

Edizione Giugno 2018

L'APPALTO e le esternalizzazioni produttive

NORMATIVA E PRASSI IN MATERIA GIUSLAVORISTICA

Un manuale operativo per orientarsi nell'esternalizzazione delle attività di lavoro

In un mutato contesto di esigenze produttive l'esternalizzazione è indice di flessibilità, specializzazione e competitività, ma va mantenuta un'ottica di sicurezza e di tutela dei diritti del lavoro

• EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

• APPALTO GENUINO ED APPALTO ILLECITO

• LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NELLE ESTERNALIZZAZIONI

• IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO
NELL'UTILIZZO E CONTROLLO DI UN CONTRATTO D'APPALTO

• I CAMBI DI APPALTO

• APPALTO E SICUREZZA SUL LAVORO

• IL DISTACCO TRANSNAZIONALE COMUNITARIO

• LE PROPOSTE DI MODIFICA DEL CENTRO STUDI E RICERCHE (CSR)
DELL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO DI MILANO



indice

▪ NOTE INTRODUTTIVE	pag. 5	Nazionale dei Consulenti del lavoro	pag. 44
▪ CAPITOLO 1		Check - List di controllo	pag. 50
APPALTO: DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA		▪ CAPITOLO 5	
1a. Nozione ed elementi fondamentali		I CAMBI DI APPALTO	pag. 59
del contratto di appalto	pag. 6	▪ CAPITOLO 6	
1b. Differenze tra appalto di opere e appalto di servizi	pag. 7	APPALTO E SICUREZZA SUL LAVORO	
1c. Appalto ed altre fattispecie negoziali	pag. 8	Premessa: gli obblighi previsti in caso di appalto	pag. 64
1d. Determinazione del corrispettivo	pag. 9	6a. La verifica dei requisiti tecnico-professionali	pag. 64
1e. L'appalto nel diritto del lavoro	pag. 9	6b. Il documento unico di valutazione	
Brevi Cenni Storici	pag. 10	dei rischi da interferenze (DUVRI)	pag. 65
ISTITUTI GIURIDICI SIMILARI ALL'APPALTO	pag. 11	6c. Il Piano Operativo di Sicurezza (POS)	pag. 66
▪ CAPITOLO 2		6d. L'indicazione dei costi per la sicurezza	pag. 67
APPALTO GENUINO ED APPALTO ILLECITO		6e. La responsabilità solidale infortunistica	pag. 67
2a. L'esternalizzazione come normale esigenza produttiva	pag. 13	6f. La tessera di riconoscimento	pag. 68
2b. Criteri distintivi di un appalto lecito	pag. 13	6g. Rappresentante dei lavoratori	
2c. Indici di illiceità dell'appalto	pag. 16	per la sicurezza di sito produttivo	pag. 68
2d. Depenalizzazioni e appalto illecito: conseguenze	pag. 16	6h. Obblighi connessi all'esecuzione dei lavori	pag. 68
Le depenalizzazioni previdenziali	pag. 17	▪ CAPITOLO 7	
La depenalizzazione delle esternalizzazioni	pag. 18	IL DISTACCO TRANSNAZIONALE COMUNITARIO	
L'abolizione della somministrazione fraudolenta	pag. 19	7a. Definizione	pag. 71
2e. Giurisprudenza di riferimento	pag. 19	7b. Requisiti	pag. 72
▪ CAPITOLO 3		7c. Diritti	pag. 72
LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NELLE ESTERNALIZZAZIONI		7d. La responsabilità solidale	pag. 73
Evoluzione della norma:		7e. Adempimenti per il distaccante	pag. 74
i principi generali ed il periodo ante 2012	pag. 21	7f. Sanzioni	pag. 74
▪ CAPITOLO 4		7g. Aspetti Previdenziali	pag. 75
IL RUOLO DEL CONSULENTE DEL LAVORO		7h. Distacco Transnazionale non genuino	pag. 76
NELL'UTILIZZO E CONTROLLO DI UN CONTRATTO D'APPALTO		7i. Gli organi di vigilanza	pag. 77
4a. Verificare, prevedere, predisporre ed incentivare	pag. 32	7l. La Diffida Accertativa	pag. 77
4b. Prassi operativa	pag. 36	7m. Sistema IMI	pag. 77
4c. Istituto della Certificazione	pag. 38	7n. Accesso alle informazioni	
4d. L'attestazione nelle esternalizzazioni:		e cooperazione amministrativa	pag. 78
le buone prassi elaborate dal Centro Studi e Ricerche		▪ CAPITOLO 8	
dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano	pag. 39	LE PROPOSTE DI MODIFICA DEL CENTRO STUDI E RICERCHE (CSR)	
4e. L'Asse.Co. : il Protocollo del 15 gennaio 2014		DELL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO DI MILANO	
fra Ministero del lavoro e Consiglio		Premessa	pag. 79
		La modifica dell'art. 29	pag. 80

Prefazione

La complessa materia oggetto dell'attività professionale pone spesso il Consulente del Lavoro di fronte a dubbi di carattere interpretativo che impongono studio e riflessione prima di poter consigliare al meglio il proprio Cliente. Meritoria, quindi, l'opera del Centro Studi dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano, che, in stretta collaborazione con l'A.N.C.L. Sindacato Unitario, Unione Provinciale di Milano, ha saputo coagulare le diverse energie dei propri componenti per mettere a disposizione di tutti i Colleghi preziosi lavori come quelli che si propongono in questa Collana denominata **"I Quaderni Monografici"**.

Con questo primo volume riteniamo di aver fornito ai colleghi un utile strumento per approfondire e risolvere le problematiche di una materia che presenta molti aspetti di criticità.

Un ringraziamento a nome di tutti i colleghi di Milano ai componenti del Centro Studi e Ricerche per la loro attività in favore dell'intera Categoria.

Consiglio dell'Ordine
dei Consulenti del Lavoro
di Milano

Il Presidente
Giovanni Zingales

A.N.C.L. S.U.
Unione Provinciale
di Milano

La Presidente
Daria Luciana Bottaro

Presentazione

Il Centro Studi e Ricerche dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano, intensifica la propria attività di divulgazione scientifica mettendo a disposizione dei colleghi alcune monografie denominate, appunto, **"I Quaderni Monografici"**.

L'idea è quella di mettere a disposizione dei Colleghi dei testi che raccolgano, su uno specifico argomento, tutte le problematiche di carattere civilistico, previdenziale, fiscale e amministrativo.

Le monografie affronteranno le questioni più controverse su ogni argomento e cercheranno di orientare il lettore proponendo le diverse soluzioni sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

Non mancheranno esempi e formulari e, per concludere, le proposte e suggerimenti del Centro Studi e Ricerche, finalizzate alla semplificazione ed alla prevenzione del contenzioso.

Gli scritti sono frutto di un'attenta analisi, tuttavia, gli stessi, devono essere ritenuti pareri non vincolanti, per i quali nessuna responsabilità può derivare all'Ordine o ai componenti del Centro Studi e Ricerche che li hanno predisposti.

Ringraziamo chiunque volesse inviare scritti per segnalare anomalie o eventuali questioni non trattate, contribuendo, in tal modo, ad arricchire il testo delle successive edizioni.

Il Coordinatore del Centro Studi e Ricerche
Potito di Nunzio

Alla stesura originale del presente Testo hanno collaborato, condividendolo, i seguenti Colleghi:

Andrea Asnaghi; Gianluca Belloni; Luca Bonati; Marco Cassini; Stella Crimi; Mariagrazia di Nunzio; Donatella Gerosa; Alessandro Graziano; Paolo Lavagna; Giuseppe Mastalli; Paolo Reja; Daniela Stochino

Un ringraziamento particolare anche alla Dott.ssa Alberta Clerici.

All'edizione 2018 hanno collaborato: Andrea Asnaghi, Brunello Barontini, Emilia Scalise

“ *Il Centro Studi e Ricerche dei Consulenti del Lavoro di Milano, che ha unificato le forze del Consiglio provinciale dell’Ordine e dell’Unione provinciale dell’Ancl, può rivendicare con orgoglio di aver messo a fuoco, già a partire dagli anni 2000, le criticità del fenomeno delle esternalizzazioni produttive e degli appalti illeciti, attenzione che è sfociata in attività di ricerca, congressi e manifestazioni pubbliche, proposte di modifica e, nel 2012, in questo Quaderno.*

Il fenomeno non si è modificato e, forse complice anche la crisi economica, si è ulteriormente esteso ed oggi invero molti parlano e ne riconoscono l’incidenza, ma ci pare che non sempre la diagnosi sia esatta, figurarsi la cura. Si sono così succeduti nel tempo numerosi interventi normativi, caratterizzati dall’opportunismo, dall’improvvisazione o dal sensazionalismo del momento, senza apprezzabili risultati, anzi dando la sensazione di aver allentato la presa proprio sui comportamenti meno ortodossi necessita ugualmente di prassi operative di prevenzione.

Tutte queste modifiche non hanno certo rallentato l’attività di ricerca e l’attenzione del nostro Centro Studi, ma hanno inevitabilmente ritardato l’aggiornamento di questo Quaderno, che siamo lieti di presentare in occasione del Festival del Lavoro 2018 che si svolge quest’anno nella cornice milanese del Mi. Co. dove ancora una volta si alzerà la nostra voce, insieme a quella dei colleghi di tutta Italia, per chiedere una maggiore attenzione sul tema ed il riaffermarsi di una legalità a cui non può non contribuire un corpus normativo sistematico, ma che necessita ugualmente prassi operative di prevenzione e di promozione della regolarità, sulle quali i Consulenti del lavoro hanno molto da proporre. ”

Appalto: note introduttive

artt. 1665 e ss.c.c.; art. 29, d.lgs. n. 276/2003

Mai come in questi ultimi anni, il legislatore è stato così attento a definire i confini di liceità dell'utilizzo del lavoro dipendente nell'ambito di un appalto di servizi. Se si considera come l'unica norma, seppure molto severa nelle conseguenze, in vigore prima del 1997 (anno di introduzione del c.d. lavoro interinale), risale al 1960¹, non può che stupire il sostanziale immobilismo del legislatore di fronte al mutare delle esigenze delle aziende che sempre più nel corso degli anni hanno dovuto esternalizzare funzioni o processi produttivi ricorrendo sempre più frequentemente all'impiego di personale non alle proprie dirette dipendenze. Unico strumento a disposizione di tali realtà strutturate era per l'appunto il contratto di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile.

Conseguenza prima del vuoto normativo è stato il proliferare di una giurisprudenza che si è in ogni caso (e giustamente) limitata a individuare quelle peculiarità che distinguono un appalto genuino, unica fattispecie legale definita, dall'interposizione illegale di manodopera, venendo a creare una sorta di spartiacque basato su criteri che ancora oggi costituiscono la base di partenza per valutare la genuinità di un contratto di appalto.

L'intervento modernizzatore del mercato del lavoro² ha senz'altro giovato allo svecchiamento dei criteri di valutazione dei rapporti di lavoro all'interno del contratto di appalto aprendo nuove possibilità di utilizzo di ulteriore manodopera rispetto a quella in forza presso l'azienda utilizzatrice (il lavoro interinale oggi definito somministrato ma anche la più precisa individuazione normativa del distacco e del contratto d'opera) al contempo mitigando le conseguenze dell'appalto non genuino, fermo restando il rispetto di determinati obblighi finalizzati a salvaguardare i diritti dei prestatori di lavoro coinvolti nei processi di esternalizzazione.

Si è passati così dalla rigidità di una norma la cui violazione prevedeva come unica conseguenza la costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente, al concetto di solidarietà tra committente e appaltatore nella tutela dei diritti patrimoniali e giuridici dei dipendenti di quest'ultimo. Solidarietà che, estendendosi a tutti gli aspetti del lavoro subordinato, comporta particolari oneri in capo al committente ad esempio in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro (quali non ultimo la redazione del DUVRI -Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenza)³.

Ulteriore aspetto legato al fenomeno della globalizzazione dei mercati è quello relativo alla mobilità transnazionale dei lavoratori dipendenti in esecuzione di un contratto di appalto. A tal proposito è bene considerare che il legislatore ha previsto, in realtà limitandosi a recepire una direttiva comunitaria⁴, un trattamento economico-normativo equivalente a quello spettante ai lavoratori italiani operanti nel medesimo settore introducendo, in anticipo di tre anni rispetto alla riforma Biagi, la solidarietà tra committente italiano e appaltatore straniero nei confronti dei dipendenti stranieri impiegati in Italia.

In definitiva, stante una normativa che si è evoluta in modo più consona rispetto alle moderne esigenze del mercato del lavoro, un notevole lavoro interpretativo deve essere messo in atto da parte degli operatori del diritto con particolare attenzione ai diversi aspetti della solidarietà tra committente e appaltatore nonché le procedure esperibili per rendere certi i rapporti all'interno del contratto stesso (la certificazione). **Il presente lavoro è stato aggiornato al 31 maggio 2018 e tiene conto di tutti i provvedimenti legislativi in vigore a tale data.**

note

1. Legge 1369 del 23 ottobre 1960.
2. Avviato con la Legge 196 del 24 giugno 1997 e proseguito con la Legge 30/2003 attuata dal D.lgs. 276 del 10 settembre 2003.
3. Introdotto dal D.lgs. n. 81 del 09 aprile 2008.
4. D.lgs. n. 72 del 25 febbraio 2000.

APPALTO: definizione ed evoluzione della normativa

Definizione Art.1655 C.C.

L'**appalto** è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro

1a. Nozione ed elementi fondamentali del contratto di appalto

Il codice civile dedica all'appalto una precisa e strutturata disciplina, dall'art. 1655 all'art. 1677, definendo puntualmente, all'art. 1655, la figura dell'appalto. Affinché sussista un appalto non è sufficiente il mero compimento di un'opera o di un servizio, ma bisogna aver riguardo all'assunzione del rischio e all'organizzazione dei mezzi. Assume rilevanza fondamentale il fatto che la struttura sia di tipo imprenditoriale, poiché vale a distinguerlo dal contratto d'opera⁵, perché l'appaltatore deve impiegare dei capitali ed assumersi un rischio che sia notevolmente superiore rispetto al contratto di lavoro autonomo, in cui è prevalente il lavoro svolto senza organizzazione di appositi complessi produttivi e dove è rilevante il lavoro personale. L'appalto si distingue dalla vendita avendo come oggetto *un facere e non un dare*.

Per meglio comprendere cosa intenda il legislatore "*con organizzazione dei mezzi necessari*", è utile notare come non possa essere condivisa la tesi secondo la quale il requisito dell'organizzazione potrebbe anche mancare in capo all'appaltatore, nel caso in cui questi riappaltasse interamente l'esecuzione dell'opera a diversi soggetti dotati della necessaria organizzazione. La normativa di riferimento stabilisce il collegamento necessario tra la figura dell'appaltatore e l'organizzazione dei mezzi necessari all'adempimento del contratto, pertanto è possibile affermare che un contratto di questo tipo esuli dai confini dell'appalto. La corretta interpretazione della definizione, ex art. 1655 c.c., in merito alla "*gestione a proprio rischio*", che condiziona la configurabilità dell'appalto, è da intendersi in senso economico, come l'esposizione a molteplici fattori che, imprevedibili al momento della stipula del contratto, in concreto possono determinare l'esito dell'affare (ad esempio i rischi relativi all'organizzazione del lavoro, al deterioramento dell'opera per causa non imputabile a nessuna delle parti, che la legge pone a carico dell'appaltatrice)⁶. Sul punto, l'assunzione del rischio di gestione, è opportuno precisare che non incide sulla qualificazione giuridica del contratto; "*l'appalto, nel suo schema tipico, deve essere infatti considerato un contratto commutativo, in quanto anche se le prestazioni dovute non risultino compiutamente definite in sede di stipulazione, in ogni caso la loro determinazione è demandata a parametri prestabiliti, e non ad eventi futuri ed incerti*"⁷.

note

5. Art.2222 c.c.

6. Art.1673 c.c.

7. Giovanni Iudica in Diritto Civile – Vol.III Obbligazioni diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Milano, Giuffrè.

Pertanto, l'appalto non può essere definito come un contratto aleatorio, caratterizzato cioè dall'originaria incertezza dell'entità oggettiva della prestazione, non già dalla pura ed eventuale incertezza dei relativi costi e valori. Prima di approfondire ulteriori aspetti del contratto di appalto, appare opportuno precisare che questo lavoro è finalizzato all'analisi dell'appalto privato e non di quello pubblico, in quanto anche se la struttura giuridica fondamentale è la medesima, la disciplina speciale degli appalti pubblici, per la parte procedurale, è principalmente fondata sulla scorta di una complessa normativa di derivazione comunitaria.⁸

Generalmente il contratto di appalto non è soggetto ad alcun vincolo di forma⁹, che s'impone soltanto quando l'operazione voluta dalle parti preveda trasferimenti immobiliari e dunque comporti il ricorso a schemi negoziali misti, o nei casi in cui la legge espressamente lo preveda (ad es. appalti di costruzioni di navi o di aeromobili). Gli appalti pubblici sono soggetti al vincolo della forma scritta ad *substantiam*, come ogni altro contratto di cui è parte una pubblica amministrazione. Quindi, con esclusione di tali fattispecie, le parti possono validamente concludere il contratto di appalto anche solo oralmente (prassi vivamente sconsigliata) e finanche per *facta concludentia*; in ogni caso l'eventuale mancata previsione del prezzo, in deroga ai principi generali, non comporta la nullità del contratto, consentendo l'art.1657 la determinazione del corrispettivo sulla base delle tariffe esistenti o degli usi, o, in mancanza, per opera del giudice.

1b. Differenze tra appalto di opere e appalto di servizi

Abbiamo visto come l'obbligazione principale dell'appaltatore, che costituisce, per la giurisprudenza esempio di obbligazione di risultato¹⁰, ha per oggetto la realizzazione dell'opera o del servizio attraverso la propria organizzazione d'impresa. La prestazione viene soddisfatta soltanto con la consegna dell'opera compiuta o con il compiuto servizio; questo determina che l'appalto sia considerato un contratto ad esecuzione prolungata, non di durata. La giurisprudenza precisa che quanto osservato non vale per l'ipotesi in cui l'appalto abbia ad oggetto la prestazione continuativa o periodica di servizi, poiché, in questo caso, si è in presenza di un tipico rapporto di durata¹¹.

La prestazione deve essere eseguita secondo le disposizioni contrattuali, comprensiva delle norme tecniche applicabili alla fattispecie, in conformità con le direttive impartite dal committente, nei limiti in cui esse non pregiudichino l'autonomia dell'assuntore che esercita la propria discrezionalità con la dovuta perizia e diligenza¹².

La differenza tra appalto d'opera e di servizi, in linea di principio, è chiara: ricorre la prima figura quando il *facere* dell'appaltatore consiste principalmente in un'attività di trasformazione o elaborazione della materia. Ricorre la seconda figura, invece, quando è volto al perseguimento di un'utilità, che non è il risultato di un processo di lavorazione della materia.

Si sottolinea come nell'appalto di servizi, l'oggetto della prestazione lavorativa si traduce per l'appaltante in una qualsiasi utilità non riconducibile alla nozione d'opera, purché sia sempre suscettibile di valutazione economica.¹³ In ragione della sua estrema flessibilità, lo schema base dell'appalto di servizi ha acquisito un'importanza notevole, correlata al variegato sviluppo del settore dei servizi e del terziario. Per una migliore comprensione, a titolo d'esempio, si riportano alcune tra le più significative ipotesi che si sono affermate nella prassi e che presentano elementi di contatto con l'appalto di servizi, almeno nel contesto di operazioni negoziali miste, nell'ambito delle quali si pone sovente la questione di quale disciplina applicare in concreto:

1. Contratti di pubblicità, a mezzo dei quali vengono commissionate l'ideazione e la realizzazione di una campagna pubblicitaria.¹⁴
2. Contratti di viaggio, con i quali l'agenzia si assume l'obbligo di provvedere al complesso delle prestazioni di assistenza turistica necessarie per l'organizzazione globale del viaggio o del soggiorno.

note

8. Si è in presenza di appalto pubblico, quando il committente è un soggetto pubblico e quando la prestazione appaltata ha per oggetto la realizzazione di opere o di servizi pubblici. La legislazione speciale, sopra richiamata, non riguarda soltanto il momento della formazione della volontà dell'ente, interamente astratto nell'orbita pubblicistica, ma anche importanti profili

di merito del rapporto, quali la regolamentazione della revisione dei prezzi negli appalti di opere pubbliche, che tiene in specifica considerazione la provenienza delle risorse finanziarie impiegate, o, ancora, la previsione di più ampi poteri in capo al committente per quel che riguarda il cosiddetto *ius variandi*.

9. Cassazione - sentenze del 6 giugno

2003, n.9077 e del 19 dicembre 1996, n.11381.

10. Cassazione 12 aprile 2005, n. 7515.

11. Cassazione 9 novembre 1977, n. 4818.

12. Art. 1176 c.c..

13. Cassazione del 17 aprile 2001, n. 5609.

14. Cassazione-sentenze del 16 marzo 1988, n. 2474; del 5 febbraio 2000, n. 1288 e del 26 gennaio 2004, n. 1327.

3. Contratti aventi ad oggetto l'universo dei computers, come i contratti con cui vengono pattuite la manutenzione di sistemi informatici, di fornitura di sistemi hardware e software.¹⁵

In sintesi, possiamo affermare che la disciplina codicistica allude soltanto all'appalto di opere e non distingue tra le due *species* e alcune disposizioni¹⁶ sono destinate ad essere applicate sia agli appalti di opere sia di servizi. Questo comporta che sia lasciata all'interprete la valutazione, caso per caso, della compatibilità con i peculiari contenuti della fattispecie. Nel caso in cui il contratto riguardi la prestazione di servizi periodica o continuativa, trovano applicazione, in quanto compatibili, tanto le norme dettate in tema di appalto quanto quelle che disciplinano la somministrazione.¹⁷

1c. Appalto ed altre fattispecie negoziali

È interessante, per meglio comprendere le caratteristiche principali e fondamentali del contratto d'appalto, confrontarlo con le altre fattispecie negoziali. Abbiamo già fatto cenno alla differenza con il contratto d'opera, dalla quale emerge che la differenza tra i due schemi negoziali non è determinata dal tipo di prestazione, ma unicamente dal profilo organizzativo dell'appaltatore, che viene desunto dalla realtà economica e sociale.¹⁸

Infatti, i criteri da tempo elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono proprio questi quando l'obbligo di realizzare l'*opus* si avvale di un'organizzazione di dimensioni apprezzabili, il cui contributo prevalga nettamente su quello del lavoro proprio, di fatto, un'organizzazione imprenditoriale tipica dell'imprenditore medio-grande. Sulla questione è più volte intervenuta la Cassazione¹⁹ precisando ulteriormente che quando l'obbligo di realizzare l'opera è assunto dal piccolo imprenditore, con conseguente prevalenza dell'apporto personale di quest'ultimo sui mezzi impiegati, si avrà il contratto d'opera.

Diversa, invece, è la differenza rispetto al contratto di lavoro subordinato, dove assume rilevanza l'oggetto contrattuale: la semplice prestazione dell'attività lavorativa. Un ulteriore profilo di distinzione, dal punto di vista civilistico, è dato dalla posizione del debitore nei confronti del creditore: il lavoratore subordinato presta la sua opera,²⁰ alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, senza assumere alcun rischio sul compimento dell'*opus*, a differenza dell'appaltatore.

Se in linea teorica la differenza è chiara, nella pratica sorgono spesso problemi di qualificazione, che possono essere risolti solo applicando i criteri distintivi sopra menzionati, e richiamati dalla normativa specifica di riferimento, alla luce delle peculiarità del singolo rapporto.

In merito all'autonomia contrattuale, si può osservare che, nel contratto d'appalto, essa è molto variabile, in ragione del diverso contenuto del contratto. Può essere massima in presenza di un contratto che demanda completamente la redazione del progetto all'appaltatore ed il committente non imponga alcun proprio direttore dei lavori; contrariamente è minima quanto il contratto prevede forme di direzione dei lavori, dirette o indirette, da parte del committente.

Su quest'ultimo aspetto, è interessante rilevare la figura del c.d. *nudus minister*, cioè del semplice esecutore, che si realizza quando, per contratto, il committente sottopone continue e intense ingerenze, privando dell'autonomia l'appaltatore; in questo caso siamo in presenza dell'appalto a regia, che in realtà, a rigore, non può ritenersi un vero e proprio contratto di appalto, anche se autorevole dottrina manifesta la propria perplessità in quanto sostiene che permangono in capo all'appaltatore i compiti organizzativi essenziali, come la scelta dei collaboratori e delle attrezzature da impiegare. Si intende, invece, lavoro in economia, quanto il contratto di appalto è finalizzato alla realizzazione di un'opera, curata direttamente dal committente che si procura tanto i materiali quanto la manodopera necessaria, con un notevole risparmio dei costi. Questa tipologia risulta applicabile per tutti quei lavori che non richiedono l'impiego di mezzi complessi. Entrando nel concreto, se si paragona il lavoro in economia all'appalto a regia o

note

15. Cassazione sentenza del 23 marzo 1999, n. 2661: qualificato il contratto come "atipico e complesso, a causa mista" e ritenuto il concorso della vendita – quanto al software – e dell'appalto di servizi – quanto alla promessa prestazione d'assistenza tecnica connessa alla garanzia – ha poi nella specie stimato prevalente la causa della vendita agli effetti della disciplina applicabile.

16. Artt. 1655, 1656, 1671, 1674 e 1676 c.c..

17. Art. 1559 e seguenti del Codice Civile.

18. Cassazione 17 settembre 1997, n. 9237.

19. Cassazione - sentenze del 29 maggio 2001, n. 7307; del 04 giugno 1999, n. 5451 e del 17 settembre 1997, n. 9237.

20. Art. 2094 c.c..

al vero e proprio appalto, la distinzione presuppone un'attenta considerazione della fattispecie, anche oltre il *nomen iuris* prescelto dalle parti. Risulta sottile la delimitazione tra i lavori in economia e l'appalto a regia, perché in quest'ultimo caso, l'appaltatore, sia pure privo di autonomia, conserva l'organizzazione dei mezzi necessari al compimento dell'*opus*, mantenendo al riguardo l'incognita "tecnica" che tipicamente grava sull'appaltatore. Risulta interessante soffermarsi brevemente anche sull'analisi delle differenze tra appalto e compravendita, in quanto in entrambi i contratti possono coesistere sia l'obbligazione tipica dell'appalto, del *facère*, quanto quella della compravendita, del dare. La giurisprudenza e la dottrina impiegano un criterio, conforme alla generale regola di interpretazione contrattuale che prescrive di indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, che è il criterio della prevalenza.²¹ Siamo in presenza di appalto quando nell'economia del negozio palesata dal complesso delle pattuizioni, assume maggior rilievo l'obbligazione del *facère*, che è tipica della prestazione dell'appaltatore; al contrario siamo in presenza di compravendita se risulta maggiormente rilevante l'interesse del trasferimento della proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo.²²

Analoghe considerazioni debbono farsi in merito alla distinzione tra appalto e somministrazione, in quanto si ripropone l'alterità delle prestazioni in gioco. Pertanto, i problemi di identificazione andranno sempre risolti verificando su quale elemento si sia prevalentemente focalizzata la volontà delle parti (il *facère* proprio dell'appalto, l'organizzazione dei canali di distribuzione, o il dare proprio della somministrazione, la consegna delle cose somministrate).

Va rilevato che la legge è chiara nell'escludere la somministrazione²³, quando il contratto ha per oggetto la prestazione di servizi. In caso di prestazione periodica o continuativa, s'impone la riconduzione della figura dell'appalto, con l'avvertenza che l'art. 1667 c.c. prevede l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme ordinarie in tema di appalto e anche di quelle relative alla somministrazione (ad esempio il c.d. contratto di *catering*, cui si applica la disciplina ex art. 1667: se dalle pattuizioni emerge la prestazione del servizio siamo in presenza di un contratto di appalto, se invece dovesse emergere la prevalenza dell'aspetto relativo alla consegna della cosa – il pasto inteso come *res* – saremo in presenza di somministrazione).

Da ultimo è possibile riscontrare elementi comuni anche tra la figura dell'appalto e quella del mandato²⁴, sebbene sia chiara e nota la differenza, tuttavia spesso l'appaltatore si trova ad avere gli stessi obblighi del mandatario verso il mandante: il dovere d'informazione o il dovere di custodire diligentemente le cose di proprietà del committente. Occorre distinguere il caso in cui, attraverso un mandato con rappresentanza, accessorio al contratto di appalto, ovvero con semplice procura, siano attribuiti all'appaltatore veri e propri poteri di rappresentanza del committente (ad esempio per l'acquisto del terreno sul quale devono essere eseguiti i lavori).

1d. Determinazione del corrispettivo

L'art.1657 c.c. dispone che se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo, né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti, o agli usi. In mancanza è determinata dal Giudice. La giurisprudenza, però, ha precisato nel corso degli anni che questa disposizione trova applicazione qualora le parti abbiano effettivamente determinato un corrispettivo, ma non concordano sulla misura del quantum pattuito senza fornire la relativa prova a carico²⁵.

Il contratto può derogare al principio generale posto dall'art.1346 c.c., permanendo nella sua efficacia anche se il prezzo non risulta determinato, lasciando al Giudice la relativa determinazione. Però per adire la determinazione giudiziale, occorre che sia stato concluso un contratto dalle parti, eventualmente con riserva di successiva pattuizione, se invece le trattative non giungono ad un accordo definito, si è in presenza di responsabilità precontrattuale.

1e. L'appalto nel diritto del lavoro

Nei precedenti paragrafi sono stati tracciati, certamente non in maniera esaustiva, alcuni degli aspetti delle obbligazioni nascenti dal contratto di appalto da un punto di vista civilistico. La materia ha fortemente influenzato anche la regolamentazione dei rapporti di lavoro e le relative tutele al punto da impegnare il legislatore in numerosi interventi che si riepilogano nella pagina che segue.

note

21. Cassazione - sentenze del 17 dicembre 1999, n.14209; del 21 giugno 2000, n.8445; del 2 agosto 2002, n. 11602 e del 21 aprile 2001, n. 6925.

22. Cassazione 26 aprile 1984, n. 2626.

23. Art. 1559 c.c..

24. Art. 1703 c.c..

25. Cassazione - sentenze del 5 aprile 2000, n. 4192, del 28 luglio 2000, n. 9926, del 16 maggio 2006, n. 11364 e del 30 agosto 2004, n. 17386.

Brevi Cenni Storici

- I rapporti tra appalto e lavoro sono stati regolati per decenni **dalla legge n. 1369/1960**, che sanciva (**art.1, co.1**) il divieto per l'imprenditore di affidare in appalto, o in qualsiasi altra forma, l'esecuzione di "mere prestazioni di lavoro", senza aggiungere nessun apporto ulteriore, mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano.
- Tale legge fu approvata in un contesto economico in cui il decentramento dei fattori produttivi era, nella maggior parte dei casi, un veicolo tramite il quale si realizzavano forme di riduzione delle tutele dei lavoratori.
- La diffusione sempre maggiore dei processi di esternalizzazione e di decentramento produttivo connessa ad evoluzioni organizzative del sistema economico ha posto con forza il problema di distinguere la fattispecie vietata da altre situazioni lecite, rispetto alle quali non si giustificava l'eccessivo rigore previsto dalla legge 1369/1960 che poneva il generale divieto di interposizione di manodopera.
- La rigidità del divieto di interposizione di manodopera ha subito una corposa deroga, a livello normativo, con l'approvazione della L. 196 del 24/06/1997 (da art. 1 a art. 11), la quale ha riconosciuto, in particolari condizioni ed a particolari soggetti, la possibilità di stipulare un contratto avente ad oggetto la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (c.d. lavoro interinale).
- Con il D.lgs 276/2003, la legge n. 1369/1960 fu abrogata ma essa è ancora attuale dal punto di vista penalistico, tanto che si parla di abrogatiosineabolitione. È evidente che, se da un lato la terziarizzazione è un fenomeno dei nostri giorni, il tema delle garanzie per i lavoratori è ancora più di grande importanza. Ad oggi la tutela dei lavoratori è affidata all'art. 29 del D.lgs. 276/03 che, sulla spinta di una procedura di infrazione UE, è stato di recente oggetto di intervento da parte del Legislatore con la legge n. 122/2016 in materia di cambio di appalto e possibile configurazione del trasferimento di azienda nel medesimo contesto.
- **D.lgs. 251/2004 (art. 6), decreto correttivo riforma Biagi**
Il legislatore modifica l'art. 29 del D.lgs. 276/03 nel tentativo di arginare alcuni dubbi di razionalità e costituzionalità, allargando la solidarietà datoriale anche agli appalti di opere ed introducendo la possibilità di una deroga da parte della contrattazione collettiva alla responsabilità solidale.
- **D.L. 223/2006 (art. 35, co.28- 34), decreto Bersani, convertito in legge dalla L.248/06**
La responsabilità diventa generale e senza eccezioni: i creditori oggetto della tutela sono le Autorità pubbliche, il regime di Solidarietà opera a partire dall'appaltatore, mentre non ricade sul committente, solo una sanzione amministrativa. Mancata previsione circa i limiti temporali e quantitative della responsabilità solidale.
- **L. 296/2006 (art. 1, co. 910/911), finanziaria 2007**
Ulteriore modifica all'art. 29 del D.lgs. 276/03: scompare la possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva, il termine della prescrizione viene elevato a due anni e l'estensione del regime di solidarietà anche ai subappaltatori.
- **L. 123/2007, legge delega sulla sicurezza**
Delega per il Governo a modificare il D.lgs.626/94. Adozione di un unico documento contenente la valutazione dei rischi specifici concernenti l'appalto e l'indicazione delle misure idonee ad eliminare le interferenze dei soggetti che operano nel contratto.
- **D.L. 91/2008, convertito in legge dalla L. 129/2008**
Dispone l'abrogazione dei commi dal 29° al 34° dell'art. 35 del D.L. 223/06, c.d. decreto Bersani.
- **D.lgs 81/2008 (art.26), Testo Unico sulla sicurezza (come modificato dal Dlgs. 106/2009)**
Si completa l'evoluzione normativa in tema di sicurezza, tesa ad accomunare la posizione del committente con quella dell'appaltatore in termini di garanzia nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo. Riprendendo una specifica disposizione introdotta nel campo dell'edilizia dall'art. 36 bis, co.3°, del D.L. 223/06 (conv. da L. n. 248/2006), l'art. 26, al co.8, estende a tutto il personale occupato dalle imprese appaltatrici o subappaltatrici coinvolte negli appalti di qualunque settore e ai lavoratori autonomi l'obbligo di essere muniti di una apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro.
- **D. lgs. 106/2009 - modifica all'art. 26 del Dlgs. 81/2008**
Ulteriori obblighi in tema di sicurezza sul luogo di lavoro.
- **L. 136/2010, art. 5**
Si è previsto che la tessera di riconoscimento deve contenere, oltre agli elementi già specificati, anche la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione (ovvero la data di richiesta di autorizzazione al subappalto rispetto alla quale si è formato il silenzio-assenso), mentre la tessera dei lavoratori autonomi deve contenere anche l'indicazione del committente.
- **L. 183/2010 c.d. collegato lavoro**
Indicazioni in merito alla certificazione del contratto. Si segnala, come disposto dall'art. 31, co.7, della L. 183/10 -che ha novellato l'art. 79 del D.lgs. 276/03 -gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che sussistono tutti i requisiti previsti.
- **D.lgs 138/11, art. 8, convertito in legge dalla L. 148/11**
Deroga da parte della contrattazione al regime della solidarietà negli appalti.
- **L. 35/2012, art. 21 e D.L. 16/2012 convertito in L. 44/2012, art. 2 comma 5bis**
Modifiche in materia di solidarietà dei committenti.
- **D. l. 76/2013, art. 9, convertito in L. 99/2013**
Applicazione dell'obbligo solidale anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo.
- **L. 122/2016, art. 30**
Modifiche in materia di cambio appalto.
- **D. l. 25/2017, art. 9, convertito in L. 49/2017**
Modifica del primo periodo dell'art. 29, comma 2 D. lgs 276/2003, con la soppressione al primo periodo delle parole: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti». Abrogazione del secondo, terzo e quarto periodo del comma 2, art. 29 D. lgs. n. 276/2003.

Istituti giuridici simili all'appalto

L'entrata in vigore della Riforma Biagi e del Decreto Legislativo n. 81/2015, che ha soppresso e sostituito il Capo I del Titolo III del D. lgs. n. 276/2003 relativo alla somministrazione di manodopera, ha apportato profonde modifiche a quegli istituti che, a vario titolo, consentono l'utilizzo di prestazioni di lavoro da parte di un soggetto diverso dal datore di lavoro (**appalto, contratto di somministrazione di lavoro, distacco, contratto d'opera**).

