

# NOVITA' IN TEMA DI APPALTI: RISCHI E CAUTELE

Avv. Massimo Dramis

»» 15 marzo 2024

# la nozione giuslavoristica di appalto

# La nozione “giuslavoristica” di appalto

Avv. Massimo Dramis

## Art. 1655 cod. civ.

«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 denaro».

VS

## Art. 29, co. 1, D.lgs. 276/2003

«(...) il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 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 e 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**».

# principali indici di differenziazione tra appalto genuino e appalto non genuino

# 1. L'organizzazione dei mezzi...

Avv. Massimo Dramis

In via generale l'organizzazione di mezzi presuppone la disponibilità dell'appaltatore di:

- ▶ capitali
- ▶ attrezzature
- ▶ persone

...che può anche risultare dal potere organizzativo e direttivo

---

Avv. Massimo Dramis

Perché si abbia appalto lecito, dunque, occorre che l'intervento direttamente dispositivo e di controllo del committente si espliciti, secondo i diritti di **verifica e coordinamento** garantitigli, **sull'attività e non sulle persone** dell'appaltatore **(Cass. n. 12664/2003, Trib. Milano 31.10.2006, n. 4110)**

### L'appaltatore:

- ▶ impiega una propria organizzazione di mezzi
- ▶ assume i rischi della realizzazione dell'opera o del servizio pattuito
- ▶ è in possesso di un comprovato livello di specializzazione e professionalità

## Nozioni

**Appalto:** l'appaltatore fornisce un servizio/prodotto da realizzare con propria organizzazione di uomini e mezzi assumendosi il rischio di impresa (**facere**)

**Somministrazione:** il somministratore fornisce forza lavoro da lui assunta affinché l'utilizzatore la utilizzi secondo le proprie necessità e adattandola al proprio sistema organizzativo (**dare**)

La differenza sta nell'**esercizio del potere organizzativo e direttivo** e nell'**assunzione del rischio d'impresa**



## Indici di genuinità

### Sostanziali:

- l'appaltatore svolge la propria attività imprenditoriale in maniera evidente e comprovata
- l'appaltatore ha già un'attività imprenditoriale abituale (possibilmente nell'ambito dell'oggetto dell'appalto)
- l'appaltatore non è monocommittente
- sono garantiti i minimi retributivi di settore

### Formali:

- iscrizione CCIAA
- LUL
- DURC regolare
- Certificazione del contratto di appalto

# le conseguenze dell'appalto lecito: la responsabilità solidale

Secondo l'**art. 1676 cod. civ.**:

- ▶ possono proporre la domanda **solo i lavoratori subordinati dell'appaltatore**
- ▶ **limitazione all'importo ancora dovuto all'appaltatore dal committente**
- ▶ **assenza di termini di decadenza**

Secondo l'**art. 29 D.lgs. 276/2003**:

- ▶ **possono proporre l'azione anche i lavoratori subordinati del subappaltatore**
- ▶ **assenza di limiti massimi all'obbligazione**
- ▶ **riferimento al periodo di esecuzione del contratto di appalto**
- ▶ **solo obbligazioni retributive e contributive**
- ▶ **decadenza biennale dalla cessazione dell'appalto**

# le conseguenze dell'appalto illecito

# 1. Costituzione del rapporto in capo al committente

---

Avv. Massimo Dramis

## **Art. 29, comma 3-bis, D. lgs. 276/2003**

In caso di appalto non genuino lavoratore può chiedere al Giudice, convenendo in giudizio anche soltanto il committente la costituzione di un rapporto di lavoro alle sue dipendenze.

