



Contratti d'appalto: il Vademecum del Ministero del lavoro

a cura di Vitantonio Lippolis – Funzionario della DPL di Modena e membro del gruppo nazionale del MLPS che si occupa di rispondere agli interpelli e a quesiti su Durc e LuI*

Questo articolo è il primo di una serie di approfondimenti che verranno pubblicati nella rivista e che si pongono l'obiettivo, non semplice, di analizzare e di rendere organica l'analisi della fattispecie dell'appalto, così come normato oggi dopo innumerevoli interventi normativi e di prassi che lo hanno interessato¹.

È risaputo come le aziende ricerchino nella flessibilità produttiva lo strumento per adattare, fra l'altro, la propria struttura alle mutevoli esigenze del mercato. La ricerca di tale flessibilità, in uno col desiderio di ridurre i costi fissi aziendali, spinge gli imprenditori alla ricerca di nuovi modelli di organizzazione del lavoro il cui approdo spesso si materializza nell'esternalizzazione di fette più o meno cospicue del ciclo produttivo (c.d. *outsourcing*). Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico l'esternalizzazione dell'attività è regolamentata secondo diversi modelli contrattuali (fra i quali, ad esempio, la somministrazione di lavoro², il distacco³, la subfornitura⁴, il contratto d'opera⁵, ecc.) ma, fra tutti, l'istituto utilizzato certamente con maggior frequenza è rappresentato dal contratto d'appalto.

Va tuttavia rilevato come il Legislatore domestico abbia sempre considerato con sospetto in particolare quel contratto d'appalto che implichi un forte impiego di manodopera (c.d. *labur intensive*)⁶. Ciò deriva essenzialmente dal fatto che tale istituto, per effetto

* Le seguenti considerazioni sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione.

¹ Sul nostro sito www.cslavoro.it nell'area riservata agli abbonati alla circolare sarà anche possibile consultare la raccolta di tutti gli articoli pubblicati nella sezione "Speciale: Appalto" presente nell'home page della rivista.

² Art.20, co.1, D.Lgs. n.276/03: "Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 4 e 5."

³ Art.30, co.1, D.Lgs. n.276/03: "L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa."

⁴ Art.1, Legge n.192/98 "Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature".

⁵ Art.2222 c.c. - Contratto d'opera: "Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo Capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV."

⁶ Cfr. art.2127 c.c. secondo il quale "È vietato all'imprenditore di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi. In caso di violazione di tale divieto, l'imprenditore risponde direttamente, nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti dai contratti di lavoro da essi stipulati"; nonché l'art.1, della Legge n.1369/60 (abrogata) la quale stabiliva che "È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante. Le disposizioni dei precedenti commi si applicano altresì alle aziende dello Stato ed agli enti pubblici, anche se gestiti in forma autonoma, salvo quanto disposto dal successivo art.8. I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni".

dell'apprestamento del tipico meccanismo interpositivo, ben si presta ad essere utilizzato con finalità elusive della disciplina legislativa e contrattuale vigente, con la conseguenza di rendere spesso difficoltosa la corretta imputazione del rapporto di lavoro e dei conseguenti obblighi.

Una prima parziale apertura del sistema monolitico che storicamente vietava nel nostro ordinamento l'interposizione di manodopera si ebbe con la Legge n.196/1997 (c.d. Legge Treu), norma che ebbe il pregio di dischiudere finalmente la fase che concepiva un modello fisiologico di fornitura di manodopera e quindi di decentramento. Ma è soltanto con l'avvento del D.Lgs. n.276/03 emanato in attuazione della Legge Biagi (Legge delega n.30/03) che il Legislatore rende diffusamente possibile l'utilizzo della somministrazione di lavoro come forma legittima di mediazione di manodopera. Elementi essenziali di questa riforma sono, infatti, il superamento del divieto assoluto di interposizione, l'introduzione della possibilità di esercitare una legittima attività di somministrazione di lavoro (riservata, tuttavia, alle sole agenzie autorizzate) e la previsione di sanzioni penali per l'illegittimo esercizio di tale attività da parte di altri soggetti non autorizzati o comunque al di fuori dei limiti di legge e l'individuazione del cosiddetto "appalto lecito".

Com'è agevole intuire, dall'avvento della riforma del 2003 la disciplina dell'appalto, quantomeno sotto il profilo giuslavoristico, trova frequenti punti di contatto con il più recente istituto della somministrazione di lavoro quasi come se i due istituti fossero le due facce della stessa medaglia, talché una trattazione del primo non può evidentemente prescindere da regolari riferimenti anche al secondo.

Sulla materia interpositiva il Ministero del lavoro, per mezzo della Circolare n.7/05, impartì le prime istruzioni al fine di uniformare ed indirizzare correttamente l'attività ispettiva sui fenomeni di somministrazione di lavoro illecita, nelle diverse forme della somministrazione di lavoro irregolare, nulla e fraudolenta, con particolare riguardo agli effetti civili, previdenziali ed amministrativi ed ai provvedimenti che il personale ispettivo avrebbe dovuto conseguentemente adottare.

A distanza esatta di sei anni da tali direttive il Dicastero, per mezzo della [Circolare n.5 dell'11 febbraio 2011](#) a firma del Ministro Maurizio Sacconi, è nuovamente intervenuto in materia di interposizione tracciando, in questo caso, un quadro giuridico complessivo della disciplina degli appalti e dei subappalti⁷. In dodici pagine il documento affronta a trecentosessanta gradi le problematiche insite in questa complessa disciplina e fornisce indicazioni e chiarimenti operativi su alcuni dubbi che caratterizzano l'istituto e che comportano ripercussioni sugli obblighi retributivi, contributivi e sulla sicurezza, puntualizzando altresì le conseguenze di carattere sanzionatorio previste in caso di appalti non genuini.

Appalto genuino

Il punto di partenza della disamina operata dal Ministro Sacconi non può che essere la definizione - sulla base della vigente disciplina normativa nonché dei consolidati orientamenti giurisprudenziali - del perimetro di liceità all'interno del quale è consentito agli operatori economici di muoversi, vale a dire la definizione del cosiddetto appalto genuino.

Per fare ciò occorre necessariamente prendere le mosse dalla definizione contenuta nell'art.1655 del codice civile secondo cui l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro. Per distinguere

⁷ In base all'art.1656 c.c. il subappalto è il contratto intercorrente tra l'appaltatore (c.d. subappaltante) ed un terzo (c.d. subappaltatore), avente ad oggetto l'esecuzione dell'opera o del servizio che il subappaltante si è obbligato a realizzare in esecuzione di un contratto di appalto.

l'appalto lecito da quello illecito questa vasta definizione dell'istituto va, tuttavia, declinata ed attualizzata in base alla successiva disciplina contenuta nell'art.29, co.1, del D.Lgs. n.276/03 in virtù della quale *“il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art.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 l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.”*

Sulla base del dettato di quest'ultima norma è dunque possibile individuare **i criteri che contraddistinguono e legittimano il c.d. appalto genuino**; si tratta de:

1. L'organizzazione di mezzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto;
2. L'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
3. L'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa.