Di seguito si riepilogano brevemente gli istituti giuridici considerati simili o contigui all'appalto, alcuni dei quali possono essere fatti ricadere nel termine più generico di esternalizzazioni. Tali contiguità determinano dei parallelismi normativi e gestionali che trasversalmente interesseranno questo contributo.

Contratto D'opera art. 2222 cc

Il contratto d'opera è il contratto con il quale una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con il lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente. Pertanto, il prestatore d'opera deve essere una persona fisica, mentre non può mai coincidere con un imprenditore (art.2082), che normalmente è una persona giuridica.

Somministrazione di lavoro (Artt. da 30 a 40 D.Lgs 81/15)

Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

Distacco (art. 30 D. lgs. n. 276/2003)

Il concetto di distacco è identificato nella messa a disposizione, da parte del datore di lavoro (**distaccante**), al fine di soddisfare un proprio interesse, di uno o più suoi lavoratori a favore di un altro soggetto (**distaccatario**) per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Subappalto (artt. 1656 e 1676 cc)

È un contratto derivato dal contratto principale rappresentato dall'appalto; quest'ultimo ne è il presupposto. A completamento del quadro occorre mettere in evidenza l'**art.1656** cc "L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente." e l'**art. 1676** cc "Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda."

DIFFERENZE TRA I VARI ISTITUTI GIURIDICI

Si può tracciare un breve riepilogo che evidenzia gli aspetti essenziali che differenziano il contratto di appalto da altre figure negoziali ad esso affini:

APPALTO Art. 1655 c.c.	SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO Art. 30 e ss D.lgs 81/15	DISTACCO	CONTRATTO D'OPERA Art. 2222 c.c.
L'appaltatore si impegna ad eseguire l'opera avvalendosi della propria organizzazione produttiva: mezzi e dipendenti	I dipendenti sono in forza al somministrante mentre l'organizzazione dei mezzi è dell'utilizzatore che si avvale dell'opera del somministrato		L'artigiano o il lavoratore autonomo, senza dipendenti compie l'opera o il servizio con lavoro prevalentemente proprio
Il lavoratore stipula il contratto di lavoro con l'appaltatore ed è soggetto al suo potere organizzativo e direttivo	Il lavoratore stipula il contratto di lavoro con il somministrante, ma è soggetto al potere direttivo ed organizzativo del l'utilizzatore presso il quale è inviato a svolgere la propria opera	Il lavoratore stipula il contratto di lavoro con il distaccante, ma è soggetto al potere direttivo del distaccatario nel cui contesto organizzativo viene svolta la prestazione di lavoro	Non è soggetto al potere direttivo ed organizzativo del committente
Appaltatore ha il potere disciplinare	Potere disciplinare in capo al somministrante	Potere disciplinare in capo al distaccante	
Appaltatore stipula un contratto di appalto con appaltante (o committente) che costituisce l'oggetto principale della propria attività e a fronte di un corrispettivo destinato ad essere il ricavo dell'attività di impresa	Somministrante stipula un contratto con l'utilizzatore che costituisce l'oggetto principale della propria attività, a fronte di un corrispettivo destinato ad essere il ricavo dell'attività di impresa	L'accordo tra distaccante e distaccatario è diretto a soddisfare un interesse del distaccante	Il contraente ed il committente determinano liberamente il corrispettivo del contratto

BIBLIOGRAFIA: AA.VV., *Diritto Civile, vol.III, tomo III, diretto da LIPARI e RESCIGNO, con contributo di IUDICA, ed. Giuffrè, Milano*; m. GRANDI G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro, IV ed. Cedam, Padova*; SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori, III ed. Torino*; CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria, Il lavoro nella giurisprudenza, 5/2007*; PETRACCI, *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore, Il lavoro nella giurisprudenza, 4/2009*; RATTI, *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti, Il lavoro nella giurisprudenza, 5/2008*.

CAPITOLO 2

Appalto genuino ed appalto illecito

2a. L'esternalizzazione come normale esigenza produttiva

Il passaggio da una norma estremamente rigida²⁶ ad una norma “aperta”²⁷ (che ha abrogato la norma precedente) ha riconosciuto il mutato contesto delle esigenze produttive, pesantemente caratterizzato da fenomeni d'esternalizzazione, segmentazione dei rischi e delle competenze, specializzazione, delocalizzazione.

Questi concetti, una volta vietati o guardati con estremo sospetto, tanto da fissarne le condizioni di liceità, fanno parte oggi della realtà e del contesto economico: il principio (pressoché assoluto) utilizzatore/beneficiario della prestazione = datore di lavoro si è sfumato nella possibilità per l'imprenditore di affidare a terzi parti anche importanti del processo produttivo e di servizi, dentro un quadro regolatorio che definisca responsabilità, competenze ed abusi. La libertà dell'imprenditore di appaltare a terzi l'esecuzione di opere o servizi, anche internamente al proprio ciclo produttivo, sancita dalle art. 41 della Costituzione, viene qui ribadita purché si concretizzi una fattispecie reale e genuina dell'appalto e non, quindi, di mere prestazioni di manodopera, con equiparazione alla somministrazione illegittima. Se da un lato, quindi, vi è una presa di coscienza, da parte del legislatore, che vietare tutto o quasi senza comprendere l'evoluzione della società, significa provocare, come risposta di fatto, reazioni scomposte di fuga dalla legalità (si veda ad esempio l'esplosione del fenomeno cooperative di produzione a partire dagli anni 80, che hanno finito per realizzare obiettivamente una “somministrazione di lavoro *ante litteram*” e fuori da ogni concetto regolatorio), d'altro canto, proprio sulla scorta dello sviluppo di esperienze *borderline* (talvolta addirittura molto oltre i confini del lecito) è nata comunque l'esigenza duplice di:

- regolare il fenomeno della esternalizzazione produttiva (appalto e contratti simili), caratterizzandolo e distinguendolo dalla somministrazione, non più vietata ma possibile solo al verificarsi di condizioni oggettive e soggettive (quale termine di garanzia), intercettando così le forme “spurie” di esternalizzazione;
- costituire un congegno di garanzia tale che l'esternalizzazione produttiva non portasse come conseguenza perversa, nella catena degli affidamenti, la diminuzione delle attenzioni e dei diritti verso i prestatori di lavoro, evitando così un'equazione fra l'esternalizzazione e la completa deresponsabilizzazione del committente, unita alla compressione delle garanzie e del trattamento dei lavoratori impiegati nell'opera o servizio appaltato.

2b. Criteri distintivi di un appalto lecito

Alla luce delle considerazioni precedenti diventa fondamentale quindi individuare i criteri e le caratteristiche con cui considerare lecito un appalto, importante proprio in ragione della contiguità, nella realtà economica, di fenomeni apparentemente simili ma che sottoposti ad un esame obiettivo possono rivelare profonde differenze.

note

26. Legge 1369 del 23 ottobre 1960.
27. D.lgs.n.276 del 10 Settembre 2003,
in attuazione della Legge delega n. 30/2003.

Non possiamo, a tal proposito, che partire dalla definizione civilistica così come richiamata e “modificata” dall’art. 29, co.1 della già citata legge Biagi:

Art.29 Appalto, comma 1: Ai fini dell’applicazione delle norme contenute nel presente titolo, 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 di impresa**”

Proprio sulla genuinità dell’appalto come criterio fondamentale da cui iniziare l’esame dell’appalto si fonda **la circolare-quadro n. 5/2001**²⁸ del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, intitolata “**Quadro giuridico degli appalti**”, con una riflessione a vasto raggio che sancisce inequivocabilmente gli indici di liceità di un contratto di appalto nel paragrafo intitolato appunto “Genuinità dell’appalto”.

I principali indici oggettivi, caratteristici di un appalto genuino, sono **rischio di impresa, organizzazione dei mezzi ed autonomia dell’imprenditore**:

• **Rischio d’impresa**

L’assunzione da parte del medesimo appaltatore **del rischio di impresa** è un indice fondamentale, desunto dalla disciplina codicistica ed integralmente traslato nella nuova normativa: l’appaltatore, a tal fine, deve essere un vero imprenditore che, come tale, assume il rischio derivante dall’esecuzione dell’opera o del servizio (**obbligo di risultato a regola d’arte**): il ministero del lavoro, interpellato in proposito, ha ritenuto non sussistere l’assunzione del rischio tipico d’impresa, qualora il presunto appaltatore non si esponga ad alcuna responsabilità per il mancato compimento di un’opera o servizio specificatamente individuati in termini di risultato, che naturalmente non può ridursi al mero obbligo di assicurare la continuità della fornitura di manodopera (illecita). Su questa definizione di rischio d’impresa si fonda per il ministero la distinzione tra appalto genuino ed appalto illecito di manodopera, in quanto nel primo il corrispettivo è dovuto solo al compimento di uno specifico risultato, mentre nel secondo il committente retribuisce comunque l’appaltatore, a prescindere dal conseguimento di uno specifico risultato, per il solo fatto di avere svolto una attività lavorativa.

In tal senso, la citata circolare ministeriale, ribadendo quanto a propri precedenti interventi al riguardo, distingue fra un “fare” (un’opera o un servizio), proprio dell’appalto, ed un “dare” (cioè la fornitura di mere prestazioni) proprie della somministrazione di lavoro (che però è possibile soltanto se prestata da determinati soggetti autorizzati e a ben determinate condizioni individuate dalla legge).

• **Organizzazione dei mezzi**

Altro requisito fondamentale è quello dell’organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore, che possono anche non essere di proprietà dell’appaltatore, purchè tale situazione sia coerente con l’opera o servizio dedotti in contratto e **possono essere identificati anche nell’esercizio del potere organizzativo, direttivo e disciplinare nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto**.

Come si vede dalla sentenza di seguito riportata, la legge Biagi ha, sul punto, il merito di aver rivalutato una riflessione dottrinale e giuridica che già aveva preceduto (e poi seguito) l’evoluzione normativa, come si evince dalla massima riportata. Si è parlato a tale proposito di “smaterializzazione” dell’impresa, con riferimento alla individuazione di un nucleo di organizzazione rispetto al quale la proprietà o disponibilità del mezzo non è più un indice assoluto (come nella precedente normativa *ex* L. 1369/60, pur restando importante elemento di valutazione).

note

²⁸. Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n.5 del 11 febbraio 2011.

*** Cass., sez. lav., 3 luglio 2009, n. 15690**

In tema d'interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie (pseudoappalto) vietata dall'art. 1, comma 1, della legge n. 1369/1960 solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore. La sussistenza (o no) della modestia di tale apporto (sulla quale riposa l'indicata presunzione <iuris et de iure>) deve essere accertata in concreto dal giudice, alla stregua dell'oggetto e del contenuto intrinseco dell'appalto; con la conseguenza che (nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature da parte dell'appaltante) l'anzidetta presunzione legale assoluta non è configurabile ove risulti un rilevante apporto dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), <know how>, software e, in genere, beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto.

Questa sentenza mette in evidenza la genuinità di un appalto anche quando la società appaltatrice **fornisce**, più che beni materiali, **know how**, grazie alle competenze apportate dal proprio personale (nel caso di specie, esperti informatici): **l'importante è che l'apporto organizzativo della società appaltatrice sia pieno e completo e che la stessa assuma su di sé il relativo rischio economico.**

A conferma di quanto sopra menzionato è il parere espresso dal ministero del Lavoro con la risposta a **interpello numero 77/2009**²⁹, avanzato dalla Confindustria, in cui si sottolinea che l'appalto può essere genuino anche se il committente mette a disposizione le attrezzature e i mezzi occorrenti per l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti in contratto, purché la responsabilità che deriva dal loro utilizzo sia integralmente a carico dell'appaltatore, su cui deve rimanere il rischio di impresa.

Interpello 77/09 del Ministero del lavoro

(...) il solo utilizzo di strumenti di proprietà del committente ovvero dell'appaltatore da parte dei dipendenti del **subappaltatore non costituisce di per sé elemento decisivo** per la qualificazione del rapporto in termini di appalto non genuino.

(...) nel caso concreto, potrà ritenersi compatibile con un appalto genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, **purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché** attraverso la fornitura di tali mezzi **non sia invertito il rischio di impresa**, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso.

• Autonomia dell'appaltatore

Infine come ultimo indice si evidenzia l'ampio margine di **autonomia** dell'appaltatore rispetto al committente che, di regola, non può ridursi alla sola direzione dei lavoratori impiegati per eseguire l'appalto o alla semplicistica gestione dei rapporti di lavoro, dovendosi verificare l'esistenza di una reale organizzazione produttiva, idonea a realizzare un risultato autonomo, ed esistente indipendentemente dall'appalto considerato.

Un aspetto importante a questo proposito, che emerge dalla predetta circolare 5/2001, relativa alla verifica della "imprenditorialità" dell'appaltatore, si basa sull'osservazione dei seguenti elementi:

- l'esercizio di una attività imprenditoriale in modo continuativo ed abituale;
- l'esercizio di opere o servizi caratteristici per conto di più imprese;
- l'esercizio di una ben individuabile attività produttiva in maniera evidente (con il possesso di specifiche competenze e *know-how*).

note

²⁹. Ministero del Lavoro – risposta a Interpello n. 77 del 22 ottobre 2009.

Tutto ciò dando anche rilievo ad aspetti di natura formale quali l'iscrizione al registro imprese ed il possesso di eventuali requisiti tecnico-produttivi, l'esistenza di scritture contabili coerenti con la realtà dell'appaltatore, l'esistenza e regolarità delle scritture del personale e il Durc.

2c. Indici di illiceità dell'appalto

È ovvio che quando un contratto di appalto viene utilizzato non già per realizzare la funzione tipica – il compimento di un'opera o di un servizio – ma con il preciso scopo di aggirare l'osservanza di precise disposizioni di legge si realizza un appalto illecito, privo, cioè, dei tre indici-cardine di cui al capitolo precedente:

-**organizzazione** autonoma dei mezzi, anche solo delle risorse umane, necessario al compimento dell'opera o servizio;
-assunzione del **rischio** di impresa;

-**autonomia** ed imprenditorialità dell'appaltatore.

Deve precisarsi, al riguardo, che, fatto salvo comunque l'esame del caso concreto, può essere la mancanza anche solo di uno di questi indici (peraltro spesso correlati fra loro) a denunciare l'irregolarità dell'appalto.

In ordine all'esame concreto della fattispecie, attraverso la riflessione giurisprudenziale e l'esperienza operativa, si sintetizzano, nella tabella successiva, gli indici sussidiari o, per meglio dire, gli elementi rivelatori utili ad individuare e testare agevolmente le caratteristiche sopra ricordate.

FATTISPECIE RIVELATRICE DI APPALTO ILLECITO	INDICE SINTOMATICO DELLA FATTISPECIE
Mancanza di autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore	<ul style="list-style-type: none"> • mancanza totale di capitali, macchine ed attrezzatura specifica per lo svolgimento delle lavorazioni appaltate • mancanza di una significativa esperienza nel settore interessato dall'appalto • mancanza di personale tecnicamente preparato e/o adeguatamente formato per lo svolgimento dell'attività lavorativa appaltata • mancanza di esclusività delle mansioni svolte • mancanza di titolarità in capo all'appaltatore dei poteri direttivi, relativamente alla materiale esecuzione delle prestazioni lavorative commissionate: i presunti dipendenti dell'appaltatore lavorano sotto il controllo diretto del committente ovvero dei dipendenti di quest'ultimo, e sono da questi retribuiti (è necessario però considerare il tenore generale delle istruzioni e delle direttive dell'appaltante all'appaltatore in relazione al necessario coordinamento ragionevolmente richiesto tra le due distinte organizzazioni di lavoro)
Mancanza del rischio di impresa	<ul style="list-style-type: none"> • mancanza di subordinazione del compenso pattuito all'effettiva realizzazione dell'opera appaltata • mancanza di una struttura imprenditoriale • mera commisurazione del pagamento del corrispettivo alle ore di lavoro e non "a corpo" ovvero comunque con indici quantitativi anche unitari ma collegati direttamente alla lavorazione o produzione
Mancanza di autonomia dell'appaltatore nei confronti del committente:	<ul style="list-style-type: none"> • l'attività svolta non rientra fra quelle tipiche dell'appaltatore • vi è un inserimento stabile dei lavoratori "appaltati" nel contesto organizzativo dell'appaltante (è stato ritenuto genuino l'appalto che preveda una rigorosa separazione delle zone in cui operano i dipendenti dell'appaltante e quelli dell'appaltatore, evitando commistioni e interferenze tra gli uni e gli altri anche grazie alla presenza effettiva, tra di essi, di una "interfaccia") • l'appaltante decide gli aumenti retributivi, la concessione di ferie e permessi e il numero di lavoratori da utilizzare; • l'appaltante cura la contabilità dell'interposto; • vi è una monocommittenza

2d. Depenalizzazioni e appalto illecito: conseguenze

Il D.Lgs. legislativo 15 gennaio 2016, n. 8 (attuativo della legge 28 aprile 2014, n. 67), in vigore dal 6 febbraio 2016, modifica radicalmente il quadro normativo del diritto sanzionatorio del lavoro depenalizzando numero-se ipotesi di reato in materia di lavoro e di previdenza obbligatoria.

La legge n. 67/2014 all'art. 2, comma 2, *lett. a*), dava delega al Governo a trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati in materia di lavoro e previdenza obbligatoria escludendo esplicitamente i reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Di conseguenza, sono stati individuati tre gruppi sottoposti all'intervento depenalizzatore:

- quello previdenziale (omesso versamento delle ritenute e dichiarazioni false o atti fraudolenti per ottenere prestazioni previdenziali);
- quello delle esternalizzazioni (somministrazione di lavoro abusiva, utilizzazione illecita, appalto e distacco illeciti);
- quello del mercato del lavoro (abusivismo nel mercato del lavoro, violazioni del collocamento obbligatorio dei massofisioterapisti non vedenti, illecita mediazione nell'assistenza ai lavoratori e discriminazioni di genere).

Le depenalizzazioni previdenziali

Sul piano previdenziale la depenalizzazione riguarda le fattispecie di omesso versamento delle ritenute previdenziali a carico dei lavoratori e le ipotesi di false dichiarazioni o atti fraudolenti per ottenere prestazioni previdenziali.

OMESSI VERSAMENTI DEI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI, PER LA QUOTA CORRISPONDENTE ALLE RITENUTE OPERATE NEI RIGUARDI DEI LAVORATORI (COMPRESSE LE COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE E I LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA)

VECCHIA NORMATIVA ART. 2, COMMA 1-BIS, DEL D.L. N. 463/1983	NUOVA NORMATIVA ART. 3, COMMA 6, DEL D.LGS. N. 8/2016
Reclusione fino a 3 anni e con la multa fino a euro 1.032	Omessi versamenti superiori a 10.000 euro annui: reclusione fino a 3 anni e con la multa fino a euro 1.032 Omessi versamenti inferiori a 10.000 annui: sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro Le suddette sanzioni non si applicano (né quelle penali per violazioni superiori ai 10.000 euro né quelle amministrative per violazioni inferiori) qualora il D.L. verterà quanto dovuto entro tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'accertamento della violazione

Sempre per quanto riguarda il diritto sanzionatorio previdenziale, inoltre, sono previste le seguenti sanzioni per i soggetti che effettuano *dichiarazioni false o compiono altri atti al fine di procurare indebitamente a sé o ad altri prestazioni previdenziali non spettanti*, o per periodi e in misura diversi e superiori rispetto a quelli effettivamente spettanti.

- trattamenti di disoccupazione in edilizia (art. 18, comma 1, legge n. 427/1975, in vigore fino al 31 dicembre 2016): la multa originaria viene sostituita da una sanzione pecuniaria amministrativa di tipo proporzionale progressivo da euro 20 a euro 206 per ciascun lavoratore cui l'illecito si riferisce, con un minimo non inferiore a 5.000 euro ed un massimo non superiore a 50.000 euro, ai sensi dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016;
- prestazioni economiche per malattia e per maternità (art. 1, comma 11, d.l. n. 663/1979, convertito in legge n. 33/1980): la sanzione amministrativa da euro 103 a euro 516 per ciascun soggetto cui si riferisce la violazione, con un minimo non inferiore a 5.000 euro ed un massimo non superiore a 50.000 euro, ai sensi dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016;
- agenti e rappresentanti di commercio (art. 33, comma 5, legge n. 12/1973), per la pena della multa da euro 5 a euro 51, e ai giornalisti professionisti (art. 12, comma 5, legge n. 1122/1955 e D.M. 1° gennaio 1953) per la pena della multa da euro 12 a euro 129, le nuove sanzioni consistono in una sanzione amministrativa da 5.000 a 10.000 euro, in base all'art. 1, commi 1, 2 e 5, lettera a), del d.lgs. n. 8/2016.

La depenalizzazione delle esternalizzazioni

Anche le esternalizzazioni (somministrazione di lavoro abusiva, utilizzazione illecita, appalto e distacco illeciti) sono state depenalizzate.

In particolare:

- *La somministrazione abusiva* (art. 18, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, cioè in pratica chi esercita attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione), in passato punita con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, diventa un illecito amministrativo; la sanzione amministrativa di tipo proporzionale progressivo è pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro, ai sensi dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016;
- *appalto illecito in assenza dei requisiti previsti dalla legge* (art. 29, d.lgs. n. 276/2003), la sanzione amministrativa di tipo proporzionale progressivo è pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro, ai sensi dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016;
- *distacco illecito in assenza dei requisiti di legge* (art. 30, d.lgs. n. 276/2003), la sanzione amministrativa di tipo proporzionale progressivo è pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro, ai sensi dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016.

In tutte le ipotesi se vi è sfruttamento di minori l'illecito mantiene la propria natura penale e il reato è punito con la pena dell'arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino a 300 euro (art. 18, comma 5-bis, d.lgs. n. 276/2003). È bene anche rimarcare che per tutte e tre le fattispecie la sanzione è doppia in quanto vengono sanzionati sia il "fornitore" (somministratore, appaltatore o distaccante illegittimo) che l'utilizzatore della manodopera. Il Ministero del Lavoro con la circolare n. 6/2016 ha ricordato che le sanzioni, divenute ora amministrative, soggiacciono ai criteri generali di cui alla L. 689/81 pertanto, entro 60 giorni dalla contestazione della violazione, è possibile estinguere la violazione stessa con il pagamento in misura ridotta pari all'importo minore tra il doppio del minimo e 1/3 del massimo edittale. Nel caso di sanzione in misura fissa, la sanzione ridotta equivale ad 1/3.

Nei casi di sanzioni in misura fissa e progressiva (esternalizzazioni) il meccanismo di costruzione della sanzione, e del raffronto con il minimo ed il massimo ai fini della eventuale determinazione della somma definitiva ex art. 16, è il seguente:

- a) Importo base (IB) = somma fissa (50 euro) moltiplicata per il numero (N) dei lavoratori interessati e per il numero dei giorni (GG) di occupazione

$$IB = 50 \times N \times GG$$

- b) Se la sanzione così calcolata è minore di 5.000 euro, si porta a 5.000 e per l'applicazione dell'art. 16 si riduce la somma ad un terzo

$$\text{Se } IB < 5000; 5000 \cdot 5000/3 = 1666,67$$

- c) Se la sanzione così calcolata è superiore a 5.000 ed inferiore a 50.000 euro, è il valore della sanzione a scontare l'applicazione di 1/3.

$$\text{Se } IB > 5000 \text{ e } < 50000; IB / 3$$

- d) Se la sanzione così calcolata è superiore o uguale a 50.000 euro, per l'applicazione di un terzo si considera il valore massimo di euro 50.000, ridotto pertanto ad euro 16.666,67

$$\text{Se } IB > 50.000; 50.000/3 = 16.666,67$$

Pertanto, quale che sia il numero dei lavoratori impiegati ed i giorni di occupazione, il fornitore e l'utilizzatore in violazione della legge saranno soggetti ad una sanzione che, ai fini del pagamento in misura ridotta ex art. 16 L. 689/81, non potrà essere per ciascuno di essi inferiore ad euro 1.666,67 né superiore ad euro 16.666,67.

ESEMPI DI VIOLAZIONE	Attuale (sanzione amministrativa)		Precedente (Ammenda)	
	Piena	Ridotta art. 16	Piena	Ridotta
Distacco Illecito 3 lav x 3 gg 50x3x3=450	5.000,00 (minimo applicabile)	1.666,67	450,00	112,50
Somministrazione Abusiva 20 lav x 15 gg 50*20*15	15.000,00	5.000,00	15.000,00	3.750,00
Appalto non genuino 50 lav *500 gg 50x50x500=1.250.000	50.000,00 (massimo applicabile)	16.666,67	1.250.000,00	312.500,00

Dagli esempi appare evidente una sostanziale uniformità tra la precedente sanzione e l'attuale nei casi medi, mentre diventa completamente difforme nei casi limite; si potrà notare nel primo esempio come il distacco (illecito) di tre dipendenti per tre giorni passi da una sanzione (ridotta) di 112,50 euro a ben 1.666,67. Ma ancor più eclatante pare la differenza (terzo esempio) nel caso in cui un appalto (illecito) che coinvolge ben 50 lavoratori per quasi due anni di lavoro, la sanzione è notevolmente più mite ora rispetto al passato (€ 16.666,67 ora contro 312.500,00 ante riforma!!!). Stato forte con i deboli, e deboli con i forti? Il dubbio è lecito.

L'abolizione della somministrazione fraudolenta

Un discorso a parte merita la somministrazione fraudolenta, che è stata completamente abolita dal Jobs Act, rendendo notevolmente meno incisivo il contrasto alle violazioni nei casi di interposizione di manodopera.

Ricordiamo che gli organi di vigilanza, nei casi più eclatanti, potevano imputare direttamente il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore che concorso alla somministrazione illegittima e palesemente frodatória in uno con il somministratore abusivo.

Ora l'unico presidio rimasto a difesa del lavoratore illegittimamente somministrato (quale che sia lo strumento contrattuale utilizzato) è la possibilità – soltanto da esso attivabile - di richiedere per via giudiziale la costituzione di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore effettivo.

Purtroppo i meccanismi deterrenti contro l'attivazione di una simile domanda sono molteplici, (eventuali azioni estorsive o ritorsive, licenziamenti più facili con il contratto a tutele crescenti ecc).

2e. Giurisprudenza di riferimento

Si offre di seguito un panorama degli interventi della giurisprudenza nel merito della qualificazione e della genuinità dell'appalto. Quale osservazione preliminare, evidenziamo come, con riferimento al regime dell'appalto introdotto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, la Corte di Cassazione, sezione penale (20 dicembre 2004, n. 3714) ha stabilito che, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto stipulato, spetta al giudice la verifica della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni oggettive e soggettive di liceità previste dalla nuova normativa.

• **Verifica dell'autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore, intesa come organizzazione dei mezzi ed esercizio del potere organizzativo, direttivo e disciplinare:**

* **Cassazione 19 luglio 2007, n. 16016:** viene ribadito che il divieto di intermediazione ed interposizione di manodopera nelle prestazioni di lavoro, in riferimento agli appalti endoaziendali, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, ancorché strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo.

* **Cassazione S.U. 19 ottobre 1990, n. 10183; cassazione 30 ottobre 2002, n. 15337; Cassazione 12 dicembre 2001, n.15665; Cassazione 25 giugno 2001, n. 8643:** un appalto è legittimo anche quando, pur in difetto di una apprezzabile organizzazione di mezzi materiali (appalto legittimo di servizi informatici), la prestazione è resa possibile da un rilevante elemento di capitale immateriale costituito da *know-how* specifico, del quale soltanto l'impresa fornitrice dispone e non la committente.

* **Cassazione n. 4585/1994, 1019/1997, 6579/2003, 17574/2003:** queste sentenze rilevano una corretta applicazione del principio sostenuto da un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, dà luogo al cosiddetto pseudo-appalto solo quando tale conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore.

* **Cass. 22 agosto 2003, n. 12363; Cass. 30 ottobre 2002, n.15337:** il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore deve essere esercitato esclusivamente dall'appaltatore medesimo o dai dirigenti o preposti dell'appaltatore, mentre ai fini del coordinamento il committente si deve relazionare con l'appaltatore o con un referente indicato da questo. Di conseguenza, se in un sito aziendale i lavoratori dell'appaltatore sono diretti e/o controllati dal committente, o anche da un altro appaltatore, non vengono più considerati alle dipendenze del formatore di lavoro ma del soggetto che esercita in concreto la eterodirezione delle prestazioni e il controllo su di esse.

* **Cass. 5 ottobre 2002, n. 14302:** le mansioni che sono svolte dai dipendenti dell'appaltatore, devono essere funzionali esclusivamente alla realizzazione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto d'appalto.

* **Cass. S.U., 21 marzo 1997, n. 2517:** qualora in un momento successivo all'inizio del lavoro il committente assuma il potere direttivo e/o di controllo sui dipendenti dell'appaltatore, ovvero questi iniziano a svolgere mansioni non funzionali alla realizzazione dell'opera o del servizio, l'appalto si trasforma da quel momento in una somministrazione irregolare di manodopera.

• **Accertamento dell'assunzione da parte dell'appaltatore del rischio della gestione dell'impresa**

* **Cass. 16551/2004:** ai fini dell'accertamento dell'ipotesi di appalto illecito di manodopera, l'impiego, da parte dell'appaltatore, di macchine e attrezzature di proprietà dell'appaltante dietro relativo compenso non configura di per sé l'ipotesi vietata dalla legge, la quale al contrario, va esclusa allorché tali macchine ed attrezzature assumano una modesta rilevanza rispetto alla qualità dei servizi forniti dall'appaltatore, sì che in capo a quest'ultimo possa comunque riconoscersi un reale rischio economico di impresa. Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dall'S.C., aveva escluso l'intermediazione illecita in relazione ad una società appaltatrice della gestione contabile e amministrativa di società facenti parte dello stesso gruppo di imprese, sul presupposto che la società appaltatrice aveva organizzato in modo del tutto autonomo il lavoro dei propri dipendenti, sicché l'impiego delle macchine ed attrezzature di una sola di tali società - dietro corresponsione di un canone a prezzo di mercato - era risultato del tutto irrilevante ai fini del raggiungimento degli obiettivi aziendali.

* **Cass. 17574/2003:** l'appaltatore è esposto all'eventuale risultato negativo dell'attività, qualora in ipotesi l'opera o il servizio, non fossero portati a compimento ovvero si manifestasse un rapporto negativo tra i costi e i benefici dell'attività stessa. Ne consegue, ad esempio, che il compenso pattuito con il committente non dovrà essere meccanicamente commisurato al tempo di lavoro impiegato dai lavoratori per eseguire il lavoro, ma dovrà essere subordinato all'effettiva realizzazione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto d'appalto.

* **Cass. 11545/2003; Cass. 2014/1996:** l'appaltatore deve essere dotato di una propria struttura imprenditoriale, possibilmente con una collocazione riconoscibile nel mercato di riferimento e con rapporti commerciali verso una pluralità di committenti; anche se non si può escludere che un'impresa che presenti tali caratteristiche ponga in essere, nel singolo caso, una somministrazione di lavoro irregolare.

* **Cass. 1191/1993 e Cass. 5494 /1987:** viene dato rilievo al fatto che nel compimento dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto, l'intermediario non abbia posto a disposizione del datore di lavoro altro che i propri dipendenti, senza assumersi alcun rischio in tal caso è stato ritenuto irrilevante il fatto che l'intermediario disponga in generale di autonomia organizzativa e imprenditoriale per lo svolgimento di altre attività.

• **Accertamento dell'autonomia dell'appaltatore nei confronti del committente**

* **Cassazione 3 marzo 1969, n. 687:** "... il committente (appaltante) può esercitare controllo e sorveglianza al fine di assicurare che l'opera sia eseguita in conformità ai patti e secondo le regole dell'arte, purché essi non invadano il campo dell'organizzazione materiale dell'impresa e quello tecnico del lavoro....."

* **Cassazione 6579/2003 e Cass. 16551/2004:** non si può parlare di interposizione quando l'impresa appaltatrice svolga esclusivamente attività volta a permettere all'appaltante l'esercizio del servizio costituente l'attività di quest'ultima, ove risulti che l'attività appaltatrice, per organizzazione di capitali e mezzi, è in grado di svolgere in autonomia le opere oggetto del contratto, essendo legittima la scelta dell'appaltante di esternalizzare determinati servizi.

CAPITOLO 3

La responsabilità solidale nelle esternalizzazioni

Il crescente utilizzo della tecnica di esternalizzazione del lavoro ha comportato negli ultimi anni una costante rivisitazione della normativa sulla responsabilità solidale nel contratto di appalto, spesso contraddittoria, in quanto accanto ad un progressivo ampliamento del campo di applicazione della disciplina si è registrata una stratificazione delle normative ed un restringimento delle poste soggette alla solidarietà.

Per una corretta analisi dell'argomento pare opportuno non prescindere dalla nozione di solidarietà come prevista dall'art. 1292 del c.c. (nozione della solidarietà) che così statuisce:

“L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori”.

Più specificamente, per quanto attiene i crediti dei collaboratori dell'appaltatore, occorre poi considerare l'art. 1676 del c.c. che così statuisce: *“Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda.”*

Come riportato nel capitolo 1 paragrafo 1e, nel corso degli anni, pur permanendo la statuizione dell'art. 1676 c.c., si è cercato di bilanciare i rischi e le tutele rispettivamente per committenti, appaltatori e lavoratori coinvolti.

Evoluzione della norma: i principi generali ed il periodo ante 2012

Nella materia delle obbligazioni solidali, la **Legge Biagi**³⁰, avendo abrogato espressamente la previgente L. n. 1369/1360 che prevedeva l'obbligazione solidale in materia di appalto, riscrisse la normativa in materia di responsabilità solidale tra committente e appaltatore.

“In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.”

Tale previsione normativa si limitava a disciplinare la responsabilità solidale solamente nel caso di appalti di servizi e con **un termine di decadenza limitato ad un anno**.

Sono sorte pertanto perplessità, anche in merito alla costituzionalità della norma stessa, in quanto si sarebbero tutelati esclusivamente gli interessi dei lavoratori coinvolti da contratti di appalto di servizi, con evidente discriminazione dei lavoratori coinvolti da contratti di appalto d'opera.

Al fine di eliminare questi dubbi di costituzionalità è intervenuto l'art.6, co. 1 del D. Lgs 251/04 che ha riscritto il co. 2 dell'art.29 della Legge Biagi.

A seguito della modifica intervenuta **nel 2004, l'art. 29, co. 2** prevedeva che *“salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.”*

note

30. D. Lgs. 10 Settembre 2003 n. 276.

Successivamente, **l'art. 1, co. 911, della Legge Finanziaria 2007**³¹ – riconducibile a quell'area di intervento della stessa legge in tema di misure per contrastare il lavoro nero e migliorare il livello di sicurezza e salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro – modificava ulteriormente l'art. 29, co. 2°, in commento, prevedendo che *“in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*. In dottrina è stato osservato che l'estensione della responsabilità solidale anche ai contributi previdenziali avrebbe dovuto più correttamente operare a favore degli enti previdenziali, che sono i reali creditori dell'obbligazione contributiva. Per quanto invece attiene l'estensione del periodo a cui il committente è soggetto a eventuali richieste di chiamata in solido, passato da uno a due anni dalla conclusione dell'appalto, nonché alla natura di tale termine, al fine di favorire la soluzione di vari problemi di natura applicativa che possono sorgere, è possibile richiamare la dottrina e la giurisprudenza formatesi durante la vigenza dell'art. 4 della L. 1369/60.

Infatti, durante il periodo di vigenza della richiamata norma, che prevedeva un termine di decadenza di un anno per far valere l'obbligazione solidale fra il committente ed appaltatore prevista dall'art. 3, la dottrina e la giurisprudenza uniformemente hanno ritenuto la natura di termine di decadenza, e non di mera prescrizione, del termine previsto dall'art. 4 della L. 1369/1960.

Infatti, con riferimento all'art. 29, co. 2 della Legge Biagi medesima è la ratio ispiratrice:

- limitare nel tempo l'esercizio della responsabilità nei confronti dell'appaltante;
- stabilire la perentorietà del termine, che importa la perdita del diritto se non esercitato nel tempo stabilito, senza che abbiano alcuna rilevanza le circostanze soggettive che possono aver determinato il suo inutile decorso.

Per la soddisfazione dei propri diritti e delle obbligazioni da essi discendenti, in ogni caso, fermo restando il termine di decadenza suddetto, una volta esercitato il diritto questo può retroagire nei termini del periodo di prescrizione quinquennale. Sussiste in ogni caso la possibilità di agire, nel limite della quinquennale prescrizione ordinaria ai sensi dell'art. 1676 c.c. ovvero per i crediti ancora vivi fra committente ed appaltatore.

Pare opportuno evidenziare comunque che la decorrenza del termine inizia dalla data di cessazione effettiva dei lavori appaltati anche se diversa e posteriore rispetto alla data stabilita nel contratto di appalto. L'onere della prova della data di cessazione effettiva dei lavori è a carico di chi esercita l'azione di responsabilità (lavoratori, per la parte retributiva o Enti, per la parte degli oneri verso lo Stato).

