gli creerà un costo aggiuntivo perché in realtà può sottrarre quello che deve dare dal debito che ha nei confronti dell'appaltatore, quindi, va a ridurre il debito nei confronti dell'appaltatore → una volta che il committente ha pagato interamente l'appaltatore, questa azione diretta non è più possibile. L'azione deve essere tempestiva e deve

avvenire prima della fine dell'appalto quando il committente ha ancora un debito verso l'appaltatore.

2. **RESPONSABILITA' SOLIDALE- art 29 comma 2 Legge Biagi** dove tutti i soggetti rispondono contemporaneamente e senza limiti alla stessa obbligazione. La differenza fondamentale rispetto all'azione diretta è che nell'obbligazione solidale non ci sono limiti nel rispondere; il committente risponde interamente alle obbligazioni (debiti) anche se ha già pagato l'appaltatore. Questo sistema crea un meccanismo in capo al committente che lo induce a scegliere degli appaltatori seri per evitare rischi. La norma prevede che:

«In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido (obbligazione solidale nata ex lege) con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, 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, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali».

Il committente è obbligato in solido con l'appaltatore ma anche nei confronti dei sub-appaltatori chiamati dall'appaltatore. Il committente per evitare questo meccanismo potrà mettere il divieto di sub-appalto o potrà chiedere all'appaltatore una serie di garanzie sulla scelta dei sub-appaltatori in modo da garantirsi che in quella filiera produttiva entrino solamente soggetti seri. Se la sua volontà è solo quella di abbattere i costi, allora se ne assume la responsabilità accettando il rischio. Anche in questo caso la regola vuole guidare la scelta economica e la selezione degli interlocutori commerciali. Questa norma poi ci dice anche **per cosa il committente risponde in solido**, cioè per i trattamenti retributivi, comprese le quote del TFR ma anche per i contributi previdenziali e per i premi assicurativi. La norma indica che questa obbligazione rimane entro i limiti di due anni dalla cessazione dell'appalto (termine di decadenza biennale dalla cessazione dell'appalto.)

È una regola giuridica di garanzia dei lavoratori, ma allo stesso tempo è una regola che indirizza anche le scelte di mercato. L'impresa committente ha delle possibilità di garantirsi, anche se non c'è nessuna garanzia pubblica (fondo pubblico), con le fidejussioni bancarie, meccanismi di responsabilità, però queste garanzie operano solo in un mercato e nei confronti di imprese che abbiano un livello minimo di maturità e in questo senso (cercare di promuovere un tessuto imprenditoriale, anche per imprese che lavorano con appalti, livelli minimi di consistenza, strutturazione, maturità imprenditoriale tale da evitare che accadano cose del genere).

Proseguendo il discorso sulle regole del lavoro negli appalti bisogna sottolineare che la regola sulla responsabilità solidale non ha un'applicazione generale, **non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni**. Per queste ultime vale la regola dell'azione diretta dell'art. 1676 c.c. Per le pubbliche amministrazioni valgono altre regole ma non vale la responsabilità solidale del committente per le persone fisiche, se si tratta di persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale. Il legislatore si fa carico del fatto che chi opera nelle relazioni commerciali sul mercato in una relazione d'appalto come professionista, che sia un'impresa o un individuo professionista, deve avere delle competenze professionali che invece non si possono richiedere al comune cittadino che appunto come imprenditore o come professionista. Inoltre il committente deve degli strumenti contrattuali ed una copertura economica tali per cui se si rivolge un appaltatore

può anche valutare, ed eventualmente coprirsi anche sul piano assicurativo, i rischi derivanti dalla responsabilità solidale per i trattamenti dovuti ai dipendenti dell'appaltatore.

La pubblica amministrazione, a differenza dei privati, può appaltare solo rispettando le regole del codice degli appalti attraverso le gare d'appalto.

Per evitare che i soggetti a capo delle filiere produttive tendono a non rispettare o rispettare in modo formale le normative a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori impiegati negli appalti, oltre a rafforzare quelle normative con meccanismi sanzionatori, uno dei meccanismi che l'ordinamento introduce per alzare il livello di effettività di queste normative è il meccanismo della responsabilità solidale. Viene responsabilizzato giuridicamente il committente per le eventuali lesioni della salute fisica e psichica di lavoratori che non sono dipendenti suoi, ma che sono dipendenti dell'appaltatore con cui il committente è in un a relazione commerciale di appalto, non solo dei dipendenti dell'appaltatore, ma anche dei dipendenti del subappaltatore. Dice l'**art. 26, comma 4, d. lgs. 81/2008**: *"Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA)."*

Questa norma ha lo scopo di:

- Responsabilizzare maggiormente il committente
- Garantire il lavoratore

Questa tecnica introdotta per gli appalti deve considerarsi oggi una tecnica generale di disciplina del decentramento produttivo (quindi specialmente con riferimento al caso delle filiere produttive, es. contratti di subfornitura, franchising, tecnica del mandato).