Nel puntualizzare, difatti, la distinzione tra i due fenomeni interpositori la recente nota ministeriale afferma che:

- L'appalto ha per oggetto un «fare», giacché l'appaltatore fornisce al committente un'opera o un servizio, da realizzare tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, assumendosi il rischio d'impresa;
- La somministrazione di lavoro ha invece per oggetto un «dare», in quanto il somministratore si limita a fornire a un terzo forza-lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo.

Con riguardo ai suddetti criteri distintivi, la Circolare n.5/11 precisa che **l'organizzazione dei mezzi**, quale requisito imprescindibile dell'appalto genuino, deve intendersi *“in senso ampio, attesa la possibilità, normativamente prevista, che essa si sostanzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, nel puro esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché nella assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”*. Conseguentemente va oggi considerato legittimo anche l'appalto nel quale l'apporto di attrezzature e di capitale risulti marginale rispetto a quello delle prestazioni di lavoro (appalto c.d. *“labour intensive”* o a bassa intensità organizzativa), ciò purché l'appaltatore, in ogni caso, continui ad esercitare in via esclusiva il **potere direttivo ed organizzativo** sul personale impiegato. Difatti, come già affermato dal Ministero del lavoro con la risposta ad interpello n.77/09, non rientra nell'ambito dell'appalto illecito il caso dell'appaltatore che, nell'esercizio della propria attività, pur essendo fornito di reale adeguata organizzazione per l'esecuzione della prestazione o del servizio, si avvale delle attrezzature del committente in quanto eventualmente sprovvisto di una macchina particolare, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché attraverso la fornitura di tali mezzi (come si dirà meglio appresso) non sia invertito il rischio di impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso. In mancanza dei c.d. *“Codici di buone pratiche”* in materia di certificazione dei contratti di lavoro⁸, il Ministero del lavoro, per mezzo della Circolare n.48/04, ha già avuto modo di fornire alle Commissioni di certificazione di cui all'art.76 del D.Lgs. n.276/03

⁸ Art.78, co.4, D.Lgs. n.276/03: *“Entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta con proprio decreto codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi. Tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.”*

alcune utili indicazioni relativamente ai requisiti che i contratti di appalto devono possedere affinché possano essere certificati. La circolare n.5/11, nel richiamare tali indici, afferma che devono formare oggetto di attenta valutazione da parte dei singoli organi:

- La tipologia di attività appaltata;
- L'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio da parte dell'appaltatore;
- La durata, determinata o determinabile, dell'attività dedotta nel contratto di appalto;
- La rilevanza delle competenze dei lavoratori impiegati dall'appaltatore a fronte della scarsa rilevanza di attrezzature o beni strumentali;
- La presenza di un considerevole *know-how* aziendale in possesso dell'appaltatore nell'ambito di appalto di lavori specialistici.

Altro criterio distintivo che non può assolutamente mancare nell'ambito di un appalto genuino e che deve, in ogni caso, gravare sull'appaltatore è rappresentato dal **rischio economico d'impresa**. In sostanza si tratta di quell'*alea* che caratterizza i risultati reddituali dell'attività svolta dall'appaltatore e che è legata all'equilibrio tra costi e ricavi. A tal riguardo la nota ministeriale cita alcuni indici che, a mero titolo esemplificativo, vengono considerati rivelatori della sussistenza del rischio d'impresa e che consistono nel fatto che:

- L'appaltatore ha già in essere un'attività imprenditoriale che viene esercitata abitualmente;
- L'appaltatore svolge una propria attività produttiva in maniera evidente e comprovata;
- L'appaltatore opera per conto di differenti imprese da più tempo o nel medesimo arco temporale considerato.

Il fenomeno dell'interposizione illecita di manodopera sussiste, al contrario, tutte le volte che l'appaltatore mette a disposizione del committente una mera prestazione lavorativa, rimanendo eventualmente in capo all'appaltatore/datore di lavoro meri compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, oneri contributivi, ecc.).

L'accertamento del corretto svolgimento della prestazione appaltata da parte degli organi preposti alle verifiche, oltre che sui sopra detti indicatori "sostanziali", potrà incentrarsi anche sull'analisi dei contenuti di elementi "formali" fra cui:

- L'iscrizione dell'appaltatore nel registro delle imprese, con particolare riguardo alla data, all'oggetto sociale, nonché al capitale sociale;
- Il libro giornale, il libro degli inventari e il libro dei cespiti ammortizzabili;
- Il libro unico del lavoro per le scritturazioni afferenti alla data di assunzione, nonché alle qualifiche e mansioni dei lavoratori impiegati nell'appalto;
- Il documento unico di regolarità contributiva (c.d. DURC).

In definitiva un appalto può essere definito "genuino" quando l'appaltatore non risulti essere un intermediario, ma un vero e proprio imprenditore che, come tale, impieghi una propria organizzazione produttiva ed assuma i rischi della realizzazione dell'opera, o del servizio pattuito.

Al contrario l'appalto privo degli elementi sostanziali e formali sopra evidenziati sarà considerato a tutti gli effetti come "non genuino" e ricondotto, sulla base degli elementi distintivi di cui si dirà appresso, alle fattispecie dell'appalto illecito o dell'appalto fraudolento.

Appalto illecito

La circolare n.5/11, nel richiamare i precetti contenuti nella Direttiva sui Servizi ispettivi e le attività di vigilanza del 18 settembre 2008, ribadisce "tolleranza zero" nei confronti dei

cosiddetti pseudo appalti accusati di essere, secondo la Direttiva ministeriale, fra “*le forme peggiori di sfruttamento del lavoro*”.

Conseguentemente, in base ai precetti contenuti nell’art.18, co.5-bis del D.Lgs. n.276/03, nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all’art.29, co.1 l’utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell’ammenda di € 50,00 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

Poiché si tratta, tuttavia, di un reato di tipo contravvenzionale, esso può essere estinto mediante l’ottemperanza dei trasgressori al provvedimento di prescrizione obbligatoria impartito dagli ispettori del lavoro⁹. Poiché la *ratio* del reato *de quo* è quella di stigmatizzare lo sfruttamento della manodopera, il contenuto della prescrizione s’incentrerà non solo sulla risoluzione del contratto di appalto, ma anche e soprattutto sulla cessazione della condotta illecita. In particolare, mediante verbale d’ispezione, verrà prescritta al pseudo-appaltatore l’immediata cessazione dell’operazione di fornitura della manodopera; di converso, al pseudo-committente, potrà essere concessa l’alternativa di cessare l’utilizzazione dei lavoratori illecitamente somministrati o di assumere i lavoratori direttamente alle proprie dipendenze o, infine e sempre che ricorrano le condizioni previste dall’art.20 del D.Lgs. n.276/03, l’assunzione degli stessi tramite un’agenzia di somministrazione regolarmente autorizzata.