## 2. Sanzioni amministrative

Avv. Massimo Dramis

- **Somministrazione illecita:** ammenda di € 50,00 per ogni lavoratore (il tutto moltiplicato) per ogni giorno di lavoro irregolare (**art. 18, comma 5-bis, D.lgs. 276/2003**)
- **Somministrazione fraudolenta:** abrogata dall'art. 55, co. 1, D.Lgs. n. 81/2015 e reintrodotta con l'art. **38-bis D.lgs. 81/2015** dal c.d. «Decreto Dignità» n. 87/2018 convertito nella L. 96/2018: ammenda di € 20,00 per ogni lavoratore (il tutto moltiplicato) per ogni giorno di lavoro irregolare + cessazione del comportamento illegittimo e assunzione dei lavoratori

# 3. Nuove sanzioni amministrative (e penali)

Avv. Massimo Dramis

Le sanzioni amministrative e penali previste dal D.lgs. n. 276/2003 sono state modificate dal **D.L. 2 marzo 2024, n. 19** (non ancora convertito in legge):

- **Somministrazione illecita: arresto fino a un mese** e ammenda di € **60,00** per ogni lavoratore (il tutto moltiplicato) per ogni giorno di lavoro irregolare (**art. 18, comma 5-bis**)
- **Somministrazione fraudolenta: arresto fino a 3 mesi** e ammenda di € **100,00** per ogni lavoratore (il tutto moltiplicato) per ogni giorno di lavoro irregolare (**art. 18, comma 5-ter**)
- Aumento del 20% degli importi delle sanzioni nel caso in cui il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni penali per i medesimi illeciti nei 3 anni precedenti (**art. 18, comma 5-quater**)
- Limitazione alle sanzioni pecuniarie, che non possono comunque essere inferiori a € 5.000 né superiori a € 50.000 (**art. 18, comma 5-quinques**)



# 4. Sanzioni penali (in caso di natura fraudolenta)

Avv. Massimo Dramis

## Reato permanente di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (**art. 603-bis cod. pen.**)

### Fattispecie sanzionate:

- 1) reclutamento della manodopera per destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori (**appaltatore**)
- 2) utilizzo, assunzione o comunque impiego di manodopera, anche per il tramite dell'intermediazione di cui al punto 1), sfruttando i lavoratori e approfittando del loro stato di bisogno (**committente**).

### Pene previste:

- reclusione da 1 a 6 anni + multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore
- se fatti commessi con violenza o minacce: reclusione da 5 a 8 anni + multa da 1.000 a 2.000 € per ciascun lavoratore

L'**art. 29, comma 10, D.L. n. 19/2024** prevede altresì che nell'ambito degli appalti per la realizzazione dei lavori edili, prima di procedere al saldo finale, il committente deve verificare la *«congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva»*.

In caso di versamento del saldo senza che la verifica abbia avuto esito positivo, per gli appalti di valore complessivo pari o superiore a 500.000 Euro, il committente è tenuto al pagamento della sanzione amministrativa da 1.000 a 5.000 Euro.

# recenti orientamenti giurisprudenziali

## IL CASO

I dipendenti e soci lavoratori di un'appaltatrice (cooperativa) svolgevano servizi di logistica nel magazzino della committente con riferimento ad attività di ricevimento merce, stoccaggio e preparazione delle merci per la consegna.

Le istruzioni sulle operazioni da compiere veniva fornite attraverso terminali mobili sui quali era installato un software gestionale di proprietà della committente.

I lavoratori a propria volta registravano su detti dispositivi tutte le operazioni svolte in maniera individuale.

## GLI ARGOMENTI

- ▶ **l'organizzazione del lavoro era del tutto automatizzata**
- ▶ **il gestionale attraverso il quale si realizzava tale automazione era nella disponibilità esclusiva del committente**
- ▶ **eliminando i responsabili della cooperativa, il lavoro dei dipendenti poteva svolgersi egualmente, essendo il software che decideva *«chi deve fare cosa, quando e dove la deve fare»*, mentre la cooperativa *«svolge[va] una funzione di controllo non dissimile da quella che può svolgere un capo reparto, priva di discrezionalità, essendo i ritmi e le modalità di lavoro dettati dalla committente»*.**

## LE CONCLUSIONI

Il Tribunale ha ritenuto che ricorresse una forma di interposizione illecita di manodopera perché il personale della cooperativa era eterodiretto dalla committente attraverso il gestionale: *«Un concetto di subordinazione che si imperni sulla **nozione di eterodirezione** del lavoro **deve** inevitabilmente **tenere conto dell'evoluzione tecnologica**, che ha reso in molti settori obsoleta la relazione da superiore a subordinato, rimettendo alle macchine di guidare il processo produttivo. Ciò a maggior ragione nei settori definiti "labour intensive", dove i soggetti appaltatori non dispongono di propri beni strumentali, o ne dispongono in una misura irrilevante».*

Precedente conforme: **Trib. Padova, 16.0./2019, n. 550**

## IL CASO

I dipendenti e soci lavoratori di una subappaltatrice (cooperativa) svolgevano servizi di ricevimento, stoccaggio e preparazione dei prodotti secchi nel magazzino della committente.