In questo contesto riteniamo opportuno evidenziare anche la disciplina introdotta in materia dall'art 35, commi da 28 a 34, della cosiddetta **Legge Bersani**³², successivamente – come vedremo - abrogata, che aveva introdotto un sistema di responsabilità “allargato”, prevedendo anche un meccanismo di accertamento preventivo di regolarità fiscale e contributiva.

In ossequio a tale norma era stato successivamente promulgato il Decreto Interministeriale n. 74, del 25 Febbraio 2008, che disciplinava, da un punto di vista operativo, le procedure per dare attuazione all'esonero della responsabilità solidale del committente, attraverso una serie di controlli e verifiche circa l'avvenuto adempimento delle obbligazioni in materia fiscale e contributiva.

Infine, con l'emanazione dell'art. 3, comma 8, del D.L. 3 Giugno 2008 n. 97, è stata prevista l'abrogazione dei commi da 29 a 35 della Legge Bersani e del Decreto Interministeriale n. 74 di cui sopra.

A seguito di tale abrogazione, **l'unico comma della Legge Bersani a restare in vigore fu il 28**, nel quale veniva previsto che l'appaltatore rispondeva in solido con l'appaltatore il *subappaltatore* dell'effettuazione del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Pertanto, in considerazione di quanto sopra esposto, venne previsto che **il committente sia obbligato in solido con l'appaltatore e con gli eventuali subappaltatori, nel limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi dovuti.**

note

31. L. 27 dicembre 2006 n. 296.

32. L. 4 agosto 2006 n. 248.

Tale regime di responsabilità non si applica qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale ai sensi dell'art. 29, comma 3-ter del Decreto Biagi.

A volte, peraltro, la precisa identificazione dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore, in relazione alle cui prestazioni opera concretamente l'obbligazione solidale del committente, potrebbe risultare particolarmente complessa.

Al riguardo è stato osservato che l'ambito oggettivo di imputazione della responsabilità solidale del committente riguarda i dipendenti dell'appaltatore le cui prestazioni di lavoro siano concretamente e direttamente attinenti all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto.

La stessa dottrina, inoltre, sottolineò i non indifferenti problemi di coordinamento esistenti tra l'art. 29, co. 2°, del Decreto Biagi e l'art. 35 della Legge Bersani scorgendo una certa "complementarietà" tra le disposizioni in esame: per cui, mentre il primo prevedeva un meccanismo di corresponsabilità destinato ad operare ex post (a mancati versamenti oramai avvenuti), il secondo provvedimento normativo introduceva un meccanismo di accertamento preventivo diretto a garantire *ex ante* il corretto adempimento di tutti i versamenti fiscali e contributivi, la cui osservanza avrebbe fatto venire meno i presupposti di fatto della responsabilità solidale dell'art. 29, salvo che per i trattamenti retributivi dei lavoratori.

Il meccanismo farraginoso dei controlli *ex ante* come previsti dai commi da 29 a 33 della Legge Bersani è stato, come vedremo, successivamente abrogato facendo venire meno tale complementarietà lasciando quindi solamente una mera stratificazione di norme non raccordate fra loro.

La *ratio* dell'allargamento della responsabilità al committente si rileva nella volontà del legislatore di responsabilizzare lo stesso nella scelta delle imprese a cui affidare gli appalti.

A seguito di quanto sopra, per il mancato versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali da parte dell'appaltatore, l'Amministrazione Finanziaria e gli Enti Previdenziali avrebbero potuto agire entro il termine di decadenza di due anni nei confronti del committente, mentre, decorso tale termine di decadenza, potranno agire entro l'ordinario termine prescrizione quinquennale esclusivamente verso l'appaltatore nel limite del debito.

SCHEMA RIASSUNTIVO DEL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE PER TIPOLOGIE DI CREDITI E DI OBBLIGATI

TIPOLOGIA DI CREDITI	TIPOLOGIA DI COMMITTENTE	COMMITTENTE	APPALTATORE	SUB-APPALTATORE	DECADENZA/PRESCRIZIONE SENZA LIMITI DI VALORE	PRESCRIZIONE NEI LIMITI DEL DEBITO	LEGGI OPERANTI
Retribuzione	Imprenditore	Solidali tra di loro			2 anni	5 anni	29/1676
	Non imprenditore	Solidali tra di loro				5 anni	1676
Contribuzione previdenziale	Imprenditore	Solidali tra di loro			2 anni	5 anni	29/1676
	Non imprenditore	Solidali tra di loro				5 anni	1676
Inail	Tutti	Solidali tra di loro				5 anni	1676
			Solidali tra di loro		5 anni		28
Irpef	Tutti	Solidali tra di loro				5 anni	1676
			Solidali tra di loro		5 anni		28

Le modifiche dei decreti semplificazione del 2012 e 2013 e del D.lgs. 175/2014

Sulla base anche di alcune critiche e spunti operati dal Centro Studi e Ricerche dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano, nei primi mesi del 2012 la vasta opera riformatrice e semplificatoria del Governo Monti venne rivolta anche in tema di responsabilità solidale negli appalti, con la modifica, a distanza di brevissimo periodo, di entrambe le norme in questione, sia l'art. 2 comma 29 della Biagi che l'art. 5 comma 28 della Bersani.

A norma dell'art. 21 della l. 35/2012, l'art. 29 comma 2 venne ad essere infatti modificato come segue:

2. In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'ap-

palto, 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.

Ove convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore, il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di entrambi gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore. L'eccezione può essere sollevata anche se l'appaltatore non è stato convenuto in giudizio, ma in tal caso il committente imprenditore o datore di lavoro deve indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi. Il committente imprenditore o datore di lavoro che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

Anche il comma 28 dell'art. 35 veniva parimenti modificato dall'art. 2 comma 5/bis del D.L. 16/2012, conv. nella L. 44/2012:

28. In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, al versamento all'erario delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto scaturente dalle fatture inerenti alle prestazioni effettuate nell'ambito dell'appalto, ove non dimostri di avere messo in atto tutte le cautele possibili per evitare l'inadempimento.

SCHEMA RIASSUNTIVO DEL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE (DAL MARZO 2012 – NON ATTUALE) PER TIPOLOGIE DI CREDITI E DI OBBLIGATI

TIPOLOGIA DI CREDITI	TIPOLOGIA DI COMMITTENTE	COMMITTENTE	APPALTATORE	SUB-APPALTATORE	DECADENZA/PRESCRIZIONE SENZA LIMITI DI VALORE	PRESCRIZIONE NEI LIMITI DEL DEBITO	LEGGI OPERANTI
Retribuzione, anche indiretta	Imprenditore		Solidali tra di loro		2 anni	5 anni	29/1676
	Non imprenditore		Solidali tra di loro			5 anni	1676
Contribuzione previdenziale ed Inail	Imprenditore		Solidali tra di loro		2 anni	5 anni	29/1676
	Non imprenditore		Solidali tra di loro			5 anni	1676
Rit. Irpef IVA	Imprenditore		Solidali tra di loro		2 anni		28

L'articolo 13-ter del D. L. 22 giugno 2012, n. 83 ("Decreto Crescita") convertito nella L. 134/2012, in modifica dell'art. 35 comma 28 della L. 248/2006 (meglio noto come "Decreto Bersani"), modificava nuovamente la disciplina in merito nell'ambito fiscale, statuendo la responsabilità dell'appaltatore con il subappaltatore per il versamento all'Erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dell'Iva dovuta dal subappaltatore in relazione all'appalto, nei soli limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto. Inoltre, in capo al committente (non più ritenuto responsabile in solido), venne introdotta una sanzione amministrativa da 5.000 a 200.000 euro nel caso in cui lo stesso avesse provveduto ad effettuare il pagamento all'appaltatore senza controllare che i suddetti versamenti fiscali scaduti alla data del pagamento del corrispettivo fossero stati correttamente eseguiti dall'appaltatore ed eventualmente anche dal subappaltatore. La norma prevedeva inoltre un meccanismo di asseverazione dei predetti versamenti ed adempimenti attraverso la quale il committente (così come l'appaltatore e via via gli eventuali subappaltatori) avrebbero potuto assolvere al suddetto onere di controllo e relativa documentazione;

Così si presentava la norma in commento dopo le suddette modifiche:

28. In caso di appalto di opere o di servizi, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto. La responsabilità solidale viene meno se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore. L'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui al primo periodo può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322. L'appaltatore può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte del subappaltatore. Gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido.

28-bis. Il committente provvede al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dagli eventuali subappaltatori. Il committente può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte dell'appaltatore. L'inosservanza delle modalità di pagamento previste a carico del committente è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 se gli adempimenti di cui al comma 28 non sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dal subappaltatore. Ai fini della predetta sanzione si applicano le disposizioni previste per la violazione commessa dall'appaltatore.

28-ter. Le disposizioni di cui ai commi 28 e 28-bis si applicano in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto e, in ogni caso, dai soggetti di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni. Sono escluse dall'applicazione delle predette disposizioni le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Agenzia delle Entrate fornì chiarimenti in merito all'ambito di applicazione della responsabilità solidale fiscale, dapprima con la propria circolare 40/E/2012 e successivamente con la circolare n. 2/2013 del 1° marzo 2013 stabilendo in estrema sintesi:

- l'applicabilità della norma solo ai contratti stipulati dal 12.08.2012 o a quelli già in corso ma prorogati dopo tale data;
- la possibilità, di produrre, in luogo dell'asseverazione una dichiarazione sostitutiva (autocertificazione ex DPR 445/2000) con cui l'appaltatore (e/o gli eventuali subappaltatori) avrebbero potuto attestare l'avvenuto pagamento di quanto previsto dalla norma indicando a tal fine anche gli estremi di versamento relativi al /ai mod. F/24;
- l'applicabilità della sopra esposta sanzione al committente solo nel caso in cui fosse risultata l'effettiva omissione dei versamenti in oggetto;
- la valenza della norma in argomento soltanto ad appalto e subappalto, come esattamente definiti dall'art. 1655 del Codice Civile, evitando qualsiasi interpretazione di tipo estensivo; esemplificando, Agenzia delle Entrate ritenne che le disposizioni in argomento non si applicassero agli appalti di fornitura di beni, al contratto d'opera, c) al contratto di trasporto, alla subfornitura (L. 192/1998), alle prestazioni rese in ambito consortile;
- l'inapplicabilità della norma a soggetti quali le stazioni appaltanti (e l'intero settore pubblico), i privati persone fisiche ed il condominio.

Malgrado l'intento di obiettiva semplificazione (ai limiti di una obiettiva mancanza di reale incisività della norma) da parte di Agenzia delle Entrate, le disposizioni nazionali in esame – che rimanevano comunque connotate da un elevato grado di burocrazia - sarebbero incompatibili con la disciplina comunitaria secondo alcune letture che vennero attivate nei primi mesi del 2013 da Confindustria (formale denuncia di infrazione

alla Commissione Europea) e dall'Associazione dei Dottori Commercialisti (AIDC, denuncia n. 9 del marzo 2013) di Milano; le iniziative presentavano caratteristiche comuni e si relazionavano alle disposizioni della direttiva n. 2006/112/CE, che prevede le modalità con cui gli Stati membri possano stabilire la responsabilità in solido per gli assolvimenti dell'IVA e decretare modalità operative in merito.

Per AIDC, in estrema sintesi, rispetto alla disposizioni comunitarie sarebbero stati violati i generali principi di proporzionalità, certezza del diritto e legittimo affidamento, in quanto nella norma italiana la solidarietà fiscale nell'ambito dell'appalto (e soprattutto la sanzionabilità del committente) sarebbe sorta a prescindere dall'esistenza di un effettivo intento di frode o di effettiva evasione, rapportandosi solo al caso di mancata verifica documentale. Inoltre, il blocco dei pagamenti avrebbe rischiato di creare un danno eccessivo all'appaltatore. Ancora, la violazione effettiva sarebbe emersa solo in seguito all'accertamento ed alla relativa contestazione da parte dell'amministrazione finanziaria (quindi in momento senz'altro successivi, ed anche parecchio distanti, rispetto al pagamento da parte del committente). AIDC a tal proposito, segnalava, condivisibilmente, la sproporzione dell'impianto sanzionatorio e la obiettiva impossibilità di una verifica effettiva, anche rispetto a fatti aziendali e a relative valutazioni di merito davvero di accertamento molto difficoltoso da parte di un terzo. I commercialisti di Milano ritennero infine che sarebbe stato leso il legittimo affidamento, poiché il committente (e/o l'appaltatore) già riceveva l'attestazione di una pubblica amministrazione (DURC) sulla regolarità contributiva dell'appaltatore (e/o il subappaltatore).

Analoghe considerazioni furono sollevate da Confindustria, che il 13 marzo 2013 presentò alla Commissione Europea una formale denuncia in merito, secondo la quale le nuove regole dal Decreto Crescita sarebbero state incompatibili con il diritto comunitario, in particolare per quanto concerne il versamento all'Erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dell'Iva dovuta dal subappaltatore. Anche per Confindustria le norme in argomento violavano il principio di proporzionalità delle sanzioni e inoltre non rispettavano il principio che prevede l'ammissibilità della responsabilità solidale soltanto quando sussista un concorso dell'obbligato solidale nella frode dell'obbligato principale. Confindustria lamentava inoltre come lo Stato italiano trasferisse sulle imprese l'onere improprio di controllare la regolarità fiscale dei soggetti coinvolti nell'appalto (compito invece spettante all'Amministrazione Finanziaria) moltiplicando ingiustamente costi e rischi delle stesse.

Ma le norme erano destinate – probabilmente anche sulla base di pressioni come quelle ricordate o analoghe - a cambiare ancora.

- Una prima modifica venne operata a cura del D.L. 69/2013, che **tolse la responsabilità fiscale sulle poste di IVA** (lasciando solo quella sulle ritenute fiscali) relative alle lavorazioni appaltate, con decorrenza dal 22 giugno 2013.
- Una seconda modifica, *rectius*, una serie di precisazioni non di poco conto pervenivano sul fronte lavoristico anche dall'ennesimo decreto sullo sviluppo (DL 76/2013, conv. in L. 99/2013) che all'art. 9 comma 1 ribadiva per via legale posizioni già espresse in via di prassi dal Ministero del Lavoro; tale Dicastero aveva infatti emanato un documento - il "Vademecum sulla Riforma Fornero", lettera circolare prot. n. 7258 del 22 aprile 2013 - nel quale, in un confronto con il Consiglio nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro emergevano, proprio rispetto alla responsabilità solidale, significative divergenze interpretative, poi tutte risolte dal decreto predetto secondo l'orientamento ministeriale. Il DL76/2013, con curioso metodo normativo, non interveniva sul testo di legge ma forniva una sorta di non dichiarata **interpretazione autentica di alcuni passaggi dell'art. 29 co. 2** della L. Biagi, in forza della quale il legislatore prendeva posizione su tre punti dibattuti:
 - la responsabilità solidale lavoristica doveva intendersi estesa, con un'ampia interpretazione della nozione di "lavoratore", anche ai lavoratori autonomi impiegati nell'appalto, e non solo a quelli subordinati; tale estensione venne tuttavia prontamente mitigata dalla circolare n. 35 del 29 agosto 2013 del Ministero del Lavoro, la quale precisò che la responsabilità per le poste contributive ed assicurative avrebbe potuto esplicitarsi solo relativamente ai lavoratori il cui onere contributivo grava sul datore di lavoro (come le collaborazioni coordinate e continuative) e non direttamente sul lavoratore autonomo (come soggetti a partita IVA o artigiani);
 - la non applicabilità della norma sulla responsabilità solidale ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni;

- la possibilità della contrattazione nazionale (possibilità, come vedremo, ora scomparsa) di incidere solo sulla responsabilità solidale afferente poste di natura retributiva ma non di natura assicurativo-previdenziale;
- La terza modifica è stata operata dall'art. 28 del D. Lgs. 175/2014 (denominato anche Decreto di Semplificazione Fiscale), per effetto del quale i commi 28, 28/bis e ter dell'art. 35 del decreto Bersani sono stati definitivamente abrogati. Con essi, è stata tolta la solidarietà del committente anche sulle ritenute fiscali e, inoltre, si è eliminata la duplicità di norme che insistevano sulla medesima materia della responsabilità solidale in appalto (restando la stessa disciplinato solo dall'art. 29 co. 2 del D. Lgs. 276/03.. Essendo avvenuta la pubblicazione in G.U. il 28 novembre 2014, gli effetti di tali disposizioni hanno avuto corso a partire dal **13 dicembre 2014, data dalla quale, pertanto, ogni aspetto relativo alla responsabilità solidale in ambito fiscale non è più operativo.**
- Una quarta modifica, che però deve essere intesa alla stregua di una mera specificazione, riguarda l'onere che, in qualità di sostituto di imposta, investe il committente qualora sia chiamato a corrispondere in via di solidarietà retribuzioni ai lavoratori impiegati nell'appalto. La fattispecie era già stata affrontata in via di prassi con una **risposta ad interpello da parte dell'Agenzia delle Entrate**³³, che stabiliva come il committente chiamato in solido dovesse provvedere al versamento non solo delle retribuzioni eventualmente vantate dai dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore, ma altresì provvedere al versamento delle ritenute fiscali in qualità di sostituto di imposta.. Ora viene statuito per legge con la seguente variazione all'art. 29, co. 2.

2. All'articolo 29, comma 2, ultimo periodo, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dopo le parole: «Il committente che ha eseguito il pagamento» sono inserite le seguenti: «è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e».

Vi è da sottolineare, al riguardo, che la norma che qualifica il committente come sostituto di imposta in caso di corresponsione in via solidale di retribuzioni ai lavoratori dell'appaltante lascia aperti una serie di interrogativi sugli adempimenti che deve porre in essere il committente in tale frangente, mai affrontati né dal legislatore né per via di prassi ed in particolare:

- quale trattamento fiscale ed aliquota applicare alle retribuzioni corrisposte (tassazione ordinaria o separata, ad esempio);
- se obbligato, oltre che ovviamente alla certificazione, anche ad operazioni di conguaglio;
- se obbligato a riconoscere, in qualità di sostituto, anche le eventuali detrazioni spettanti, con l'onere ulteriore di raccogliere e/o ottenere dal lavoratore la relativa documentazione;
- se obbligato agli ulteriori adempimenti del sostituto (conguaglio importi provenienti da mod. 730, conguaglio con altri redditi nell'anno, applicazione delle addizionali, etc.).

La solidarietà nel settore del trasporto

Benchè attinente solo in parte al tema dell'appalto, ma non certo alle esternalizzazioni in genere, mette conto un breve cenno della disciplina introdotta dal comma 248 dell'art.1 della L. 190/2014) inserendo i nuovi commi da 4-bis a 4-sexies dopo il comma 4 dell'art. 83/bis della L. 133/2008.

Si tratta di una responsabilità solidale *sui generis* prevista per i committenti servizi nel settore dei trasporti, il cui concetto è ampliato non solo alle operazioni di trasporto vero e proprio ma anche ai servizi di deposito, movimentazione e lavorazione della merce, connessi o preliminari all'affidamento del trasporto.

Tale responsabilità solidale ha caratteristiche diverse da quella dell'appalto in quanto si attiva *solamente* qualora il committente non proceda - preliminarmente al contratto di trasporto - ad acquisire una attestazione di regolarità dell'assolvimento oneri previdenziali ed assicurativi da parte degli enti previdenziali, con data non anteriore a tre

note

33. Risoluzione n. 481/E, 19/12/08.

mesi oppure il vettore non proceda ugualmente a tale controllo nei confronti dell'eventuale sub-vettore (è ammessa solo una sub-vezione). Il sub-vettore, a differenza del committente, è onerato, in caso di mancato controllo, non da una responsabilità in solido bensì da una "assunzione diretta" degli obblighi retributivi e contributivi.

L'oggetto della responsabilità solidale sono gli oneri retributivi ed i contributi assicurativi e previdenziali inerenti i lavoratori impiegati nei servizi di trasporto (nell'ampio senso sopra considerato) forniti al committente, senza sanzioni amministrative che restano a carico del responsabile dell'inadempimento. La norma appare scritta in modo differente da quella sull'appalto, pur se sostanzialmente ne ricalca il concetto, in quanto non viene fatta menzione del TFR e anche l'esclusione delle sanzioni è prevista per le sanzioni "amministrative" e non per quelle civili (di solito connotate al mancato o tardivo versamento degli oneri contributivi).

Allo stato non è chiaro se si sia trattato di una semplice dimenticanza oppure se il legislatore abbia voluto differenziare le due norme, che appaiono disallineate come da seguente tabella di confronto.

CASISTICA RESPONSABILITÀ SOLIDALE	APPALTO (art. 29 comma 2 D. Lgs. 276/2003)	TRASPORTO (commi 4-bis e segg art.83/bis L.133/2008 modif. da L. 190/2014)
Esercitabilità	Entro due anni dalla cessazione del contratto	Entro un anno dalla cessazione del contratto
Responsabilità committente	In solido con appaltatore e sub-appaltatori per loro inadempienze. Possibile regresso su obbligato principale.	In solido con vettore e sub-vettori per loro inadempienze. Possibile regresso su obbligato principale.
Responsabilità della catena post-committente	Appaltatore e subappaltatore rispondono in solido	Vettore e sub vettore rispondono direttamente .
Oggetto della responsabilità	Retribuzioni (compreso TFR), contributi e premi su lavoratori (dipendenti o parasubordinati), escluso sanzioni.	Obblighi fiscali, retributivi, contributivi ed assicurativi, escluso sanzioni amministrative
Possibilità di esclusione della responsabilità solidale	NO	SI. Con ottenimento "DURC" (o documento similare) del vettore o sub-vettore al più tardi alla stipula contratto di trasporto.

La prassi - circolare n. 17 dell'11 luglio 2012 del Ministero del Lavoro – era in passato intervenuta sugli appalti di servizi di trasporto, escludendo in via generale l'applicazione analogica della responsabilità solidale a contratti tipici diversi dall'appalto ma individuando fenomeni complessi che potevano ritenersi riferibili al concetto di appalto, con applicazione della relativa disciplina. In particolare il Ministero individuava come soggetti alla responsabilità solidale di cui all'art. 29 co, 2 i seguenti contratti:

- "appalto di servizi di trasporto", laddove il vettore si obblighi a trasferire, per un certo periodo di tempo ed all'interno di una zona territoriale ben individuata, persone o cose da un luogo all'altro, ricorrendo in tal caso una "predeterminazione e sistematicità dei servizi", in quanto prestazioni continuative caratterizzate da durata e costanza nel tempo, che vadano ad integrare un risultato complessivo, tipico dell'appalto;
- "appalto di servizi", ovvero qualora rispetto alla prestazione di mero trasporto (e attività complementari) risultino prioritarie altre attività di servizi (stoccaggio, catalogazione della merce, gestione della stessa nel magazzino, etc);
- "servizi di logistica" (una sottocategoria della fattispecie precedente), le cui operazioni non siano meramente accessorie al trasporto ma si traducano in molteplici attività complesse (quali lavori di confezionamento e imballaggio, raccolta ordinativi, trasferimento, gestione della conservazione delle merci, deposito, riconsegna a differenti destinatari etc.).

Si osservi che, con la modifica introdotta anche sotto l'aspetto definitorio, il margine di sovrapposizione fra le fattispecie considerate dalla circolare ministeriale e quella individuate dalla nuova norma è ampio; in via generale, la circolare può ritenersi sorpassata dalla norma (con applicazione della diversa responsabilità solidale) in tutti i casi in cui i servizi integrati siano specificamente connessi all'attività principale di trasporto.

Le ultime modifiche e la situazione al maggio 2018

La situazione in tema di responsabilità solidale nelle esternalizzazioni al momento di stesura di questo contributo ha subito alcuni significativi cambiamenti sia sul versante legislativo che sulle prospettive di azione in via di prassi e sulla base di importanti statuizioni giurisprudenziali.

Sotto il profilo normativo, importanti modifiche all'art. 29 co. 2 sono state apportate dal D.L. 25/2017, convertito nella L. 20 aprile 2017, n. 49, in vigore dal 23 aprile 2017.

Il Decreto Legge è stato promulgato dall'Esecutivo in seguito all'approvazione del quesito referendario proposto dalla CGIL sul tema. Accogliendo pienamente le istanze dell'iniziativa referendaria, il legislatore ha introdotto due sostanziali modifiche alla materia:

- con la prima, ha soppresso l'incipit del comma 2, eliminando la possibilità da parte della contrattazione collettiva nazionale di porre eccezioni alla responsabilità solidale (solo retributiva, per le specificazioni viste in precedenza);
- con la seconda, ha abrogato il passaggio del comma 2 relativamente al c.d. beneficium *excussionis*, ovvero la necessità - per poter procedere con un'azione di responsabilità nei confronti dell'obbligato solidale in appalto (cioè il committente) - di chiamare in correo l'appaltatore (ovvero l'obbligato principale) e di soddisfare in via primaria la richiesta sui beni di quest'ultimo.

Così si presenta, allo stato di pubblicazione del presente manuale, il comma 2 dell'art. 29 dopo le complesse e stratificate variazioni normative sin qui considerate:

2. In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido 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 ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

Di seguito si espone, pertanto, anche la tabella riepilogativa della responsabilità solidale, al termine dell'iter modificativo sopra ricordato, e prendendo in considerazione anche le variazioni temporali intervenute.

Oggetto della solidarietà	Ciclo/soggetti della solidarietà	Decadenza e limiti dell'azione	Asv *	Esc. **	Tipo *** Committente	Norma
Lavoro						
Retribuzioni Tfr Contributi Premi assicurativi	Committente ↓ Appaltatore ↓ Subappaltatori	Due anni dalla cessazione di appalto o subappalto (debiti contr. soggetti e prescrizione quinquennale) Illimitata	NO	NO dal 23.04.18	Imprenditore o datore di lavoro Tranne persona fisica non imprenditore	D.lgs 276/03 Art. 29 c. 2
Retribuzioni (Tfr- Contributi Premi assicurativi?)	Committente ↓ Appaltatore ↓ Subappaltatori	5 anni Nei limiti di quanto non ancora corrisposto	NO	NO	Tutti (anche privati e appalti pubblici)	Cod. Civ. Art. 1676
Fisco (decorrenza abrogazioni)						
IVA (su appalto) (NO dal 22 giugno 2013)	Appaltatore ↓ Subappaltatori *****	Prescriz. Ordinaria (5 anni) Nei limiti del valore dell'appalto	SI ****	NO	Imprenditore o datore di lavoro ***** NO per: appalti pubblici, soggetti privati, condominio	L. 248/06 Art. 35 c. 28 e segg
Ritenute irpef (su dipendenti impiegati nell'appalto) (NO dal 13 dicembre 2014)	Appaltatore ↓ Subappaltatori *****	Prescriz. Ordinaria (5 anni) Nei limiti del valore dell'appalto	SI ****	NO	Imprenditore o datore di lavoro ***** NO per: appalti pubblici, soggetti privati, condominio	L. 248/06 Art. 35 c. 28 e segg.
NOTE: * Asv: =Possibilità di asseverazione (possibile esclusione, fino al 22.04.2018, in seguito ad eventuali controlli preventivi da individuare dalla contrattazione collettiva - norma annullata dal 23/04/2018) ** Esc = Escussione obbligatoria dell'obbligato principale *** Non applicabile settore appalti pubblici (controverso per lavoro) **** Possibile dich. sostitutiva di appaltatore e subappaltatori ***** Committente sanzionato se non effettua i controlli sull'appaltatore						

Sempre in tema di responsabilità solidale, un recente intervento della Corte costituzionale, sentenza n. 254 del 06/12/2017, ha adottato un criterio interpretativo estensivo.

Il Giudice costituzionale - interrogato sulla costituzionalità dell'art. 29 co. 2 laddove ha previsto una responsabilità solidale solo per la fattispecie dell'appalto e del subappalto ma non di contratti analoghi (nel caso di specie, subfornitura di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192) – ha superato la natura eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente, a favore di una sua applicazione estensiva in favore di lavoratori diversi dai dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore ma comunque qualificabili in termini di lavoro indiretto.

Pertanto, con una decisione interpretativa di rigetto, ha escluso l'anticostituzionalità della norma sulla responsabilità solidale, poiché se la finalità della stessa è proprio quella di evitare che i meccanismi di decentramento e di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto, gli effetti della norma possono quindi ben può estendersi anche al campo della subfornitura, non soltanto per l'assimilazione di tale contratto ad un contratto di appalto, ma per la tutela del soggetto lavoratore che, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, deve naturalmente considerarsi estesa a tutti i livelli di decentramento.

A questa lettura "costituzionalmente orientata" ha aderito la circolare n. 6 del 29 marzo 2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, evidenziando che già nel 2012, con la nota n. 5508 del 29 marzo, l'allora Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero aveva ipotizzato la possibile estensione del regime di solidarietà al contratto di subfornitura qualora si fosse manifestata una forma di controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte del committente. La circolare ricorda anche altri passati interventi di prassi, come l'interpello n. 2/2012 che, sulla scorta di Cassazione 6208/2008, ipotizzava la sussistenza di una responsabilità solidale nei rapporti tra consorzio aggiudicatario dell'appalto e imprese consorziate esecutrici, in ragione della funzione di garanzia sostanziale del regime della responsabilità solidale al di là della denominazione formale del negozio giuridico attuato.

L'INL assume pertanto indirizzo operativo di ampio raggio della responsabilità solidale, applicabile in tutte le ipotesi in cui i meccanismi di decentramento "rechino danno ai lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto", con il conseguente recupero degli oneri contributivi ed assicurativi in capo al decentrante/utilizzatore (così come per i diritti retributivi verso i lavoratori utilizzati) ai sensi dell'art. 29 co. 2, a meno che non intervenga una disciplina specifica come nel caso dell'autotrasporto (visto in precedenza) o della somministrazione (art. 35, comma 2 del D.L.vo n. 81/2015. Il principio, sottolinea l'INL nella circolare n. 6/2018, dispiega i propri effetti anche nelle ipotesi di distacco ex art. 30 del D.L.vo n. 276/2003 e nel distacco transnazionale ex D.L.vo n. 136/2016, in tutti i casi in cui la posizione dei lavoratori appaia particolarmente esposta sia sotto il profilo economico che sotto quello previdenziale-assicurativo.

Osservazioni conclusive e criticità operative ed interpretative

Alcuni spunti positivi³⁴ possono essere trovati nelle varie revisioni normative, su tutti il superamento della stratificazione normativa sulla responsabilità solidale fra la parte più propriamente fiscale - il Decreto Bersani è stato definitivamente abrogato – e quella lavoristica, benchè qualche perplessità desti il fatto che nessuna esposizione sia residua sugli oneri fiscali (con l'evidente rischio che eventuali manovre "al risparmio" nella filiera si spostino su tali oneri). In particolare poi, la norma sembra soffrire di interventi più orientati al clamore o alla suggestione del momento che non all'esigenza di costruire una disciplina sistematica, dando la sensazione della mancanza di un orizzonte ed un orientamento preciso, anzi di interventi di natura ondivaga.

Permangono pertanto molteplici spunti di criticità che riteniamo errato lasciare alla soluzione di interventi di prassi - sempre discutibili e quindi inefficaci nell'indirizzare concretamente il mondo del lavoro – o interpretazioni giurisprudenziali, senza tentare una compiuta definizione per via normativa.

La stratificazione superata fra norme fiscali e lavoristiche si ripresenta oggi nella diversità di affronto della materia, al di là delle ipotesi estensive della magistratura, fra le esternalizzazioni in generale e settori ad elevata terziarizzazione, quali trasporti e servizi logistici.

note

34. Si noti che molti argomenti oggetto delle variazioni legislative sono stati a tema delle numerose proposte di modifica normativa avanzate più volte dal Centro Studi dell'Ordine di Milano, sia nelle proprie pubblicazioni che nella Convegnicistica dallo stesso organizzata.

Una mancanza notevole, accentuata dalle modifiche della L. 49/2017, è la mancanza di una previsione di legge per l'attuazione di procedure di *due diligence* attuabili dal committente con il duplice scopo di promuovere filiere di lavorazione sane e, correlativamente, limitare il rischio relativo al regime di responsabilità solidale.

Oggi pertanto il committente può solo inventare in proprio sistemi di controllo capillare che, come vedremo nel capitolo dedicato alle prassi di esame e verifica, non può certo limitarsi alla mera richiesta di esibizione del DURC - documento che notoriamente rileva esclusivamente le obbligazioni previdenziali, assicurative e relative alle Casse Edili conseguenti alle denunce effettuate. – o di qualche altra scarna documentazione. Resta tuttavia difficile esaminare la complessa documentazione che dia certezza sull'assolvimento ed il rispetto di tutto il *corpus* normativo a cui è soggetto un datore di lavoro.

È pertanto prassi ormai consolidata, soprattutto in caso di assegnazione di appalti di entità rilevante, la richiesta da parte del committente di **una fideiussione a garanzia** degli eventuali debiti retributivi, previdenziali o assistenziali, il che però appesantisce in modo improprio i costi dell'esternalizzazione.

Nell'ipotesi in cui il committente fosse chiamato a rispondere in solido si potrebbero ingenerare delle marcate perplessità operative, addirittura sotto il profilo dell'accertamento. Infatti, premesso che la richiesta di riconoscimento del credito da parte del lavoratore può anche derivare da un atto stragiudiziale, ci si domanda quale possa essere la documentazione comprovante l'ammontare dell'effettivo debito richiesto in solido, atteso che il committente, anche se durante lo svolgimento dell'appalto si fosse premurato di richiedere la documentazione comprovante la regolare effettuazione dei versamenti e quindi l'assolvimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, potrebbe non avere precisa contezza della prestazioni e/o dello sviluppo del rapporto di lavoro effettivamente intercorso con il dipendente. Non di rado l'obbligato in solido – e anche l'accertatore – non sono in grado di ricostruire con esattezza i termini della prestazione del lavoratore impiegato (da un terzo) in appalto.

Altre perplessità operative nella gestione dei debiti solidali sorgono con la statuizione del committente e/o obbligato in solido quale sostituto di imposta nei confronti di uno o più soggetti che non risultano iscritti nel suo Libro Unico bensì in quello dell'appaltatore. Il committente, una volta tenuto a riconoscere le somme spettanti al lavoratore dell'appaltatore, oltre ad assumersi l'onere di adempiere i conseguenti obblighi di versamento della ritenuta e certificazione, dovrebbe prendersi in carico anche quelli conseguenti ai conguagli e ad altre operazioni tipiche del sostituto? E ancora, quali aliquota applicare per il calcolo della ritenuta sulle somme versate? Sorgono anche forti dubbi sulla qualificazione giuridica e la relativa responsabilità derivanti da oneri relativi ad un rapporto di lavoro di cui il committente non è mai stato titolare; in particolare si pensi agli adempimenti relativi a prestazioni previdenziali o assistenziali, ovvero alle denunce periodiche.

Conseguenze pratiche ci potrebbero pertanto essere relativamente a numerosi altri adempimenti lavoristici.

Un aspetto problematico non secondario deriva inoltre dal fatto che parte della giurisprudenza³⁵ tende a dare una diversa lettura interpretativa della norma, addirittura in difformità dalla univoca e costante prassi ministeriale (vedi da ultimo Min. Lav., circ. 5/2011 e nota 7140/2012), asserendo che in tema di responsabilità solidale il termine decadenziale (biennale) previsto dall'art. 29 del D. Lgs. 276/2003 sia valevole solo per le azioni dei lavoratori, rimanendo inalterato, per la mera azione degli Enti Previdenziali il normale termine prescrizione dei 5 anni.

Per concludere, un nucleo esteso di elevate criticità, per le quali, insieme ad altre, abbiamo ritenuto nel capitolo otto di avanzare decise proposte di semplificazione e razionalizzazione della materia.

note

35. Cfr. Cass. n. 996/2007; Trib. Forlì sez. lav. n. 193 del 10.06.2011.

CAPITOLO 4

Il ruolo del consulente del lavoro nell'utilizzo e controllo di un contratto d'appalto

In considerazione del regime di responsabilità solidale, appare evidente che l'impresa, che giunga alla scelta organizzativa di esternalizzare parte del proprio processo produttivo ad altri soggetti imprenditoriali, deve:

- **affinare le tecniche di redazione ed utilizzo dello strumento contrattuale (contratto di appalto).** Dal contenuto del contratto sarà opportuno che si evinca in modo chiaro la distinzione tra l'organizzazione del committente e dell'appaltatore. In particolare:
 - le parti devono evitare ogni forma di promiscuità e di confusione tra le linee gerarchiche e funzionali di riporto che interessano il personale deputato alla realizzazione del servizio appaltato;
 - il committente può controllare e vigilare sulla corretta esecuzione del servizio e tuttavia tale interferenza dovrà essere incanalata attraverso il mantenimento di un rapporto esclusivo con uno o più referenti dell'appaltatore, evitando ogni rapporto diretto con il personale impiegato da quest'ultimo;
 - è consigliabile inserire una clausola che obblighi l'appaltatore a garantire la presenza costante in loco di almeno una persona incaricata del coordinamento del servizio oggetto del contratto, possibilmente con indicazione del nominativo e con esplicita previsione che egli costituisce l'unico tramite con il committente.
- **predisporre un adeguato sistema di controllo amministrativo delle vicende contrattuali,** con particolare riferimento alla correttezza degli adempimenti in materia di rapporti di lavoro da parte dei propri partner commerciali;

In queste nuove sinergie appare evidente **la centralità della figura del consulente del lavoro**, ulteriormente rafforzata dalla cd "**direttiva Sacconi**"³⁶: "... è senza dubbio il professionista istituzionalmente deputato ad assistere l'azienda sia nella **stipula di un genuino contratto di appalto** sia **nell'utilizzo di alcuni strumenti di controllo** che, sebbene non consentano di derogare al regime della responsabilità solidale, possano, garantendo la corretta applicazione di norme di legge, ridurre il rischio di incorrere in problematiche e costi imprevisti."