Si precisa che, qualora venga accertato lo sfruttamento di minori nell’ambito dell’appalto illecito, il Legislatore ha previsto un aggravamento delle conseguenze sanzionatorie contemplando la pena dell’arresto fino a diciotto mesi e l’incremento dell’ammenda sopra indicata fino al sestuplo. In tal caso non è ovviamente prevista la procedura premiale della prescrizione obbligatoria.

Oltre alle conseguenze di carattere sanzionatorio su esposte ed al fine di salvaguardare i diritti dei lavoratori coinvolti, il Legislatore ha preordinato una tutela sostanziale molto vigorosa: si tratta di quella prevista dall’art.29, co.3-bis del D.Lgs. n.276/03 in ragione della quale, qualora il contratto di appalto venga stipulato in violazione di quanto disposto dal co.1 dello stesso art.29, “*il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell’art.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.*” Si rimarca come, in tal caso, non vi sia un riconoscimento automatico del rapporto di lavoro in capo a colui che ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni, ma la presenza di un mero diritto potestativo in capo al lavoratore irregolarmente utilizzato. Difatti, volendo ricostruire la nuova disciplina in termini razionali e rispettosi della lettera e dello spirito della riforma Biagi, occorre innanzitutto prendere atto della scelta legislativa di non ripetere, nell’attuale formulazione dell’art.18 del D.Lgs.

⁹ La prescrizione obbligatoria è un provvedimento impartito dal personale ispettivo del Ministero del lavoro nell’esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, conseguente all’accertamento di violazioni che costituiscono reato e si applica non soltanto quando l’inadempienza può essere sanata, ma anche nelle ipotesi di reato a “condotta esaurita” (vale a dire nei reati istantanei, con o senza effetti permanenti), nonché nelle fattispecie in cui il reo abbia autonomamente provveduto all’adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all’emanazione della prescrizione. In origine l’istituto riguardava solo i reati in tema d’igiene e sicurezza del lavoro (v. art.20, D.Lgs. n.758/94); successivamente (v. art.15, D.Lgs. n.124/04) questo istituto è stato esteso a tutti i reati contravvenzionali in materia di lavoro e legislazione sociale puniti con la sola ammenda o con l’ammenda in alternativa all’arresto. La finalità di questo istituto è quella di eliminare i pericoli gravi e immediati per la sicurezza o per la salute dei lavoratori anche mediante l’individuazione in positivo delle misure atte a garantire la regolarizzazione. La prescrizione è definita dalla legge come “obbligatoria” in quanto deve essere formulata in ogni caso venga accertata, da parte dell’organo preposto, una violazione contravvenzionale punita con la pena dell’ammenda o con l’ammenda in alternativa all’arresto (come accade proprio per la violazione in esame). Resta comunque l’obbligo, in capo all’accertatore, di riferire all’autorità giudiziaria la notizia di reato ai sensi dell’art.347 c.p.p. Con la prescrizione l’ispettore impartisce al contravventore, con atto scritto, le direttive per porre rimedio alle irregolarità riscontrate, fissando un termine (max. 6 mesi) per la relativa regolarizzazione. Entro 60 gg. dalla scadenza del termine prescritto l’organo di vigilanza verifica se la violazione è stata eliminata nei modi e nei termini indicati nella prescrizione. In caso di ottemperanza alla prescrizione il procedimento sanzionatorio si conclude col pagamento, entro 30 gg., di una sanzione amministrativa pari a un quarto del massimo dell’ammenda stabilita per la contravvenzione ed il reato si estingue. In caso di non ottemperanza da parte del trasgressore, invece, viene data, entro 90 gg., comunicazione dell’inadempimento all’A.G. ed al contravventore stesso ed il procedimento penale (nel frattempo sospeso) riprende il suo corso.

n.276/03, quanto prevedeva l'art.1 della previgente Legge n.1369/1960, a norma del quale i prestatori di lavoro occupati in violazione del divieto di interposizione venivano considerati alle dipendenze dell'imprenditore che ne aveva effettivamente utilizzato le prestazioni. Tale differenza su un aspetto così qualificante del previgente impianto normativo non può certo ritenersi involontaria ed esprime una precisa opzione: evitare che un effetto di tale rilevanza possa derivare *ex lege* dal provvedimento ispettivo, senza il vaglio della magistratura e senza un effettivo interesse dei lavoratori coinvolti, come emerge anche dai lavori parlamentari della II^a Commissione della Camera dei Deputati.

In tal caso, tuttavia, la norma in parola prevede (mitigandone le conseguenze di carattere patrimoniale) che vada applicato il disposto dell'art.27, co.2 del D.Lgs. n.276/03 in base al quale *“tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata”* e che, inoltre, *“Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.”*

Appalto fraudolento

Quando l'appalto illecito è stato posto in essere al fine di eludere, in tutto o in parte, i diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo si configura anche l'ipotesi di reato di somministrazione fraudolenta di cui all'art.28, del D.Lgs. n.276/03.

Al riguardo va fatto presente che una lettura sistematica e rispettosa del dettato normativo porta ad escludere che la condotta fraudolenta possa ridursi alla sola finalità di aggirare, per quanto intenzionalmente, i limiti posti all'attività di somministrazione di lavoro dagli articoli 20 e 21, in quanto essa costituisce un'ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare, espressamente disciplinata dall'art.27, mentre, la somministrazione di lavoro fraudolenta presuppone una lesione ulteriore e sostanziale di un diritto dei lavoratori o di un interesse generale, che risulti direttamente o indirettamente compromesso dall'interposizione di persona nella titolarità dei rapporti di lavoro.

Le conseguenze a carico dei trasgressori, in tal caso, saranno evidentemente di maggiore gravità. Difatti il Legislatore ha previsto, oltre alle sanzioni già contemplate per la fattispecie dell'appalto illecito, l'ulteriore pena dell'ammenda di € 20,00 per ogni lavoratore impiegato e per ogni giorno di lavoro.

Anche in questo caso, secondo la circolare n.5/11, gli ispettori adotteranno il provvedimento di prescrizione obbligatoria con contenuti, tuttavia, parzialmente diversi rispetto a quelli sopra visti in caso di appalto illecito intimando, in questo caso, al committente fraudolento la regolarizzazione alle proprie dipendenze di tutti i lavoratori illecitamente impiegati per tutta la durata di effettivo impiego nel pseudo-appalto fraudolento. Di converso, la prescrizione dell'organo ispettivo al somministratore s'incentrerà sulla cessazione della fornitura di manodopera, nonché sulla tenuta di una condotta idonea ad agevolare l'assunzione dei suddetti lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore.

In questo caso, difatti come acutamente osservato nella precedente circolare ministeriale n.7/05, il contratto stipulato con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo deve - a prescindere dall'esistenza o meno di un contratto scritto - ritenersi nullo per frode alla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418

cod. civ.¹⁰ con le conseguenze previste dall'art.21 del D.Lgs. n.276/03 il quale prevede che *"il contratto di somministrazione è nullo ed i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore"*.

Tale conclusione, peraltro, risulta coerente con la necessità di tutelare l'interesse pubblico protetto dalle norme inderogabili di legge e dalla contrattazione collettiva, che i singoli lavoratori coinvolti potrebbero non avere interesse o la possibilità di difendere.