Tramite un gestionale di proprietà della committente venivano indicati ai lavoratori i quantitativi di merce da lavorare giornalmente e le sequenze delle operazioni da seguire nell'arco della giornata lavorativa.

## GLI ARGOMENTI

- ▶ per verificare se un appalto è genuino vanno verificate le **effettive condizioni dell'organizzazione aziendale e l'identità del soggetto a cui imputare tale organizzazione**
- ▶ nella specie, tramite il gestionale, la committente dava disposizioni operative al singolo lavoratore: quindi, il gestionale non era un mero strumento di lavoro, ma una **modalità di esercizio del potere direttivo** in cui alla persona fisica del preposto era sostituito il gestionale
- ▶ **i responsabili della cooperativa non erano i veri organizzatori dell'attività** ma recapitano gli ordini della committente senza incidere sull'individuazione delle attività, le sue modalità di effettuazione ed i tempi di lavorazione e individuano il numero di lavoratori adeguato al tipo di lavoro giornaliero.



# I recenti casi di cronaca giudiziaria

Avv. Massimo Dramis

In caso di appalto fraudolento il relativo contratto è nullo e, pertanto, vi è il rischio:

- ▶ che siano configurabili i reati di cui all'**art. 2, D.lgs. n. 74/2000 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti inesistenti)** e all'**art. 8, D.lgs. n. 74/2000 (Emissione di fatture o altri documenti inesistenti)**, in quanto riferite a servizi inesistenti;
- ▶ di **ripresa fiscale sull'IVA** detratta in assenza dei presupposti (acquisto di servizi inesistenti)
- ▶ di **sanzioni fiscali** (fino al 270% delle imposte evase)
- ▶ di **omissioni contributive** tramite l'erosione della base imponibile (salari esigui, straordinari non pagati, voci anomale a cedolino)
- ▶ di una **responsabilità degli amministratori ex art. 25-quinquiesdecies D.lgs. n. 231/2001**

# recenti novità legislative

Il 2.03.2024 è stato pubblicato in G.U. il **D.L. n. 19/2024** - Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) il quale, all'art. 29 (Disposizioni in materia di prevenzione contrasto al lavoro irregolare), ha modificato l'art. 29 del D.lgs. n. 276/2003.

▼ inserimento del comma 1-*bis* all'art. 29, D.lgs. n. 276/2003: «*Al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nell'eventuale subappalto è corrisposto un **trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto***»

➤ inserimento di un **ulteriore paragrafo al comma 2 dell'art. 29, D.lgs. n. 276/2003:**

l'obbligazione solidale viene estesa anche ai casi di:

- ➔ somministrazione irregolare
- ➔ appalto non genuino
- ➔ distacco privo dei requisiti di legge

# possibili cautele

- Limitare o escludere il subappalto
- Fare attenzione ai criteri selettivi dell'appaltatore, verificando:
  - posizione sul mercato e solvibilità dell'appaltatore
  - CCNL applicato al personale dell'appaltatore (rispondenza art. 36 Cost.)
- Richiedere documentazione idonea:
  - DURC
  - DURF
  - UNIEMENS
  - ultime buste paga del personale che verrà addetto all'appalto
  - F24 e ricevute di versamento
  - Unilav
  - Versamento premi INAIL

- In caso di appalto endoaziendale, porre attenzione agli aspetti sulla sicurezza (DUVRI, DURC, cooperazione e coordinamento, agevole individuazione del personale terzo, utilizzo esclusivo dei mezzi, costi della sicurezza)
  
- Prevedere garanzie contrattuali:
  - fideiussioni
  - manleve
  - clausole di compensazione / ritenzione del corrispettivo