4a. Verificare, prevedere, predisporre ed incentivare

Il consulente del Lavoro, in nome delle buone prassi, della cultura della legalità e della sicurezza in ambito

note

³⁶. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; ex art. 2, comma 2, D.Lgs 124/04 del 18.09.2008.

lavorativo può, quindi, affiancare l'azienda nel

VERIFICARE

l' idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore, attraverso un'attenta valutazione delle opportune caratteristiche di cui questi dovrà essere munito, rispetto all'oggetto del contratto.

Da “Circolare del Ministero del Lavoro n. 5 del 11.02.2011:

“La qualificazione professionale delle imprese

Una questione di fondamentale importanza per garantire “a monte” più efficaci condizioni di sicurezza nei lavori effettuati in regime di appalto o subappalto è legata alla idoneità tecnico-professionale delle imprese coinvolte nelle lavorazioni. Sul punto occorre segnalare quanto stabilito dall'art. 26, comma 1, lett. a), n. 2, del D.Lgs n. 81/2008 che, nelle more della emanazione di uno specifico D.P.R. che definirà il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27 del “Testo unico”, richiede una autocertificazione della impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi relativa al possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale.

Una previsione più incisiva è invece, quella dell'art. 27, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 81/2008, relativa al settore delle imprese edili, cioè quelle inquadrare come tali ai fini previdenziali, che introduce uno strumento idoneo a consentire la continua verifica della idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi, con particolare riferimento alla assenza di violazioni della disciplina prevenzionistica e ai requisiti di formazione previsti. Si tratta del c.d. meccanismo della “patente a punti” che prevede la decurtazione di un punteggio predeterminato in relazione all'accertamento di violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, fino ad arrivare ad un vero e proprio divieto di continuare ad operare nel settore edile in caso di azzeramento del punteggio. Tale meccanismo opererà una volta che verrà completata la predisposizione del citato D.P.R. sulla qualificazione delle imprese in avanzata fase istruttoria.

Come dispone l'articolo 27, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 81 del 2008 sono in ogni caso fatte salve le disposizioni in materia di qualificazione previste dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”.

PREVEDERE

- l'individuazione di un responsabile dell'appalto, scelto tra i lavoratori dell'appaltatore che operano nell'appalto, e di un omologo referente del committente. Attraverso questi soggetti devono avvenire i contatti e le comunicazioni delle due strutture organizzative rispetto all'esecuzione dell'appalto.
- se possibile, la separazione fisica all'interno dei locali tra zone in cui opera il committente e zone in cui opera l'appaltatore (ricordare anche l'obbligo di utilizzare i cartellini di riconoscimento per il personale dell'appaltatore);
- utilizzo da parte dell'appaltatore di propri macchinari per l'esecuzione dell'appalto (evitare il separato contratto di comodato da parte del committente a favore dell'appaltatore, in quanto il contratto di appalto col contratto di comodato potrebbero risultare di fatto un'unica operazione economica con lo scopo di aggirare gli obblighi di legge);
- quantificazione del prezzo dell'appalto “a corpo” e non parametrato alle ore di lavoro. Nel caso in cui ciò sia inevitabile, è necessario che nel contratto sia evidente che l'oggetto dell'appalto è un risultato (opera o servizio) ben definito ed autonomo rispetto all'attività del committente. Ciò al fine di evidenziare sia l'autonomia organizzativa sia il rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

PREDISPORRE

- **un contratto di appalto** che, come ulteriore cautela, definisca e contenga alcune clausole contrattuali:
 - a) alla luce dell'estensione, operata dal Ministero, della nozione di lavoratori per i quali opera la protezione dell'art. 29 del D.Lgs n. 276/2003, appare evidente l'esigenza di vietare all'appaltatore l'impiego di lavoratori i cui contratti di lavoro non siano riconducibili all'art. 2094 del codice civile, prevedendo che, nel

- caso di inadempimento, opererà **la clausola risolutiva espressa**³⁷;
- b) inserire nel contratto di appalto opportune **clausole di manleva**³⁸ da parte dell'appaltatore a favore del committente per tutti i profili di responsabilità solidale previsti dall'art. 29, ma anche, in generale, da altre norme di legge, fra le quali il D.Lgs. n. 81/2008; tali clausole favoriranno le azioni di rivalsa del committente permettendo di chiamare in causa all'appaltatore direttamente davanti al giudice del lavoro, senza quindi necessità di attivare un'autonoma causa in sede civile, con evidente risparmio di tempo;
- c) stabilire, con uno specifico elenco, la documentazione che, periodicamente, l'appaltatore dovrà presentare al committente e, in caso di inadempimento, sancire la risoluzione espressa³⁹
- d) stabilire opportune **clausole penali**, con riserva di richiesta del maggior danno subito, per i predetti inadempimenti⁴⁰;
- e) prevedere, a carico dell'appaltatore, l'obbligo di prestare cauzione attraverso idonea **polizza fideiussoria bancaria, con garanzia "a prima richiesta"**; tale polizza dovrà garantire non solamente il rispetto della pura obbligazione contrattuale assunta, ma anche gli inadempimenti da cui consegue la responsabilità solidale; per il valore e le caratteristiche della polizza, si potranno mutuare i contenuti dell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006.⁴¹

Nel corso dello svolgimento del contratto di appalto, il committente sarà chiamato ad una puntuale verifica nei riguardi dell'appaltatore in merito all'esatto adempimento in materia di responsabilità solidale; in proposito, non appena si riscontreranno i primi indizi che possono fare pensare problematiche in tal senso, risulterà fondamentale contestare e mettere in mora l'appaltatore e bloccare immediatamente i pagamenti a favore di quest'ultimo, nell'attesa che venga fornita la prova della regolarità degli adempimenti richiesti.

Può risultare utile effettuare degli accessi a sorpresa, a cura del committente, negli appalti svolti all'interno dell'azienda, nei confronti dell'appaltatore, per verificare, a titolo esemplificativo, se i lavoratori sono impiegati nel rispetto delle norme in materia di lavoro, se sono rispettati i principi di igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro e che venga indossata la tessera di riconoscimento di cui all'art. 26, comma 8, del D.Lgs. n. 81/2008.

• **una prassi operativa** consistente in

- a) memorandum informativo
 b) check-list di controllo
 c) fac-simile di contratto di appalto di servizi

INCENTIVARE

La certificazione del contratto, strumento introdotto dall'art. 75 e seguenti del D.lgs 276/03, la cui funzione primaria, anche, in virtù anche delle innovazioni apportate dalla Legge n. 183/2010, è finalizzata all'esatta qualificazione del contratto rendendo quindi più difficile l'instaurazione del contenzioso. Accanto a tale funzione, la Commissione di certificazione è tenuta a svolgere un ruolo di consulenza e di assistenza alle parti contrattuali.

La certificazione conferisce efficacia di legge al contratto, anche verso terzi, ma solo fino ad una pronuncia giudiziale che ne dichiari l'erroneità ab origine o la difformità rispetto alla sua esecuzione. In ogni caso, l'istituto garantisce

note

37. Ai sensi dell'art.1456 c.c.: In caso di inadempimento da parte dell'appaltatore anche ad una sola obbligazione posta a Suo carico, il committente potrà risolvere di diritto il contratto di appalto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 del codice civile, compresa la possibilità di agire per la richiesta dell'ulteriore risarcimento dei danni. Il presente accordo si risolverà con il ricevimento, da parte dell'appaltatore, di apposita comunicazione scritta inviata a mezzo raccomandata

con avviso di ricevimento dal committente; non comporta comunque acquiescenza o rinuncia ad avvalersi di tale facoltà o degli altri rimedi di legge l'eventuale tolleranza da parte del committente nei confronti di inadempimenti dell'appaltatore.

38. L'appaltatore si obbliga in ogni caso a manlevare il committente da ogni eventuale azione o pretesa, nessuna esclusa, di qualsivoglia terzo e di qualunque natura, anche con riguardo ai profili di responsabilità solidale

derivanti da norme di legge, di contratto collettivo e/o individuale, ivi comprese le disposizioni di cui al D.Lgs n. 276/2003 ed al D.Lgs n. 81/2008.

39. Art. 1456 del codice civile.

40. Art.1382 c.c.

41. Proprio per i peculiari profili statuiti dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, le predette indicazioni varranno anche per tutti gli eventuali subappaltatori, pienamente coinvolti nel meccanismo della responsabilità solidale.

alcuni vantaggi applicativi, in quanto sino alla sentenza di merito sarà preclusa la possibilità per i servizi di vigilanza (Ispettorato del Lavoro, INPS ecc.) di irrogare sanzioni per fatti attinenti alla qualificazione del contratto certificato. La certificazione di un contratto d'appalto, prevista dall'art.84 del D.Lgs. 276/03, assume particolare rilevanza soprattutto nei casi in cui le particolari modalità operative possono rendere difficoltoso stabilire la linea di confine tra appalto genuino e illecita somministrazione di manodopera.

“Peraltro, con specifico riferimento all'appalto, l'art. 84 del D.Lgs. 276/03 stabilisce che le procedure di certificazione possono essere utilizzate sia in sede di stipulazione del contratto, sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale – anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto.”⁴²

L'Istituto della certificazione, quindi, ha sempre più assunto una maggiore rilevanza in seguito a:

- **Direttiva sulle ispezioni del Ministero del Lavoro del 18 settembre 2008**

“Verifiche sugli appalti illeciti. I contratti di appalto e di subappalto dovranno essere oggetto di specifico e attento esame da parte degli Ispettori del lavoro, non soltanto nel contesto del settore edile, ma in ogni settore produttivo di beni e servizi. **L'attività investigativa, peraltro, dovrà concentrarsi sui contratti che non sono stati oggetto di certificazione.** Obiettivo assoluto è il contrasto alla interposizione illecita e fraudolenta, mediante la verifica di sussistenza dei criteri di genuinità⁴³ di cui all'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003”.

- **Nota Ministero del Lavoro n. 1489 del 3 Febbraio 2009**

“Ai fini della verifica della regolarità dei rapporti di lavoro, la direttiva ministeriale ravvisa la necessità di rivolgere l'attenzione sulle attività di decentramento e di esternalizzazione dei processi produttivi con particolare riguardo ai contratti di somministrazione abusiva o fraudolenta.”

- **Circolare Ministero del Lavoro n. 5 del 11 Febbraio 2011**

La circolare, così come precisato sul sito del Ministero *“tenuto conto del ricorso sempre più frequente a processi di esternalizzazione e della complessità della legislazione e delle fonti di riferimento in materia, effettua una ricognizione delle principali problematiche che gli operatori incontrano nel ricorrere all'appalto e fornisce indicazioni e chiarimenti in merito alla sua corretta gestione”.*

Con riferimento specifico all'istituto della certificazione, la circolare ribadisce ancora una volta l'utilità di utilizzare tale strumento, che può essere attivato *“sia in sede di stipulazione del contratto, sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale – anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro ed appalto genuino”.*

Viene inoltre evidenziato che *“l'efficacia della certificazione risulterà tanto evidente quanto più l'indagine dell'organo certificatore si orienterà ad una disamina attenta della sussistenza degli elementi e dei requisiti previsti dall'art. 29 co. 1 D.Lgs. 276/2003 ... non soltanto su base meramente documentale, ma anche mediante dichiarazioni pubblicamente rese ed acquisite dalle parti contraenti in sede di audizione personale nel corso dell'iter di certificazione”.*

- **Legge 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro), art. 31, co. 7**

Tale normativa, novellando l'art. 79 del D.Lgs. /03, ha ribadito, in modo specifico, che gli effetti della certificazione, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento dell'inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato ... che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede.

In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita.

note

⁴² Circ. Ministero del Lavoro n.5 del 11/02/11.
⁴³ Art. 29 del D.lgs n. 276 del 2003.

4b. Prassi operativa

MEMORANDUM INFORMATIVO

Al fine di assicurare un'effettiva tutela ai diritti dei lavoratori ed allo stesso tempo scoraggiare l'impiego di imprese appaltatrici irregolari, la legge pone a carico del committente un articolato regime di responsabilità per le eventuali inadempienze dell'appaltatore, con una serie di disposizioni stratificatesi nel tempo, senza un adeguato coordinamento e progressivamente sempre più stringenti.

LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL COMMITTENTE

Nell'attuale formulazione della norma, si legge che il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di due anni/cinque anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere i trattamenti retributivi, e i contributi previdenziali ed assicurativi dovuti ai lavoratori e agli enti preposti.

In sintesi :

► **SOMME DOVUTE AI LAVORATORI** (*art. 1676 c.c.*) Il committente è obbligato in solido per il pagamento delle somme dovute ai dipendenti dell'appaltatore, nei limiti di quanto ancora a lui dovuto

► **RETRIBUZIONI E CONTRIBUTI** (*Art. 29, co. 2 D.lgs. 276/03 Art. 1, co. 911, L. 296/06 Solo per appalti privati*) Il committente, imprenditore o datore di lavoro, è obbligato in solido con l'appaltatore per le retribuzioni (compreso TFR) ed i contributi previdenziali dovuti ai lavoratori, nel limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, senza limiti di valore

► **PREMI ASSICURATIVI** (*art. 26, co. 4, D.Lgs. 81/08*) Il committente/imprenditore in solido con l'appaltatore e ciascun sub - appaltatore, risponde per gli eventuali danni riportati dai lavoratori in conseguenza di infortuni sul lavoro non indennizzati dall'INAIL

Controlli preventivi o contestuali alla sottoscrizione dell'appalto:

1) Verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'impresa appaltatrice

Art. 26, co.1, lett. a), D.Lgs n. 81/2008

Art. 55, co.5, lett. b), D.Lgs. n. 81/2008

Il committente è tenuto a verificare l'idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi ai quali affida lavori, servizi e forniture da eseguirsi all'interno della propria azienda o unità produttiva o comunque nell'ambito del proprio ciclo produttivo, con un contratto d'appalto, d'opera o somministrazione, attualmente acquisendo il certificato d'iscrizione alla Camera di Commercio o documento di autocertificazione redatto ai sensi dell'art. 47 DPR 28 settembre 2000, in attesa del futuro sistema di qualificazione delle imprese. **(Allegato A)**

2) Valutazione dei rischi da interferenze (D.U.V.R.I.)

Art. 26, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 81/2008

Art. 55, co. 4, lett. a), D.Lgs. n. 81/2008.

Il committente deve informare sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione ed emergenza adottate dalle imprese e dai lavoratori autonomi cui affida lavori, servizi e forniture da eseguirsi all'interno della propria azienda o unità produttiva o comunque nell'ambito del proprio ciclo produttivo, e redigere un unico documento di valutazione dei rischi da interferenze (Duvri), che deve essere adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture.

3) Valutazione dei costi della sicurezza

Art. 26, co. 5, D.Lgs. n. 81/2008

In tutti i contratti di appalto (art. 1655 c.c.), subappalto (art. 1656 c.c.) e somministrazione periodica di beni (1559 c.c.) o servizi (1677 c.c.), ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, devono essere indicati, pena di nullità, i costi relativi alle misure di sicurezza adottate per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenza.

Ulteriori documenti da richiedere all'appaltatore:

- 4) Posizione Inps / Inail della società
- 5) DURC/DOL, con validità trimestrale che attesta la regolarità dell'azienda alla data della Certificazione
- 6) Fotocopia del LUL – anche per il controllo dei minimi contrattuali
- 7) Elenco dei lavoratori impiegati nell'appalto con allegato Comunicazione preventiva al Centro dell' Impiego di ogni lavoratore presente nell'elenco; ogni eventuale variazione dovrà essere segnalata con allegata documentazione
- 8) Tesserino di riconoscimento
Ogni lavoratore può accedere al lavoro solo se munito di apposito tesserino di riconoscimento (art. 5, L. 136 del 13 agosto 2010). A questo proposito sarebbe consigliabile far sottoscrivere all'appaltatore una Circolare riguardante l'ampliamento dei dati da inserire nella tessera di riconoscimento da consegnare ai lavoratori occupati nell'appalto, per una loro immediata identificazione. **(Allegato B)**

Controlli in corso d'opera

- 9) Copia delle buste paga consegnate a ciascun lavoratore impiegato nell'appalto o autocertificazione sottoscritta dal legale rappresentante della società appaltatrice
- 10) Mod. F24 quietanzati
- 11) Denuncia mensile telematica dei lavoratori all'INPS (modello UNIEMENS)

Al fine di tutelarsi il committente può richiedere di introdurre nel Contratto d'appalto:

- 12) **Clausole contrattuali** che prevedano la sospensione dei pagamenti o la possibilità di rivolgersi ad altra impresa, quale legittima eccezione d'inadempimento, qualora l'appaltatore non rispetti i requisiti di legge, le regole pattuite e non documenti la propria regolarità fornendo, prima di ogni pagamento ed entro tot. Giorni, stabiliti dal committente i documenti richiesti
- 13) **Garanzia fidejussoria**, pagabile a prima richiesta e senza eccezioni, a copertura delle obbligazioni dell'appaltatore che gravano solidalmente sul committente, nel limite dei due anni dalla cessazione del contratto d'appalto
- 14) **Divieto di sub-appalto o cessione**
È consigliabile, infine, vietare espressamente la possibilità per l'appaltatore di subappaltare in tutto o in parte i lavori senza l'autorizzazione del committente e qualora vi siano stati dei subappalti autorizzati, eseguire le medesime verifiche anche nei confronti dei subappaltatori. Inoltre, meglio prevedere una clausola che impedisce l'eventuale cessione del contratto a terzi.

Da ultimo, se è vero che il committente non ha alcun obbligo di "guardiania" sul numero, sull'identità dei lavoratori impiegati per eseguire la prestazione affidata all'appaltatore, tuttavia è nel suo stesso interesse, per le ragioni già ampiamente illustrate, compiere di tanto in tanto, anche solamente a campione, alcune verifiche "sul campo", per verificare l'identità delle persone presenti al lavoro e la regolarità della loro posizione retributiva, fiscale e contributiva.

Si vedano in appendice gli allegati relativi alla documentazione di controllo e verifica.

- autocertificazione idoneità tecnico professionale;
- circolare tesserino di riconoscimento;
- check list prima, durante ed al termine dell'appalto;
- fac-simile contratto di appalto di servizi.

4c. Istituto della Certificazione

LA PROCEDURA DELLA CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO

La procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente ad un'istanza scritta comune delle parti del contratto. Sono organi abilitati alla certificazione dei contratti le commissioni di certificazione istituite presso:

- gli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale, quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale;
- le Direzioni Provinciali del lavoro e le Province;
- le Università, sia pubbliche che private, per i soli rapporti di collaborazione e consulenza;
- il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali - Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro - a cui viene riconosciuta una competenza esclusiva nel caso in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province, anche di regioni diverse, oppure in favore di quei datori di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto convenzioni a valenza nazionale;
- i consigli provinciali dei consulenti del lavoro;

La procedura di certificazione ha inizio su istanza comune delle parti e si conclude entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della stessa ovvero dal ricevimento della ulteriore documentazione che venga richiesta ad integrazione dalla commissione.

L'istanza, redatta su apposito modulo, dovrà essere presentata in carta da bollo e sottoscritta in originale da entrambe le parti. La Commissione verifica la correttezza del contratto di lavoro scelto dalle parti e può apportare delle modifiche o delle integrazioni. Durante la valutazione del contratto, al fine di acquisire ulteriori informazioni o chiarimenti, può essere richiesta la presenza delle parti, che devono presentarsi dinanzi la commissione nella data e nell'ora stabilite pena l'improcedibilità dell'istanza. Le parti presenziano personalmente all'audizione e, solo in caso di comprovate motivazioni valutate dal presidente della commissione, possono farsi rappresentare da un soggetto delegato.

Elementi utili alla certificazione del contratto di appalto secondo le linee guida elaborate dal Ministero del lavoro:

- indicazione degli elementi del contratto: attività appaltata, durata presumibile del contratto, elementi relativi all'apporto dell'appaltatore ed in particolare precisazioni circa l'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio, risorse strumentali ed umane, direzione dei lavoratori impiegati;
- indicazione del rischio d'impresa, con particolare riguardo alla valutazione della preesistenza dell'impresa;
- previsione dell'obbligo solidale che vincola le parti contraenti in relazione ai trattamenti retributivi e contributivi dovuti alle maestranze impiegate nell'appalto;
- gestione della sicurezza sul lavoro

L'atto di certificazione ha natura di "provvedimento amministrativo". Deve contenere:

- le motivazioni con l'indicazione degli effetti civili, amministrativi, fiscali e previdenziali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione;
- i termini per presentare ricorso;
- l'autorità competente cui è possibile ricorrere.

EFFICACIA GIURIDICA DELLA CERTIFICAZIONE

Le parti o i terzi (identificabili, in linea di massima, negli istituti previdenziali) nella cui sfera giuridica l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso⁴⁴:

- per erronea qualificazione del contratto;
- per difformità tra quanto dichiarato e quanto posto in essere;
- per vizio di consenso.

Prima di presentare ricorso giurisdizionale contro la certificazione, le parti o i terzi devono preventivamente e obbligatoriamente rivolgersi alla commissione di certificazione che ha rilasciato l'atto di certificazione per un tentativo di conciliazione⁴⁵.

note

44. Art. 413 c.p.c.
45. Art. 410 c.p.c.

Nel caso in cui il giudice accerti un'errata qualificazione del contratto di lavoro, l'accertamento giudiziale ha efficacia dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale. Se viene accertata la difformità tra programma concordato ed effettiva realizzazione, la sentenza ha effetto dal momento in cui è stata accertata la difformità. Il comma 5, dell'art. 80 del D.Lgs. 276/03, ha, inoltre, previsto la possibilità di ricorrere, entro 60 giorni, contro l'atto di certificazione, al Tribunale Amministrativo Regionale, solo in caso di violazione del procedimento di certificazione e per eccesso di potere, posti in essere dalla commissione di certificazione.

I richiedenti possono inoltrare l'istanza sia all'atto della stipula che durante "le fasi di attuazione del relativo programma negoziale". La procedura di certificazione è estesa anche alle rinunce o transazioni tra le parti definite dall'art. 2113 codice civile. Sono competenti ad effettuare tale certificazione solo gli enti bilaterali costituiti a livello territoriale o nazionale.

4d. L'attestazione nelle esternalizzazioni: le buone prassi elaborate dal Centro Studi e Ricerche dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano

4d.1-DAL PROTOCOLLO ALLE BUONE PRASSI

Il 25 luglio 2014 l'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano siglò un importante protocollo con la Direzione Territoriale del Lavoro di Milano sul tema delle "esternalizzazioni produttive".

Il Protocollo si poneva due obiettivi fondamentali:

- la realizzazione di una **buona prassi** consistente nella asseverazione degli oneri ed adempimenti dell'esecutore ai fini della responsabilità solidale;
- la collaborazione istituzionale degli Enti sottoscrittori ai fini di intercettare pratiche elusive delle norme e dei vincoli legati alle esternalizzazioni produttive.

L'esigenza di realizzare attività di *best practice* era sorta già a fine 2012 nell'ambito dei gruppi di lavoro del CLES (Comitato per il lavoro l'emersione del sommerso) promossi dalla DTL di Milano e a cui l'Albo di Milano collaborava attivamente e proficuamente, insieme alla parti Sociali e agli Enti ed istituzioni; il particolare, il gruppo di lavoro sulle "esternalizzazioni" aveva avvertito la necessità di individuare strumenti operativi volti a contrastare i fenomeni elusivi ed illegali degli appalti. Ciò sia nell'ambito di una generale attività di prevenzione e controllo, ma anche con specifico riferimento alla visibilità che l'Expo 2015 avrebbe conferito al territorio italiano e a quello milanese e limitrofo in particolare e alla relativa particolare movimentazione del mercato del lavoro. Queste esigenze incontrarono l'attività di studio e approfondimento promossa da anni dal Centro Studi e Ricerche congiunto Ancl-CPO di Milano sul fenomeno dell'appalto e delle esternalizzazioni, arrivando a calibrare le modalità di intervento concordate nel protocollo.

In seguito ad una presa di posizione del Ministero del Lavoro a livello centrale, le cui finalità non sono state ad oggi chiarite, gli organi periferici sono stati costretti a disdettare il protocollo, pur apprezzandone le finalità e gli scopi.

Prontamente, i modelli sono stati adeguati, rimanendo in ogni caso quale punto qualificato di riferimento nell'ambito di una ricerca di buone prassi per risolvere gli accertamenti utili ad una regolarità dell'appalto, con specifico riferimento ai temi della responsabilità solidale.

Le buone prassi si sostanziano nella realizzazione di due modelli, adattabili secondo le esigenze di ciascuna esternalizzazione, con i quali il Consulente del lavoro, iscritto nell'Ordine di Milano e in regola con la formazione continua, potrà attestare e certificare – sulla base di un esame documentale – le nozioni più significative nello scambio di informazioni fra i coobbligati nelle catene esternalizzate e negli appalti, ed in particolare:

- con il modello "inizio" la regolare assunzione, denuncia ed inquadramento del personale che accede ad una lavorazione appaltata;

- con il modello “versamenti” il regolare pagamento, a termini di legge e contrattazione, delle retribuzioni e delle poste contributive mensili, nonché i relativi adempimenti documentali.

Per mezzo di tali modelli si realizza una grande semplificazione delle operazioni di controllo documentale della regolarità degli adempimenti lavoristici di un appalto (ma si può estendere a qualsiasi esternalizzazione in cui, per norma o per esigenza operativa si avverta la necessità di operare in garanzia, per cui con il termine “appalto” andremo a riferirci al più ampio concetto di attività esternalizzata) attraverso un meccanismo di accertamento professionale (l’attestazione).

Per il consulente non si tratta di effettuare controlli impossibili o di assumersi responsabilità improprie ma solamente di “fotografare” (e conseguentemente asseverare) quello che ricade normalmente sotto la sua diretta osservazione ed attività professionale (il pagamento di retribuzioni e contribuzioni e la corretta esecuzione degli adempimenti in merito) senza estendere la sua opera di certificazione su fatti a cui è estraneo e che ricadranno comunque sotto la responsabilità (e/o la sorveglianza) di appaltatore e committente.

L’attestazione infatti - si vedano i modelli predisposti allegati - prevede precisi limiti di individuazione (il periodo, il personale nominativamente individuato, le caratteristiche base del rapporto, le ore di lavoro dichiarate, le posizioni assicurative e retributive), che permettono al committente e ad ogni eventuale altro fruitore della stessa di avere una chiara ed immediata rappresentazione del contenuto dell’attestazione, che, pertanto, non viene realizzata “a scatola chiusa” ma al contrario conserva le necessarie, ancorché sintetiche, funzioni di trasparenza.

Sono stati previsti, per facilitare il compito, due modelli di attestazione (peraltro adattabili dal consulente, senza tuttavia variarne il contenuto effettivo, in ragione della attività oggetto di accertamento) che si riferiscono alle due distinte esigenze caratteristiche delle attività di controllo: un modello (utilizzabile in fase di “entrata” dell’appalto) che attesta la regolare costituzione del rapporto di lavoro con il personale ivi impiegato, un secondo modello che attesta mensilmente l’esecuzione dei pagamenti e la regolarità della loro elaborazione rispetto alle norme lavoristiche, contributive, assicurative. Chi lavora nel campo percepisce all’istante che due semplici documenti (che, se generati dallo stesso consulente che elabora le retribuzioni, possono essere realizzati con pochi efficaci controlli mirati) sostituiscono decine, forse centinaia, di documenti e attività di verifica operosissime, spesso del tutto invasive (inutilmente) o sproporzionate rispetto alle poste in gioco.

Per i colleghi consulenti si tratta di una occasione importante sotto molteplici aspetti:

- una modalità di implemento qualificato della propria attività;
- una valorizzazione della qualità ed importanza del proprio ruolo professionale verso il cliente;
- un passo avanti nel contrasto (sotto un profilo squisitamente operativo) all’abusivismo, all’improvvisazione e al pressapochismo nemici della autentica professionalità.

Per il mondo del lavoro - che molto spesso nemmeno è ben conscio delle implicazioni che la normativa sulle esternalizzazioni comporta (!) - si tratta di avere a disposizione uno strumento di facilitazione operativa e di garanzia.

4d. 2-DISPOSIZIONI PER BUONE PRASSI DI CERTIFICAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE IN APPALTO

Quelle che seguono sono regole di buone prassi messe a punto dal Consiglio Provinciale dei Consulenti del Lavoro di Milano, in collaborazione con il Centro Studi Unificato con AnclUp – e già oggetto di precedente protocollo con la DTL di Milano.

I colleghi Consulenti che intendono certificare con correttezza gli adempimenti retributivi e contributivi relativi al personale dipendente in materia di appalto ed esternalizzazioni produttive, sono invitati ad attenersi alle prassi seguenti, quale garanzia di correttezza deontologica e comportamentale.

1. Accertarsi che la propria polizza professionale copra anche i rischi eventuali per l’attività di asseverazione (può essere anche una semplice estensione di rischio rispetto alla polizza RCP esistente).

2. Partecipare periodicamente ad attività di formazione in tema di:
 - appalti ed esternalizzazioni produttive;
 - asseverazione e certificazione.
3. Essere comunque in regola con la formazione continua secondo le regole in atto presso l'Ordine.
4. Procedere ad attestazione di regolarità:
 - in presenza di un appalto (e di un soggetto appaltatore) ovvero di un contratto di esternalizzazione che presentino requisiti di genuinità;
 - dopo esame attento e probante (in particolare rispetto alla effettività dei pagamenti) della documentazione aziendale;
 - secondo gli schemi allegati (eventualmente adattabili rispetto alla singola situazione).
5. Astenersi dal procedere a certificare secondo le presenti buone prassi in caso di elementi dubbi o ambigui riscontrati rispetto ai soggetti, alla documentazione esaminata o agli inquadramenti retributivi, assicurativi e previdenziali ovvero in caso di perdita, anche temporale, dei requisiti professionali atti a svolgere la professione.
6. Astenersi dal favorire pratiche volte ad eludere gli obblighi di legge in tema di appalto, distacco, somministrazione di lavoro o esternalizzazioni produttive in genere.
7. Segnalare che, malgrado l'alto valore professionale delle *best practice* qui sintetizzate, e la loro utilità nell'accertamento degli adempimenti relativi agli aspetti retributivi e contributivi, le stesse non hanno al momento alcun valore impegnativo verso il personale ispettivo né carattere in alcun modo esimente gli obblighi di legge.

4.d 3-I MODELLI

CENTRO STUDI E RICERCHE UNIFICATO CONSULENTI DEL LAVORO MILANO
BEST PRACTICE ESTERNALIZZAZIONE – MODELLO “ADEMPIMENTI MENSILI”

ATTESTAZIONE

Il sottoscritto, nato a il, c. f., con studio in, abilitato all'esercizio della presente dichiarazione, in quanto iscritto all'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano al n dal, in ossequio alle *best practice* sintetizzate dal Centro Studi Unificato dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano dell'Ancl, Unione Provinciale di Milano¹

relativamente al contratto di subappalto stipulato fra (indicare: *committente o subcommittente*) e (indicare: *appaltatore o subappaltatore*) per il cantiere di,²

CERTIFICA

sulla base della documentazione di lavoro esaminata e/o direttamente elaborata con l'assistenza del sottoscritto (libro unico del lavoro, mod. f/24, modd. Uni-Emens, etc.) che il predetto subappaltatore ha correttamente adempiuto, per il mese di, agli obblighi retributivi e contributivi, inerenti alle somme iscritte* nelle predette scritture per i sottototati lavoratori regolarmente in forza, per un totale di ore lavorate dagli stessi pari a :³

nominativo ⁴	codice fiscale	qualifica	ore lavorate periodo
.....

Documenti esaminati / elaborati: n⁵

- Mod Unilav.: comunicazioni di assunzione/trasformazione dei lavoratori suddetti;
- Libro unico del lavoro del complessivo organico aziendale, inclusi tutti i lavoratori suddetti, per il periodo
- Mod. F/24 periodo pagato interamente il per euro.....;
- Modd. Dm/10 e Uni E-mens periodo.....trasmessi in via telematica ad Inps relativamente al personale aziendale;
- Documentazione versamenti e comunicazioni Cassa Edile per i medesimi periodi
- Altro

* La presente certificazione riguarda esclusivamente la corrispondenza fra gli adempimenti retributivi e previdenziali e le retribuzioni registrate (comprese le ore lavorate) nonché le quietanze esibite a dimostrazione dell'effettivo versamento degli importi.^{6,7}

Città, lì

In fede

Il Professionista (timbro e firma)

Note al modello (da non replicare nella singola certificazione):

1. La presente certificazione deriva dalle consolidate buone prassi richiamate in premessa.
2. L'attestazione può riguardare l'intera azienda o anche un singolo e ben determinato appalto, cantiere o simili, di cui (se è significativo) possono essere citate anche le autorizzazioni al subappalto od altri indicatori caratteristici.
3. Importante: attraverso l'indicazione delle **ore lavorate** si mette in condizione il committente di esercitare un controllo sulle risultanze ore/uomo congrue per effettuare il lavoro, senza che il collega certificatore sia coinvolto su eventuale "nero" a lui sconosciuto. Le ore specificate sono individuate solo per ciascun lavoratore *subordinato* contenuto nella attestazione.
4. Per i lavoratori, è sufficiente un elenco semplice con pochissimi dati in grado di individuarli inequivocamente e di precisare anche la qualità dell'apporto in senso generale. Se la legge sulla responsabilità solidale comprende anche lavoratori autonomi o parasubordinati, gli stessi andranno inseriti nella presente certificazione.
5. La certificazione si basa non sulla semplice "conoscenza del cliente" bensì su una analisi ed una verifica protocollare di documenti e fatti elencati (ancorché elaborati/ formati dal collega certificatore) e specificati nella attestazione.
6. Il collega certificatore accerta la legittimità- anche sulla base di certificazioni di terzi (o proprie), se richieste per legge - delle eventuali compensazioni a credito.
7. Il presente modello potrà essere adeguato, mantenendo le informazioni essenziali, alla fattispecie certificata.

**CENTRO STUDI E RICERCHE UNIFICATO CONSULENTI DEL LAVORO MILANO
BEST PRACTICE ESTERNALIZZAZIONE – MODELLO “INIZIO”**

ATTESTAZIONE

Il sottoscritto, nato a il, c. f., con studio in, abilitato all'esercizio della presente dichiarazione, in quanto iscritto all'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano al n dal, in ossequio alle *best practice* sintetizzate dal Centro Studi Unificato dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano dell'Ancl, Unione Provinciale di Milano ¹

relativamente al contratto di subappalto stipulato fra (indicare: *committente o subcommittente*) e (indicare: *appaltatore o subappaltatore*) per il cantiere di, ²

CERTIFICA

sulla base della documentazione di lavoro esaminata e/o direttamente realizzata con l'assistenza del sottoscritto (libro unico del lavoro, mod. f/24, modd. Uni-Emens, comunicazioni UNILAV etc.) che il predetto appaltatore/subappaltatore ha regolarmente inseriti e denunciati nel proprio organico i seguenti lavoratori *

nominativo ³	codice fiscale	qualifica	tipo contratto	data assunzione/inizio
.....