In questo caso si ritiene che eventuali differenze retributive e contributive possano essere fatte valere dai lavoratori e dagli enti previdenziali direttamente nei confronti dell'utilizzatore ed anche – a differenza di quanto avveniva nel regime previgente – nei confronti del somministratore, che si ritiene ugualmente tenuto al pagamento delle retribuzioni e dei contributi dovuti a favore dei lavoratori, in virtù dell'assunzione formale degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro (non più inesistente, ma nullo) e del principio di conservazione degli effetti del contratto di lavoro nullo, ai sensi dell'art.2126 c.c. (in quanto l'illiceità della causa dell'accordo fra i due datori di lavoro non si estende al contratto stipulato con il lavoratore, incolpevole ed anzi vittima dell'accordo fraudolento). Del resto sarebbe paradossale che i lavoratori vittime della somministrazione fraudolenta ricevano una tutela inferiore a quella assicurata mediante la solidarietà fra i due datori di lavoro nell'ambito della somministrazione regolare ed irregolare¹¹.

Allo scopo di soddisfare più rapidamente i crediti patrimoniali vantati dai lavoratori impiegati nell'appalto, così come previsto anche dalla Direttiva del 18 settembre 2008 sulle misure di razionalizzazione delle funzioni ispettive del Ministro Sacconi, le recenti istruzioni ministeriali prevedono, inoltre, che il personale ispettivo delle D.P.L. possa adottare, nei confronti del committente utilizzatore fraudolento, anche il provvedimento di diffida accertativa previsto dall'art.12, del D.Lgs. n.124/04 in ragione delle eventuali differenze retributive riscontrate.

Obblighi retributivi

A differenza di quanto previsto per il contratto di somministrazione nel quale il Legislatore ha previsto¹² che i lavoratori dipendenti dal somministratore - a parità di mansioni svolte - abbiano diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, nel caso degli appalti privati, invece, la determinazione dei trattamenti minimi dei lavoratori impiegati è rimessa all'autonomia

¹⁰ Art.1344 c.c. Contratto in frode alla legge: *"Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa."*

Art.1418 c.c. Cause di nullità del contratto: *"Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art.1325, l'illiceità della causa (1343), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art.1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art.1346."*

¹¹ Sull'argomento, per completezza di trattazione, si segnala un differente orientamento (seppur relativo alla previgente Legge n.1369/60) contenuto nella sentenza del 14 luglio 2010, n.16547 della Corte di Cassazione Sezione Lavoro secondo cui: *"(...) questa Corte ha affermato il principio che "in ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro, non è configurabile una concorrente obbligazione del datore di lavoro apparente con riferimento ai contributi dovuti agli enti previdenziali; rimane, tuttavia, salva l'incidenza soddisfacente di pagamenti eventualmente eseguiti da terzi, ai sensi dell'art.1180 c.c., co.1, ivi compreso lo stesso datore di lavoro fittizio" (Cass. sez. lav., 25.1.2008 n.1666), rilevando altresì, con riferimento all'argomento apparentemente ostativo tratto dall'art.2036 c.c., co.1, secondo cui chi ha pagato un debito altrui, credendosi debitore in base ad un errore scusabile, può ripetere ciò che ha pagato in tal modo eliminando l'effetto soddisfacente a favore del terzo, che deve escludersi che possa considerarsi scusabile l'errore sull'identità dell'effettivo debitore. Ed ha rilevato che tale conclusione è conforme alle finalità della Legge n.1369 del 1960, che mira ad assicurare al lavoratore una maggiore protezione e non certo intende esporre lo stesso ad azioni di ripetizione delle retribuzioni già corrispostegli, né, con riferimento ai contributi previdenziali, intende consentire che sia annullata la posizione contributiva costituita a suo favore da parte del datore di lavoro apparente" (Cass. sez. lav., 25.1.2008 n.1666). A tale conclusione non osta il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 26.10.2006 n.22910, richiamata dalla ricorrente, secondo cui gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro, nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, gravano solo sull'appagante (o interponente), sicché non può configurarsi una concorrente responsabilità dell'appaltatore (o l'interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro, stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi. Tale principio esclude una responsabilità concorrente dell'interposto, ma non impinge, proprio in conseguenza di quanto affermato dalle Sezioni Unite, sulla norma dell'art.1180 c.c., co.1, relativa all'effetto liberatorio del pagamento del terzo, quale deve ritenersi l'interposto, e sulla norma di cui all'art.2036 c.c. relativa alla irripetibilità da parte dello stesso delle somme corrisposte in esito a tale pagamento, non essendo possibile ritenere la scusabilità dell'errore sulla identità dell'effettivo debitore."*

¹² Cfr. art.23, co.1, del D.Lgs. n.276/03.

contrattuale collettiva, con la possibilità di prevedere - anche a parità di mansioni - divergenze salariali sostanziali tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore.

La Circolare n.5/11, tuttavia, rammenta che, tale autonomia non è assoluta. Difatti l'art.1, co.1175, della Legge n.296/06 (L. Finanziaria del 2007) stabilisce l'obbligo, al fine di usufruire dei benefici normativi e contributivi, del rispetto *"degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*. Tale disposizione ha l'indubbio vantaggio di favorire l'applicazione dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva, oltre che il rispetto della normativa contrattuale relativa al personale nel caso di cambio di appalto.

Questa disposizione, rammenta il Dicastero del Welfare nella nota in commento, è ancor più rigoroso nel settore degli appalti edili ove l'applicazione del contratto collettivo nella parte economico-normativa, compresa l'iscrizione e il versamento agli enti bilaterali, costituisce requisito essenziale ai fini del rilascio del DURC. Difatti si rammenta che lo stesso Ministero del lavoro con la Circ. n.34/08 ha già fatto presente che la verifica da parte del personale ispettivo del mancato rispetto della parte economica o normativa del contratto collettivo comporterà *"l'eventuale recupero da parte degli Istituti Previdenziali delle somme non versate a titolo di agevolazioni fruite a far data dal momento in cui il datore di lavoro non ha osservato le condizioni di legge"*.¹³

Leggermente differente è la questione nell'ambito del settore artigiano nel quale, qualora l'impresa non aderisca al sistema della bilateralità, il rispetto della parte economico-normativa del contratto (che rappresenta la condizione per ottenere i benefici normativi e contributivi) comporta la corresponsione ai lavoratori dell'elemento aggiuntivo della retribuzione oltre che la garanzia delle prestazioni previste dal contratto collettivo¹⁴.

La questione relativa all'obbligatorietà del regime retributivo da applicare ai dipendenti dell'appaltatore cambia in maniera sostanziale, invece, nel settore degli appalti pubblici nell'ambito del quale il Legislatore ha, invece, predisposto un sistema di maggiori tutele a favore dei lavoratori. In tale ambito, difatti, la Circ. n.5/11 richiama l'art.36 della Legge n.300/1970 (Statuto dei lavoratori) secondo il quale *"Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona. Tale obbligo deve essere osservato sia nella fase di realizzazione degli impianti o delle opere che in quella successiva, per tutto il tempo in cui l'imprenditore beneficia delle agevolazioni finanziarie e creditizie concesse dallo Stato ai sensi delle vigenti disposizioni di legge"*.