Un'altra cosa importante che è stata introdotto in anni recenti (innovazione) è che l'obbligazione solidale del committente per i trattamenti dovuti ai collaboratori dell'appaltatore si applica non soltanto ai dipendenti dell'appaltatore ma si applica anche a coloro che collaborano con l'impresa appaltatrice come lavoratori con contratto di lavoro autonomo (quindi tendenzialmente saranno i co.co.co. coinvolti nello svolgimento dell'appalto); non è facile capire se solo alcuni lavoratori autonomi o tutti. Per esempio, se l'appaltatore (impresa edile) si avvale con una collaborazione continuata e continuativa di un tecnico che fa la progettazione dei lavori e poi questo tecnico non viene pagato, in quel caso questo tecnico potrà rivalersi anche nei confronti del committente.

Le discipline particolari come gli appalti transnazionali

Nell'ambito della responsabilità solidale dobbiamo poi citare l'esistenza di alcune discipline particolari, tra cui quella degli **appalti transnazionali**. Si intende la possibilità per le imprese di Paesi membri dell'UE – ma vale anche per i paesi extra UE – di svolgere servizi, prestazioni di servizi nell'ambito di altri Paesi appartenenti all'UE, cosa che di solito avviene o stabilmente quindi esercitando il diritto di stabilimento, dove una certa impresa apre una propria sede in un altro Paese seguendo le regole delle imprese del territorio in cui ci si trasferisce, altrimenti è possibile agire con le prestazioni di servizi transnazionali (es. l'impresa italiana decide di andare in Francia a svolgere un appalto di servizi di ristorazione). Questa cosa è stata regolata per molti decenni dal diritto europeo perché si poneva il problema di come da un lato consentire lo svolgimento di queste attività ma dall'altro evitare che queste attività creassero problemi notevoli sul mercato del lavoro e in particolare

creassero fenomeni di dumping sociale nella concorrenza, soprattutto da parte di quelle imprese che vengono da Paesi che hanno un costo del lavoro, sia retributivo che previdenziale, significativamente più basso.

Su questo tema il legislatore europeo ha nel tempo sviluppato diverse direttive tra cui la direttiva 1996/71/UE c.d. "direttiva madre" e la direttiva più recente 2014/67/UE c.d. "direttiva enforcement", che quindi non modificano in maniera sostanziale le direttive precedenti, ma che creano regole di supporto all'effettività dei contenuti previsti. Affinché tali regole vengano rispettate ma anche per abbattere le barriere informative che rendono più difficile la circolazione e quindi la concorrenza. La direttiva enforcement ha anche lo scopo di rendere più fluidi gli scambi transnazionali di fronte ai tentativi dei Paesi più ricchi di alzare barriere per proteggere le proprie imprese e la propria manodopera. In Italia la normativa delle direttive è contenuta oggi all'interno del **d.lgs. 136/2016**. Verranno ora indicate alcune questioni relative all'ambito di applicazione di questo decreto:

- Art. 1 - "Ambito di applicazione"

«Il presente decreto si applica alle imprese stabilite in un altro Stato membro che, nell'ambito di una prestazione di servizi, distaccano in Italia uno o più lavoratori in favore di un'altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, o di un'altra unità produttiva o di un altro destinatario, a condizione che durante il periodo del distacco, continui a esistere un rapporto di lavoro con il lavoratore distaccato».

- Art. 2, comma 1 - "Definizioni"

«Lavoratore distaccato»: il lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia;

- Art. 4 - "Condizioni di lavoro e di occupazione"

«Al rapporto di lavoro tra le imprese e i lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco». Quali sono i trattamenti minimi che possono essere imposti ai sensi della direttiva e dal decreto di attuazione n. 136? sono quelle che riguardano i **periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali, i trattamenti retributivi minimi compresi quelli per lavoro straordinario, le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro**, c'è anche il **tema della parità di trattamento tra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione**.

Con riguardo ai trattamenti retributivi minimi c'è il problema di quali sono i trattamenti retributivi minimi, e qui abbiamo un problema specifico come noi non abbiamo una legge sul salario minimo e neanche una contrattazione collettiva con efficacia generale dal punto di vista giuridico. Esiste però quell'insieme di tecniche che considerano le retribuzioni minime dovute ai sensi articolo 36 della costituzione (retribuzione sufficiente).