Posizioni assicurative riguardanti il personale sopraelencato

INPS
INAIL
C. EDILE (di ...)
ALTRI ENTI (specificare)

Documenti esaminati / elaborati: n ⁴

- modd. Unilav. :comunicazioni di assunzione/trasformazione dei lavoratori suddetti;
- comunicazioni agli enti previdenziali
- Altro

* *La presente certificazione e riguarda esclusivamente la regolare denuncia ed inquadramento del personale elencato* ^{5 6}

Città, lì

In fede

Il Professionista (timbro e firma)

Note al modello (da non replicare nella singola certificazione):

1. La presente certificazione deriva dalle consolidate buone prassi richiamate in premessa.
2. L'attestazione può riguardare l'intera azienda o anche un singolo e ben determinato appalto, cantiere o simili, di cui (se è significativo) possono esser citate anche le autorizzazioni al subappalto od altri indicatori caratteristici.
3. Per i lavoratori, è sufficiente un elenco semplice con pochissimi dati in grado di individuarli inequivocamente e di precisare anche la qualità dell'apporto in senso generale. Se la legge sulla responsabilità solidale comprende anche lavoratori autonomi o parasubordinati, gli stessi andranno inseriti nella certificazione.
4. La certificazione si basa non sulla semplice "conoscenza del cliente" bensì su una analisi ed una verifica protocollare di documenti e fatti elencati (ancorché elaborati/ formati dal collega certificatore) e specificati nella attestazione.
5. Il collega precisa limiti e qualità del contenuto dell'a propria attestazione.
6. Il presente modello potrà essere adeguato, mantenendo le informazioni essenziali, alla fattispecie certificata.

4e. L'Asse.Co.: il Protocollo del 15 gennaio 2014 fra Ministero del lavoro e Consiglio Nazionale dei Consulenti del lavoro

ASSEVERAZIONE DI CONFORMITÀ DEI RAPPORTI DI LAVORO ASSE.CO.

Il Ministero del Lavoro e Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro hanno siglato il 15 gennaio 2014 il protocollo d'intesa, poi rinnovato nel 2016, denominato ASSE.CO, per l'asseverazione della regolarità delle imprese in materia di contribuzione e retribuzione con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato.

In data 25 settembre 2014 il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro ha deliberato il regolamento attuativo dell'ASSE.CO. che definisce le modalità per il rilascio, mantenimento, il rinnovo e la revoca dell'Asseverazione di Conformità dei rapporti di lavoro.

Malgrado qualche tratto comune, l'Asse.Co è una procedura prettamente differente e di più vasto raggio d'azione rispetto al protocollo di buone prassi elaborato per le esternalizzazioni dal CSR di Milano ed esaminato nel capitolo precedente. Quest'ultimo, come detto, ha lo scopo (fra gli altri, non meno importanti) di procedere ad una attività di mero controllo documentale-amministrativo degli adempimenti primari di un'attività esternalizzata, fornendo alle parti coinvolte uno strumento di controllo di massima semplicità ed agilità, ed al tempo stesso perfettamente trasparente; differentemente, l'Asse.Co. si pone l'obiettivo di verificare la qualità complessiva dell'approccio al lavoro di un determinato operatore allargando il campo d'indagine alla totalità degli adempimenti e prevedendo un maggior carico di controllo ed attenzione.

FINALITÀ DELL'ASSE.CO

Il protocollo d'intesa tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e Consulenti ha come finalità:

- La realizzazione di un sistema volto a garantire una maggiore efficienza del mercato del lavoro attraverso una azione di contrasto al lavoro sommerso e irregolare;
- La semplificazione degli adempimenti a carico dei datori di lavoro
- L'attivazione di un sistema di verifica della regolarità delle imprese in materia di contribuzione e retribuzione

PROCEDURA

ISTANZA DI RILASCIO DELLA ASSE.CO.

La ASSECO è rilasciata esclusivamente su istanza volontaria dal datore di lavoro che intende ottenere l'asseverazione. L'Istanza è presentata al Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro, anche a mezzo di Consulente del Lavoro appositamente delegato.

Elementi essenziali dell'istanza sono:

1. **Dichiarazione del datore di lavoro** in ordine alla non commissione di illeciti in materia di lavoro minorile, tempi di lavoro, Lavoro "nero", Salute e sicurezza del lavoro.
2. **Dichiarazione del Consulente del Lavoro** in ordine alla verifica della sussistenza dei requisiti per il rilascio del DURC, il rispetto alla Contrattazione collettiva. Tale dichiarazione è rilasciata sulla base delle evidenze documentali in possesso del datore di lavoro e/o del consulente del lavoro e tenendo conto delle previsioni dei contratti collettivi.
3. **Assenso, da parte del datore di lavoro, circa la pubblicazione dei propri dati nell'elenco delle imprese o studi professionali in possesso dell'ASSE.CO.**

DICHIARAZIONE DEL DATORE DI LAVORO

Il datore di lavoro dichiara, sotto la propria responsabilità, la non commissione degli illeciti (di seguito evidenziati), nell'anno precedente la dichiarazione, a carico dei relativi responsabili aziendali.

Materia	Oggetto	Descrizione	Normativa
Lavoro minorile	Rispetto dei limiti di età	L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. L'età per l'accesso al lavoro è conseguentemente elevata da quindici a sedici anni	Art. 1, comma 622, L. n.296/2006
	Rispetto del divieto di adibizione degli adolescenti alle lavorazioni, ai processi e ai lavori indicati nell'Allegato I della L. n. 977/1967	E vietato adibire gli adolescenti alle lavorazioni, ai processi e ai lavori indicati nell'Allegato I (ad es. processi e lavori che espongono ai seguenti agenti: agenti fisici, agenti biologici, agenti chimici ecc.)	Art. 6, comma 1, L. n. 977/1967
	Rispetto dell'obbligo di sorveglianza sanitaria	I bambini nei casi di cui all'articolo 4, comma 2, e gli adolescenti, possono essere ammessi al lavoro purché siano riconosciuti idonei all'attività lavorativa cui saranno adibiti a seguito di visita medica [*]	Art. 8, comma 1, L. n. 977/1967
	Rispetto del divieto di lavoro notturno	E vietato adibire i minori al lavoro notturno, salvo quanto disposto dall'articolo 17	Art. 15, comma 1, L. n.977/1967
	Rispetto dell'orario di lavoro	Per i bambini, liberi da obblighi scolastici, l'orario di lavoro non può superare le 7 ore giornaliere e le 35 settimanali. Per gli adolescenti l'orario di lavoro non può superare le 8 ore giornaliere e le 40 settimanali	Art. 18, L. 977/1967
Tempi di lavoro	Rispetto della durata massima dell'orario di lavoro	La durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario	Art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto dei limiti in materia di lavoro straordinario	Il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto. In difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali	Art. 5, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto della disciplina sul computo e sui compensi per lavoro straordinario	Il lavoro straordinario deve essere computato a parte e compensato con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro	Art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto della disciplina sui riposi giornalieri	Ferma restando la durata normale dell'orario settimanale, il lavoratore ha diritto a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore. Il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità	Art. 7, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto della disciplina sui riposi settimanali	Il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7. Il suddetto periodo di riposo consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni	Art. 9, comma 1, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto della disciplina in materia di ferie annuali	Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del codice civile, il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'articolo 2, comma 2, va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione	Art. 10, comma 1, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto dei limiti di lavoro notturno	L'orario di lavoro dei lavoratori notturni non può superare le otto ore in media nelle ventiquattro ore, salva l'individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un periodo di riferimento più ampio sul quale calcolare come media il suddetto limite	Art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto delle disposizioni in materia di valutazione dello stato di salute dei lavoratori notturni	La valutazione dello stato di salute dei lavoratori notturni deve avvenire a cura e a spese del datore di lavoro, o per il tramite delle competenti strutture sanitarie pubbliche di cui all'articolo 11 o per il tramite del medico competente (...), attraverso controlli preventivi e periodici, almeno ogni due anni, volti a verificare l'assenza di controindicazioni al lavoro notturno a cui sono adibiti i lavoratori stessi	Art. 14, comma 1, D.Lgs. n. 66/2003
	Rispetto del divieto di adibizione delle donne al lavoro	Divieto di adibire le donne al lavoro, dalle 24 alle ore 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino; divieto di adibire al lavoro notturno le categorie di lavoratrici e lavoratori di cui alle lettere a), b) c), dell'articolo 11, comma 2, nonostante il loro dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione	Art. 18 bis, comma 1, D.Lgs. n. 66/2003
Lavoro "nero"	Rispetto della disciplina in materia di corretta instaurazione di rapporti di lavoro subordinato	Impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato	Art. 3, comma 3, D.L. n. 12/2002 (conv. da L. n. 73/2002)
Salute e sicurezza del lavoro	Assenza di provvedimenti di carattere sanzionatorio in materia di salute e sicurezza del lavoro	Tutte le disposizioni in materia di salute e sicurezza del lavoro presidiate da sanzione penale	D.Lgs. n. 81/2008 D.Lgs. n.298/1999 D.Lgs. n.272/1999 D.Lgs. n.230/1995 D.P.R. n.320/1956 ecc.

[*] Il D.L. n. 69/2013 (conv. da L. n. 98/2013) ha disposto, con l'art. 42, comma 1, lett. b), che, fermi restando gli obblighi di certificazione previsti dal D.Lgs. n. 81/2008 per i lavoratori soggetti a sorveglianza sanitaria, è abrogata, limitatamente alle lavorazioni non a rischio, la disposizione concernente l'obbligo del certificato di idoneità per l'assunzione di cui al presente articolo

DICHIARAZIONE DEL CONSULENTE DEL LAVORO

Il Consulente del Lavoro dichiara, sotto la propria responsabilità che, anche sulla base delle evidenze documentali, l'impresa è in possesso dei requisiti concernenti le materie di seguito indicate

Materia	Oggetto	Descrizione
Contratti collettivi	Rispetto della parte economico normativa dei contratti collettivi nazionali e, ove applicabili, di quelli di secondo livello	Qualora richiesto dal Legislatore, i contratti collettivi da rispettare sono quelli sottoscritti dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Gli elementi del contratto collettivo che occorre rispettare ai fini della dichiarazione sono i seguenti: <ul style="list-style-type: none"> - retribuzione tabellare - tredicesima mensilità - quattordicesima mensilità (ove prevista) - retribuzione per prestazioni straordinarie/supplementari - scatti di anzianità - permessi retribuiti
Regolarità contributiva	Rispetto dei requisiti per il rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC)	Va dichiarato che l'impresa è in possesso dei requisiti di rilascio del DURC alla data di sottoscrizione della dichiarazione. A tal fine si tiene conto delle disposizioni in materia, ivi comprese le disposizioni di cui all'art. 5, commi 2 e 3, del D.M. 24 ottobre 2007 ai sensi del quale "2. la regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di: <ol style="list-style-type: none"> a) richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole; b) sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative; c) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito. <p>3. La regolarità contributiva nei confronti della Cassa edile sussiste in caso di:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) versamento dei contributi e degli accantonamenti dovuti, compresi quelli relativi all'ultimo mese per il quale è scaduto l'obbligo di versamento all'atto della richiesta di certificazione; b) dichiarazione nella denuncia alla Cassa edile, per ciascun operaio, di un numero di ore lavorate e non lavorate non inferiore a quello contrattuale, specificando le causali di assenza; c) richiesta di rateizzazione per la quale la Cassa competente abbia espresso parere favorevole".
[*] Corresponsione della retribuzione	Effettiva corresponsione ai lavoratori delle somme indicate nei prospetti paga laddove il professionista sia munito della relativa delega da parte del datore di lavoro	Il professionista che proceda alla corresponsione delle retribuzioni indicate nei prospetti paga dichiara, laddove sia lui stesso incaricato di tale adempimento in forza di una delega da parte del datore di lavoro, di aver correttamente provveduto.

[*] Operante esclusivamente nel caso di delega specifica rilasciata dal datore di lavoro al consulente del lavoro per la corresponsione delle retribuzioni.

MODALITÀ DI RILASCIO DELL'ASSE.CO.

La ASSE.CO. è rilasciata, entro 30 giorni decorrenti dalla data dell'istanza, esclusivamente attraverso procedura telematica e previa verifica del rispetto dei presupposti sopra evidenziati.

La ASSE.CO. ha validità annuale dalla data di rilascio salvo il venir meno dei requisiti per il suo rilascio.

Il Consulente del lavoro verifica, con cadenza quadrimestrale, la permanenza dei presupposti della stessa dichiarazione e, in caso di venir meno degli stessi, ne dà immediata comunicazione al Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro. In caso di omissione della predetta comunicazione il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro comunica tempestivamente il fatto all'Ordine provinciale di appartenenza del Consulente del lavoro ai fini dell'apertura del procedimento disciplinare; in tale ipotesi è sospesa la possibilità di rilascio dell'ASSE.CO. sino alla conclusione del procedimento stesso.

ELENCO DELLE IMPRESE O STUDI PROFESSIONALI IN POSSESSO DELL'ASSE.CO.

L'elenco dei datori di lavoro che hanno ottenuto la ASSE.CO., gestito dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro, sarà pubblicato sul sito dello stesso Consiglio Nazionale e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e sarà liberamente consultabile. L'elenco sarà aggiornato, almeno con cadenza quindicennale, in relazione al possesso dei requisiti di rilascio della ASSE.CO.

REQUISITI DEI CONSULENTI DEL LAVORO

Al fine di poter assistere un datore di lavoro nella procedura di asseverazione il Consulente del Lavoro deve:

- 1) essere iscritto da almeno 24 mesi al l'Ordine ai sensi della L. 12/1979;
- 2) operare come libero professionista con attività abituale e prevalente, intesa come tale quella da cui ricavi la maggior parte del proprio volume d'affari dichiarato ai fini dell'IVA;
- 3) aver svolto lo specifico corso di formazione anche in modalità e-learning sul sistema di asseverazione ed i successivi aggiornamenti;
- 4) essere in regola con la formazione continua obbligatoria;
- 5) non aver subito sanzioni disciplinari divenute definitive ai sensi della L. 12/1979, nei 24 mesi precedenti dalla proposta di incarico da parte del datore di lavoro.

Il Consulente del Lavoro che intende accreditarsi quale consulente del lavoro asseveratore, deve seguire uno specifico corso (in aula oppure on line sul portale) e procedere con la registrazione, certificando il possesso dei requisiti sopra esposti. Per effettuare la registrazione all'area riservata del portale ASSECO è necessario utilizzare le Credenziali Uniche (User e Password) in possesso ai Consulenti del Lavoro.

L'accreditamento come consulente del lavoro asseveratore ha durata biennale.

Viene revocato al venir meno dei requisiti sopra esposti ovvero in caso di gravi irregolarità nell'applicazione del procedimento di asseverazione o in caso di indisponibilità ad accettare gli audit organizzati dal comitato di asseverazione, costituito presso la Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro e designato direttamente dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro, che sovraintende tutta la procedura di certificazione.

RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO E DEL CONSULENTE DEL LAVORO

Il datore di lavoro, il soggetto delegato alla gestione del personale nonché il Consulente del Lavoro che rilasciano dichiarazioni non veritiere sono responsabili penalmente ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

Ai Consulenti del lavoro che, in ragione della falsità della dichiarazione resa, siano condannati definitivamente per un reato per il quale la legge commina la pena della reclusione non inferiore nel minimo a due anni o nel massimo a cinque anni, è applicata la sanzione della radiazione dall'albo ai sensi dell'articolo 31 della L. n. 12/1979.

Ai Consulenti del lavoro rispetto ai quali è aperto un procedimento disciplinare, è sospesa la possibilità di rilascio della dichiarazione sino alla conclusione del procedimento stesso. Il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro si riserva di valutare ulteriori ipotesi in cui l'apertura del procedimento disciplinare rende opportuna la sospensione della possibilità di rilascio della dichiarazione.

Dell'adozione dei predetti provvedimenti il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro informa periodicamente il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

EFFETTI DEL RILASCIO DELL'ASSE.CO.

La Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, ferme restando le priorità fissate dalla Commissione centrale di coordinamento dell'attività di vigilanza di cui all'articolo 3 del D.Lgs. n. 124/2004, al fine realizzare un più efficace utilizzo delle risorse ispettive disponibili, orienterà l'attività di vigilanza in via assolutamente prioritaria nei confronti delle imprese prive della ASSE.CO. fatta eccezione delle seguenti ipotesi:

- specifica richiesta di intervento;
- indagine demandata dall'A.G. o da altra Autorità amministrativa;
- controlli a campione sulla veridicità delle dichiarazioni in base alla disciplina vigente.

Ferma restando la disciplina vigente in materia di responsabilità solidale, l'asseverazione prevista dal protocollo in commento potrà essere utilizzata nell'ambito degli appalti privati ai fini della verifica della regolarità delle imprese e il personale ispettivo ne tiene conto nell'ambito di eventuali accertamenti. Con successive intese, le parti possono individuare ulteriori ipotesi di applicazione della ASSE.CO.

La ASSE.CO può essere utilizzata da soggetti terzi, pubblici e privati, ad ogni fine ritenuto coerente con le finalità perseguite dal protocollo e riconducibili al riconoscimento della regolarità dei comportamenti del datore di lavoro in materia di lavoro e legislazione sociale.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda al Sito www.consulentidellavoro.it <http://www.consulentidellavoro.it/index.php/component/k2/item/557-rapporti-di-lavoro-doc-con-l-asseverazione>.

DOCUMENTAZIONE UTILE / FAC-SIMILI

(Allegato A)

IDONEITÀ TECNICO – PROFESSIONALE

Autocertificazione del possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionale ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000

RAGIONE SOCIALE.....
SEDE LEGALE.....
UNITÀ LOCALE.....

Il sottoscritto....., in qualità di Datore di Lavoro della ditta

DICHIARA che:

- possiede tutti i requisiti tecnici ed organizzativi adeguati alle opere richieste
• gli addetti ai lavori hanno formazione professionale ed esperienza adeguata in relazione all'opera oggetto del presente appalto;
• è regolarmente iscritta alla CCIAA di con n. reg.....
• rispetta quanto previsto dalle leggi e contratti vigenti in merito agli obblighi assicurativi e previdenziali:
n. posizione INAIL:n. posizione INPS:
• ha ottemperato a tutti gli obblighi previsti dal D.Lgs. 81/2008 e, in particolare:
o ha provveduto ad effettuare la valutazione dei rischi ai sensi del D. Lgs. 81/2008;
o ha nominato il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione nella persona di.....;
o ha nominato il Medico Competente ed attivato la sorveglianza sanitaria per i lavoratori soggetti;
o ha designato i lavoratori incaricati dell'attuazione delle misure di prevenzione incendi e lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori in caso di pericolo grave ed immediato, di salvataggio, di pronto soccorso e, comunque, di gestione delle emergenze
o ha informato, formato ed addestrato i propri dipendenti sui rischi per la salute e la sicurezza.

DICHIARA inoltre

che tutti i lavoratori utilizzati per il presente appalto sono:

- regolarmente assunti alle condizioni previste dalle disposizioni di legge e delle norme contrattuali;
• con i contributi regolarmente versati;
• sottoposti, ove necessario, a sorveglianza sanitaria;
• in possesso di apposito tessera di riconoscimento previsto dall'art. 26, comma 8 del D.Lgs. 81/2008.

Data,

Datore di Lavoro

(Allegato B)

Fac simile circolare per tessera di riconoscimento***Oggetto: adempimenti obbligatori per la corretta gestione dei lavoratori occupati in un contratto d'appalto***

Il 13 agosto 2010 è stata emanata la Legge n. 136, il cui art. 5 – relativo all'identificazione degli addetti nei cantieri – riporta quanto segue:

- la tessera di riconoscimento di cui all'art. 18, comma 1, lettera u), del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, deve contenere, oltre agli elementi ivi specificati, anche la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione;

- nel caso di lavoratori autonomi, la tessera di riconoscimento di cui all'articolo 21, comma 1, lettera c), del citato decreto legislativo n. 81 del 2008 deve contenere anche l'indicazione del committente.

Per quanto sopra, a partire dal 7 settembre 2010 la tessera di riconoscimento di ogni lavoratore operante in cantiere o comunque occupato in contratto d'appalto o subappalto, dovrà contenere OBBLIGATORIAMENTE le seguenti indicazioni:

- nome e cognome*
- fotografia*
- datore di lavoro;*
- se dipendente: data di assunzione;*
- se in subappalto: autorizzazione del subappalto (numero e data del contratto tra le parti);*
- se lavoratore autonomo: indicazione del committente.*

Fonte: Legge n. 136 del 13.08.2010, art. 5

I nostri più cordiali saluti.

firma

Check - List di controllo

1) VERIFICHE E DOCUMENTI DA APPRONTARE PRIMA O CONTESTUALMENTE ALLA STIPULA DEL CONTRATTO D'APPALTO

	COMMITTENTE	APPALTATRICE	DATA
* Verifica idoneità tecnico professionale dell'Impresa appaltatrice: -CCIAA - Autocertificazione rilasciata dall'impresa			
* Adeguamento D.Lgs 81/08 della società appaltatrice ed affiliate			
* Valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) da parte del Committente			
* Valutazione dei costi della Sicurezza			
* Posizione Inps / Inail della Società appaltatrice ed affiliate			

2) DOCUMENTI DA RICHIEDERE PRIMA DELL'INIZIO DEI LAVORI ALLA SOCIETÀ APPALTATRICE

	COMMITTENTE	APPALTATRICE	DATA
*Fotocopia del LUL			
* Elenco dei lavoratori impiegati nell'appalto con allegata fotocopia comunicazione preventiva alla Provincia (Unilav)			
* Verifica del tesserino di riconoscimento individuale ai sensi della nuova normativa			

3) DOCUMENTI DA RICHIEDERE IN CORSO D'OPERA, COMUNQUE PRIMA DI OGNI PAGAMENTO ALLA SOCIETÀ APPALTATRICE

	COMMITTENTE	APPALTATRICE	DATA
* Copia delle buste paga consegnate ai lavoratori impiegati nell'appalto o autocertificazione			
* Mod. F24 quietanzati			
* Denuncia mensile telematica dei lavoratori all'INPS (modello UNIEMENS)			
* DURC con validità in corso (3 mesi)			

CONTRATTO DI APPALTO DI SERVIZI TRA

Lacon sede legale inCapitale sociale Euro
....., PIVA, Codice fiscale e Registro imprese.....
in persona dell'Amministratore delegato, qui di seguito individuata
anche come "Committente"

e

lacon sede in.....
.....Via, partita IVA n.....
iscritta al Registro delle imprese presso il Tribunale di....., rappresentata dal suo legale
rappresentante, qui di seguito individuata anche come "Appaltatrice";

congiuntamente denominate anche "Parti" e, singolarmente, "Parte",

PREMESSO CHE

- a. La Committente svolge attività di nel settore della
 - b. L'Appaltatrice, attraverso le cooperative consorziate ed associate, svolge l'attività di fornitura di servizi
 - c. L'Appaltatrice dispone di comprovata esperienza, competenze, tecnologie e risorse idonee a svolgere gli incarichi che gli saranno affidati dalla Committente (vedi All. "A" Autocertificazione per il possesso di capacità tecnico-professionali);
 - d. L'Appaltatrice svolge i propri servizi presso il domicilio dei clienti, disponendo di adeguate tecnologie per svolgerli e svilupparli
 - e. Le parti concordano che gli allegati e gli altri documenti menzionati nel presente contratto, sottoscritti da entrambi le parti e contenenti specifico riferimento al contratto medesimo, ne costituiranno parte integrante e sostanziale;
- tutto ciò premesso quale parte integrante e sostanziale del presente Contratto,

LE PARTI CONVENGONO E STIPULANO QUANTO SEGUE

1. Oggetto del contratto

Il Committente concede in appalto alla Società Appaltatrice l'espletamento dei servizi descritti, nello specifico all'Allegato "B", ai patti ed alle condizioni qui di seguito precisati, disponendo di tutto quanto necessario dal punto di vista tecnico, organizzativo e normativo, per dare esecuzione a tale attività. L'Appaltatrice potrà fornire i servizi descritti per il tramite delle società proprie consorziate, con le quali stipulerà un contratto di affidamento debitamente sottoscritto dalle parti, di cui farà pervenire copia.

2. Obbligazioni dell'Appaltatrice

Nell'accettare l'incarico l'Appaltatrice si obbliga:

- a. predisporre i mezzi, gli strumenti, gli impianti, le attrezzature e le risorse necessarie per far sì che i servizi a lui affidati siano eseguiti in conformità a quanto definito e che, in ogni fase del ciclo logistico/distributivo:
 - siano utilizzate le procedure e i sistemi organizzativi idonei alla migliore esecuzione del servizio;
 - siano applicati gli standard di qualità e sicurezza in uso nel settore;
- b. prestare la migliore diligenza nel rispettare o nel far rispettare, oltre che la Procedura Operativa concordata

(allegato "C") e le regolamentazioni inerenti allo svolgimento dei servizi oggetto del contratto, anche tutte le istruzioni di volta in volta impartite dal Committente in ordine allo svolgimento dell'incarico;

c. eseguire le attività ed i servizi oggetto del presente contratto nel rispetto di tutte le disposizioni di legge applicabili in ragione del servizio svolto, mediante impiego di personale al quale venga garantito il rispetto delle condizioni minime retributive e contributive stabilite dai singoli CCNL applicabili.

d.

e.

3. Obbligazioni della Committente

Al fine di consentire all'Appaltatrice l'organizzazione dei mezzi, degli strumenti, degli impianti, delle attrezzature, delle risorse e di quant'altro necessario allo svolgimento dei servizi a lui affidati in esecuzione del contratto, la Committente si obbliga:

- a nominare un proprio responsabile di riferimento, nella persona del sig.
- a comunicare, con un preavviso di ore, qualsiasi variazione inerente all'espletamento del servizio, oggetto del presente contratto. Nello specifico.....

4. Definizione procedure

Le Parti hanno definito, prima dell'inizio dell'attività, una Procedura Operativa (Allegato C) sottoscritta dalle parti interessate, al fine di individuare le attività di pertinenza di entrambe:

Tale procedura dovrà in particolare indicare:

- a. modalità e tempi di esecuzione del servizio, con individuazione dei luoghi di esecuzione di attività e precisando quali sono le attrezzature e i macchinari impiegati;
- b. la nomina di un responsabile dell'Appaltatrice incaricato sia di coordinare il personale impiegato nello svolgimento del servizio stesso sia di intervenire direttamente, in nome e per conto dell'appaltatrice, in relazione alle problematiche che dovessero insorgere;
- c. il personale di comprovata onestà, moralità e capacità professionale, impiegato nell'appalto, specificando la tipologia dei rapporti in essere;
- d. il comportamento dell'Appaltatrice di fronte ad anomalie (es. quantità in arrivo maggiori del previsto, ecc.);
- e. ogni altra prassi o situazione eccezionale che le parti ritengano opportuno regolamentare;

Su richiesta della Committente le parti si incontreranno per una verifica della Procedura Operativa sulla base dell'esperienza maturata nella sua applicazione.

5. Personale impiegato nell'appalto

L'appaltatrice dovrà assicurare il servizio impiegando un numero di lavoratori sufficiente e congruo con particolare riguardo all'entità numerica del personale messo a disposizione al fine di non creare intralci o ritardi all'attività del Committente. Qualora l'entità numerica del personale messo a disposizione non sia tale da garantire tutte le movimentazioni necessarie e l'Appaltatrice, pur avendone avuto avviso, non provvedesse entro tre giorni a mettere a disposizione il personale necessario, il Committente avrà la facoltà di applicare, previa comunicazione scritta, una penale pari a € (.....) per ogni giorno di ritardo nell'introduzione di nuovi lavoratori, detraendola dal corrispettivo mensile dovuto.

Gli obblighi e gli oneri assicurativi, antinfortunistici, assistenziali e previdenziali sono interamente ed esclusivamente a carico dell'appaltatrice.

Il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto sarà esercitato esclusivamente dall'appaltatrice.

L'appaltatrice provvederà all'esecuzione dei servizi utilizzando lavoratori subordinati o collaboratori con i quali stipulerà contratti previsti e consentiti dalle norme di legge.

È ad esclusivo carico dell'appaltatrice ogni responsabilità civile, penale, amministrativa, diretta od indiretta, derivante da colpa o dolo dei propri addetti, così come ogni responsabilità che dovesse derivare dall'impiego delle procedure, delle macchine, degli strumenti e delle attrezzature di lavoro.

6. Sicurezza e salute dei lavoratori (Adeguamento a quanto disposto dall'art. 26, co. 3 Dlgs 81/08)

- a. L'appaltatrice dà atto che l'appaltante ha fornito ad essa, ai preposti e ai lavoratori utilizzati nell'appalto dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.
- b. Il committente e l'appaltatrice si obbligano a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidente sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto, nonché a coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva.
- c. L'obbligo di cui al precedente punto b non si estende ai rischi specifici propri dell'attività dell'appaltatrice.
- d. L'appaltatrice, dopo averli visitati ed ispezionati, riconosce l'idoneità degli ambienti di lavoro in cui dovrà svolgersi l'appalto ai sensi del D.Lgs 9 aprile 2008, n. 81, e dell'art. 2087 cod. civ.
- e. L'appaltatrice dichiara e garantisce di essere in regola con la normativa in materia di igiene e sicurezza del lavoro.
- f. Ai sensi dell'art. 26, comma 3, D.Lgs 9 aprile 2008, n. 81, si allega al presente contratto la valutazione dei rischi (allegato D) elaborata dalle parti, nella quale sono indicate pure le misure adottate per eliminare le interferenze tra interventi dell'una e dell'altra parte.
- g. L'appaltatrice determina in euro annui la parte del corrispettivo dell'appalto che costituisce il costo relativo alla sicurezza del lavoro, finalizzato all'eliminazione dei rischi di interferenza.

7. Riconoscibilità del personale

In ossequio al dettato dell'art. 26 comma 8 del D.Lgs 9 aprile 2008, n. 81, il personale dell'appaltatrice sarà munito di apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. I lavoratori sono tenuti ad esporre detta tessera di riconoscimento.

8. Vigilanza e controlli

L'appaltatrice vigilerà sull'esatta e corretta esecuzione del servizio appaltato da parte del proprio personale, nominando all'uopo un proprio responsabile di cantiere. Per l'esecuzione ed il rispetto della programmazione dei servizi concordati il responsabile di cantiere si coordinerà con il responsabile incaricato dal Committente. È facoltà del Committente eseguire un controllo della correttezza dell'applicazione delle misure concordate mediante verifica dei dati in suo possesso, anche chiedendo all'Appaltatrice accesso ai suoi documenti operativi. Nel caso in cui il Committente rilevi che le prestazioni non vengano eseguite in modo soddisfacente, potrà richiedere la sostituzione o l'integrazione del personale impiegato dall'appaltatrice e potrà altresì richiedere, a proprio insindacabile giudizio, l'allontanamento di quei lavoratori che, nell'esecuzione del servizio, abbiano tenuto un comportamento scorretto e potenzialmente dannoso per l'azienda. In caso di inadempimento degli obblighi assunti con la presente scrittura relativamente, la ditta Appaltatrice si sottopone ad una penale di euro (.....) pari alla media presuntiva di un mese di lavoro.

Il personale addetto alla sicurezza del Committente, nell'ambito dello svolgimento dei propri compiti di vigilanza e controllo, potrà sottoporre a vigilanza anche i locali ove il personale dell'appaltatrice svolge la propria attività.

9. Solidarietà nei confronti del personale

L'Appaltatrice si impegna a rispettare tutti gli obblighi derivanti da disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di lavoro e di assicurazioni sociali, nonché i contratti collettivi di lavoro. L'appaltatrice si obbliga, altresì, ad applicare, nei confronti dei propri lavoratori, siano essi soci lavoratori, dipendenti o collaboratori, condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro applicabili in base alla categoria e alle località in cui si svolgono le prestazioni del presente Contratto, e, in genere, da ogni altro contratto collettivo successivamente stipulato per la categoria, applicabile nella località; ciò anche nel caso che l'appaltatrice non fosse aderente alle associazioni stipulanti o receda o, comunque, non sia più ad esse associato.

L'appaltatrice si obbliga, infine, a continuare ad applicare i su indicati contratti collettivi anche dopo la loro scadenza e fino al loro rinnovo.

Il Committente, in caso di violazione degli obblighi di cui sopra, previa contestazione all'appaltatrice delle inadempienze da parte della Direzione Provinciale del Lavoro o dell'INPS o da parte di qualunque altro Organo Amministrativo, avrà facoltà di operare una trattenuta sull'importo delle fatture mensili pari alle somme accertate e/o contestate e alle sanzioni irrogate o che saranno ragionevolmente irrogabili.

La somma trattenuta sarà svincolata soltanto dopo che gli Organi competenti abbiano dichiarato inesistente la violazione ovvero che la stessa sia stata sanata: in tale ipotesi l'appaltatrice non potrà avanzare alcuna pretesta per il ritardato pagamento.

In relazione a quanto disposto dall'art. 29, comma 2, del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modifiche, vale a dire al vincolo di solidarietà istituito tra Committente e Appaltatrice, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, per la corresponsione ai lavoratori in esso utilizzati dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti, le parti convengono quanto segue:

- l'appaltatrice rimetterà al Committente copia del modello Unilav trasmesso alla Provincia del personale utilizzato nell'appalto prima che ogni singolo lavoratore inizi la propria attività lavorativa;
- l'appaltatrice rimetterà al Committente, prima che ogni singolo lavoratore subordinato inizi la propria attività lavorativa, copia dell'informativa a costui rilasciata ai sensi del D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152, dalla quale in particolare risulti l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti e la contrattazione collettiva applicata;
- l'appaltatrice rimetterà, mensilmente, al Committente copia dei prospetti di paga di tutto il personale subordinato e parasubordinato utilizzato nell'appalto;
- l'appaltatrice rimetterà al Committente dichiarazione mensile nella quale risulti che essa ha provveduto a corrispondere la retribuzione al personale utilizzato nell'appalto e ad effettuare i versamenti contributivi obbligatori per legge e per contrattazione collettiva;
- l'appaltatrice rimetterà al Committente, semestralmente, copia dei modelli di versamento dei contributi agli enti di previdenza obbligatoria;
- l'appaltatrice rimetterà al Committente copia del documento unico di regolarità contributiva rilasciato dall'Inps ai sensi della circolare n., 92 del 26 luglio 2005 (o dichiarazione sostitutiva) con validità in corso (tre mesi).

Qualora l'Appaltatrice non ottemperasse a tali obblighi, il Committente sospenderà i pagamenti in corso fino all'esibizione di detti documenti ovvero tratterà una somma pari al% dell'importo dovuto e, qualora, pur a seguito di lettera raccomandata di messa in mora, l'omissione si protragga, ciò costituisce causa di risoluzione del presente contratto, essendo per patto, inadempimento importante e grave.

10. Responsabilità

L'Appaltatrice sarà responsabile del corretto adempimento delle obbligazioni assunte in virtù del presente contratto e, in particolare, secondo correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cc.

Viene in ogni caso convenzionalmente pattuito tra le parti, anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1229 Cod. civ., la responsabilità dell'Appaltatrice per ogni tipo di danno diretto e/o indiretto comunque consequenziale e/o derivato dallo svolgimento della sua attività;

Eventuali contestazioni, richieste, pretese, e/o rivendicazioni che ciascuna delle parti intendesse proporre nei confronti dell'altra in ordine all'adempimento del presente contratto e/o alla sua esecuzione, anche per quanto attiene a perdite, avarie e/o ritardi, dovranno essere portate a conoscenza dell'altra parte a mezzo di lettera raccomandata con ricevuta di ritorno entro il termine di 30 (trenta) gg. dalla data dell'evento o da quella in cui ne viene accertata l'esistenza. Il decorso di tale termine senza che sia stata inoltrata la comunicazione di cui sopra comporterà la decadenza da qualsiasi corrispondente diritto.

11. Coperture assicurative

a) La Committente dà atto di possedere idonea copertura assicurativa..... contro il rischio "danni" con i massimali dalla medesima ritenuti più congrui ed opportuni e rinuncia alla rivalsa, anche nei confronti dell'Appaltatrice, salvo il caso di dolo, colpa grave o infedeltà dipendenti.

b) Responsabilità civile

L'appaltatrice, nell'esecuzione delle attività che gli vengono affidate, dovrà adottare ogni precauzione ed ogni mezzo necessario per evitare danni alle persone ed alle cose, restando a suo carico la riparazione dei danni arrecati. L'appaltatrice assume in proprio ogni responsabilità, impegnandosi a tenere indenne il Committente anche in sede giudiziale, per gli infortuni o danni subiti da parte di persone o cose, in dipendenza della esecuzione delle prestazioni oggetto del presente Contratto. A tal fine l'appaltatrice si impegna a stipulare idonea polizza assicurativa con primaria compagnia di assicurazioni – anche ai sensi dell'art. 11, 2° comma, D.m. 30 giugno 2003, n. 221, - che copra i rischi di responsabilità civile per danni cagionati a cose e persone, con un massimale di almeno € (.....)

c) Garanzia fidejussoria

A garanzia dell'esatto adempimento degli impegni assunti con il presente contratto o previsti negli atti da questo richiamati, l'appaltatrice dovrà prestare entro o non oltre 30 giorni dalla stipula del presente contratto, pena la risoluzione di diritto dello stesso, apposita garanzia fidejussoria, assicurativa o bancaria, per un importo pari a € (.....). Copia di tale polizza dovrà essere tempestivamente fornita al Committente.