La Circolare n.5/11 richiama, inoltre, alcune previsioni poste a tutela dei diritti patrimoniali dei lavoratori impiegati nei medesimi appalti contenute nel cosiddetto Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e del relativo Regolamento di attuazione¹⁵:

¹³ Sulla questione del rilascio del DURC a favore delle imprese appartenenti al settore edile si segnala la recente risposta ad interpello n.8/11 per mezzo della quale il Ministero del lavoro ha, tra l'altro, affermato che: "... l'omissione contributiva che si verifichi in conseguenza del mancato versamento contributivo - sia pur della c.d. contribuzione virtuale - determinerà il mancato rilascio del DURC. L'omissione contributiva in questione, peraltro, è riferibile anche a quanto dovuto alle Casse edili, atteso che il citato art.29 del D.L. n.244 del 1995 stabilisce espressamente che *"nella retribuzione imponibile (...) rientrano (...) anche gli accantonamenti e le contribuzioni alle Casse edili"*. Si specifica in proposito che, ai fini della regolarità contributiva di quanto dovuto alle Casse Edili e sulla base di quanto demandato dalle parti sociali con il rinnovo del CCNL 19 aprile 2010, la Commissione nazionale paritetica per le Casse Edili (CNCE), con delibere nn.433/10, 436/10 e 447/11 ha disposto il rilascio del DURC irregolare, a decorrere dalla data del 1° gennaio 2011, per i contratti di lavoro part-time stipulati successivamente a tale data e in eccedenza dei predetti limiti."

¹⁴ Cfr. MLPS Circ. n.43/10.

¹⁵ Il 10 dicembre 2010 è stato pubblicato sulla G.U.R.I. il DPR n.207/10 recante il regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici che entrerà in vigore trascorsi 180 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta.

Riferimento Normativo	Contenuto
Art.5, co.5, lett.r), D.Lgs. n.163/06	È previsto un generico intervento sostitutivo della Stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore le cui modalità di attuazione sono state rinviate all'emanazione di un apposito regolamento di attuazione;
Art.4, co.2, DPR n.207/10 (Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici)	In caso di acquisizione di un DURC che segnali un' inadempienza contributiva relativa ad uno o più soggetti impiegati nell'appalto (<i>appaltatore e/o subappaltatore</i>), il responsabile del procedimento trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza e lo versa direttamente agli enti previdenziali ed assicurativi. <i>In vigore dal prossimo 9 giugno 2011</i>
Art.5, DPR n.207/10 (Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici)	In caso di inadempienza retributiva dell'appaltatore, del subappaltatore o del cottimista nei confronti del personale dipendente, il responsabile del procedimento invita le parti a provvedervi entro i 15 gg. successivi. Qualora l'inadempienza dovesse perdurare, la Stazione appaltante può procedere al pagamento diretto delle retribuzioni a favore dei lavoratori scomputando tali somme da quelle dovute all'esecutore del contratto o al subappaltatore inadempiente. In caso di contestazione delle richieste, viene investita la DPL territorialmente competente per gli accertamenti del caso. <i>In vigore dal prossimo 9 giugno 2011</i>
Art.118, co.6, D.Lgs. n.163/06	L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

Valore degli appalti e criteri di scelta dei contraenti

Intimamente connessa col rispetto, da parte dell'appaltatore, degli obblighi di carattere retributivo e contributivo nei confronti dei lavoratori impiegati è l'ulteriore questione relativa alla corretta determinazione del costo degli appalti pubblici.

Sul punto sia il D.Lgs. n.81/08 che, più specificatamente, il D.Lgs. n.163/06¹⁶ prevedono norme volte a salvaguardare, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti, proprio i diritti dei lavoratori coinvolti sia dal punto di vista retributivo/contributivo sia sotto il profilo della sicurezza del lavoro.

A tal proposito la Circolare 5/11 sottolinea l'esigenza, da parte delle Stazioni appaltanti pubbliche, di porre la massima attenzione ai costi del lavoro e della sicurezza, che non possono mai formare oggetto di ribasso d'asta, in quanto costi "insopprimibili" legati alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. La nota ministeriale, inoltre, ribadisce quanto previsto dall'art.26, co.5, del D.Lgs. n.81/08 ovvero l'obbligo (pena la declaratoria di nullità del contratto d'appalto) di inserimento dei costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni.

Conseguentemente l'offerta del concorrente, anche in una gara caratterizzata dal criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, deve in ogni caso essere rispettosa del costo del lavoro e degli oneri della sicurezza che non possono formare oggetto di alcun ribasso.

¹⁶ Cfr. art.86, co.3-bis, D.Lgs. n.163/06.

A tal proposito il Ministero del lavoro ritiene utile segnalare l'indirizzo della Comunità europea per l'adozione, nelle diverse modalità di gara, del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oltre che l'opportunità di valutare la procedura del "dialogo competitivo", prevista dall'art.58 del Codice dei contratti pubblici, quale sede privilegiata per la corretta e integrale valutazione dei profili attinenti alla tutela del lavoro e della sicurezza del lavoro in ipotesi di appalti particolarmente complessi.

Sull'argomento la nota ministeriale, infine, esprime un invito ad esplicitare anche nei capitolati di appalto e nelle convenzioni:

- ✓ L'indicazione dell'obbligo al rispetto integrale del CCNL del settore oggetto dell'appalto, sottoscritto dalle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nonché di eventuali accordi integrativi;
- ✓ La necessità di applicare tutte le norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e delle norme relative all'inserimento al lavoro dei disabili.

Il regime di responsabilità solidale

La nota Ministeriale si sofferma anche su una delle altre problematiche fondamentali che caratterizzano l'appalto genuino, vale a dire il regime di responsabilità solidale che contraddistingue i vari soggetti coinvolti nella procedura (committente, appaltatore ed eventuale subappaltatore).

A tal proposito va innanzi tutto fatto presente che, dal punto di vista eziologico, la disciplina delle obbligazioni solidali in materia di appalti va fatta risalire all'esigenza del Legislatore di preconstituire idonee garanzie per l'assolvimento, da parte dei soggetti operanti nella filiera degli appalti, degli obblighi inerenti alla corresponsione delle retribuzioni, al versamento di contributi previdenziali ed assicurativi, nonché - in caso di rapporto tra appaltatore e subappaltatore - delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente evitando, in tal modo, potenziali dispersioni delle responsabilità connesse al meccanismo interpositorio che questo istituto consente di apprestare.

Il Dicastero, operando una ricognizione complessiva delle varie forme di garanzie, parte dall'art.29, co.2 del D.Lgs. n.276/03 il quale, nell'attuale formulazione, stabilisce un vincolo di solidarietà tra committente ed appaltatore nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, entro il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto, per la corresponsione a favore dei lavoratori stessi dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti.