- Fare attenzione ai criteri selettivi dell'appaltatore, verificando:
  - posizione sul mercato dell'appaltatore
  - struttura dell'appaltatore
  - autonomia organizzativa dell'appaltatore
  - titolarità dei mezzi di produzione
  
- Fare attenzione alle modalità di gestione del contratto, tramite:
  - corretta individuazione dell'oggetto del contratto
  - corretta modalità di determinazione del corrispettivo
  - eliminazione di situazioni di commistione nelle attività
  - separazione del personale diretto rispetto al personale terzo
  - nomina di referenti (interfaccia)
  
- Verificare le modalità di interazione con la piattaforma informatica

# Questionario di autovalutazione

Avv. Massimo Dramis

## Che cos'è?

- Un test di autovalutazione del rischio di appalto
- Uno strumento digitale per avere consapevolezza del proprio status e dei potenziali rischi

## Cosa fa?

- Analizza i fattori di rischio, quantitativi e qualitativi
- Valuta l'esposizione globale al rischio
- Fornisce una valutazione oggettiva e trasparente

## Come lo fa?

- Analizza le risposte ad una lista di domande specifiche relative alle caratteristiche di un appalto
- Analizza le risposte inerenti ad un rapporto con appaltatore per volta
- Pondera le risposte individuando il livello di rischio complessivo personalizzato per ciascun appalto

Il questionario sarà reso disponibile tramite *mailing* dedicato



Ius Laboris Italy Global HR Lawyers

# Toffoletto De Luca Tamajo

## ▼ Milano

Via Rovello, 12  
Milano - 20121  
Tel. (+39) 02 721441  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Napoli

Viale Antonio Gramsci, 14  
Napoli - 80122  
Tel. (+39) 081 684771  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Roma

Via della Conciliazione, 10  
Roma - 00193  
Tel (+39) 06 45239300  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Bergamo

Via XX Settembre, 18/b  
Bergamo - 24122  
Tel. (+39) 02 721441  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Brescia

Via Aldo Moro, 13  
Brescia - 25124  
Tel. (+39) 030 3772848  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Bologna

Piazza de' Calderini, 3  
Bologna - 40124  
Tel. (+39) 051 27661  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Genova

Distacco di Piazza Marsala, 3/8  
Genova - 16122  
Tel. (+39) 010 9846314  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Varese

Via Bernascone, 16A  
Varese - 21100  
Tel. (+39) 02 721441  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Bari

via Abate Giacinto Gimma, 93  
Bari - 70122  
Tel. (+39) 080 2241400  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Torino

via Alfieri, 19  
Torino - 10121  
Tel. (+39) 011 5618165  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Venezia

Via delle Industrie, 19d  
VEGA Parco Scientifico – Tecnologico  
Venezia - 30175  
Tel. (+39) 041 2030020  
Fax (+39) 02 72144500

## ▼ Treviso

Via Galileo Galilei, 2  
Silea (TV) - 31057  
Tel. (+39) 041 2030020  
Fax (+39) 02 72144500

*La presentazione ha solo uno scopo formativo e didattico e non rappresenta un parere legale.  
Lo Studio nega ogni responsabilità per l'uso che dovesse esserne fatto senza coinvolgimento dei propri Soci.*

**North America:** Canada - Mexico

**South America:** Argentina - Brazil - Chile - Colombia - Peru - Venezuela

**Western Europe:** Austria - Belgium - Cyprus - Denmark - Finland - France - Germany - Greece - Ireland - Italy - Luxembourg - Malta - Netherlands - Norway - Portugal - Spain - Sweden - Switzerland - United Kingdom

**Eastern Europe:** Belarus - Bulgaria - Croatia - Czech Republic - Estonia - Hungary - Latvia - Lithuania - Malta - Poland - Romania - Serbia - Slovakia - Slovenia - Ukraine

**Middle East & Asia Pacific:** Australia - Bahrain - China - Hong Kong - India - Israel - Japan - Kazakhstan - New Zealand - Papua New Guinea - Saudi Arabia - Singapore - South Korea - Thailand - Turkey - United Arab Emirates