La polizza dovrà essere "a prima richiesta" e prevedere espressamente l'esclusione dell'obbligo della preventiva escussione del debitore principale e dovrà garantire, oltre al ristoro dei danni a cose o persone patiti dalla Committente, anche il rimborso di ogni e qualsiasi somma che D'Ambros Ipermercato S.p.A. fosse costretta a versare a qualunque titolo a causa di inadempimenti dell'Appaltatrice.

La garanzia dovrà essere integrata ogni volta che il Committente abbia proceduto alla sua escussione, anche parziale, ai sensi del presente contratto. La garanzia cesserà di avere effetto e sarà svincolata automaticamente decorsi ventiquattro mesi dalla scadenza del contratto.

12. Compensi e tariffe

Quale corrispettivo per i servizi che verranno resi dalla Appaltatrice alla Committente nel corso del periodo di validità del presente contratto e per qualsivoglia altro impegno assunto dalla medesima ai sensi dello stesso, la Committente corrisponderà all'Appaltatrice un importo complessivo secondo il tariffario che sarà predisposto e sottoscritto dalle parti interessate (All. "E"). Ogni modifica al tariffario dovrà essere concordata e risultare esclusivamente per scritto.

I compensi dovuti sono determinati secondo i seguenti criteri:

- a. la fatturazione avverrà mensilmente per tutte le voci di tariffa;
- b. le fatture, purché tempestivamente pervenute, saranno pagate dalla Committente entro lavorativi dalla data di presentazione. Il ritardo nel pagamento comporterà per la Committente l'obbligo di corrispondere gli interessi sull'importo non pagato al tasso legale di cui all'art. 1284 del Codice Civile in vigore "pro rata temporis";
- c. alla Committente viene sin d'ora concessa facoltà di operare compensazioni tra le rispettive partite di debito/credito come maturande in esecuzione delle obbligazioni reciprocamente assunte.
- d. Ogni contestazione in relazione ai conteggi dovrà essere avanzata entro il giorno 15 del mese successivo a quello di effettuazione dei servizi e pertanto, a seguito dell'emissione della fattura da parte dell'Appaltatrice, gli stessi s'intenderanno definitivamente accettati e non potranno più essere rettificati.
- e. Resta inteso che tutte le spese relative all'appalto resteranno ad esclusivo carico dell'Appaltatrice

Costituisce condizione di esigibilità del corrispettivo e dei compensi maturati dall'Appaltatrice l'avvenuta corresponsione di tutte le spettanze retributive e contributive al personale impiegato nell'esecuzione dei servizi per cui è contratto, per il quale la Committente ha diritto di avere la relativa documentazione. In caso contrario si ribadisce la trattenuta, nella misura del.....%, della somma dovuta.

13. Decorrenza, durata, recesso e risoluzione del contratto

Il presente contratto avrà decorrenza dal E si intenderà valido fino al

Alla scadenza il contratto si intenderà tacitamente rinnovato fino al, alle medesime condizioni e costi per gli anni successivi, qualora non venga data da una delle parti disdetta, a mezzo di lettera raccomandata r.r., da inviarsi almeno 90 (novanta) giorni prima della scadenza, termine perentorio ed essenziale. Il contratto si considererà invece risolto di diritto, senza necessità di disdetta e/o di preavviso ma con semplice comunicazione scritta contenente la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa, nelle ipotesi in cui:

- a. una delle parti sia sottoposta ad una qualsiasi procedura concorsuale prevista dalla legge;
- b. si verifichino eventi naturali di qualsiasi genere suscettibili di impedire o ritardare l'esecuzione dei servizi oggetto del contratto;
- c. sospensione e/o interruzione del servizio, salvi i casi di forza maggiore, per un periodo di tempo superiore a 48 ore.
- d. in tutti i casi di inadempienza dell'Appaltatrice rispetto alle obbligazioni qui contrattualmente assunte, ove dette inadempienze siano tali da impedire il regolare svolgimento dell'attività della Committente ed il corretto rifornimento dei punti di vendita.
- e. qualora l'Appaltatrice subappalti il servizio o parti di esso..... senza il preventivo avviso alla Committente o nonostante quest'ultimo abbia manifestato il mancato gradimento riguardo alla ditta subappaltatrice, oppure violi il divieto di cessione del contratto;
- f. qualora l'Appaltatrice si dovesse rendere responsabile di fatti e/o circostanze tali da coinvolgere la Committente in responsabilità sanzionatorie e/o risarcitorie verso terzi connesse ad inadempienze contrattuali o disposte da disposizione di legge e/o inerenti.
- g. qualora l'Appaltatrice non dovesse ottemperare regolarmente agli obblighi di legge previsti dal testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro (D.lgs 09.04.2008 N. 81) e dalle normative di sicurezza vigenti ad essa collegate;
- h. in caso di mancato accordo sulle rideterminazione delle tariffe.

14. Diritti e doveri in caso di cessazione del contratto

Nel caso in cui il contratto si risolvesse o comunque alla scadenza del presente contratto le parti collaboreranno al fine di limitare al massimo le conseguenze negative derivanti dalla cessazione del rapporto.

A tal fine:

- a. l'Appaltatrice disporrà per la restituzione al Committente di eventuali documenti di pertinenza di quest'ultimo nonché dei documenti riportanti informazioni confidenziali e riservate del Committente stesso;
- b. la Committente disporrà per la restituzione all'Appaltatrice di eventuali documenti di pertinenza di quest'ultimo nonché dei documenti riportanti informazioni confidenziali e riservate dell'Appaltatrice stessa;
- c. la Committente corrisponderà all'Appaltatrice tutte le somme a lei spettanti per l'esecuzione del contratto e non saldate alla scadenza dello stesso, nonché ogni altra spesa conseguente documentata, purché trattasi di somme ed importi dovuti e non contestati.
- d.
- e.

15. Gestione del contratto – subappalto ed incedibilità

Le Parti concordano che il presente contratto sarà gestito con spirito di estrema collaborazione o "partnership" secondo i parametri di cui all'art. 1375 cod. civ..

A tal fine:

- a. Le Parti si impegnano a incontrarsi periodicamente per esaminare eventuali disguidi o problemi insorti e sviluppare azioni di miglioramento;
- b. ognuna delle Parti si impegna a discutere in tali incontri eventuali problematiche che sorgessero in relazione all'attuazione degli accordi contenuti nel presente contratto, concedendo all'altra parte un tempo sufficiente per rimediare al problema;
- c. qualora si verificasse, da parte della Committente, un ritardo nei pagamenti per un periodo superiore ai 90 giorni è data facoltà all'Appaltatrice di sospendere con effetto immediato ogni attività inerente al presente contratto sino al saldo di quanto dovuto.

È fatto divieto assoluto di cedere in tutto od in parte il presente contratto.

L'Appaltatrice è sin d'ora espressamente autorizzata, fermo il divieto di subappalto totale, ad eseguire
, avvalendosi di imprese consorziate mediante appositi contratti di affidamento.

L'Appaltatrice dovrà all'uopo dare tempestiva comunicazione alla Committente dei nominativi delle ditte consorziate, in modo tale da consentire a quest'ultima la possibilità di esprimere l'eventuale motivato mancato gradimento entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione, con conseguente divieto di affidamento a medesimi nominativi. Resta peraltro inteso che le ditte consorziate dovranno essere di provata capacità ed affidabilità e che l'Appaltatrice resta comunque direttamente responsabile nei confronti della Committente dei lavori affidati, anche ai sensi dell'art. 1228 c.c.

L'Appaltatrice avrà cura di far rispettare alle aziende, sue consorziate, gli impegni e le obbligazioni tutte assunte col presente contratto.

L'Appaltatrice inoltre si impegna a richiedere alle aziende consorziate, in occasione di ogni pagamento da effettuarsi a questi, la documentazione attestante gli adempimenti connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera ed in particolare:

- modelli DM10/2 contenente la liquidazione mensile dei contributi previdenziali a debito e a credito del subappaltatore nei confronti dell'INPS per i lavoratori dipendenti;
- modelli F24 di pagamento dei contributi previdenziali e delle ritenute fiscali alla fonte operate nel corso del periodo precedente;
- modello 770 più recente contenente tutti i redditi corrisposti, nonché le ritenute fiscali effettuate e versate nell'anno precedente;
- l'autoliquidazione con la determinazione dei premi assicurativi per infortuni e malattie professionali dovuti dall'Inail;
- documento unico di regolarità contributiva (Durc) rilasciato da Inps ed Inail.

La documentazione di cui sopra dovrà essere messa a disposizione della Committente a semplice richiesta di quest'ultima, affinché possano essere espletati i controlli nonché rispettate le modalità di pagamento del prezzo dell'appalto.

L'Appaltatrice è altresì obbligata a fornire alla Committente la documentazione attestante che gli adempimenti connessi con le prestazioni di lavoro dipendente e concernenti l'oggetto del presente contratto sono stati correttamente eseguiti dall'Appaltatrice medesimo, oltre che dalle aziende consorziate.

In caso di riscontrata inadempienza o di mancata consegna alla Committente della documentazione di cui sopra, la medesima deve intendersi sin d'ora autorizzata a trattenere le somme dovute all'Appaltatrice, sino alla regolarizzazione di quanto non versato. Laddove i lavoratori dell'Appaltatrice, per inadempienza di quest'ultimo, dovessero agire nei confronti della Committente per il pagamento di detti trattamenti, la Committente deve inoltre intendersi pienamente autorizzata a corrispondere agli stessi gli importi trattenuti nonché ogni altra somma e/o credito che l'Appaltatrice avesse maturato nei confronti della Committente per l'esecuzione dei servizi di logistica integrata, fino alla concorrenza di quanto risulterà dovuto ai lavoratori, detraendolo da quanto dovuto all'Appaltatrice e senza che quest'ultimo possa sollevare eccezioni e/o obiezioni di sorta al riguardo.

16. Forma convenzionale e contenuto del contratto

Nessuna modifica al presente accordo potrà essere considerata produttiva di effetti e vincolante per le parti se non risultante da atto scritto, debitamente firmato da persona munita dei necessari poteri di rappresentanza. Le Parti si danno atto che il presente accordo contrattuale è unico ed inscindibile, talché in nessun caso potrà essere data esecuzione parziale alle obbligazioni assunte col presente contratto.

17. Foro competente

Per eventuali controversie derivanti dall'applicazione del presente contratto, comprese quelle relative alla sua validità, esecuzione, annullamento e risoluzione, unico ed esclusivo Foro competente sarà quello di

.....

18. Privacy

Le parti, con riferimento alla normativa vincolistica di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, si scambiano reciproca autorizzazione a trattare i dati personali in loro possesso in relazione agli adempimenti normativi e contrattuali necessari per eseguire le obbligazioni e adempiere agli obblighi e doveri derivanti dal presente contratto.

L'appaltatrice si obbliga ad adottare il documento programmatico sulla sicurezza, nel quale prevederà tutte le misure volte a garantire la riservatezza degli archivi elettronici e cartacei, con particolare riguardo alla protezione dei dati sensibili o giudiziari trattati nell'esecuzione del presente contratto. L'appaltatrice, nel trattamento dei dati effettuato nell'esecuzione del presente contratto, si obbliga ad adottare e attivare:

- a) procedure di gestione delle credenziali di autenticazione che si rifacciano al principio del “*need to know*”, affinché ogni incaricato abbia accesso esclusivamente a quei dati indispensabili per lo svolgimento della propria attività lavorativa finalizzata al perfezionamento del contratto;
- b) i più efficaci sistemi di protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti e ad accessi non consentiti, anche mediante l'adozione e l'aggiornamento periodico di idonei strumenti atti a mantenere un livello di sicurezza accettabile (antivirus, “*firewalls*”, e così via);
- c) procedure per la custodia di copie di sicurezza, il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi (“*back up*”);
- d) tecniche di cifratura e/o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale.

Letto, confermato e sottoscritto in....., li.....

L'Appaltatrice

La Committente

Le Parti dichiarano di aver discusso il presente contratto in ogni sua parte e di approvare specificamente, ai sensi dell'art. 1341 c.c., quanto disposto nei punti qui di seguito indicati: art. 10 Responsabilità; art. 11 Assicurazioni; art. 13 Durata e recesso; art. 15 Gestione del contratto e Divieto di cessione ; art. 16 Forma convenzionale; art. 17 Foro competente.

Letto, confermato e sottoscritto in....., li.....

L'Appaltatrice

La Committente

CAPITOLO 5

I cambi di appalto

Prendendo spunto da una risposta a **interpello**, avanzato dall'Associazione Nazionale Sindacato dei Trasporti e dei Servizi, **n. 22 del 01/08/2012 del Ministero del Lavoro** evidenziamo le importanti problematiche occupazionali connesse al tema della successione dei contratti di appalto, al fine di tutelare i lavoratori alla conservazione del posto di lavoro e di tutti i diritti che ne derivano.

Come evidenziato dal Ministero del Lavoro *“la materia della successione degli appalti tra imprese trova la propria disciplina principale nell'ambito della contrattazione collettiva”, non è, cioè, ordinata e prevista dal nostro sistema legislativo.*

Alcuni contratti collettivi, relativi ai settori nei quali la fornitura di servizi in appalto è parte integrante della stessa attività d'impresa, hanno previsto delle specifiche tutele contrattuali a favore dei lavoratori interessati dal cambio di appalto costituite dalle cd. *“clausole sociali”* o di *“riassunzione”*:

- Taluni prevedono espressamente **l'obbligo** per l'impresa subentrante **di assumere**, con passaggio diretto, il personale in organico dell'impresa uscente impiegato nell'appalto o almeno coloro che **vantano un'anzianità minima alle medesime condizioni contrattuali** precedenti (CCNL turismo, Confcommercio 19 luglio 2003). **Tali vincoli**, previsti dai CCNL, **operano solo quando le imprese coinvolte applicano i medesimi contratti e non vengono variati i termini del contratto di appalto**. Su questo punto anche la giurisprudenza di merito ha più volte affermato che il rispetto delle clausole collettive non può imporsi a quelle aziende che non applichino tale normativa collettiva.
- Altri prevedono, quando intervengono modifiche nelle condizioni contrattuali, **obbligo di attivazione di procedure** di consultazione e informazione (CCNL Servizi di pulizia 25 maggio 2001)
- Altri invece non prevedono un vero e proprio obbligo ad assumere, ma **si limitano a prevedere l'apertura di una procedura** di consultazione sindacale per verificare la possibilità di salvaguardare i livelli occupazionali (CCNL Trasporto, merci e logistica 1 marzo 2006).
- Altri ancora prevedono **obblighi di varia natura sorgenti in capo al nuovo appaltatore** solo in caso di superamento di una certa soglia di lavoratori coinvolti (CCNL imprese di pulizie artigiane 12 luglio 1999).

Non costituisce rarità il fatto che, in caso di cambio di appalto, l'impresa subentrante decida di non assorbire il personale dell'impresa uscente sia perché ciò non è previsto dal CCNL applicato sia perché sono variati i termini del contratto medesimo. In questo caso i lavoratori, non riassunti dall'impresa subentrante, possono essere trasferiti in altra sede oppure essere licenziati per giustificato motivo oggettivo.

Alla luce di quanto sopra esposto la stabilità del rapporto di lavoro, essendo regolamentata e garantita solo a livello contrattuale, sembrerebbe uscirne “indebolita” ma il Ministero ribadisce che l'ordinamento giuridico e la relativa giurisprudenza prevedono sufficienti tutele⁴⁶, in aggiunta a quelle contrattuali, per i lavoratori interessati da un cambio di appalto in quanto conserva loro il diritto, se licenziati, di impugnare il licenziamento, dimostrando l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo, entro 60 gg. dalla sua mancata assunzione così come è stato stabilito dall'art. 33, co.4, lett. d, L. 183/10.

Occorre inoltre sottolineare il fatto che, se da un lato, occorre tutelare la stabilità del rapporto di **lavoro**, d'altro canto, è necessario **difendere il principio della libertà di concorrenza e di parità di condizioni** tra impresa e lavoratori nel mercato. A questo proposito ricordiamo la vicenda dei servizi aeroportuali che ha visto l'ordinamento comunitario imporre l'apertura al regime di mercato e alla concorrenza tra imprese dei servizi in questione in tutti gli aeroporti, annullando le clausole sociali o di riassunzione, prima menzionate.

note

⁴⁶ Cass.Sez.lav. 4166/2006; Cass.Sez.Lav. 3337/1998; Cass.Sez.lav. 15593/2002.

Le dinamiche relative alla successione dei contratti di appalto e le inevitabili ricadute sul personale addetto hanno generato varie problematiche che si intersecano tra di loro:

1. compatibilità del sistema giuridico interno con i principi della comunità europea
2. cambio di appalto o trasferimento d'azienda
3. licenziamenti e tutele dei lavoratori nei cambi di appalto - Riforma Fornero vs Contratto a Tutele Crescenti
4. licenziamento collettivo (*ex artt.4 e 24, L. 223/1991*) o licenziamenti individuali plurimi
5. agevolazioni contributive in caso di cambio appalto

1) Compatibilità del sistema giuridico interno con i principi della Comunità Europea

Secondo la Comunità Europea, si considera trasferimento d'azienda, nella successione di appaltatori, quando, alla mera successione cronologica, si aggiungono:

- cessione di elementi patrimoniali, materiali o immateriali significativi;
- il tipo di impresa;
- l'assunzione, in termini di numero e competenza, di personale già destinato all'esecuzione del contratto;
- il grado di somiglianza delle attività pre e post cessione.

La giurisprudenza comunitaria afferma che la mancanza di un legame contrattuale tra cedente e cessionario non è elemento di per sé significativo per determinare l'assenza di un trasferimento.

Con riferimento ai cambi di appalto, negli ultimi anni i giudici europei hanno fortemente sostenuto il principio secondo cui l'art. 2112 c.c. sarebbe applicabile alle successioni di contratti di appalto quando vi sono i presupposti di fatto e pur in assenza di un contratto diretto tra gli appaltatori⁴⁷.

Ne è la prova l'intervento comunitario con la procedura di pre – infrazione c.d. “Eupilot” n. 7622/15/EMPL, avviata dai giudici di merito nei confronti del disposto normativo racchiuso all'art. 29 co. 3 D.lgs. 276/2003. Nello specifico, la giurisprudenza europea ha ritenuto la previgente disciplina in contrasto con la direttiva 2001/23/CE in tema di trasferimento d'impresa, nella parte in cui escludeva radicalmente la configurabilità di un trasferimento d'azienda quando l'impresa subentrante in un appalto assume i dipendenti già impegnati dall'imprenditore uscente nell'appalto medesimo, determinando così una violazione delle tutele minime imposte a livello comunitario.

Per queste ragioni, la Commissione Europea ha richiesto formalmente al Governo italiano di esplicitare, nella normativa interna, la regola che il subentro nell'appalto costituisce trasferimento d'azienda in presenza di una situazione in cui, oltre che il passaggio di personale, si verifica un trasferimento di beni di non trascurabile entità.

Il legislatore è così intervenuto con l'art. 30 della L. n. 122/2016, rubricato “*Disposizioni in materia di diritti dei lavoratori a seguito di subentro di un nuovo appaltatore*”, modificando l'art. 29 nei termini di cui al punto al successivo punto.

2) Cambio di appalto o trasferimento di azienda

La problematica tra i due istituti nasce dal fatto che, frequentemente, i lavoratori dell'impresa uscente, non assunti dal nuovo appaltatore, sostengono la configurabilità, nel cambio di appalto, di un trasferimento d'azienda o ramo di azienda, con conseguente loro diritto all'automatica prosecuzione del rapporto alle dipendenze dell'impresa subentrante (art. 2112, co.1)⁴⁸.

Da un punto di vista prettamente normativo, la successione di appaltatori non configura di per sé e automaticamente un trasferimento di azienda o ramo di azienda, in quanto il puro e semplice trasferimento del personale non è sufficiente a configurare un trasferimento d'azienda, così come è disciplinato dall'art. 2112 cc.

note

47. Cassazione Civile, Sez.Lav. 13 gennaio 2005, n. 493.

48. Art.2112 c.c., co.1: “*In caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*”.

Attualmente la normativa di riferimento per quanto concerne il rapporto tra successione dei contratti di appalto e trasferimento d'azienda è l'art. 29, co. 3 D. lgs. 276/2003.

Come già anticipato al punto precedente del presente capitolo, la disciplina contenuta all'art. 29 co. 3 della Riforma Biagi è stata di recente oggetto di intervento legislativo, a seguito dell'avvio da parte dell'Unione Europea di una procedura di pre-infrazione (c.d. "Eupilot" n. 7622/15/EMPL): il legislatore europeo aveva ritenuto contrastante il prevalente contenuto normativo con la direttiva 2001/23/CE in tema di trasferimento d'impresa, in quanto "apparentemente" escludeva automaticamente l'applicabilità del trasferimento d'azienda nei cambi di appalto.

Alla luce delle modifiche apportate dalla Legge n. 122/2016, il nuovo art. 29, co.3 D.lgs. n. 276/2003 stabilisce che *"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"*.

Dal dettato normativo i parametri utili per escludere l'ipotesi un trasferimento di azienda nel cambio di appalto risultano essere essenzialmente due:

- necessità che l'appaltatore sia "dotato di propria struttura organizzativa ed operativa": tale passaggio è da intendersi non tanto in linea generale, essendo chiaro che l'appalto è genuino solo se è l'appaltatore in piena autonomia ad organizzare l'opera ed il servizio dedotti nel contratto di appalto, ma è da interpretarsi in senso più ampio, in relazione non tanto con il vecchio appaltatore tanto con quello subentrante; è evidente che deve trattarsi di un soggetto già in essere, strutturato ed operante nel momento del cambio di appalto e non sorgere *ex novo* per effetto dello cambio di appalto, creando vere e proprie pratiche elusive;
- presenza di "elementi di discontinuità" tali da determinare un'identità di impresa specifica: è necessaria l'assenza di elementi specifici che possano concretamente rilevare l'esistenza di una continuità della gestione dell'appalto tra il vecchio appaltatore e quello subentrante e, pertanto escludere la configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 2112 cc.

In realtà le modifiche apportate all'Art. 29 co.3 per effetto dell'intervento europeo non hanno prodotto un esito del tutto innovativo: sul punto, infatti, era già intervenuta la **giurisprudenza**, la quale ha sempre ribadito come la stessa nozione di "trasferimento" presupponga un rapporto diretto, sia pure di varia natura, idoneo a trasferire da un soggetto ad un altro la gestione dell'azienda, rapporto diretto che, per l'appunto, viene a mancare tra appaltatore uscente ed appaltatore subentrante⁴⁹ ed occorre che il nuovo gestore utilizzi per l'esercizio dell'attività una qualche "**entità economica**" che, dopo il trasferimento, conservi la propria identità⁵⁰.

Infatti, secondo il diritto italiano costituisce trasferimento d'azienda in senso giuslavoristico *"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 compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda"* (art. 2112, co.5, prima parte c.c.); mentre si ha trasferimento di ramo di azienda qualora l'operazione in questione abbia a oggetto un *"articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"* (art. 2112, co.5, seconda parte, c.c.)

Pertanto, se i cambi di appalto comportano

- un significativo passaggio di beni o risultati, in concreto, dimostrato l'avvenuto trapasso di elementi significativi per la gestione del servizio medesimo
- un trasferimento di lavoratori che per capacità e competenze siano in grado di svolgere autonomamente le proprie funzioni presso il nuovo datore di lavoro, costituendo così un autonomo ramo d'azienda.

non possiamo più parlare di una mera successione di appaltatori ma ci troviamo di fronte ad "un'articolazione funzio-

note

49. Cass. 4 gennaio 2000 n.23; Cass. 27 dicembre 1999 n.14568.

50. Tribunale di Roma, 9 giugno 2005, Corte di Appello di Lecce, 19 gennaio 2008: "La successione

di una impresa ad un'altra, a seguito di una nuova gara, nella gestione con propria organizzazione di un servizio affidato in appalto non costituisce trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c."

nalmente autonoma di un'attività economica organizzata" che, in quanto tale, è soggetta alla disciplina dell'art. 2122 cc. Come detto, a queste conclusioni era già in precedenza pervenuta buona parte della giurisprudenza⁵¹, che aveva tentato di ridimensionare l'ambito applicativo dell'articolo 29, e di allinearsi ai principi espressi dalla Comunità Europea (Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n.23) recante norme concernenti "il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti".

Resta sullo sfondo il problema di clausole sociali che, comprensibili in un'ottica di tutela del lavoratore impiegato nell'appalto, finiscono per ingessare il mercato del lavoro in quanto assicurano di fatto una stabilità del posto di lavoro al lavoratore indipendentemente dalla qualità del lavoro in appalto, con pesanti ripercussioni soprattutto nel settore dei servizi pubblici appaltati.

3) Licenziamenti e tutele dei lavoratori nei cambi di appalto - Riforma Fornero vs Contratto a Tutele Crescenti

Il tema del cambio di appalto si (ri)scontra anche su questioni pratiche come la normativa sui licenziamenti nonché la tutela applicabile ai lavoratori interessati.

Protagonisti sul campo sono la Legge n. 92/2012, meglio nota come Riforma Fornero, e il D. Lgs n. 23/2015, contenente "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti", in vigore dal 07 marzo 2015.

Entrambe le discipline hanno introdotto alcune novità riguardanti i cambi di gestione in un contratto di appalto.

Nello specifico, la Riforma Fornero ha stabilito che:

- il licenziamento, a seguito di cessazione di un contratto di appalto è sottoposto – come qualsiasi altro per motivo oggettivo - alla procedura di **conciliazione preventiva**, procedura che assume un ruolo significativo per evitare eventuali contenziosi tra l'azienda e i lavoratori licenziati, quando, nel cambio di appalto, si creano condizioni tali per cui l'appaltatore subentrante non sia obbligato alla riassunzione dei lavoratori dell'appaltatore recedente.
- fosse dovuto il pagamento del "**contributo una tantum**" Naspi in caso di licenziamento per cambio appalto, con un'esenzione del contributo stesso solo fino al 31/12/2015. L'esenzione, prima prorogata al 31/12/2016 è diventata strutturale dal 2017 e pertanto attualmente **il contributo non è dovuto** in caso di licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto ai quali siano succedute assunzioni c/o i datori di lavoro subentranti; in assenza di riassunzione, il contributo è invece dovuto.

Per quanto riguarda, invece, il D. lgs. n. 23/2015, la fonte principale è contenuta nell'articolo 7, il quale prevede che:

- in caso di cambio di appalto, stabilendosi un nuovo e diverso rapporto con il nuovo appaltatore, si applica la normativa sulle tutele crescenti (e non le norme precedenti), ad eccezione del calcolo di indennizzo economico per il quale si considera "tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata".

La norma, che non ha evitato di suscitare polemiche dottrinali e anche reazioni della contrattazione collettiva in forzatura delle tutele preesistenti, prevede una chiara indicazione a fronte della quale anche al lavoratore trasbordato al nuovo appalto (dal 7 marzo 2015 in poi) si applica la nuova disciplina sul licenziamento.

4) Licenziamento collettivo o licenziamenti individuali plurimi (in aziende con più di 15 dipendenti)

Sul tema è intervenuto il Ministero del Lavoro, il quale ha ribadito quanto aveva affermato nella circolare L/01 del 28/05/2001: *l'esclusione dei licenziamenti* derivanti da un cambio di appalto, qualunque sia il loro numero, *dalla disciplina dei licenziamenti collettivi* e dal conseguente avvio della procedura di licenziamento collettivo (*ex artt.4 e 24 L. 223/91*), considerandoli come licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo, da assoggettare alla L. 604/66. Questa interpretazione, generata dal fatto che il Ministero considera il fenomeno della successione degli appalti non come riduzione di attività o in un'ottica di ristrutturazione ma come un normale fenomeno di "turn over", è stata ampiamente disattesa dalla prevalente giurisprudenza⁵², la quale ha rilevato che l'art. 24, co.4, della legge 223/1991 esclude l'applicabilità della disciplina dettata per i licenziamenti collettivi solo in ipotesi tassative, tra cui "i casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali e

note

51. Tribunale Asti, 27 febbraio 2007; Tribunale di Firenze, 15 ottobre 2005.

52. Cass. 9 giugno 2005, n. 12136; Cass. 4 marzo 2000 n. 2463; Trib. Milano 27 gennaio 2004;

Cass. 21 maggio 1998, n. 5104; Trib. Milano 16 dicembre 1995; Pret. Milano 8 ottobre 1993; Cass. 21 maggio 1998, n. 510; Trib. Milano 16 marzo 2001; Trib. Catania 10 giugno 1999.

saltuarie”, non dice nulla riguardo alla cessazione di un contratto d'appalto.

La Suprema Corte, infatti, ha sostenuto che l'ipotesi di cessazione di appalti di servizi, e in particolare appalti di pulizie, possa e debba rientrare nell'applicazione della disciplina procedurale e sostanziale di cui alla L. 223/91 (Cass. n. 5104 del 21 maggio 1998)⁵³. L'inapplicabilità delle procedure di licenziamento collettivo è invece esplicitamente prevista dall'art. 7, co.4 bis, L. 31 del 2008⁵⁴, nel caso di subentro di un nuovo appaltatore con acquisizione di personale da parte dell'impresa subentrante.

Sarebbe consigliabile, quindi, che, in vista della cessazione del contratto di appalto, l'impresa uscente avviasse, cautelativamente, la procedura di licenziamento collettivo, salvo poi chiuderla in breve tempo, data l'incertezza sia di chi sia l'impresa subentrante, sia se questa sia disponibile ad assumere tutto il personale impiegato nell'appalto. È chiaro che queste dinamiche procedurali sfuggono ad un inquadramento temporale certo e comportano un significativo esborso (il contributo d'ingresso è pari a una mensilità di massimale lordo Cigs per ogni dipendente per cui si programma il licenziamento e che abbia diritto all'indennità di mobilità). La soluzione, in modo da conciliare l'osservanza e la tempistica dei CCNL con le esigenze e gli obiettivi imprenditoriali dell'appaltatore, potrebbe essere il ricorso alla Cigs, previsto dall'art. 23, L. 155/81⁵⁵ e dall'art.1, co.7, D.lgs 299/94⁵⁶.

5) Cambio appalto e agevolazioni contributive

Altra questione, connessa anche al concetto di trasferimento di azienda, è la possibilità per l'impresa subentrante che acquisisca il personale del precedente appaltatore di godere delle agevolazioni contributive previste nel nostro ordinamento. Senza ripercorre qui storicamente la prassi e la giurisprudenza che si sono succedute nel tempo (vale almeno la pena qui di ricordare: circ. Inps n. 109/1993 e 122/1999; Min, Lav., direttiva del 28 aprile 1999 e nota 103146/1999), il problema è stato indirettamente affrontato inizialmente dalla Riforma Fornero, all'art. 4 comma 12 lett a), e successivamente ripreso dal D. lg. 150/2015: nello specifico, quest'ultimo stabilisce (in via generale per qualsiasi tipo di incentivo) all'art. 31 comma 1 lettera a) che *“l'incentivo non spetta se l'assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente, stabilito da norme di legge o dalla contrattazione collettiva”*.

Ciò sembra precludere la possibilità di fruire delle agevolazioni in argomento qualora nel cambio di appalto la contrattazione prevedesse un diritto di precedenza all'assunzione.

È prevista, tuttavia, un'ipotesi che costituisce eccezione alla regola suindicata: ad esempio la circolare Inps n. 40/2018, con riferimento al nuovo incentivo occupazione giovanile stabile, introdotto dalla legge di Bilancio 2018 (L. n. 205/2017), stabilisce che è da intendersi valida la fruizione dell'incentivo anche per gli obblighi di assunzione previsti dalla contrattazione collettiva, tra i quali si citano, ad esempio, le disposizioni collettive applicabili alle imprese di pulizia, per cui l'azienda che subentra ad un'altra in un appalto di servizi è obbligata ad assumere i dipendenti della precedente azienda.

In ogni caso al momento appare ostica la fruizione delle agevolazioni qualora, pur non sussistendo un cambio di appalto, fossero intervenuti degli accordi a qualunque livello tesi al riassorbimento (parziale o totale) del personale.

Conclusioni

Come è agevole osservare, anche la disciplina del cambio di appalto si muove su vari livelli (contrattazione collettiva, licenziamenti collettivi, licenziamenti individuali) senza un chiaro riferimento, il che porta a molta confusione e qualche abuso, con compressione sia dei diritti dei lavoratori sia della libertà economica delle imprese, nonché, più in generale, della certezza del diritto applicabile. Una proposta di semplificazione razionalizzazione nel merito è contenuta nel cap. 8 del presente lavoro, all'interno della modifica dell'art. 29 del D. Lgs. 276/03.

note

53. *“Le imprese che gestiscono servizi di pulizia in appalto e che occupano più di quindici dipendenti sono pertanto soggette alla disciplina di cui all'art.24 della legge n. 223/1991, non rientrando nelle eccezioni previste dal comma 4 dello stesso articolo; e a nulla rileva che la riduzione di lavoro derivi dalla cessazione di un appalto, con o senza subentro di altra impresa di pulizia nei lavori prima eseguiti dalla prima. La tesi propugnata dalla ricorrente con il primo motivo del ricorso che la legge n.223/1991 non trova applicazione nel caso di successione di imprese in un appalto di lavori di pulizia o comunque di cessazione di tale appalto-non trova alcun riscontro normativo”*

54. L'art.7, co 4bis, L.31/2008 dispone che *“nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessi-*

vo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24 della L. 223/1991, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai CCNL nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.”

55. *“Il trattamento straordinario di integrazione salariale previsto per i lavoratori del settore industria è esteso, con le modalità e procedure vigenti nel settore stesso, ai dipendenti di aziende appaltatrici di servizi di mensa o ristorazione, addetti in modo prevalente e continuativo a tale attività, sospesi dal lavoro o che effettuano prestazioni di lavoro ad orario ridotto*

in conseguenza di situazioni di crisi e di difficoltà anche temporanee dell'impresa industriale, presso cui vengono svolti i servizi di mensa o di ristorazione, purché dette situazioni diano luogo all'applicazione del trattamento a carico della cassa per l'integrazione guadagni ordinaria o straordinaria”.

56. *“Ai dipendenti delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizia e, se costituite in forma cooperativa, anche ai soci lavoratori, addetti in modo prevalente e continuativo allo svolgimento delle attività appaltate. Il trattamento di integrazione salariale è concesso nei casi in cui i predetti lavoratori siano sospesi dal lavoro o effettuino prestazioni di lavoro ad orario ridotto in conseguenza della riduzione delle attività appaltate ove connessa all'attuazione, da parte dell'appaltante, di programmi di crisi aziendale, o di programmi di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, che abbiano dato luogo all'applicazione del trattamento a carico della cassa integrazione guadagni straordinaria.”*

CAPITOLO 6

Appalto e sicurezza sul lavoro

Premessa: gli obblighi previsti in caso di appalto

La disciplina in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro⁵⁷ presenta al suo interno numerose disposizioni che trovano applicazione nell'ambito del contratto di appalto. Spesso infatti l'esecuzione di tale istituto dà luogo a comportamenti o situazioni considerati "a rischio" per la sicurezza dei lavoratori impiegati.

In particolare, tali disposizioni si traducono in un serie di precetti che devono essere rispettati dal committente e dall'appaltatore, e da eventuali sub-appaltatori, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, nell'ottica di un reciproca e proficua collaborazione tra le parti tesa ad ordinare gli interventi necessari ad eliminare i rischi dovuti alle interferenze tra le varie attività lavorative coinvolte nel contratto, in modo da garantire un'efficace tutela del personale utilizzato.

L'interesse pubblico legato alla salute e sicurezza dei lavoratori ha imposto, in modo preponderante, alle parti contrattuali e nello specifico alla "parte forte", il committente, colui cioè che ha la responsabilità del prodotto finale, di attivarsi per una migliore prevenzione e protezione dai rischi dell'attività lavorativa, specificando quali sono gli oneri in capo ad ognuna delle parti che non possono più, quindi, lavorare in modo autonomo all'interno di un contratto di appalto. L'esigenza di attivare una sinergia tra committente ed appaltatore è stata determinata dal moltiplicarsi dei casi di c.d. "appalto promiscuo", in quegli appalti, cioè, caratterizzati dalla contemporanea presenza di diversi attori nel medesimo teatro lavorativo, con la necessaria confusione di diversi lavoratori delle imprese committenti, appaltatrici e sub-appaltatrici.