Con riguardo a tutte queste regole, se non vengono rispettate il committente rimane responsabile nei confronti dei dipendenti degli appaltatori:

«Nell'ipotesi di distacco, e quindi anche durante l'appalto svolto in via transnazionale, trova applicazione il regime di responsabilità solidale di cui agli articoli 1676 del Codice civile e 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003»

Quindi la regola per impedire il dumping sociale negli appalti transnazionali è l'obbligo di applicare ai lavoratori che sono presenti, ad esempio, per sei mesi in un territorio, le

medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco. Le medesime condizioni di lavoro sono individuate nell'art 2 comma 1 lettera e. Su questo ci possono essere controlli da parte degli enti ispettivi, sia per la tutela delle regole dei lavoratori, ma anche per il rispetto delle regole della concorrenza. Viene verificato anche che l'appalto sia genuino, per cui che non accada che si mascheri un meccanismo di somministrazione fraudolenta di manodopera. Nel caso scatterebbero le sanzioni che abbiamo visto precedentemente.

La successione degli appalti

L'ultimo argomento con riguardo alla tematica delle regole del lavoro negli appalti e ricadute che queste regole hanno sulle dinamiche del mercato e della concorrenza riguarda il tema della successione degli appalti. Nei casi di appalti frequentemente rinnovati, soprattutto nell'ambito dei servizi, dove nel momento di cambio dell'appalto, spesso vi è anche un cambio dell'impresa appaltatrice (successione dell'appalto), si pone la necessità ed il problema della tutela del lavoratore impiegato in quell'appalto.

Lo stesso vale per le pubbliche amministrazioni, dove gli appalti sono regolati da regole di gara pubblica, che possono essere affidati per periodi temporanei e il cui rinnovo del contratto d'appalto deve essere fatto solo attraverso una gara aperta che garantisca la possibilità di concorrere per l'affidamento dell'appalto a tutte le imprese, tra l'altro anche appartenenti all'UE.

Ci sono diverse ragioni che spingono a sostenere meccanismi di stabilità dell'occupazione. Vi sono però anche dei limiti legati alle logiche di mercato e nel rispetto dell'autonomia dell'impresa che subentra nell'appalto e che deve poter adottare i modelli organizzativi che meglio crede.

Abbiamo delle regole che incidono sia sulla tutela del lavoro sia sulle condizioni del mercato e quindi sugli assetti concorrenziali e abbiamo delle regole che vedono l'intervento sia della legge che della contrattazione collettiva.

In una prima fase di questo tema si occupavano solamente le **clausole sociali dei contratti collettivi**. In particolare, il D.lgs. 50/2016 (Codice appalti pubblici) nell'art. 50 dice che:

«Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 81/2015. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

Questo tema viene risolto con una clausola (e grazie anche alle linee guida dell'ANC) che promuove la stabilità occupazionale, cercando di definire un equilibrio accettabile tra ciò che può essere imposto all'impresa per fini di tutela sociale, senza condizionare le scelte di organizzazione di questa impresa in maniera non ragionevole, soprattutto in maniera tale da costituire sostanzialmente una barriera all'ingresso per chi vuole sfidare l'appaltatore che c'è già. Ancora una volta questa questione chiarisce come le regole del lavoro e le regole di tutela sociale siano strettamente intrecciate, in un equilibrio molto difficile da realizzare, con le regole della concorrenza e come costituiscano esse stesse condizioni oggettive di

regolazione della concorrenza, a volte condizioni legittime accettabili a volte condizioni che possono essere messe in discussione.

Occorre distinguere:

