

Appalto di servizi illecito se mancano autonomia e risultato

Autore: Graziotto Fulvio

In: Diritto amministrativo

In fattispecie di appalto in cui la prestazione richiede esclusivamente l'impiego di manodopera, il criterio dell'effettivo esercizio del **potere di organizzazione e di direzione**, da parte dell'appaltatore o del committente, assume valore decisivo al fine di valutare la genuinità o meno dell'**appalto**.

Nel contratto di appalto i lavoratori restano nella disponibilità della società appaltatrice, la quale ne cura la direzione ed il controllo; nella somministrazione è invece l'utilizzatore che dispone dei lavoratori, impartendo loro le direttive da eseguire, perché la causa tipica della **somministrazione di lavoro** è proprio l'integrazione del personale nell'organigramma del committente.

Il caso sentenza n. 1571/2018 Consiglio di Stato

Il caso riguardava un bando pubblicato da una ASL che aveva indetto una procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento di attività di supporto agli uffici della stazione appaltante.

Una società di **somministrazione del lavoro** impugnava gli atti di gara presso il competente TAR (Tribunale Amministrativo Regionale), sostenendo che «la procedura avviata dalla ASL era stata erroneamente impostata come un "appalto di servizi", ma che in realtà essa ha ad oggetto una somministrazione di personale - attività, quest'ultima, ex lege riservata alle Agenzie per il Lavoro iscritte nell'apposito Albo presso il Ministero del Lavoro».

Per la società che aveva proposto il ricorso, conseguenza di tale erronea impostazione era che «la partecipazione alla gara è stata consentita a tutte le imprese commerciali, a cui è vietata la somministrazione di personale pena la commissione di un illecito amministrativo (cfr. art. 40 del d.lgs. n. 81 del 2015); mentre è stata preclusa alle Agenzie per il Lavoro - e tra queste alla società appellante - a causa dei particolari requisiti d'accesso richiesti, incentrati sullo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara».

Ma il T.A.R. - dopo una verifica in ordine ai tratti distintivi tra l'appalto e la somministrazione di personale - giungeva alla conclusione che la fattispecie in esame era configurabile come un genuino appalto di servizi, e quindi respingeva il ricorso.

La società di somministrazione appellava la decisione del T.A.R., appello ritenuto fondato dal Consiglio di Stato.

La decisione

Anzitutto, il Collegio ricorda che «la natura dell'affidamento in oggetto va indagata in concreto, esaminando gli elementi che caratterizzano il singolo rapporto contrattuale e tenendo presenti i tratti distintivi che connotano in modo tipico il contratto d'appalto e valgono a differenziarlo dalla somministrazione di personale».

Tali elementi «consistono nell'assunzione da parte dell'appaltatore: a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta; b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa; c) del rischio di impresa».

Poi ricorda che «attraverso il **contratto di appalto** una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro - secondo lo schema dell'obbligazione di risultato; nel contratto di somministrazione, al contrario, l'agenzia invia in missione dei lavoratori, che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore - secondo lo schema dell'obbligazione di mezzi», precisando che «ulteriormente consegue che nel contratto di appalto i lavoratori restano nella disponibilità della società appaltatrice, la quale ne cura la direzione ed il controllo; nella somministrazione è invece l'utilizzatore che dispone dei lavoratori, impartendo loro le direttive da eseguire».

Il Consiglio di Stato ricorda poi che anche la «giurisprudenza della Corte di Cassazione è intervenuta a dettagliare in modo ancor più specifico gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come "appalto", ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi: a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro; b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente; c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività; e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore (Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3178)».

Dagli atti risulta che «le prestazioni richieste dalla ASL appellata sono identificate non già in "servizi", bensì in numero di ore di lavoro annue», così come «risulta sufficientemente chiaro che l'appaltatore non svolge alcun servizio "diverso" da una mera attività di ausilio collaborativo al personale dipendente della ASL.».

Per il Collegio, «Ricorre, dunque, la causa "tipica" della **somministrazione di lavoro**, il cui fine tipico è proprio l'"integrazione" del personale nell'organigramma del committente (cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796)».

Ricorda anche che «in ipotesi di affiancamento di personale, ciò che può rilevare come indice sintomatico

dell'appalto sono proprio le particolari modalità di coordinamento tra le imprese interessate, laddove concepite per escludere commistioni, interferenze o sovrapposizioni tra le due realtà organizzative; ovvero per rendere del tutto evidente, anche sul piano logistico, la separazione tra le due imprese e tra le rispettive fasi della produzione», e che «secondo costante giurisprudenza - il tratto qualificante della direzione tecnica ed organizzativa della prestazione da parte dell'appaltatore va verificato attraverso un accertamento operato in concreto, con riferimento all'oggetto e al contenuto intrinseco dell'appalto».

E siccome «la giurisprudenza ha chiarito che, laddove si verta in fattispecie di appalto in cui la prestazione richiede esclusivamente l'impiego di manodopera, il criterio dell'effettivo esercizio del potere di organizzazione e di direzione, da parte dell'appaltatore o del committente, assume valore decisivo al fine di valutare la genuinità o meno dell'appalto (Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796)», «la gara si appalesa illegittima sia nella parte in cui non omette di richiamare, quali requisiti di partecipazione, il possesso dell'Autorizzazione Ministeriale e la conseguente iscrizione all'Albo - tutte norme di garanzia applicabili esclusivamente alla "somministrazione di lavoro" e non invece ai contratti d'appalto di servizi - ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276 del 2003, dell'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015 e dell'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016; sia nella parte in cui prevede requisiti di ammissione inerenti lo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara (cfr. disciplinare pag. 2) - essendo questi propri delle imprese che svolgono appalti di servizi ma non anche delle agenzie di lavoro che, come la società appellante, operino esclusivamente nel campo della somministrazione di personale».