A tal proposito la Circolare n.5/11 precisa che il termine decadenziale di due anni previsto dall'art.29, co.2 del D.Lgs. n.276/03 per l'esercizio dei relativi diritti, opera non solo con riferimento all'esercizio dell'azione da parte del lavoratore, che risulta essere creditore di somme di natura retributiva, ma anche nei confronti degli istituti, creditori delle somme dovute a titolo contributivo¹⁷.

Tale vincolo è escluso, tuttavia, qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività d'impresa o professionale (es. il privato che fa ristrutturare la propria abitazione)¹⁸. Così come pure resta esclusa la responsabilità solidale della Stazione appaltante pubblica in virtù della generale esclusione prevista dall'art.1, co.2 dello stesso D.Lgs. n.276/03. Difatti, come chiarito dallo stesso Ministero del lavoro con la risposta ad Interpello n.35/09, l'unica forma di solidarietà che sussiste tra un committente pubblico ed

¹⁷ Tale interpretazione contrasta, tuttavia, con la sentenza n.996/07 della Corte di Cassazione - Sez. lavoro, secondo cui il termine decadenziale di due anni non può essere esteso agli Istituti INPS e INAIL, che sono terzi nell'appalto e i cui diritti autonomi, scaturenti dal rapporto di lavoro, sono soggetti all'ordinaria prescrizione quinquennale di cui all'art.3 L. 335/95. Secondo tale pronunciamento la circostanza che il diritto alla regolarizzazione contributiva e assicurativa del lavoratore "risulti soggetto anche in materia di appalti alla prescrizione - e non, invece, ad alcun termine decadenziale -, appare come mero corollario (...) del principio che le norme dettate in materia di decadenza non sono soggette né ad interpretazione restrittiva, per dovere essere applicate con quel rigore e quella rigidità imposta dalla natura dei loro effetti (...) né ad interpretazione analogica".

¹⁸ Cfr. art.29, co.3-ter, del D.Lgs. 276/03.

un appaltatore privato è quella contemplata dall'art.1676 c.c.¹⁹ la quale, tuttavia, soffre di due limitazioni rispetto alla disciplina dell'art.29 citato:

- a) L'oggetto, circoscritto al solo trattamento economico dovuto dall'appaltatore ai propri dipendenti, con esclusione quindi degli adempimenti previdenziali.
- b) La quantificazione del debito solidale, che si riferisce esclusivamente a quanto dovuto dal committente all'appaltatore al momento della presentazione, da parte dei lavoratori interessati, della domanda giudiziale, con la conseguenza che il committente pubblico non è solidalmente tenuto nei confronti dei lavoratori se, nelle more, estingue il proprio debito nei confronti dell'esecutore dei lavori.

La nota ministeriale richiama, inoltre, l'art.35, co.28 del D.L. n.223/06²⁰, convertito in Legge n.248/06 (c.d. *Decreto Bersani*) che ha introdotto la corresponsabilità dell'appaltatore per le ritenute fiscali e i versamenti contributi cui è tenuto il subappaltatore relativamente ai propri dipendenti. Si tratta, lo si rimarca, di una responsabilità che coinvolge esclusivamente l'appaltatore nei confronti del subappaltatore con il conseguente esonero, in questo caso, della responsabilità del committente.

A questo generale impianto legislativo la nota del Ministro Sacconi acclude, relativamente al solo ambito degli appalti pubblici, l'art.118, co.6 del D.Lgs. n.163/06, secondo il quale *"L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto"*. Da ciò deriva il fatto che, nell'ambito dei contratti pubblici, sussiste un regime di responsabilità solidale nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore senza alcun tipo di vincolo temporale o quantitativo, mentre nei rapporti tra committente pubblico e appaltatore trova applicazione la disciplina generale.

Sempre con riguardo ai legami solidaristici che vincolano gli operatori di un contratto d'appalto il Dicastero del Welfare, in risposta ad alcuni quesiti²¹, chiarisce che le obbligazioni solidali sopra descritte sono da riferirsi ai soli trattamenti retributivi, contributivi e fiscali con conseguente esclusione di ogni forma di solidarietà per somme dovute ad altro titolo. Difatti, con riferimento alle sanzioni in generale e/o agli oneri accessori, la risposta precisa che *"non sembra possibile ricostruire un regime di solidarietà tra i componenti della filiera, se non nei casi espressamente previsti dal Legislatore (si pensi al regime di solidarietà nell'ambito delle sanzioni amministrative dettato dalla L. n.689/1981). Le somme dovute a titolo sanzionatorio sono inoltre escluse dalla ratio di garanzia del lavoratore che presiede alla disciplina in esame, là dove le sanzioni sono riconducibili, invece, ad un inadempimento nei confronti della P.A."* Ricadono invece, secondo il parere Ministeriale, nell'alveo della solidarietà prevista dalle norme sopra indicate le somme dovute a titolo d'interesse sui debiti previdenziali (o fiscali) e le somme dovute a titolo di sanzioni civili. La ragione di tali inclusioni è da ricercarsi – secondo il parere – nel fatto che queste somme sono in stretto rapporto con gli stessi debiti previdenziali o fiscali, e sono dirette a mantenere inalterato il valore reale di quanto dovuto alle Amministrazioni. Per le medesime ragioni, inoltre, anche le sanzioni

¹⁹ Art.1676 c.c.: *"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"*.

²⁰ Art.35, co.28, del D.L. n.223/06: *"L'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore"*.

²¹ Cfr. Ministero del lavoro, Interpello n.3/10.

civili²², aventi una natura risarcitoria, debbono farsi rientrare nell'ambito dell'obbligazione solidale fra le parti.

Un'ulteriore disposizione in materia di solidarietà è rinvenibile, infine, sempre all'interno del D.Lgs. n.276/03, e più in particolare nel 2° comma dell'art.32, il quale è intervenuto aggiungendo un ulteriore comma all'art.2112 c.c. in tema di cessione di ramo d'azienda. Esso prevede che *"nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art.29, comma 2"*. Tale solidarietà, successiva alla cessione del ramo d'azienda, è quella che investe in primo luogo l'imprenditore cedente che è divenuto appaltante. Sempre su questo particolare aspetto, si ritiene opportuno precisare che la solidarietà riguarda non solo i trattamenti retributivi e previdenziali dei dipendenti originariamente facenti parte del ramo d'azienda ceduto, ma anche quelli eventualmente assunti dopo l'operazione di cessione.

Verbalizzazione delle risultanze ispettive

Dopo aver così puntualmente delineato il quadro delle responsabilità che coinvolgono gli attori del contratto d'appalto, la Circolare n.5/11 indica, al personale ispettivo, gli adempimenti che esso dovrà operativamente svolgere al fine di dare concreta applicazione alla disciplina in materia di responsabilità solidale. Più precisamente il Ministero fa presente che gli organi di vigilanza (ivi compresi in questo caso quelli degli Istituti) qualora accertino inadempienze retributive e/o contributive sono tenuti a notificare i verbali di accertamento/contestazione tanto al debitore principale quanto agli altri obbligati in solido (committente, appaltatore ed eventuale subappaltatore). In tali verbali dovranno essere puntualmente esposte le motivazioni e gli elementi per la ricostruzione dell'addebito (nominativi, retribuzioni, ore/giornate di lavoro, ecc.), affinché gli obbligati in solido siano da un lato messi nella condizione di conoscere le ragioni della pretesa, e dall'altro siano in grado di attivare i necessari meccanismi di autotutela (es. bloccare il pagamento dei lavori al fine di far fronte agli obblighi omessi).