- Trasferimento ramo d'azienda** □ si intende trasferimento della titolarità di un'impresa o di un'attività (azienda non coincide con impresa ma è la struttura organizzativa dell'impresa **art 2555 c.c.** □ nozione: L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa).
 Il trasferimento d'azienda è quindi quell'insieme di operazioni giuridiche che determinano la successione di un soggetto all'altro nella titolarità dell'azienda o di una parte d'azienda che viene chiamato ramo. Si realizza quando un imprenditore decide di cedere le sue attività ad un altro imprenditore. La cessione può essere quella della proprietà e può avvenire in tantissimi modi (es. contratto di vendita, d'affitto). Tutte le volte in cui vi è un distacco organizzativo rispetto all'imprenditore che ne ha dettato l'organizzazione si ha trasferimento d'azienda. La cessione dell'azienda è regolata da una direttiva europea e da alcune norme di legge nazionali in attuazione della direttiva. La **disciplina del trasferimento d'azienda o trasferimento di ramo d'azienda. L'art. 2112, comma 5, c.c.** "Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda" dice che: «Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». È una norma che si applica in tutti quei casi in cui un'azienda (dove per azienda qui si intende il significato giuridico, ovvero il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa e quindi l'azienda identifica i beni strumentali, immateriali come l'avviamento, i rapporti contrattuali, le utenze elettriche, i brevetti, i diritti intellettuali), che insieme al fattore lavoro, integrano l'apparato produttivo per lo svolgimento dell'impresa che può cambiare di titolare. Il trasferimento del lavoratore da una sede all'altra è un trasferimento legittimo, il lavoratore può solamente scegliere di dimettersi e di non accettare il nuovo lavoro nella nuova sede. Al principio della libera scelta dei contraenti fa eccezione questa regola che prevede che quando un imprenditore cede un complesso aziendale, anche alcuni contratti passano automaticamente in capo al cessionario, senza interruzione. Questa regola è inderogabile ed il trasferimento non richiede il consenso del lavoratore, anche qui c'è un'eccezione alla regola generale dei contratti che prevede che, per alcune tipologie contrattuali, come ad esempio la locazione, nel momento della cessione dello stesso contratto il contraente ceduto deve comunque accettare. Questa regola si applica anche ai **trasferimenti parziali di azienda**, purché questi trasferimenti di parte riguardino non un singolo pezzetto (singolo cespite o singolo macchinario) ma quando venga trasferita un'entità produttiva coesa, un'entità economica organizzata che viene ceduta ad un altro soggetto. Il concetto di **ramo d'azienda** può essere applicato anche al subentro in un'attività appaltata, cioè quando un'impresa subentra ad un'altra impresa nello svolgimento di un'attività appaltata, questo evento può essere qualificato non solo come successione nell'appalto ma anche come successione nella titolarità di un'attività economica organizzata considerabile come azienda. In quel caso allora si applica **l'art. 2112 c.c.** il quale prevede una soluzione legale. Infatti prevede che i rapporti di lavoro

continuano in capo all'acquirente, quindi, non è più un'opzione facoltativa o affidata alla contrattazione collettiva ma è un obbligo di legge, addirittura è un obbligo di diritto europeo trasposto nell'ordinamento interno, per cui il subentrante nella titolarità di quell'azienda è obbligato ad assumere quei lavoratori (è una disciplina che di fatto risolverebbe questo problema). Il punto è che non è facile decidere se la successione di un appalto, ad esempio, di ristorazione sia o non sia anche un trasferimento d'azienda. Su questo confine di qualificazione della fattispecie concreta (si tratta di qualificare il contratto), **l'art. 29 d.lgs. 276/2003** ha tentato di specificare come operasse questa disciplina. Prima del 2016 la norma si limitava a voler specificare che di per sé l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto perché, per esempio, c'era una clausola collettiva che obbligava a far questo, non costituiva trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Questa previsione ha fatto molto discutere e la giurisprudenza che ha applicato quella norma ha in realtà precisato che di per sé il fatto che io assumo i lavoratori, soprattutto se me lo dice il contratto collettivo, non basta a dire che c'è un trasferimento d'azienda ma ci vuole anche altro. L'art. 29 comma 3 della Legge Biagi dice che (dopo la L. 122/2016): «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.»

- Il legislatore ha provato a definire meglio quali sono le **caratteristiche del subentro** nell'attività tali da poter dire che c'è una continuità disciplinabile come trasferimento d'azienda. La norma può essere letta in questo modo (al contrario): costituisce trasferimento d'azienda o di parte dell'azienda una vicenda nella quale il nuovo appaltatore subentri nello svolgimento dell'attività senza essere dotato di una propria struttura organizzativa e operativa mantenendo degli elementi di continuità che non danno luogo a una sua specifica identità diversa dal precedente, cioè senza apportare una significativa discontinuità di tipo organizzativo e senza apportare una propria nuova struttura organizzativa. Il problema è quando il subentro di un'attività è labour intensive, cioè quando parliamo di un servizio svolto da persone e l'utilizzo della strumentazione è molto residuale. In questi casi può essere molto difficile stabilire il confine. Raramente viene applicata nella realtà la disciplina del trasferimento d'azienda perché è più facile che si applichi la disciplina dei contratti collettivi sulla successione degli appalti o che non si applichi nessuna clausola collettiva perché si tratta di una mera successione di appalti. In questi casi per i lavoratori che non sono stati assunti, far valere, se ce ne sono i presupposti, la disciplina del trasferimento d'azienda significa ottenere una stabilità che non hanno avuto. Questo ha portato a contenziosi in tempi recenti proprio per chiedere la riqualificazione dell'operazione come trasferimento d'azienda. Vi è l'interesse a far applicare l'art. 2112 c.c. (implicazioni della qualificazione dell'operazione come trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., anziché come assunzione ex novo): Spesso nei settori in cui il cambio d'appalto è una caratteristica costante vi sono delle clausole dei contratti collettivi che obbligano l'impresa subentrante, entro certi limiti, ad assumere i lavoratori già occupati nel precedente appalto. Per esempio c'è per il settore dei servizi di ristorazione, nei settori del turismo per specificamente nei servizi di mensa e ristorazione vi è una clausola di questo genere.