Per il Supremo Collegio, «l'appello è fondato e determina, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e il conseguente annullamento degli atti con esso gravati.»

Osservazioni

Il Collegio ha ricordato che «la natura dell'affidamento in oggetto va indagata in concreto, esaminando gli elementi che caratterizzano il singolo rapporto contrattuale e tenendo presenti i tratti distintivi che connotano in modo tipico il contratto d'appalto e valgono a differenziarlo dalla somministrazione di personale».

Tali elementi «consistono nell'**assunzione da parte dell'appaltatore**: a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta; b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa; c) del rischio di impresa».

In ipotesi di affiancamento di personale, ciò che può rilevare come indice sintomatico dell'appalto sono proprio le particolari modalità di coordinamento tra le imprese interessate.

Volume consigliato

Giurisprudenza rilevante.

Cass. 3178/2017

Cass. 7796/2017

Cass. 12357/2014

Cass. 5568/2014

Disposizioni rilevanti.

DECRETO LEGISLATIVO 10 settembre 2003, n. 276

Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro

Vigente al: 04-12-2018

Art. 4 - Agenzie per il lavoro

1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito un apposito albo delle agenzie per il lavoro ai fini dello svolgimento delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale. Il predetto albo è articolato in cinque sezioni:

- a) agenzie di somministrazione di lavoro abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20;
- b) agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h);
- c) agenzie di intermediazione;
- d) agenzie di ricerca e selezione del personale;
- e) agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.

2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rilascia entro sessanta giorni dalla richiesta e previo accertamento della sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari di cui all'articolo 5, l'autorizzazione provvisoria all'esercizio delle attività per le quali viene fatta richiesta di autorizzazione, provvedendo contestualmente alla iscrizione delle agenzie nel predetto albo. Decorsi due anni, entro i novanta giorni successivi, i soggetti autorizzati possono richiedere l'autorizzazione a tempo indeterminato. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rilascia l'autorizzazione a tempo indeterminato entro novanta giorni dalla richiesta, previa verifica del rispetto degli obblighi di legge e del contratto collettivo e, in ogni caso, subordinatamente al corretto andamento della attività svolta.

3. Nelle ipotesi di cui al comma 2, decorsi inutilmente i termini previsti, la domanda di autorizzazione provvisoria o a tempo indeterminato si intende accettata.

4. Le agenzie autorizzate comunicano alla autorità concedente, nonché alle regioni e alle province autonome competenti, gli spostamenti di sede, l'apertura delle filiali o succursali, la cessazione della attività ed hanno inoltre l'obbligo di fornire alla autorità concedente tutte le informazioni da questa richieste.

5. Il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con decreto da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, stabilisce le modalità della presentazione della richiesta di autorizzazione di cui al comma 2, i criteri per la verifica del corretto andamento della attività svolta cui è subordinato il rilascio della autorizzazione a tempo indeterminato, i criteri e le modalità di revoca della autorizzazione, nonché ogni altro profilo relativo alla organizzazione e alle modalità di funzionamento dell'albo delle agenzie per il lavoro.

6. L'iscrizione alla sezione dell'albo di cui alla lettera a), comma 1, comporta automaticamente l'iscrizione

della agenzia alle sezioni di cui alle lettere c), d) ed e) del predetto albo. L'iscrizione alla sezione dell'albo di cui al comma 1, lettera c), comporta automaticamente l'iscrizione della agenzia alle sezioni di cui alle lettere d) ed e) del predetto albo.

7. L'autorizzazione di cui al presente articolo non può essere oggetto di transazione commerciale.

Art. 20 - ARTICOLO ABROGATO DAL D.LGS. 15 GIUGNO 2015, N. 81

Art. 29 - Appalto

1. Ai fini della 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 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'impresa.

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. PERIODO SOPPRESSO DAL. D.L. 17 MARZO 2017, N. 25, CONVERTITO SENZA MODIFICAZIONI DALLA L. 20 APRILE 2017, N. 49. PERIODO SOPPRESSO DAL. D.L. 17 MARZO 2017, N. 25, CONVERTITO SENZA MODIFICAZIONI DALLA L. 20 APRILE 2017, N. 49. PERIODO SOPPRESSO DAL. D.L. 17 MARZO 2017, N. 25, CONVERTITO SENZA MODIFICAZIONI DALLA L. 20 APRILE 2017, N. 49. 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. (29)

3. 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.

3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, 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. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.

3-ter. Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale.

[Permalink al Testo Integrale](#)

DECRETO LEGISLATIVO 15 giugno 2015, n. 81

Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni

Vigente al: 04-12-2018

Art. 40 - Sanzioni

1. La violazione degli obblighi e dei divieti di cui agli articoli 33, comma 1, nonché, per il solo utilizzatore, di cui agli articoli 31 e 32 e, per il solo somministratore, di cui all'articolo 33, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250.

2. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, comma 1, e per il solo utilizzatore, di cui all'articolo 35, comma 3, secondo periodo, e 36, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 1.

<https://www.diritto.it/appalto-di-servizi-illecito-se-mancano-autonomia-e-risultato/>