Nello specifico gli obblighi in capo a ogni datori di lavoro sono:

- valutare i rischi relativi alla propria attività e predisporre il documento di valutazione rischi (DVR);
- osservare le misure generali di tutela ed adottare le misure conformi alle prescrizioni di legge;
- fornire dettagliate informazioni sui rischi ambientali e sulle misure di prevenzione;
- adottate in relazione alla propria attività;
- elaborare il P.O.S. (solo per i cantieri), indicare i costi per la sicurezza, insieme al committente;
- verificare i requisiti tecnico-professionali delle società appaltatrici e sub-appaltatrici;
- redarre il DUVRI, in collaborazione con l'appaltatore;
- indicare i costi per la sicurezza, insieme all'appaltatore;

6a. La verifica dei requisiti tecnico-professionali

Il committente deve verificare, all'atto dell'affidamento dei lavori, la presenza, in capo alle imprese appaltatrici, dell'idoneità tecnico-professionale idonea per la realizzazione delle opere o dei servizi concordati. In attesa dell'emanazione del decreto che definisca le modalità di verifica che dovranno essere adottate, il committente può adempiere a tale obbligo mediante:

note

⁵⁷ Art.32 della Costituzione/ art. 2087 c.c. /art.5,Dlgs. 626/94/ art.7, D.lgs. 242/96/ D.lgs.494/96, riformato dal T.U.81/08.

- L'acquisizione del certificato d'iscrizione alla camera di commercio.
- L'acquisizione di un'autocertificazione rilasciata dall'impresa appaltatrice, mediante la quale la stessa dichiara di essere in possesso dei requisiti richiesti. (**Allegato A**). Un ruolo importante è inoltre rivestito dal Libro Unico del lavoro, il quale rappresenta una fedele fotografia della composizione dell'organico dell'impresa e pertanto consente di desumere importanti elementi di valutazione relativamente alla professionalità della stessa.

6b. Il documento unico di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI)

L'esigenza di una cooperazione tra le parti, già presente nel previgente D.Lgs 626/1994, trova la sua espressione più evidente nell'obbligo di effettuare una valutazione congiunta dei c.d. rischi da interferenze, mediante l'obbligo, in capo al committente, di elaborare un unico documento di valutazione dei rischi comune a tutte le imprese appaltatrici coinvolte nell'esecuzione dell'opera ==> **DUVRI**.

Tale documento, che non sostituisce i singoli documenti di valutazioni dei rischi riferiti a ciascuna impresa appaltatrice, costituisce un elemento essenziale del contratto di appalto e pertanto la sua assenza inficia la validità del contratto stesso. Quanto alle modalità di redazione del documento in esame, il testo di legge si limita esclusivamente ad individuare nella figura del committente il soggetto tenuto ad effettuare la valutazione dei rischi, mediante la concreta realizzazione di un'attività di cooperazione e coordinamento con tutti gli altri datori di lavoro che partecipano all'appalto.

Mediante interpretazione analogica, tuttavia, si può presupporre la validità delle medesime disposizioni previste per la redazione del documento di valutazione dei rischi aziendale, le quali prevedono il coinvolgimento anche del medico del lavoro competente, il parere tecnico del quale risulta indispensabile per una corretta ed efficace individuazione dei rischi connessi al processo produttivo, e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, che nel caso specifico dell'appalto può essere individuato nel RLS di sito produttivo.

Gli elementi che dovranno essere presi in considerazione ed analizzati all'interno del DUVRI, inoltre, variano, ovviamente, in considerazione della specifica attività svolta e del contesto nell'ambito del quale l'opera viene realizzata. In ogni caso il documento dovrà individuare:

- le criticità derivanti dalla contemporanea presenza di più soggetti nel medesimo sito produttivo, con riferimento in particolare ai processi di produzione adottati, alle caratteristiche morfologiche dei luoghi di lavoro e alle mansioni svolte dai singoli lavoratori;
- l'attività di formazione necessaria per evitare il verificarsi di situazioni a rischio per la sicurezza;
- i sistemi di protezione individuali considerati indispensabili per l'esecuzione in sicurezza delle mansioni affidate ai lavoratori;
- tutte le misure indispensabili per eliminare o minimizzare i rischi connessi all'esecuzione dell'appalto.

Anche il DUVRI, come il documento di valutazione dei rischi aziendale, deve essere aggiornato ogni qualvolta si determini una variazione sostanziale dei processi di produzione o di qualsiasi altro aspetto tale da modificare i rischi derivanti dall'interferenza tra imprese. Per come è stato concepito dal legislatore risulta evidente come lo scopo primario di tale strumento sia quello di offrire un'efficace protezione dei lavoratori impiegati all'interno di imprese altamente strutturate, così da poter far fronte alle numerose "morti bianche" che, soprattutto nell'edilizia, hanno raggiunto, negli ultimi anni, numeri preoccupanti.

Tuttavia, rimangono le perplessità relativamente all'impiego del DUVRI all'interno di realtà meno articolate, nell'ambito delle quali, di fatto, non esistono rischi di interferenza. Si pensi ad esempio all'appalto di piccoli lavori di manutenzione domestica o di servizi di pulizia nei quali i soggetti coinvolti siano soltanto il committente e l'appaltatore che esegue l'opera o il servizio. Sarebbe pertanto auspicabile, in considerazione anche delle conseguenze derivanti dalla mancata redazione del documento in oggetto, che il legislatore preveda l'obbligo di tale adempimento laddove effettivamente sia in grado di realizzare sicurezza, distinguendo i grandi appalti di opere, che spesso prevedono il coinvolgimento di numerosi subappaltatori, dagli appalti minori.

Un passo in tale direzione è stato recentemente mosso dal ministero del Lavoro con l'emanazione del D.Lgs 106/2009, il quale ha escluso l'obbligatorietà della stesura del DUVRI all'interno di appalti aventi ad oggetto servizi di natura intellettuale, mere forniture di materiali o attrezzature, lavori o servizi la cui durata non sia superiore a 2 giorni, a condizione che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti biologici o dalla presenza di uno dei rischi particolari di cui all'allegato XI (come ad es. rischi di seppellimento o sprofondamento a profondità superiori a 1,5 metri, rischi di caduta dall'alto da altezze superiori a 2 metri, ecc.). Con un successivo chiarimento del 12 maggio 2010 il ministero del Lavoro ha poi puntualizzato che il limite dei due giorni di cui al D.Lgs 106/2009 *“deve essere computato in riferimento ad un arco temporale non necessariamente continuativo, ma anche complessivo e derivante dal cumulo delle singole prestazioni, anche episodiche, effettuate comunque in un lasso temporale di riferimento di ragionevole durata, come si potrebbe plausibilmente ritenere un anno solare, tenuto conto anche dell'eventuale durata contrattuale della prestazione lavorativa”*.

6c. Il Piano Operativo di Sicurezza (POS)

L'art. 96, comma 1, lett. g), del T.U. n. 81/2008 impone, ai datori di lavoro delle imprese affidatarie e delle imprese esecutrici operanti all'interno di cantieri temporanei o mobili, l'obbligo di redigere un Piano Operativo di Sicurezza, essendo i cantieri una situazione particolarmente delicata, in quanto caratterizzata dalla temporaneità, da una varietà di scenari in continua evoluzione e dalla forte precarizzazione del lavoro, che elevano i livelli del rischio. Il POS rappresenta, in particolare, una sorta di documento di valutazione dei rischi redatto però con riferimento ad uno specifico cantiere. A differenza di quanto avviene per il DUVRI, il Piano Operativo di Sicurezza deve essere compilato anche nell'ipotesi in cui, all'interno del cantiere, operi un solo ed unico soggetto. Obiettivo del POS è quello di individuare, nell'ambito di cantieri temporanei e mobili, le migliori contromisure da adottare al fine di salvaguardare l'incolumità fisica dei lavoratori, difficilmente realizzabili mediante i soli documenti di valutazione dei rischi aziendali.

Il POS deve contenere almeno i seguenti elementi:

- i dati identificativi dell'**impresa** esecutrice, che comprendono:
- il nominativo del **datore di lavoro**, gli indirizzi ed i riferimenti telefonici della sede legale e degli uffici di cantiere;
- la specifica attività e le singole lavorazioni svolte in cantiere dall'impresa esecutrice e dai lavoratori autonomi subaffidatari;
- i nominativi degli addetti al pronto soccorso, antincendio ed evacuazione dei lavoratori e, comunque, alla gestione delle emergenze in cantiere, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, aziendale o territoriale, ove eletto o designato;
- il nominativo e riferimenti di contatto del medico competente ove previsto;
- il nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione;
- i nominativi del direttore tecnico di cantiere e del capocantiere;
- il numero e le relative qualifiche dei lavoratori dipendenti dell'impresa esecutrice e dei lavoratori autonomi operanti in cantiere per conto della stessa impresa;
- le specifiche mansioni, inerenti alla sicurezza, svolte in cantiere da ogni figura nominata allo scopo dall'impresa esecutrice;
- la descrizione dell'attività di cantiere, delle modalità organizzative e dei turni di lavoro;
- l'elenco dei ponteggi, dei ponti su ruote a torre e di altre opere provvisorie di notevole importanza, delle macchine e degli impianti utilizzati nel cantiere ed ove chiaramente specificato i relativi certificati;
- l'elenco delle sostanze e preparati pericolosi utilizzati nel cantiere con le relative schede di sicurezza ed il metodo di stoccaggio in cantiere incluso il piano di sicurezza e protezione specifico;
- l'esito del rapporto di valutazione del rumore;
- l'individuazione delle misure preventive e protettive, integrative rispetto a quelle contenute nel PSC quando previsto, adottate in relazione ai rischi connessi alle proprie lavorazioni in cantiere;
- le procedure complementari e di dettaglio, richieste dal PSC quando previsto;
- l'elenco dei dispositivi di protezione individuale forniti ai lavoratori occupati in cantiere;
- la documentazione in merito all'informazione ed alla formazione fornite ai lavoratori occupati in cantiere;
- la stima dei costi relativi alla sicurezza.

6d. L'indicazione dei costi per la sicurezza

All'interno del contratto di appalto devono essere indicati, a pena di nullità, anche i costi relativi alla sicurezza del lavoro, con specifico riferimento, secondo quanto disposto dal D.Lgs 106/2009, a quelli sostenuti per l'eliminazione o la riduzione dei rischi da interferenze. Tali dati devono poi essere resi accessibili al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e agli organismi locali delle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale. Vale la pena rilevare come dalla mancata indicazione dei costi suddetti all'interno del contratto di appalto derivi la nullità del contratto stesso per contrarietà a norme imperative di legge, così come esplicitamente affermato dal comma 5 dell'articolo 26 del T.U.

Una conseguenza giuridica così rilevante è di per se sufficiente a rendere fondamentale l'osservanza di tale precetto, in quanto la semplice omissione o dimenticanza dell'indicazione dei costi potrebbe avere notevoli ripercussioni di natura economica, come ad esempio l'inesigibilità del compenso da parte dell'appaltatore, o di natura giuridica, relativamente ad esempio alla regolarità di eventuali contratti di subappalto stipulati con terzi.

Inoltre va anche sottolineato che il T.U. 81/2008 non individua uno specifico soggetto sul quale viene fatto gravare l'adempimento di tale obbligo e pertanto si presume che tutte le parti coinvolte (committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori) siano tenute responsabili dell'osservanza di tale norma di legge.

6e. La responsabilità solidale infortunistica

Uno degli aspetti più interessanti della normativa in esame è, senza dubbio, quello relativo al riconoscimento di una responsabilità solidale in capo alle parti coinvolte nell'esecuzione dell'appalto relativamente a tutti i danni fisici patiti dal lavoratore in conseguenza dell'esecuzione dell'opera o servizio. Infatti, l'articolo 26, comma 4, del T.U. 81/2008, riportando quasi integralmente il dettato normativo contenuto dell'art. 7 del D. Lgs. 626/1994⁵⁸ dispone che: *"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). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici"*.

Ciò che salta subito all'occhio è il contenuto forse eccessivamente limitante dell'ultima parte del comma 4, laddove viene esclusa la responsabilità solidale in riferimento alle conseguenze derivanti dal verificarsi di rischi propri delle attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. Infatti, se da una parte è vero che tali danni sono nella loro quasi totalità soggetti alla copertura assicurativa degli Istituti contro gli infortuni sul lavoro (INAIL e IPSEMA), è forse anche vero che senza tale limitazione ci sarebbe stata una maggiore tutela degli interessi del lavoratore, in particolare nel caso di comportamenti dolosi o colposi dell'appaltatore o del committente.⁵⁹

Va, quindi, sottolineato che la responsabilità del datore di lavoro/appaltatore, e del suo committente in via solidale, per violazioni di aspetti concernenti la sicurezza del lavoro è sempre connessa all'attuazione di quelle misure rivolte ad eliminare i pericoli strettamente connessi alla tipica situazione di interferenza dell'appalto⁶⁰. Risulta evidente, dalla lettura del dispositivo contenuto nell'articolo su citato,⁶¹ che vi è stato, nel tempo, un alleggerimento del regime della responsabilità solidale⁶², la quale è limitata ai soli infortuni sul lavoro derivanti da rischio interferenziale.

Occorre pertanto domandarsi se tale vincolo solidarietà possa trovare applicazione anche al di fuori di tale ipotesi e, in particolare, nel caso in cui l'evento dannoso leda soggetti terzi non legati da alcun vincolo professionale con l'impresa appaltatrice. Sul punto è intervenuta una recente sentenza della Sezione Penale della Corte di Cassazione, la n. 15081 del 19 aprile 2010, la quale, pur riconoscendo l'esistenza di una corresponsabilità del committente in relazione all'osservanza degli obblighi in materia di sicurezza, ha ammesso l'applicazione della responsabilità solidale soltanto nell'ipotesi in cui il committente assuma una partecipazione attiva alla realizzazione dei lavori e sia quindi in grado di valutare, senza particolari indagini, l'inadeguatezza delle misure di sicurezza adottate dall'appaltatore.

note

58. Art. 7, D.lgs 626/94 così come modificato dall'art. 5 del D.lgs 242/96.

59. Art. 5, L.296/2006.

60. Cass. Penale, 1 marzo 2006, n. 12291 –

Cass. Penale, 17 gennaio 2008, n. 13917 – Cass. Penale, 29 gennaio 2008, n. 12348.

61. Art. 26, co. 4 T.U. 81/08.

62. Già introdotto dall'art. 5, D.lgs: 242/2006.

La Cassazione⁶³, ha evidenziato, inoltre, che incombe sul lavoratore, in prima istanza, fornire la prova dell'esistenza del danno, della nocività dell'ambiente di lavoro e del nesso causale tra i due. Soltanto nell'ipotesi in cui tale prova sia stata fornita, spetta al datore di lavoro/appaltatore la prova di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che quest'ultimo non è ricollegabile all'inosservanza di tali obblighi.

6f. La tessera di riconoscimento

Inizialmente previsto esclusivamente all'interno dei cantieri edili, l'obbligo di esibizione della tessera di riconoscimento da parte dei lavoratori impiegati nell'ambito di un contratto di appalto è stato esteso dal D. Lgs. 81/2008 a tutti gli altri settori produttivi. Lo stesso T.U. sulla sicurezza individua inoltre anche le informazioni che obbligatoriamente devono essere riportate sul tesserino, successivamente integrate dalle disposizioni contenute nell'articolo 5 della L. 136/2010.

In particolare, la tessera di riconoscimento deve riportare:

- nome e cognome del lavoratore;
- denominazione dell'impresa appaltatrice;
- fotografia del lavoratore;
- data di assunzione (se trattasi di lavoratore dipendente);
- indicazione del committente (se trattasi di lavoratore autonomo);
- l'autorizzazione dell'eventuale subappalto (numero e data del contratto tra le parti).

Non è più possibile inoltre, come avveniva in precedenza per le imprese con meno di 10 dipendenti, sostituire la tessera di riconoscimento con un apposito registro vidimato dalla DPL, nel quale veniva indicato giornalmente l'elenco dei lavoratori impiegati.

6g. Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo

L'articolo 49 del D.Lgs 81/2008 dispone che, all'interno di specifici contesti produttivi caratterizzati dalla presenza di più aziende o cantieri, debba essere individuato un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo, con il compito di coordinare l'attività di supervisione dei singoli rappresentanti della sicurezza aziendali. Tale figura interessa molto da vicino l'appalto in quanto tra i contesti produttivi elencati dall'articolo 49 vengono anche inclusi quelli con complesse problematiche legate alla interferenza delle lavorazioni e da un numero complessivo di addetti mediamente operanti nell'area superiore a 500 nonché i cantieri con almeno 30.000 uomini-giorno; contesti normalmente caratterizzati dalla stipula di numerosi contratti di appalto e subappalto. Quest'ultimo requisito dimensionale deve essere valutato facendo riferimento alla somma delle giornate lavorative prestate dai lavoratori, anche autonomi, previste per la realizzazione di tutte le opere. Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo deve essere individuato, al loro interno, dai singoli rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza di ciascuna delle aziende che partecipano ai lavori in appalto.

Ciò che desta tuttavia qualche perplessità è la previsione del terzo comma dell'articolo 49, il quale dispone che i criteri di individuazione di tale figura debbano essere stabiliti dalla contrattazione collettiva, soprattutto in riferimento alle ipotesi in cui le imprese coinvolte appartengano a settori merceologici differenti e applicano pertanto CCNL diversi. Alla contratti collettivi è demandata anche l'individuazione delle modalità mediante le quali è attuata l'attività di coordinamento.

6h. Obblighi connessi all'esecuzione dei lavori

Il nuovo testo Unico sulla Sicurezza prevede inoltre ulteriori obblighi che sono strettamente connessi all'esecuzione di un appalto di opere o servizi. Ad esempio, le scelte tecniche di progettazione e realizzazione di un'opera devono essere effettuate tenendo in considerazione le esigenze di sicurezza dei lavoratori che sono

note

63. Cass., Sez. Lav. Del 3 novembre 2008, n. 26378.

chiamati al compimento dell'opera stessa. Inoltre, ai lavoratori stessi devono essere forniti tutti i dispositivi di protezione individuale che sono richiesti per la realizzazione dell'oggetto dell'appalto.

Nel caso, inoltre, in cui l'appalto sia finalizzato all'installazione di impianti fabbricati da terzi, tale attività deve essere svolta nel rispetto delle istruzioni e norme sulla sicurezza eventualmente fornite dal produttore.

LE SANZIONI

Violazione	Sanzione
Mancata redazione del documento unico di valutazione dei rischi da interferenze da parte del committente	Nullità del contratto di appalto per contrarietà a norme imperative di legge (articolo 26, c. 3 D.Lgs 81/2008 e art. 1418, c.1, codice civile)
Mancata verifica dei requisiti tecnico-professionali delle imprese appaltatrici e subappaltatrici e mancata attuazione della cooperazione e del coordinamento degli interventi di protezione	Arresto del datore di lavoro o del dirigente da 4 a 8 mesi o ammenda da 1500,00 € a 6000,00 € (art. 55, c. 4, lettera d), D.Lgs 81/2008)
Mancata indicazione dei costi per la sicurezza nel contratto di appalto	Nullità del contratto di appalto per contrarietà a norme imperative di legge (articolo 26, c. 5 D.Lgs 81/2008 e art. 1418, c.1, codice civile)
Mancata predisposizione da parte del datore di lavoro o dirigente delle tessere di riconoscimento ai lavoratori	Sanzione amministrativa pecuniaria da 2500,00 € a 10000,00 € in capo al datore di lavoro o dirigente (art. 55, c. 4, lettera h), D.Lgs 81/2008)
Mancata consegna da parte del datore di lavoro o dirigente delle tessere di riconoscimento ai lavoratori	Sanzione amministrativa pecuniaria da 100,00 € a 500,00 € in capo al datore di lavoro o dirigente (art. 55, c. 4, lettera m), D.Lgs 81/2008)
Mancata esposizione da parte dei lavoratori, anche autonomi, della tessera di riconoscimento	Sanzione amministrativa pecuniaria da 50,00 € a 300,00 € in capo al lavoratore (art. 59, c. 1, lettera b), e art. 60, c. 1, lettera b), D.Lgs 81/2008)
Inosservanza dell'obbligo di visita periodica annuale da parte del medico competente	Arresto del Medico competente fino a 3 mesi o ammenda da 1000,00 € a 5000,00 € (art. 58, c. 1, lettera c), D.Lgs 81/2008)

Gli altri obblighi di legge previsti in materia di sicurezza

Gli adempimenti precedentemente illustrati trovano specifica applicazione nei confronti delle imprese che operano nell'ambito di appalti di opere o servizi. Tali obblighi vanno pertanto ad aggiungersi a tutti gli altri precetti, previsti per la generalità delle imprese anche al di fuori dell'appalto. Di seguito, per completezza, vengono sinteticamente illustrati i principali obblighi in capo al datore di lavoro e i diritti riconosciuti ai lavoratori.

Obblighi in capo al Datore di Lavoro:

- **Nomina di un Responsabile del Servizio Prevenzione e Protezione (RSPP)** – Tale ruolo può essere svolto direttamente dallo stesso datore di lavoro nelle aziende industriali o artigiane con meno di 30 addetti o nelle altre imprese con meno di 200 addetti. Il RSPP deve frequentare un corso specifico di almeno 16 ore e collabora alla redazione del documento di valutazione dei rischi.
- **Nomina di un Medico competente** – Tale obbligo grava esclusivamente sulle aziende che sono soggette alla sorveglianza sanitaria continuativa (es. in presenza di video terminalisti). Il medico competente deve necessariamente essere un medico del lavoro. Egli è tenuto ad effettuare le visite mediche preassuntive e le visite mediche periodiche dei lavoratori, le quali dovranno essere riportate in un apposito registro. Tale soggetto è inoltre coinvolto nella redazione del Documento di valutazione dei rischi.
- **Nomina di un addetto all'antincendio e di un addetto al pronto soccorso** – Tali soggetti devono frequentare specifici corsi.

• **Documento di valutazione dei rischi** – Deve essere redatto congiuntamente dal Datore di Lavoro, dal Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, dall'eventuale Medico Curante **competente** (se presente) e, se eletto dai lavoratori, **sentito il** Responsabile per la Sicurezza dei Lavoratori. Deve contenere una indicazione dei criteri di valutazione adottati, la relazione sulla valutazione di tutti i rischi, tra cui anche quelli relativi allo stress lavoro-correlato, nonché l'indicazione delle misure attuate e il programma delle misure da adottare per aumentare la prevenzione.

Deve inoltre indicare in maniera dettagliata:

- il ciclo produttivo
- I rischi effettivamente presenti in azienda;
- le mansioni di ogni figura lavorativa e i nominativi di chi le compie;
- la nomina del medico competente;
- nomina del RSPP;
- il riscontro dell'elezione del RLS da parte dei lavoratori (se previsto) e/o la lettera di nomina dello stesso (se territoriale) e/o la lettera d'accettazione dell'incarico qualora non rientri nel caso in cui sia necessaria l'elezione;
- la notifica, all'INAIL, tramite la specifica procedura elaborata dall'Ente stesso, della nomina del RLS;
- **il riscontro dell'avvenuta attività formativa ed informativa prevista per tutte le figure della sicurezza** dei vari responsabili;
- **il riscontro dell'avvenuta consegna, ai lavoratori, dei DPI previsti, con attestazione della relativa formazione ed informazione in merito al corretto uso e custodia degli stessi;**
- **l'analisi di tutti i rischi connessi alla normale attività lavorativa, dei gradi di probabilità di accadimento e delle conseguenti conseguenze, sugli operatori, in caso di accadimento e delle misure posta in essere, a cura del datore di lavoro, al fine di ridurre le probabilità di accadimento e minimizzare le conseguenze;**
- la presenza eventuale del rischio vibrazioni;
- quanti KG vengono spostati e in che modo, in caso di movimentazione di carichi.
Il Documento di valutazione dei rischi va aggiornato in seguito a significative variazioni (**a titolo d'esempio: introduzione e/o dismissione di macchine e/o attrezzature, introduzione e/o dismissione di attività lavorative, assunzione e/o licenziamento di personale, ecc...**).
- **riunione periodica** – deve essere effettuata almeno una volta all'anno nelle aziende con più di 15 lavoratori o, nelle aziende con meno di 15 lavoratori, su richiesta del Rappresentante per la Sicurezza dei Lavoratori o a seguito di significative variazioni.

Diritti dei lavoratori:

- **Elezione del rappresentante per la Sicurezza dei lavoratori** – deve essere eletto in assemblea dai lavoratori e, nelle aziende con più di 15 dipendenti nelle quali sono state costituite delle rappresentanze sindacali aziendali, deve essere eletto tra gli appartenenti a tali rappresentanze. Il RSL deve essere **1** nelle aziende o unità produttive fino **200 dipendenti**, devono essere **3** nelle aziende o unità produttive da **201 a 1000 lavoratori** e devono essere **6** nelle aziende o unità produttive con **più di 1000 lavoratori**. I RSL devono frequentare specifici corsi di almeno 32 ore entro **3 mesi dall'elezione**. Qualora i lavoratori non abbiano provveduto ad eleggere il loro rappresentante per la sicurezza, gli enti bilaterali potranno proporre un loro rappresentante territoriale (RLST).

CAPITOLO 7

Il distacco transnazionale comunitario

7a. Definizione

La figura del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale è stata disciplinata dalla Direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, che si inserisce nel quadro delle norme dettate dal Trattato della Comunità europea in materia di prestazione di servizi. Detta normativa si è resa necessaria in considerazione della transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro, allo scopo di dettare la legislazione applicabile e di armonizzare le normative degli Stati membri per definire la protezione minima cui deve attenersi, nel Paese ospite, il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un'attività lavorativa, a carattere temporaneo, nell'ambito di una prestazione di servizi.

La **direttiva 2014/67/UE** non ha modificato direttamente la precedente direttiva 1996/71/CE sul distacco transnazionale ma è intervenuta sul Regolamento UE 1024/2012, in materia di cooperazione amministrativa da realizzare mediante un sistema di informazione del mercato interno.

Lo scopo che il legislatore comunitario con l'emanazione della Direttiva 2014/67 (detta direttiva "enforcement") ha voluto perseguire, è stato quello di **migliorare ed uniformare l'applicazione della Direttiva n. 96/71** (detta direttiva "madre"), superando le difficoltà oggettive riscontrate nei diversi Stati membri in ordine alla prevenzione e al contrasto delle pratiche di **dumping sociale** e di utilizzo abusivo ed elusivo dell'istituto del distacco transnazionale. La nuova normativa consente inoltre di superare le principali problematiche emerse in fase di **controllo ispettivo**, riguardanti in particolare la mancata tracciabilità del fenomeno, atteso che sotto la previgente disciplina non era prevista alcuna forma di monitoraggio sulle aziende e sui lavoratori coinvolti, né erano previsti specifici adempimenti in capo alle suddette aziende. Il processo di trasposizione della "direttiva enforcement", in una prospettiva di massima semplificazione, ha costituito inoltre l'occasione per racchiudere in un unico testo legislativo la disciplina applicabile alle fattispecie di distacco transnazionale di lavoratori. La normativa di attuazione italiana (il **d.lgs. 136/2016**) all'art. 26 sancisce infatti l'abrogazione espressa delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 72/2000 (attuativo della direttiva madre).

Ai fini dell'applicazione di queste disposizioni, la nozione di distacco transnazionale non coincide, ovviamente, con quella posta dalla normativa italiana (in particolare dal d.lgs. 276/2003); essa è infatti molto più ampia, applicandosi a tutti i casi in cui un lavoratore, abitualmente occupato in uno Stato, **svolge temporaneamente il proprio lavoro in uno Stato diverso**. Comprende pertanto, indistintamente casi di **distacco**, di lavoro svolto nell'ambito di **appalti** e di **somministrazione**.

A tal proposito l'INL è intervenuto con la nota del 05/06/2017 n. 4833 precisando che la locuzione "prestazione di servizi" **risulta essere molto ampia e nella sua accezione** debbono dunque rientrare diverse tipologie contrattuali disciplinate nel nostro ordinamento, tra cui: "quelle relative alla **filiera degli appalti e subappalti**, nonché ulteriori accordi "commerciali" aventi ad oggetto lo **scambio di servizi tra imprese stabilite in diversi Paesi**, anche appartenenti al medesimo gruppo, o tra filiali della medesima impresa distaccante".

Inoltre, tale locuzione presuppone l'espletamento di "attività lavorative di carattere **temporaneo** in favore di un destinatario situato su territorio italiano, che può individuarsi in un'impresa distaccataria appartenente al medesimo gruppo, in una unità produttiva, filiale, sede operativa della azienda straniera distaccante ovvero in un soggetto committente".

Viene, inoltre, precisato che ai fini della qualificazione della filiale o dell'unità produttiva dell'azienda straniera, è necessario riscontrare nella fattispecie concreta un **minimo di organizzazione di mezzi e/o di persone**, in forza della quale l'impresa stessa vada ad esercitare e/o gestisca un'attività di natura economica in Italia e costituisca, quindi, un centro di imputazione di rapporti e situazioni giuridiche riferibili al soggetto straniero, anche se per un periodo temporalmente definito.

Nel settore del trasporto su strada le nuove disposizioni si applicano anche al “**cabotaggio**” come definito dai Regolamenti CE n. 1072/2009 e n. 1073/2009 (Capo V).

Tre sono le ipotesi di distacco individuate, anche dalla vecchia normativa:

1. da parte di un'azienda di un diverso Stato membro presso una propria filiale situata in Italia;
2. da parte di un'azienda di un diverso Stato membro presso un'azienda italiana appartenente al medesimo gruppo di impresa;
3. da parte di un'azienda di un diverso Stato membro, nell'ambito di un contratto commerciale (appalto di opera o di servizi, trasporto ecc.), stipulato con un committente (destinatario della prestazione di servizi transnazionale) avente sede legale o operativa nel territorio italiano.

7b. Requisiti

L'attività lavorativa resa dal lavoratore distaccato nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale deve essere espletata nell'interesse e per conto dell'impresa distaccante, sulla quale continuano a gravare i tipici obblighi del datore di lavoro, ossia la responsabilità in materia di assunzione, la gestione del rapporto, i connessi adempimenti retributivi e previdenziali, nonché il potere disciplinare e di licenziamento.

I requisiti pertanto sono:

- sussistenza di un **legame organico tra lavoratore distaccato e impresa distaccante**, che continua ad esercitare il proprio potere direttivo, pur senza delineare nei minimi dettagli il lavoro da svolgere e le relative modalità di esecuzione;
- La prestazione lavorativa, necessariamente di **durata limitata**, deve essere pertanto espletata nell'interesse e per conto dell'impresa distaccante, sulla quale continuano a gravare i tipici obblighi del datore di lavoro, ossia la responsabilità in materia di assunzione, la gestione del rapporto, i connessi adempimenti retributivi e previdenziali, nonché il potere disciplinare e di licenziamento.

7c. Diritti

Durante il periodo del distacco, ai lavoratori distaccati devono essere garantiti almeno i **livelli minimi di condizioni di lavoro e occupazione** previsti, dalle disposizioni normative e dai contratti collettivi, per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate **analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco**.

I **contratti collettivi** sono quelli, di qualunque livello, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria (articolo 51, d.lgs. 81/2015).

Il d.lgs. 136/2016 individua i livelli minimi delle condizioni di lavoro e di occupazione nell'ambito delle seguenti materie:

1. **Periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, ferie annuali retribuite:** come stabilito dal d.lgs. n. 66/2003 (orario di lavoro) salvo nella ipotesi di **assemblaggio iniziale o di prima installazione di un bene**, previsti in un contratto di fornitura di beni, indispensabili per mettere in funzione lo stesso bene fornito. Il lavoro, svolto da lavoratori qualificati e specializzati dell'impresa di fornitura, deve avvenire per un periodo non superiore ad otto giorni, con esclusione espressa di alcune attività edili individuate nell'allegato A del d.lgs. 136/2016;
2. **Trattamenti retributivi minimi, e per lavoro straordinario** così come stabilito nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (in assenza, in Italia, di un trattamento minimo salariale definito per legge, come prevede la normativa comunitaria). In riferimento alle **tariffe salariali** il Ministero, con risposta ad interpel-

lo n. 33/2010, ha precisato “che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento, al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa, va dunque più strettamente legata alla definizione di “reddito da lavoro dipendente” valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei”.

3. **Condizione di cessione temporanea dei lavoratori:** condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori somministrati da imprese di lavoro temporaneo (art. 35 e ss. d.lgs. 81/2015). Per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore. L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore. Per i lavoratori somministrati trova applicazione integrale l'art. 35, comma 1, d.lgs. 81/2015 - espressamente richiamato dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 136/2016 - secondo il quale “per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore.
4. **Salute, sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro:** come stabilito dal d.lgs. 81/2008 (Testo Unico Sicurezza).
5. **Provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani:** d.lgs. 151/2001 “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità” e l. 977/1967, relativa alla tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti.
6. **Parità di trattamento fra uomo e donna** nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione: la disciplina sull'uguaglianza di opportunità e la non discriminazione tra uomini e donne è contenuta principalmente nel decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198, il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, che riunisce in un testo unico le disposizioni in materia volte a combattere le discriminazioni.

7d. La responsabilità solidale

È espressamente prevista per le ipotesi di distacco transnazionale una **responsabilità solidale**.

L'art. 4, comma 4, d.lgs. 136/2016 infatti richiama l'applicazione degli istituti, previsti per gli appalti, della c.d. **azione diretta** prevista dall'art. 1676 c.c. e della **responsabilità solidale** prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003. È pertanto evidente che il distaccato transnazionale è interessato da una tutela maggiore di quella del distaccato interno per il quale l'art. 30, d.lgs. 276/2003 non prevede alcuna forma di tutela rafforzata del credito.

Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 136/2016, trova applicazione per la **somministrazione** il comma 2 dell'art. 35 del D.L.vo n. 81/2015 il quale recita: “l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore”.

L'art. 4, comma 5, d.lgs. 136/2016, stabilisce inoltre che in caso di **distacco nell'ambito di un contratto di trasporto** trova applicazione l'art. 83 *bis*, commi da 4 *bis* a 4 *sexies*, D.L. n. 112/2008, come modificato dall'art. 1, comma 248 L. 190/2014.

Secondo tali norme il committente è tenuto a verificare, prima della stipula del contratto di trasporto, l'adempimento degli obblighi previdenziali, assicurativi e retributivi con l'acquisizione di una attestazione rilasciata dagli Enti previdenziali (DURC), di data non anteriore a tre mesi, da cui risulti che l'azienda è in regola con i versamenti previdenziali ed assicurativi. Il committente che non esegue la verifica è **obbligato in solido** con il vettore, nonché con ciascuno dei sub – vettori, entro un anno dalla cessazione del contratto di trasporto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi ed a versare i contributi previdenziali ed assicurativi dovuti con riguardo alle prestazioni svolte durante il contratto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni amministrative le quali, naturalmente, restano “in capo” al responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare azione di regresso secondo le regole generali; in caso di contratto di trasporto non stipulato in forma scritta il committente che non esegue la verifica citata, oltre agli oneri di solidarietà, risponde anche di quelli di natura fiscale e delle violazioni al codice della strada.

7e. Adempimenti per il distaccante

Sono previsti alcuni obblighi amministrativi che gravano sull'impresa distaccante la quale deve:

1. Effettuare la **dichiarazione preventiva di distacco** del personale impiegato in Italia entro le ore 24 del giorno antecedente all'inizio del distacco stesso e comunicare tutte le successive modificazioni entro 5 giorni dal verificarsi dell'evento. Il DM 10/08/2016 e i relativi allegati definiscono gli standard operativi e le modalità di trasmissione della comunicazione obbligatoria.
2. Conservare, predisponendone copia cartacea o elettronica in lingua italiana, la **documentazione in materia di lavoro** (contratto di lavoro o altro documento contenente le informazioni di cui agli artt. 1 e 2, D. Lgs. n. 152/1997), i prospetti paga, i prospetti indicanti l'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro giornaliero, la documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni o altro atto equivalente, nonché il certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile (modello A1) e la comunicazione/registrazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro, per tutto il periodo del distacco e fino a due anni dalla sua cessazione.
3. Designare un **referente elettivamente domiciliato in Italia** incaricato di inviare e ricevere atti e documenti. In mancanza, la sede dell'impresa distaccante si considera il luogo dove ha sede legale o risiede il destinatario della prestazione di servizi, per tutto il periodo del distacco e fino a due anni dalla sua cessazione.
4. Designare una persona, non necessariamente coincidente con quella di cui sopra, che agisca in qualità di **rappresentante legale**, al fine di mettere in contatto le parti sociali interessate con il prestatore di servizi per una eventuale negoziazione collettiva; tale persona di contatto non ha l'obbligo di essere presente nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa in distacco, ma deve rendersi disponibile in caso di richiesta motivata, per tutto il periodo del distacco e fino a due anni dalla sua cessazione.

La circolare INL n.3/2016 chiarisce che l'obbligo per i prestatori di servizi stranieri scatta dal 26/12/2016. Per il **settore del cabotaggio**, è prevista una particolare procedura telematica attiva dal 01/03/2017.

Per inviare il modello telematico è necessario possedere le credenziali del portale Cliclavoro in qualità di "Azienda".

7f. Sanzioni

In assenza di istituzione dei nuovi **obblighi documentali** previsti dalla normativa di recepimento nei confronti del prestatore di servizi transnazionale è previsto un adeguato regime sanzionatorio.