Lo stesso dicasi nel caso in cui vengano riscontrate inosservanze da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore dei lavoratori utilizzati nell'appalto. In tal caso il personale ispettivo (al riguardo si rammenta che la legittimazione attiva riguarda solo gli ispettori ministeriali) sarà tenuto a notificare il provvedimento di diffida accertativa a tutti i soggetti solidalmente responsabili.

Certificazione del contratto di appalto

Considerata, dunque, la complessità dei rapporti che scaturiscono dalla sottoscrizione di un contratto di appalto, il Ministro Sacconi suggerisce agli operatori il ricorso all'istituto della certificazione²³ che può essere utilizzato sia in sede di stipula del contratto che nelle

²² Cfr. Legge n.388/00, art.116, co.8 che afferma: *"I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti: a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge; b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al 30 per cento; la sanzione civile non può essere superiore al 60 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge."*

²³ Art.75, D.Lgs. n.276/03 – Finalità: *"Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo."*

fasi di attuazione del programma negoziale, anche ai fini della distinzione tra somministrazione ed appalto²⁴.

Al riguardo si rammenta che il **contratto certificato acquista “piena forza di legge”²⁵** e dispiega i propri effetti verso i terzi (organi di vigilanza ed enti previdenziali compresi) fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili.

Difatti l'utilizzo di tale forma di asseverazione svolta da parte degli organi preposti²⁶ dovrebbe consentire – nelle intenzioni del Legislatore - la riduzione dell'*alea* che circonda la stipula di questi contratti, con la conseguente deflazione del contenzioso amministrativo e giudiziario che attualmente caratterizza, in generale, la qualificazione dei contratti di lavoro. L'istituto della certificazione è stato introdotto nel nostro ordinamento proprio al fine di fornire maggiori certezze, rendendo in tal modo possibile alle parti contraenti (ma anche ai terzi) il corretto e puntuale inquadramento dell'alveo civile, amministrativo, previdenziale e fiscale nel quale essi si dovranno muovere una volta intrapreso il rapporto stesso.

Si tratta di un istituto che, invero, non ha avuto sino ad oggi un grande successo probabilmente a causa del fatto che non ne sono state comprese sino in fondo le relative potenzialità.

Con l'intento di rivitalizzarlo il Legislatore è più volte intervenuto²⁷ apportando modifiche ed integrazioni all'originario dettato normativo.

In proposito le recenti istruzioni ministeriali richiamano le indicazioni a suo tempo fornite al personale ispettivo per mezzo della Direttiva sui servizi ispettivi del Ministro Sacconi del 18/9/08 in base alle quali, con riferimento proprio alla materia degli appalti, si affermava che *“L'attività investigativa, peraltro, dovrà concentrarsi sui contratti che non sono stati oggetto di certificazione.”*

²⁴ Art.84, co.1, D.Lgs. n.276/03 - Interposizione illecita e appalto genuino: *“Le procedure di certificazione di cui al capo primo possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art.1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III del presente decreto legislativo.”*

²⁵ Cfr. art.5, lett. a), Legge n.30/03; art.79, D.Lgs. n.276/03.

²⁶ Art.76. - Organi di certificazione: *“Sono organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro le commissioni di certificazione istituite presso:*

a) 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;

b) le Direzioni provinciali del lavoro e le province, secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali entro sessanta giorni dalla entrata in vigore del presente decreto;

c) le università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate nell'albo di cui al co.2, esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'art.66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n.382;

c-bis) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro;

c-ter) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n.12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi.

1-bis. Nel solo caso di cui al co.1, lett.c-bis), le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

2. Per essere abilitate alla certificazione ai sensi del co.1, le università sono tenute a registrarsi presso un apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'istruzione, della università e della ricerca. Per ottenere la registrazione le università sono tenute a inviare, all'atto della registrazione e ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

3. Le commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione.

²⁷ Cfr. modifiche introdotte dal D.Lgs. n.251/04 e dalla Legge n.183/10.

Sotto il profilo della procedura da seguire per la certificazione dei contratti di appalto la recente nota ministeriale rinvia ai chiarimenti già a suo tempo forniti con la Circolare n.48/04, alla quale sono allegate le "Linee guida alla certificazione" ed in cui si evidenzia l'esigenza di esaminare attentamente i principali elementi del contratto: *"attività appaltata, durata presumibile del contratto, dettagli in ordine all'apporto dell'appaltatore ed in particolare precisazioni circa l'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio dedotto in contratto"*.

La Circolare n.5/11 segnala, infine, che con la modifica recentemente introdotta dal c.d. Collegato Lavoro²⁸, gli effetti dell'accertamento della Commissione certificatrice, in caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dall'inizio del contratto qualora l'attuazione dello stesso sia stato coerente con quanto appurato in sede di certificazione anche nel periodo antecedente l'attività istruttoria.

La sicurezza del lavoro negli appalti

La Circolare n.5/11 affronta da ultimo il fondamentale problema della salute e della sicurezza negli appalti.

In proposito la nota ministeriale esordisce rammentando che la sicurezza sul lavoro negli appalti è regolamentata dal D.Lgs. n.81/08 e dall'art.131 del D.Lgs. n.163/06, disposizioni che prevedono la necessità e l'obbligo di coordinamento e cooperazione tra committenti ed appaltatori per garantire la sicurezza "globale" dei lavoratori nella realizzazione delle opere e/o servizi oggetto di appalto.

La definizione puntuale delle misure di prevenzione e protezione deve avvenire tramite l'elaborazione del Documento Unico di Valutazione Rischi Interferenziali (DUVRI), che viene elaborato dal committente/datore di lavoro che è responsabile di fornire alle ditte presenti in cantiere tutte le informazioni relative ai rischi dell'opera in corso e le linee guida da adottare per garantire processi di lavoro sani e sicuri. La redazione del DUVRI, effettuata con la stessa logica del Piano di sicurezza e coordinamento (PSC) previsto per i cantieri temporanei e mobili, estende a tutti i settori di attività l'obiettivo di lasciare una traccia precisa e puntuale delle "attività prevenzionistiche" poste in essere da tutti i soggetti che, a qualunque titolo, interagiscono nell'appalto.