Art 4 del c collettivo multi-servizi (aziende di pulimento) che si è esteso a molte altre attività; questa che è una delle più classiche clausole dice che in caso di cessazione di appalto, a parità di termini (1° limite), l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto, almeno 4 mesi prima della cessazione stessa (devono essere nell'appalto da almeno 4 mesi, per evitare che l'impresa che sta per lasciare l'appalto che per liberarsi di lavoratori meno graditi li trasferisca in quel appalto in modo tale che l'azienda che subentra nell'appalto li prenda lei. Questa regola

tende ad evitare che subito prima del cambio d'appalto faccia dei trasferimenti prendendosi quelli più bravi a scapito di quelli che lui ritiene meno bravi.

Altro esempio è l'art. 226 del CCNL PER I DIPENDENTI DA AZIENDE DEI SETTORI PUBBLICI ESERCIZI, RISTORAZIONE COLLETTIVA E COMMERCIALE E TURISMO dice che:

«La gestione subentrante assumerà tutto il personale addetto, in quanto regolarmente iscritto da almeno 6 mesi al LUL (Libro unico del lavoro), riferiti all'unità produttiva interessata, con facoltà di esclusione del personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento e controllo dell'impianto nonché dei lavoratori di concetto e/o degli specializzati provetti con responsabilità di coordinamento tecnico-funzionale nei confronti dei lavoratori».

L'art. 229 (Cambi di gestione - Condizioni) dice che:

«Le assunzioni saranno effettuate sempre che sussistano le specifiche condizioni previste dalle norme di legge vigenti ed i rapporti di lavoro così instaurati si intenderanno ex novo, senza l'effettuazione del periodo di prova per il personale di cui al 1° comma dell'articolo 226, per il quale peraltro l'azienda uscente è esonerata dall'obbligo del preavviso di cui agli articoli 207 e 208 del presente contratto (...)»

Queste clausole dei contratti collettivi hanno però qualche limite nella loro operatività ed effettività. Il primo limite che si è manifestato in tempi recenti è che queste clausole funzionano normalmente se quel contratto collettivo è applicato da entrambe le imprese (quella uscente e quella subentrante), perché se accade che l'impresa subentrante applica un contratto collettivo diverso, quell'impresa potrà dire di non essere tenuta ad assumere i lavoratori sulla base della clausola collettiva; magari darà comunque la disponibilità di assumerne alcuni ma potrà permettersi di porre delle condizioni, di assumerne solo una parte o di applicare il periodo di prova. Il fenomeno della frammentazione del mondo della contrattazione collettiva ha in qualche modo indebolito l'effettività delle clausole sociali e quindi ha reso più frequenti i casi nei quali non opera una clausola di questo genere □ rischio per quei lavoratori di rimanere senza la garanzia dell'assunzione da parte del subentrante e a quel punto di porsi il problema per l'impresa uscente di dovere effettuare un'impegnativa riduzione del personale.

Tutte queste clausole danno luogo ad una serie di problemi interpretativi in misura non poco rilevante, ad esempio su cosa succede quando queste clausole vengono violate. Queste questioni si possono risolvere nel confronto del caso singolo anche in base a come sono formulate determinate clausole

Altro problema che si è posto è se il licenziamento dei lavoratori per cessazione dell'appalto debba o non debba essere assoggettato alla disciplina generale dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale o se invece, considerando il fatto che l'appalto ha già una sua scadenza prevedibile ex ante, in questo caso si tratti semplicemente di una somma di licenziamenti individuali. La risposta che è stata data dalla giurisprudenza, ma anche dal legislatore, è che si tratta effettivamente di una riduzione del personale e quindi se il numero di lavoratori interessati alla soppressione del posto di lavoro per cessazione dell'appalto raggiunge i requisiti numerici previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale, cioè che si tratta di almeno cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni nella stessa unità produttiva o nello stesso ambito provinciale, in quel caso si deve operare con la disciplina dei licenziamenti collettivi.