In particolare, ai sensi dell'art. 12, D.Lgs. n. 136/2016:

- la violazione dell'obbligo di **comunicare il distacco** è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria **da 150 a 500 euro, per ogni lavoratore interessato**;
- la violazione dell'obbligo di **conservare**, durante il periodo di distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, predisponendone copia in lingua italiana, la rilevante documentazione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria **da 500 a 3.000 euro, per ogni lavoratore interessato** (comma 3, lett. a);
- la violazione dell'obbligo di **designare**, durante il periodo di distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, un referente elettivamente domiciliato in Italia incaricato dal distaccante di esibire, inviare o ricevere atti e documenti, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria **da 2.000 a 6.000 euro** (comma 3, lett. b);
- la violazione dell'obbligo di **designare**, per tutto il periodo di distacco, un referente con poteri di rappresentanza per tenere i rapporti con le parti sociali interessate a promuovere la negoziazione collettiva di secondo livello con obbligo di rendersi disponibile in caso di richiesta motivata delle parti sociali, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria **da 2.000 a 6.000 euro** (comma 4).

In ogni caso, gli importi delle suddette sanzioni amministrative – in base all'art. 32, comma 1, lettera d), L. n. 234/2012 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea) – **non possono essere superiori a 150.000 euro** rispetto alle violazioni sancite da ciascun comma di quelli sopra elencati (art. 12, comma 4, D.Lgs. n. 136/2016).

Alle violazioni in argomento è inoltre applicabile l'istituto della **diffida** di cui all'art. 13 del D.Lgs. n.124/2004. L'**obbligo di conservazione**, di cui all'art. 10, comma 3, lett. a), è da ritenersi invece direttamente finalizzato

all'esibizione agli organi di vigilanza di copia in lingua italiana della documentazione ivi contemplata. Pertanto la relativa violazione è configurabile sia nel caso di mancata esibizione sia nell'ipotesi di consegna di documenti non tradotti in lingua italiana.

7g. Aspetti Previdenziali

Ai sensi dell'art. 12 del Regolamento CE del Parlamento Europeo 29/04/2004 n. 883/2004 in vigore da maggio 2010, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, al dipendente distaccato in un altro Stato membro – per una **durata prevedibile di 24 mesi** - continua ad applicarsi la **legislazione previdenziale dello Stato di provenienza**.

In particolare:

- il datore di lavoro del paese di origine può continuare a versare i contributi previdenziali alle istituzioni competenti, secondo le disposizioni di legge vigenti;
- il lavoratore continua a maturare i requisiti pensionistici secondo il regime previdenziale dello Stato di provenienza, e a beneficiare di tutte le relative prestazioni.

La permanenza della contribuzione nel paese d'origine può essere ulteriormente **prorogata**, purché vi sia il consenso alla deroga da parte delle istituzioni competenti degli Stati membri interessati, a sua volta condizionato dall'esistenza:

1. dell'**interesse** dei destinatari alla proroga stessa;
2. di un effettivo **legame organico** tra impresa distaccante e lavoratore distaccato, di cui occorre fornire la prova.

Il distacco in proroga può avvenire fino a **5 anni**, o **oltre** se si può dimostrare che la richiesta di proroga è giustificata dall'interesse del lavoratore distaccato alla continuità contributiva (ad es. se il lavoratore è prossimo all'età pensionabile). La ricorrenza del **legame organico** tra lavoratore distaccato ed impresa distaccante viene desunta sulla base di una serie di elementi o indici:

1. le manifestazioni negoziali che hanno condotto alla costituzione del rapporto;
2. l'attribuzione del potere di risoluzione del contratto di lavoro esclusivamente in capo al distaccante;
3. la permanenza in capo a quest'ultima del potere organizzativo, con riferimento alla definizione dei compiti del lavoratore distaccato;
4. la permanenza dell'obbligazione retributiva a carico dell'impresa che invia all'estero il lavoratore, a prescindere da chi materialmente provveda alla relativa erogazione.

In sostanza il legame organico deve risultare dalla permanenza della **responsabilità** dell'impresa distaccante.

La retribuzione su cui calcolare l'imponibile deve, tuttavia, essere determinata secondo il principio di parità di trattamento economico e normativo (Interpello Min. Lav. 33/2010), vigente in Italia.

Il **modello che attesta l'iscrizione** dell'impresa straniera al sistema di sicurezza sociale nel paese d'origine (**c.d. ex Mod. E 101 oggi Mod. A1**), non contiene informazioni né sulle condizioni di lavoro, né sull'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi da parte dell'azienda, né notizie sull'effettiva sussistenza del rapporto di lavoro (Regolamento (CE) n. 883/2004; Regolamento di applicazione n. 987/2009). Il suddetto certificato concerne, infatti, la legislazione di sicurezza sociale applicabile al lavoratore distaccato, attestando l'obbligo per l'impresa distaccante di pagare i contributi esclusivamente nello Stato membro di stabilimento e non anche in quello ospitante. Ciò in quanto, dal punto di vista previdenziale, ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi si applica il **principio di "personalità"** – opposto al **principio di "territorialità"** vigente invece in materia di condizioni di lavoro – che consente di mantenere il regime contributivo (previdenziale ed assistenziale) del Paese d'origine, mediante il rilascio dei Modelli A1 da parte del competente Istituto del medesimo Paese.

La **mancanza del Mod. A1**, ovvero della relativa richiesta avente data certa, "può indicare che la situazione non sia qualificabile come distacco genuino" (cfr. considerando 12, Direttiva 2014/67/UE), costituendo uno degli elementi utili per la valutazione complessiva, peraltro non decisivo, potendo ciononostante l'operazione risultare comunque genuina. La **presenza del Mod. A1**, ovvero della relativa richiesta avente data certa, non esclude la possibilità per gli

organi di vigilanza di accertare eventuali ipotesi di frode, abuso o elusione, in ragione del riscontro di profili che depongano in tal senso.

Laddove **la durata del distacco sia superiore ai 24 mesi** (previsti dal Regolamento (CE) n. 883/2004 e dal Regolamento di applicazione n. 987/2009), o comunque si riscontrino ulteriori elementi che depongano per la non temporaneità del distacco stesso occorre in ogni caso effettuare una valutazione complessiva degli ulteriori elementi fattuali ai fini dell'accertamento di un distacco non autentico o fraudolento, non essendo normativamente fissato un limite temporale massimo superato il quale il distacco non sia da considerarsi autentico (Circ. INL 1/2017).

7h. Distacco Transnazionale non genuino

Si configura un distacco transnazionale non genuino ogniqualvolta il datore di lavoro distaccante e/o il soggetto distaccatario pongano in essere distacchi "fittizi" per **eludere la normativa nazionale** in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sociale:

- l'impresa distaccante è una **società fittizia**, non esercitando alcuna attività economica nel Paese di origine;
- l'impresa distaccante non presta alcun servizio ma si limita a fornire solo il personale in **assenza della relativa autorizzazione** all'attività di somministrazione;
- il lavoratore distaccato al momento dell'assunzione da parte dell'impresa straniera distaccante **già risiede e lavora abitualmente in Italia**;
- il lavoratore distaccato, regolarmente assunto dall'impresa distaccante, è stato **licenziato durante il periodo di distacco** e, in assenza di una comunicazione di modifica della data di cessazione del periodo di distacco, lo stesso continua a prestare attività lavorativa, **sostanzialmente in nero**, presso l'impresa distaccataria.

È comunque evidente che il personale ispettivo dovrà **verificare l'autenticità del distacco posto in essere con riferimento ad ogni singolo lavoratore coinvolto**.

Secondo la Circolare INL 1/2017, gli elementi che dovrebbero aiutare gli organi di vigilanza a verificare se, nei casi di specie, non ci si trovi di fronte, ad "ipotesi fasulle" rappresentate dal fatto che si vengano a creare all'estero "scatole vuote" finalizzate, soltanto, a gestire manodopera a basso costo sono:

- luogo in cui l'impresa distaccante ha la propria ubicazione legale ed amministrativa, i propri uffici, reparti od unità produttive;
- luogo di registrazione presso la Camera di Commercio o, se richiesto, presso un albo professionale; luogo di assunzione dei lavoratori e luogo di distacco;
- disciplina applicabile dall'impresa distaccante ai contratti conclusi con i clienti ed i propri dipendenti; luogo di esercizio dell'attività principale e luogo ove risulta occupato il personale amministrativo;
- numero dei contratti eseguiti o ammontare del fatturato realizzato dall'impresa nello Stato membro ove ha la sede operativa, tenendo conto di eventuali parametri diversi a seconda che l'impresa sia media o piccola, o di nuova costituzione;
- ogni altro elemento utile ai fini della valutazione complessiva.

A questi elementi di carattere generale, se ne accompagnano altri che si riferiscono, essenzialmente, alla genuinità del distacco e che **riguardano i singoli lavoratori**:

- contenuto, natura, modalità di svolgimento dell'attività e retribuzione;
- valutazione se, abitualmente, i lavoratori prestino la propria attività nello Stato membro dell'Unione "distaccatario";
- temporaneità dell'attività svolta in Italia; data di inizio del distacco;
- valutazione della circostanza che il lavoratore torni o sia già tornato nello Stato membro da cui risulta distaccato;
- valutazione della circostanza che il datore di lavoro "distaccante" provveda al pagamento delle spese di viaggio, vitto ed alloggio con le modalità di pagamento o di rimborso;
- eventuali periodi precedenti in cui la stessa attività è già stata svolta dallo stesso o da altri lavoratori distaccati;
- l'esistenza del certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile; ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva.

Conseguenze del Distacco Transnazionale non genuino

Ai sensi dell'art. 3, comma 4, d.lgs. 136/2016 "nelle ipotesi in cui il distacco non risulti autentico, **il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione**".

Ne consegue che nelle suddette ipotesi il lavoratore deve essere considerato come **impiegato sul territorio italiano** dal soggetto distaccatario, **applicando integralmente** gli istituti e le tutele in materia di lavoro e legislazione sociale previsti dalla normativa interna.

Per quanto concerne il **regime sanzionatorio**, dovrà essere irrogata la sanzione amministrativa per la violazione conseguente alla mancata formalizzazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro in Italia, non strettamente connessa al profilo previdenziale, ossia quella prevista in caso di mancata comunicazione di instaurazione del rapporto, diffidabile ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004.

L'art. 3, comma 5 d.lgs. 136/2016 stabilisce inoltre che, **nelle ipotesi in cui il distacco non risulti autentico**, il distaccante e il **distaccatario** sono puniti con **la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione**, analogamente a quanto previsto dall'articolo 18, comma 5-bis, del D.Lgs. n. 276/2003. In ogni caso l'ammontare della sanzione amministrativa non può essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000. Se vi è impiego dei minori, la disposizione prevede l'applicazione della pena dell'arresto fino a diciotto mesi e dell'ammenda originariamente stabilita aumentata fino al sestuplo (cfr. ML circ. n. 6/2016 sul Decreto depenalizzazione n. 8/2016). L'applicazione della predetta sanzione amministrativa non è condizionata alla attivazione e definizione della procedura di disconoscimento del certificato A1 necessaria, invece, ai fini del recupero dei contributi previdenziali secondo la legislazione italiana. Il distacco non autentico non risulta comunque assimilabile alla fattispecie di "lavoro nero" con esclusione pertanto delle relative conseguenze sanzionatorie.

Sul piano previdenziale gli Enti dovranno tuttavia attivare la **specifica procedura di annullamento/disconoscimento** del certificato A1, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento 987/2009. Ciò in quanto il certificato A1 costituisce una importante garanzia per il lavoratore che può continuare a mantenere la propria posizione previdenziale presso un'unica gestione, evitando, di conseguenza, la frammentazione delle erogazioni pensionistiche in Istituti previdenziali di diversi Paesi.

7i. Gli organi di vigilanza

Per favorire una migliore diffusione delle informazioni delle condizioni di lavoro e di occupazione viene costituito presso il Dicastero del Lavoro (art. 6) un **Osservatorio** con compiti di **monitoraggio** sul distacco dei lavoratori. Compito dello stesso è la formulazione di **proposte** da pubblicare sul sito istituzionale del Ministero che può essere realizzata anche attraverso specifiche iniziative di diffusione. Questo soggetto, nella sua attività, in seguito alla stipula di una convenzione con il Ministero e con l'ANPAL, potrà avvalersi di una serie di dati relativi al distacco transnazionale.

7l. La Diffida Accertativa

Al fine di tutelare i crediti retributivi vantati dai lavoratori in regime di distacco comunitario, il personale ispettivo può adottare la diffida accertativa *ex art. 12 d.lgs. 124/2004*. In considerazione degli eventuali problemi di esecuzione della **diffida accertativa** nei casi in cui il datore di lavoro distaccante non abbia beni aggredibili in territorio italiano e vi siano difficoltà nell'attuazione delle procedure di delibazione internazionale, questo provvedimento, avente ad oggetto il differenziale retributivo accertato in sede ispettiva, viene notificato al datore di lavoro (impresa comunitaria distaccante), anche attraverso la persona di contatto di cui all'art. 10, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 136/2016. Inoltre, si ritiene che la diffida accertativa possa essere comunicata anche al distaccatario/committente/utilizzatore stabilito in Italia, in qualità di obbligato solidale, nei confronti del quale non avrà comunque efficacia di titolo esecutivo, stante la formulazione letterale dell'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004.

Quanto sopra risponde ad una duplice finalità: da un lato, consente all'impresa stabilita in Italia di avere piena conoscenza, sin dall'inizio, delle somme per le quali la stessa risulta obbligata solidale, dall'altro, informa i lavoratori coinvolti della presenza dell'obbligato solidale, quale ulteriore salvaguardia dei crediti retributivi accertati.

7m. Sistema IMI

Nell'ottica del rafforzamento degli strumenti di cooperazione amministrativa e mutua assistenza tra gli Stati membri previsto dalla Direttiva 2014/67/UE, il sistema "**Internal Market Information**" ("**IMI**") è un'applicazione software, accessibile gratuitamente dalle Autorità di controllo, finalizzata ad agevolare lo scambio di

informazioni tra i Paesi dell'UE in materia di distacco transnazionale di lavoratori. L'IMI consente alle competenti autorità di controllo di uno Stato membro, registrate e abilitate ad operare sul sistema (l'Ispettorato nazionale del lavoro e le proprie sedi territoriali per l'Italia), di individuare le corrispondenti autorità degli altri Paesi UE e di comunicare con loro in modo rapido e efficiente tramite una serie standard di domande e risposte pre-tradotte, nonché mediante una eventuale traduzione automatica del testo libero da e in qualsiasi lingua ufficiale dell'Unione. Tali domande sono volte ad acquisire le informazioni, sia sulle società che distaccano lavoratori nei Paesi dell'UE sia sui medesimi lavoratori distaccati, necessarie alla definizione degli accertamenti ispettivi in materia di distacco transnazionale di competenza dell'autorità richiedente.

7n. Accesso alle informazioni e cooperazione amministrativa

L'art. 7, in un'ottica di trasparenza informativa, dispone che **sul sito istituzionale del Ministero del Lavoro siano riportate notizie**, in italiano ed in lingua inglese, in maniera trasparente, chiara, dettagliata e gratuita e conforme agli standard di accessibilità riferiti anche a soggetti portatori di handicap, relative:

- alle condizioni di lavoro e di occupazione che si applicano ai lavoratori distaccati nel nostro Paese;
- ai contratti collettivi applicabili, con riferimento alle tariffe minime salariali ed agli elementi costitutivi della retribuzione, al metodo utilizzato per calcolarla ed ai criteri di classificazione del personale;
- alle procedure per sporgere denuncia ed alla disciplina in materia di salute e sicurezza sui posti di lavoro;
- ai soggetti ai quali ci si potrà rivolgere per avere informazioni in ordine ai diritti ed agli obblighi derivanti dalle disposizioni normative.

Con il successivo art. 8 si entra nel campo della c.d. **“cooperazione amministrativa”** e un ruolo di “primordine” viene affidato all'**Ispettorato nazionale del Lavoro** che deve tempestivamente dare seguito alle eventuali richieste (che comprendono anche i recuperi e le notifiche) provenienti da una c.d. “autorità richiedente” che nella definizione fornita dall'art. 2, comma 1, è “l'autorità competente che presenta una richiesta di assistenza, informazione, notifica o recupero di una sanzione”, secondo quanto previsto dal D.L.vo n. 136/2016”. Tutto questo avverrà con controlli, anche di natura ispettiva, finalizzati a “scovare” casi di inadempienza e di violazione delle norme. Le imprese italiane, che sono destinatarie dei servizi, sono tenute a fornire agli organi di vigilanza tutte le informazioni necessarie.

CAPITOLO 8

Le proposte di modifica del Centro Studi e Ricerche (CSR) dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano

Premessa

Come abbiamo cercato di evidenziare nei capitoli precedenti, quello delle esternalizzazioni, appalto e contratti simili, è un tema davvero complesso, sia sotto il profilo legislativo che per quanto riguarda gli oneri amministrativi e di gestione.

Nell'ambito di una attività di ricerca e documentazione costante del Centro Studi e Ricerche Unificato dell'Ordine di Milano e dell'Ancl di Milano, insieme a tante iniziative di formazione e studio, abbiamo elaborato nel tempo diverse proposte volte a suggerire al legislatore interventi e modifiche normative di cui abbiamo dato conto nella precedente edizione di questo e-book e che, tanto per citare alcuni temi, riguardavano:

- l'asseverazione sulle attività esternalizzate;
- la riorganizzazione delle norme sulla responsabilità solidale;
- la comunicazione preventiva dell'appalto;
- misure per contrastare il fenomeno del c.d. "dumping contrattuale";
- la calibrazione della fattispecie dell'appalto e della somministrazione fraudolenti;
- la regolazione normativa delle procedure per la successione negli appalti.

Siamo orgogliosi oggi di constatare che una parte di tali idee (insieme ad altre scaturite dalle nostre ricerche) non solo sono state apprezzate da numerosi addetti ai lavori, ma in qualche modo hanno contribuito a fornire qualche spunto all'attività del legislatore; esse inoltre in qualche modo stanno cominciando a diventare prassi operativa, seppur a titolo sperimentale (vedi il paragrafo 4.d sulla "asseverazione" ed il Protocollo milanese di buone prassi nel capitolo 4) ed inoltre sono state condivise con i colleghi della Lombardia nell'ambito di una più generale riflessione sulle proposte di Riforma del mercato del lavoro confluite in un documento presentato al Congresso Regionale della Categoria tenutosi a Milano il 19 maggio 2014.

Ci sembra giusto, a distanza di circa dieci anni da questo intenso e continuo lavoro, proporre una bozza di articolato normativo, insieme ad alcuni spunti che, per non appesantirlo, non sono stati in esso inserite (ma che ben potrebbero esserlo). Ancora una volta, specifichiamo che le proposte che seguono, comunque dettagliate e coordinate fra di loro, devono intendersi in ogni caso **aperte e programmatiche**.

Su un tema tanto vasto e delicato né ci interessa una "primogenitura" sulle idee offerte né abbiamo l'ambizione di sostituirci al legislatore, ma intendiamo fissare dei punti fermi – per quanto non vaghi ma sufficientemente analitici ed articolati - utili allargare la discussione e, soprattutto, tesi a rendere articolato e sistematico, e possibilmente stabile, un corpus normativo di cui avvertiamo, come operatori qualificati mercato del lavoro e come studiosi del diritto, una forte necessità.

La modifica dell'art. 29

Data la centralità delle esternalizzazioni produttive nel mondo economico e del lavoro, abbiamo ritenuto di rivedere interamente la norma sull'appalto, pur lasciandola all'interno del D. Lgs. 276/03 e non cambiandone la struttura di base. Riteniamo che il meccanismo della responsabilità solidale possa costituire un valido deterrente per il contrasto ad azioni di *dumping* e/o di sfruttamento, ma vada meglio inquadrato, eliminando ogni ridondanza o dualità e aprendo la porta alla istituzione di buone prassi in merito.

Inoltre si è posta l'attenzione su una più ampia qualificazioni delle esternalizzazioni produttive, agendo in senso estensivo, così come a livello giurisprudenziale è stato più volte fatto. La delicatezza dell'argomento è data anche dalla necessità di arginamento di fenomeni di concorrenza sleale fra imprese. Le norme sul distacco devono cercare di arginare frequenti fenomeni interpositori.

Infine abbiamo voluto disciplinare il fenomeno dei cambi di appalto tuttora vero buco normativo malgrado dopo le recenti modifiche de lefislatore (anzi forse anche a causa di esse).

Sostituzione dell'attuale art. 29 del D. Lgs. 276/03, come segue:

Appalto e responsabilità solidale nelle esternalizzazioni produttive

1. Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente articolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la 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'impresa⁶⁴.

1.bis. Ogni committente o subcommittente è tenuto ad assicurarsi, anche mediante il sistema di qualificazione delle imprese, della affidabilità, della idoneità tecnico-professionale e della capacità finanziaria dell'esecutore a cui affida un'opera o un servizio, nonché degli eventuali sub-appaltatori, per tutta la catena della esternalizzazione da sé dipendente; il committente o sub committente è tenuto ad accertare che al personale impiegato in appalto e subappalto venga riservato un trattamento economico non inferiore a quello individuato dai contratti collettivi di settore sottoscritti dalle associazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale. In caso di violazione degli obblighi di cui al periodo precedente, il committente è punito con un'ammenda da 1.000 a 10.000 euro. Se la violazione interessa un contratto in cui sono impiegati più di 20 dipendenti in un arco temporale di un anno solare la sanzione di cui al periodo precedente è triplicata⁶⁵.

1.ter All'art.25 del D, Lgs. 231/01 è aggiunto il seguente comma:
Art. 25 Ter-decies

1. In relazione ai reati in materia di esternalizzazione previsti dal comma 1.bis dell'art. 29 del D. Lgs. 276/03, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) se il reato riguarda fino a 20 dipendenti, la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote;
- b) se il reato riguarda oltre 20 dipendenti, la sanzione pecuniaria da trecento a seicento quote.
- c) In caso di recidiva, gli importi di cui alle lettere a e b che precedono sono raddoppiati:

2. In relazione ai reati in materia di esternalizzazione previsti dal comma 3.bis lett.c dell'art. 29 del D. Lgs. 276/03, si applicano all'ente (sia fornitore che utilizzatore di manodopera) le seguenti sanzioni pecuniarie

- a) se il reato riguarda fino a 20 dipendenti, la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote;
- b) se il reato riguarda oltre 20 dipendenti, la sanzione pecuniaria da trecento a seicento quote;
- c) se il reato riguarda oltre 100 dipendenti, la sanzione pecuniaria da settecento a mille quote,
- d) In caso di recidiva, gli importi di cui alle lettere a, b e c, che precedono sono raddoppiati.⁶⁶

2. Il committente di un'opera o un servizio è responsabile in solido con l'appaltatore per tutti i suoi obblighi retributivi, diretti e/o indiretti, nei confronti dei lavoratori di cui sia obbligatoria la registrazione sul Libro Unico del Lavoro che siano stati utilizzati nell'appalto per almeno un quarto del loro orario normale di lavoro; è inoltre responsabile inoltre, relativamente alle retribuzioni dei medesimi lavoratori, per tutti gli obblighi contributivi ed assicurativi nei confronti degli Enti previdenziali competenti, con esclusione delle sanzioni civili ad amministrative. In caso di uno o più subappalti,

note

⁶⁴. Il comma 1 è invariato rispetto alla versione attuale.

⁶⁵. Il comma 1/bis prevede l'obbligo di accertare in via preventiva la regolarità ed affidabilità dell'appaltatore e si configura come ipotesi di reato.

⁶⁶. Il comma 1/ter prevede l'inserimento di apposito richiamo nel D. Lgs. 231/01 inerente la materia della responsabilità amministrativa degli Enti, prevedendo una specifica sanzione in caso di mancato

controllo della affidabilità di colui a cui il committente affida un'opera o un servizio (qui introdotto come ipotesi di violazione penale) oppure in caso di somministrazione fraudolenta.

la responsabilità solidale si estende secondo la successione della catena dell'appalto dal committente sino all'ultimo sub committente. L'obbligazione solidale può essere fatta valere dai creditori entro il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto. Il committente è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente coobbligato solidale può eccepire, nella prima difesa o in fase amministrativa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'obbligato principale. In tal caso il giudice o l'Ente accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti dei coobbligati solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio del creditore originario. Il coobbligato che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali. In caso di intervento economico del coobbligato su debiti ad Enti Previdenziali, l'obbligato originario è considerato in via permanente debitore ai fini del DURC, tranne che se provi il rimborso dell'intero importo al coobbligato.

La responsabilità solidale su retribuzioni indirette matura (per la quota unicamente relativa all'appalto) solo se il prestatore di lavoro abbia prestato la propria attività nell'appalto per un periodo superiore a 3 mesi ovvero, se periodo inferiore, per almeno la metà del suo rapporto di lavoro⁶⁷.

2-bis. Ferma restando l'azione di cui dispongono in ogni caso i dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente a norma dell'articolo 1676, la disposizione del comma 3 non si applica al committente persona fisica o all'ente privato non imprenditore o professionista che conferiscano un appalto estraneo all'esercizio di una attività commerciale, professionale o imprenditoriale. La disposizione del comma 2 non si applica altresì agli appalti di opere o servizi di valore inferiore ad euro 5.000 per anno solare, a quelli che vengano svolti in locali o con modalità autonomi dall'azione di controllo del committente o a quelli in cui l'appaltatore non versi in situazione di dipendenza economica dal committente. I cantieri, anche mobili, si considerano sempre sotto il controllo del committente ai fini della presente disposizione per qualsiasi tipo di lavorazione in essi svolto⁶⁸.

2-ter. Il Ministro del Lavoro, anche per il tramite dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, può produrre un decreto di natura non regolamentare o, su istanza degli Ordini Professionali nazionali competenti, protocolli di intesa al fine di stabilire termini e modalità di asseverazione, certificazione e controllo della regolarità degli appalti anche al fine di considerare assolti gli obblighi di cui al comma 1.bis ed escludere la responsabilità solidale di cui al comma 3. Le procedure di asseverazione e controllo potranno essere svolte - nei termini previsti del predetto decreto o dei protocolli stipulati - unicamente sotto la direzione di almeno un professionista di cui all'art. 1 della L. 12/79⁶⁹.

3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, in assenza di altri indici significativi di continuità quali il trasferimento di beni, mezzi o competenze, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda⁷⁰.

3.bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, a) il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo a partire dalla data accertata della irregolarità. In tal caso, i pagamenti effettuati dal datore di lavoro originario a titolo retributivo e previdenziale liberano sino a concorrenza l'utilizzatore e tutti gli atti compiuti dal datore di lavoro originario si intendono come compiuti dall'utilizzatore; b) l'ITL, su segnalazione degli organismi di vigilanza che accertino l'irregolarità o del giudice che riceve il ricorso di cui alla precedente lettera a, dispone l'immediata sospensione delle prestazioni dei lavoratori interessati; c) la violazione del comma 1 è punita ai sensi dell'art. 18 del Decreto Legislativo 276/03.⁷¹

note

67. Viene rivisitato il meccanismo della responsabilità solidale, con una minor incidenza degli obblighi in caso di appalto di breve durata, e con l'incidenza del TFR solo in caso di appalto di medio-lunga durata. Viene introdotto il beneficium excussionis, con una penalizzazione dell'obbligato principale in caso di insolvenza.

68. Viene introdotta l'esclusione della responsabilità solidale per non imprenditori né per appalti di importo minimo, né per appalti in cui non vi sia alcuna possibilità di ingerenza del committente. In quest'ultimo caso si tratta della commissione di opere o servizi nella normale attività imprenditoriale, per eseguire i quali l'esecutore agisca in completa autonomia, in spazi di cui ha la piena dispo-

nibilità e senza alcuna possibilità di controllo da parte del committente.

69. Il comma 2-ter prevede la possibilità da parte del Ministro del lavoro o dell'Ispettorato Nazionale, di realizzare procedure di controllo ed audit preventivo al fine di normalizzare il ricorso alle esternalizzazioni. La fonte di garanzia sarà data, oltre che dalle regole di tali decreti o protocolli, dalla caratura deontologica dei soggetti, professionisti ordinistici, a ciò abilitati.

70. Il comma 3 viene ripresentato nella forma originale, con una modifica che apre all'eventuale fattispecie del trasferimento d'azienda ma che è più equilibrata rispetto a quella della L. 122/2016

71. Nel comma 3.bis si intende confermare meglio la procedura in caso di appalto che abbia perso i requisiti di genuinità, per distinguere la fattispecie dalla somministrazione in frode di legge, di cui al comma 3.ter. In sostanza, nel secondo caso - a cui viene data rilevanza penale in caso di particolare estensione del fenomeno, con una riscrittura dell'art. 18 comma 5.bis a cura del comma 3. quater - l'organo di vigilanza può costituire il rapporto in capo all'utilizzatore, oltre alla facoltà che tale azione provenga dal lavoratore. La facoltà prevede un margine di discrezionalità dell'organo ispettivo nei casi in cui la costituzione di un rapporto con il committente risultasse nei fatti una penalizzazione per il lavoratore.

3. ter. Il contratto di appalto che sia costituito solo formalmente come tale, senza la sussistenza di alcuno dei requisiti di cui ai commi 1 e 2 che precedono ovvero che costituisca somministrazione illecita di fatto indipendentemente dalla fattispecie contrattuale formale posta in essere, comprese quelle di cui al comma 5, comporta la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, anche da parte dell'organo accertatore o di vigilanza, alle condizioni di cui al comma 3.bis lett. a del presente articolo, oltre all'applicazione delle sanzioni previste.

3. quater. L'art. 18 comma 5 bis del Decreto legislativo 276/03 è sostituito dal seguente:

"5-bis. Nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino a sestuplo; la medesima pena si applica nei casi in cui la violazione riguardi più di 1000 giornate/uomo ad anno solare, da calcolarsi, per l'utilizzatore, riguardo a tutti i contratti posti in essere anche con più somministratori, e, per il somministratore, riguardo a tutti i contratti posti in essere anche con più utilizzatori."⁷²

4. In caso di cambio di appalto di servizi in cui siano coinvolti più di 4 lavoratori, il committente e l'appaltatore uscente sono obbligati a darne comunicazione almeno 40 giorni prima ai lavoratori occupati nell'appalto, alle OO SS comparativamente più rappresentative del settore relativo all'attività appaltata ed all'Ufficio Provinciale del Lavoro territorialmente competente. Nell'ambito dei 20 giorni successivi alla comunicazione, su richiesta delle OO SS vengono esperite, con la presenza anche dell'appaltatore subentrante, consultazioni al fine di verificare le condizioni di subentro nell'appalto e le misure volte ad attenuare l'eventuale impatto occupazionale negativo, fermo restando il diritto di precedenza dei lavoratori occupati continuativamente nell'appalto da almeno 4 mesi all'assunzione presso l'appaltatore subentrante e nell'ambito delle lavorazioni oggetto del cambio di appalto, per un periodo di 6 mesi dalla data del cambio appalto. In caso di mancato accordo relativo alla acquisizione del personale ed ai criteri di dismissione dell'eventuale personale eccedente, nei 20 giorni successivi il direttore dell'Ufficio provinciale convoca le Parti ai fini di un ulteriore esame della materia e del raggiungimento di un accordo. In caso di mancato accordo, i lavoratori eccedenti vengono licenziati dall'appaltatore disdettato con preavviso decorrente dalla comunicazione iniziale di cui al primo periodo e termine della prestazione con l'ultimo giorno di esercizio dell'appalto. L'onere del contributo iniziale di finanziamento ASPI è posto a carico dell'appaltatore uscente, con responsabilità solidale del committente⁷³.

5. Le disposizioni relative ai commi 1.bis e 1.ter, 2, 2.bis e 2.ter, che precedono si applicano in ogni caso in cui si realizzi un decentramento produttivo, alle condizioni di cui ai predetti commi, ed in particolare nei seguenti casi:

- affidamento o assegnazione di opere o servizi nell'ambito di attività consortili o di reti di impresa, con responsabilità solidale del consorzio o della rete verso i lavoratori del consorzio impiegati nella lavorazione;
- associazione in partecipazione fra imprese ed altri contratti di tipo associativo, con responsabilità solidale dell'impresa associante o della capofila o della mandataria verso i lavoratori dell'impresa associata o mandante;
- servizi integrati o globali di trasporto e logistica;
- "nolo a caldo";
- fornitura di materiale o beni con posa in opera o installazione, per il personale del fornitore ivi materialmente impiegato;
- somministrazione di beni o servizi, per il personale del somministratore materialmente impiegato nel servizio;
- contratti di lavorazione c/terzi e subfornitura⁷⁴.

note

72. Vedi nota precedente. È introdotta un'ipotesi nuova di reato, in caso di somministrazione in frode di legge che superi una certa estensione.

73. Con il comma 4 viene introdotta una disciplina legislativa per il cambio appalto che stabilisce obblighi e procedure. Gli effetti delle c.d.

clausole sociali vengono mitigati ma vengono introdotti specifici obblighi anche per il committente, tenuto a governare il processo di cambio appalto e le sue conseguenze senza sfilarsene.

74. Con il comma 5 viene effettuata un'estensione degli obblighi in tema di affidabilità dell'e-

secutore e di responsabilità solidale a tutte le attività di esternalizzazione oggi conosciute. L'inserimento delle attività di trasporto e logistica comporterebbe l'abrogazione dello speciale regime di responsabilità solidale oggi vigente per tale settore (vedi cap. 3).

Disposizione varie sulle esternalizzazioni

Riteniamo inoltre utile, in via sistematica, effettuare le seguenti ulteriori modifiche normative, sia per la parte operativa che per quella giuridico-concettuale.

a. Ritenute fiscali sulle retribuzioni corrisposte dal coobbligato

In caso di **retribuzioni pagate direttamente da obbligato solidale**, lo stesso deve effettuare sulle stesse una ritenuta fissa del 23% a titolo di acconto, da versare entro il 16 del mese successivo con mod. f/24, emettere la relativa certificazione CU e inserire le risultanze in un apposito riquadro del mod. 770, senza nessun altro obbligo tipico del sostituto e senza nemmeno altri obblighi amministrativi ad Enti (emens, prestazioni etc.).

Il sostituto in certificazione e nella dichiarazione avrà unicamente cura di precisare se gli importi sono a titolo di

- Retribuzioni correnti (anno in corso);
- arretrati (anni precedenti);
- tfr

b. Comunicazione appalto

L'inizio di un contratto di appalto, o la variazione dei dati inizialmente comunicati, va comunicato telematicamente a Inps con nuovo modello istituendo "Unilav appalto" sulla falsariga della attuale comunicazione ad Inail, prevedendovi l'indicazione di alcuni dati significativi (es: numero di lavoratori coinvolti, Ccnl applicati, eventuali subappalti, valore di stima dell'opera, eventuali distacchi internazionali e/o transnazionali, posizioni assicurative). Se appalto su più province o regioni, la comunicazione va inoltrata a Inps in cui vi è la sede legale dell'appaltatore (o sub appaltatore) con obbligo per la sede ricevente di trasmetterlo a tutte le altre sedi interessate.

La comunicazione assolve qualsiasi altro onere attuale in merito verso enti lavoristici (Inail, C. Edile etc.), che attingeranno i dati messi a disposizione da Inps.

c. Appalto pubblico

Tutte le suddette regole sulle esternalizzazioni (compreso articolato normativo) sui applicano *anche ad ogni caso di appalto o esternalizzazione considerato pubblico*.

In tal caso

- il committente pubblico è tenuto ad assicurarsi della regolare esecuzione dei pagamenti dell'appaltatore;
- si applicano interamente le regole sulla responsabilità solidale, ma il primo appaltatore sostituisce la figura del committente.

d. Distacco e somministrazione

Si ritiene calibrata l'attuale normativa sulla somministrazione legittima, eventualmente da riacordare per la parte sanzionatoria con le norme proposte sull'appalto.

Sul distacco si propone di mantenere la norma attuale (art. 30 d. lgs. 276/2003) con le seguenti modifiche:

a. aggiungere responsabilità solidale del distaccatario (identica a quella sull'appalto sopra delineata), se previsto rimborso anche parziale del costo lavoro.

b. prevedere % massima di lavoratori distaccabili:

- 20 % rispetto al personale del distaccante, con un minimo di 2 soggetti contemporaneamente distaccabili;
- 20 % rispetto al personale del distaccatario, con un minimo di 2 soggetti contemporaneamente distaccati.

La contrattazione collettiva o la certificazione del contratto di distacco possono prevedere il superamento dei predetti limiti, che sono inseriti al fine di limitare il ricorso a distacchi irregolari..

Si propone inoltre di istituire, come ipotizzato per appalto (vedi commi 3.bis e 3.ter della proposta di articolato, una sanzione per distacchi fittizi quando essi si realizzino solo formalmente come tali ma con una manifesta insussistenza di qualsiasi requisito così da presupporre una meta attività di intermediazione di manodopera.