Facendo seguito a recenti deprecabili fatti di cronaca nei quali sono emerse gravi carenze nella gestione dei rischi da parte dei committenti e delle ditte appaltanti il Dicastero, inoltre, pone l'accento sull'alto livello di rischio che i lavoratori corrono in ambienti di lavoro sospetti di inquinamento e in ambienti confinati spesso provocati dalle seguenti cause:

- Assenza o quantomeno lacunosa valutazione dei rischi;
- Mancata adozione delle più elementari misure di prevenzione e protezione;
- Carente, se non addirittura assente, formazione e informazione del personale e di coordinamento tra il committente e i lavoratori della ditta appaltante impegnati nell'attività;
- Insufficiente e non efficiente gestione delle emergenze.

Di qui il richiamo, rivolto agli organi preposti, a vigilare sulla rigorosa attuazione degli strumenti giuridici esistenti ma anche a pianificare specifiche azioni di monitoraggio e controllo degli appalti di servizio aventi ad oggetto attività manutentive o di pulizia su aree confinate (silos, pozzi, cisterne, serbatoi, impianti di depurazione, cunicoli e gallerie, ecc.) attivate ad opera anche delle strutture centrali delle amministrazioni pubbliche competenti in materia, da regioni e dalle parti sociali. Il Ministero, poi, ribadisce la fondamentale importanza di obbligare le ditte impegnate in appalti in luoghi di lavoro soggetti a rischi

²⁸ Cfr. art.79, co.2, D.Lgs. n.276/03 come modificato dall'art.31, co 17, della Legge n.183/10.

particolari a certificare la loro idoneità tecnico-professionale. Nelle more dell'emanazione dello specifico DPR che definirà il sistema di qualificazione delle imprese, il Dicastero rammenta l'obbligo delle ditte appaltanti di procedere ad apposita autocertificazione. Infine la Circolare richiama i principi contenuti nell'art.26, co.4, D.Lgs. n.81/08 secondo cui il committente, l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori sono solidalmente responsabili per gli eventuali danni riportati dai lavoratori in conseguenza d'infortuni sul lavoro non indennizzati dall'INAIL. In proposito si rammenta, tuttavia, che le fattispecie indennizzabili sono:

- Gli infortuni che comportano un'inabilità inferiore alla soglia minima indennizzabile dall'Istituto;
- Il danno biologico «differenziale» calcolato secondo i criteri della responsabilità civile.

Viene così rafforzata la tutela economica dei lavoratori impiegati negli appalti i quali, diversamente, dovendosi rivalere solo sul suo diretto datore di lavoro, rischierebbero - nel caso di ditte piccole e poco strutturate - di non ricevere alcun indennizzo.

Il “badge” per i lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti

Sempre in tema di sicurezza (essendo la disciplina relativa contenuta nel TUSIC) il Ministro Sacconi rammenta agli operatori il rispetto delle norme in materia di cartellino di identificazione dei lavoratori coinvolti negli appalti. Difatti l'art.26, co.8, D.Lgs. n.81/08 e s.m.i., riprendendo la disposizione originariamente introdotta dall'art.36-bis, co.3 del D.L. n.223/06 (c.d. Decreto Bersani), estende a tutto il personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice svolto in qualunque settore di attività produttiva, anche se esercitata in forma autonoma (es. artigiani) l'obbligo di essere muniti di un'apposita tessera di riconoscimento (c.d. *badge*).

La finalità di questa disposizione è quella di rendere palese ed immediata la suddivisione, su un medesimo luogo di lavoro, tra i lavoratori appartenenti ai vari datori di lavoro anche per facilitare le operazioni di accertamento da parte del personale ispettivo.

Si fa presente che la norma prevede un duplice precetto: da un lato la necessità per il datore di lavoro di munire il personale occupato negli appalti della tessera di riconoscimento; dall'altro un corrispondente obbligo, in questo caso però a carico del singolo lavoratore che ivi svolge la propria attività, di portare indosso in chiara evidenza detta tessera di riconoscimento. Si rappresenta che l'obbligo in parola grava anche sui lavoratori autonomi (artigiani, soci, co.co.pro., ecc.), che operano negli stessi appalti.

A seguito delle ultime modifiche introdotte dall'art.5 della Legge n.136/10²⁹ (normativa antimafia) la tessera di riconoscimento deve riportare:

- ✓ la fotografia del lavoratore;
- ✓ le generalità del lavoratore;
- ✓ il nome del datore da cui lo stesso dipende;
- ✓ la data di assunzione;
- ✓ in caso di subappalto la data e gli estremi dell'autorizzazione (ovvero la data di richiesta di autorizzazione al subappalto rispetto alla quale si è formato il silenzio-assenso);
- ✓ per i lavoratori autonomi l'indicazione del committente.

Anche se la legge invero non lo indica esplicitamente, si ritiene tuttavia che questo obbligo gravi esclusivamente sul personale impiegato negli appalti cosiddetti “interni” alla sede produttiva del committente (e non anche agli appalti di opere o servizi che vengono eseguiti autonomamente e direttamente presso la sede dell'appaltatore/subappaltatore).

²⁹ Art.5, Legge n.136/10: “La tessera di riconoscimento di cui all'art.18, co.1, lett.u), del D.Lgs. 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'art.21, co.1, lett.c), del citato D.Lgs. n.81/08 deve contenere anche l'indicazione del committente.”

In caso di violazione delle relative norme, si applicheranno le sanzioni qui di seguito riepilogate.

Tessera di riconoscimento negli appalti e/o subappalti			
Rif. Normativo	Violazione	Sanzione	Diffidabilità (ex art.13, D.Lgs. n.124/04)
Sanzione per il datore di lavoro Art.26, co.8, D.Lgs. n.81/08 e s.m.i.,	Non aver munito, nell'ambito dei lavori svolti in regime di appalto e/o di subappalto, il personale occupato di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore, l'indicazione del datore di lavoro, la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione.	La sanzione amministrativa è prevista dall'art.55, co.5, lett. i) del D.Lgs. n.81/08 e s.m.i. nell'importo da €. 100,00 a €. 500,00 per ciascun lavoratore; Sanzione ridotta ai sensi dell'art.16 della Legge 689/1981, pari a €. 166,66.	Si
Sanzione per il lavoratore subordinato/ parasubordinato Art.20, co.3, D.Lgs. n.81/08 e s.m.i.,	Non aver esposto, nell'ambito dei lavori svolti in regime di appalto e/o subappalto, l'apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità, l'indicazione del datore di lavoro la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione	La sanzione amministrativa è prevista dall'art.59, lett. b) del D.Lgs. n.81/08 e smi, nell'importo da €. 50,00 a €. 300,00; Sanzione ridotta ai sensi dell'art.16 della Legge 689/1981, pari a €. 100,00.	Si
Sanzione per il lavoratore autonomo Art.21, co.1, lett.c), D.Lgs. n.81/08 e s.m.i.,	Non aver esposto, nell'ambito dei lavori svolti in regime di appalto e/o subappalto, la tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità e l'indicazione del committente.	La sanzione amministrativa è prevista dall'art.60, lett.b) del D.Lgs.n.81/08 nell'importo da €. 50,00 a €. 300,00; Sanzione ridotta ai sensi dell'art.16 della Legge 689/1981, pari a €. 100,00.	Si