



## ARTICOLI

---

ARTICOLO

Rapporto di lavoro

# Genuinità dell'appalto: il punto dopo la Sentenza del Consiglio di Stato

lunedì, 16 aprile 2018

*Il Consiglio di Stato, con Sentenza n. 1571/2018 offre indicazioni per definire gli elementi distintivi del contratto di somministrazione di lavoro e, conseguentemente, ad agevolare il riconoscimento dell'interposizione illecita di manodopera, nelle molteplici forme che quest'ultima assume nei casi concreti, tra cui nel settore degli appalti pubblici.*

di: **Bellini Gesuele**

La Sentenza del Consiglio di Stato n. 1571 del 12 marzo 2018, mutuando precedenti indirizzi forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza sviluppatasi soprattutto in ambito giuslavoristico, offre indicazioni e spunti interessanti per contribuire a definire gli elementi distintivi del contratto di somministrazione di lavoro e, conseguentemente, ad agevolare il riconoscimento dell'interposizione illecita di manodopera, nelle molteplici forme che quest'ultima assume nei casi concreti, tra cui nel settore degli appalti pubblici. Secondo quanto ha statuito la terza sezione l'Alto Consesso con la decisione in premessa, un appalto di servizi non può prevedere la semplice messa a disposizione di un pacchetto di ore di lavoro in favore di un terzo, rese da addetti coordinati dal soggetto che riceve la prestazione in quanto tale operazione configura una somministrazione di personale realizzabile solo dalle agenzie per il lavoro autorizzate a tale scopo dal ministero del Lavoro. Prima però di affrontare il caso specifico appare utile ripercorrere a grandi linee i tratti distintivi tra appalto e somministrazione di lavoro.

### Differenza giuridica tra appalto e somministrazione di lavoro

La definizione dell'istituto dell'appalto è contenuta all'art. 1655 c.c. nel quale si stabilisce che "per appalto s'intende il contratto con il quale una parte (appaltatore) assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, a favore di un altro soggetto (committente). Il sub appalto è un contratto con il quale l'appaltatore cede ad un terzo (cd. sub appaltatore), necessariamente previa autorizzazione del committente, l'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto". Gli elementi del contratto d'appalto si riassumono dunque in tre specifiche caratteristiche: l'organizzazione dei fattori produttivi in capo all'appaltatore, il potere organizzativo e direttivo e il rischio d'impresa. Riguardo il primo punto, s'impone in capo all'appaltatore il disporre e coordinare una complessa organizzazione dei fattori produttivi intendersi non solo quelli materiali, ma tutti, compresi gli immateriali necessari per l'esecuzione dell'opera o servizio, dei quali non deve necessariamente avere la proprietà. L'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, al riguardo, chiarisce che l'organizzazione dei mezzi del servizio dedotto in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto e per l'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa. In merito al fattore organizzativo l'azienda committente deve indicare in modo chiaro e puntuale alla direzione dell'appaltatore tutte le direttive e specifiche circa lo svolgimento dell'attività oggetto del contratto, il quale si occuperà delle operazioni d'ingresso del proprio personale presso la committente, verificando direttamente le modalità di esecuzione delle attività e i risultati in modo da poter intervenire tempestivamente all'occorrenza, svolgendo direttamente e personalmente l'attività di controllo. Infine, in merito al rischio, esso rappresenta un indice immancabile per la legittimità dell'appalto, che non deve essere direttamente in carico al committente, lasciando comunque all'appaltatore un'ampia autonomia rispetto alle ingerenze della società committente, privilegiando le scelte organizzative interne adeguate per il raggiungimento del risultato oggetto del contratto. Il lavoro di somministrazione è un contratto in base al quale l'impresa (utilizzatrice) può richiedere manodopera ad agenzie autorizzate (somministratori) iscritte in un apposito Albo tenuto

presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali. La somministrazione di lavoro coinvolge tre soggetti (agenzie, lavoratori, impresa), legati da due diverse forme contrattuali: il contratto di somministrazione stipulato tra utilizzatore e somministratore che ha natura commerciale e può essere a tempo determinato o a tempo indeterminato e il contratto di lavoro stipulato tra somministratore e lavoratore che può essere a tempo determinato o a tempo indeterminato. In pratica, si tratta di un rapporto triangolare considerata l'esistenza dei legami tra l'azienda che assume il lavoratore, l'azienda che lo utilizza effettivamente, e le due aziende tra loro. Le imprese di somministrazione per poter svolgere la loro attività devono essere autorizzate dal Ministero del Lavoro, possedere dei requisiti fissati dalla legge, ed essere iscritte nell'elenco, tenuto a cura del Ministero stesso. Il lavoratore gode di tutte le tutele previste dal diritto del lavoro e dalla contrattazione collettiva per il rapporto con l'impresa somministratrice, che regolarmente è tenuta al pagamento delle retribuzioni e istituti indiretti mentre i poteri organizzativo e direttivo restano di competenza dell'impresa utilizzatrice. La forma del contratto è rigorosamente scritta *ad substantiam* con contenuto minimo obbligatorio e l'utilizzatore deve farsi carico degli obblighi retributivi e contributivi a favore del lavoratore ove il somministratore non adempia. Il contratto tra l'azienda somministratrice e quella utilizzatrice può prevedere un rapporto a tempo indeterminato, determinato o una successione di contratti a tempo determinato. Tra gli elementi qualificanti il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore va indicato che il lavoratore temporaneo è a tutti gli effetti un lavoratore subordinato con applicazione dell'art. 2094 e ss. c.c., mentre tra quelli qualificanti il rapporto tra impresa utilizzatrice e lavoratore sono annoverati il potere direttivo in capo all'utilizzatore e lo svolgimento congiunto con l'azienda somministratrice dei servizi di protezione e sicurezza, con attività primaria di quest'ultima e secondaria da parte della azienda utilizzatrice.

### **Il caso**

La vicenda ha visto coinvolta un'Azienda Sanitaria Locale, la quale aveva predisposto un bando di gara per l'affidamento a terzi tramite un contratto di appalto con l'obiettivo di svolgere alcune attività di supporto ai propri uffici, in particolare, supporto giuridico, amministrativo, tecnico e contabile, gestione dei servizi centrali, distrettuali e ospedalieri, archiviazione, data entry e front office, attività di segreteria. Un'agenzia di somministrazione di manodopera ha impugnato il bando, sostenendo che le attività messe a gara non potevano essere configurate come un appalto di servizi, ma si concretizzavano in una somministrazione di personale. Nel giudizio davanti al TAR, il ricorso dell'agenzia è stato rigettato ma poi il Consiglio di Stato rovesciando la pronuncia del giudice di primo grado lo ha accolto ricordando i criteri definiti dalla Corte di Cassazione (*ex plurimis*, Cass. n. 3178/2017) per individuare gli appalti illeciti. In particolare, secondo i giudici, tra i criteri sintomatici di una somministrazione di personale rientrano taluni elementi quali la richiesta di un certo numero di ore di lavoro, l'inserimento stabile del personale nel ciclo produttivo del committente, l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore e dai dipendenti del committente, la proprietà del committente delle attrezzature necessarie per l'attività e l'organizzazione da parte del committente dei dipendenti dell'appaltatore. I predetti elementi, secondo il Consiglio di Stato, sono presenti nel bando oggetto della controversia. L'azienda sanitaria, difatti, aveva previsto di acquistare un numero di ore di lavoro annue per integrare il personale interno, in modo da garantire il regolare svolgimento delle proprie attività. Tale impostazione sfugge, secondo i giudici, alla logica tipica dell'appalto di servizi, nel quale l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse a un preciso risultato, finalizzate alla realizzazione di un'opera dotata di consistenza autonoma. Nel bando, inoltre, non risultava nemmeno essere previsto che l'appaltatore metta a disposizione mezzi e attrezzature, infatti i lavoratori gestiti dall'appaltatore devono utilizzare mezzi e attrezzature appartenenti all'azienda sanitaria, quali computer, fotocopiatrici, cancelleria, ecc., prestando la propria attività presso la sede della stessa. Inoltre, non è stata rilevata la presenza di opportune indicazioni finalizzate a scongiurare l'interferenza e la commistione tra i dipendenti di committente e appaltatore, e l'assenza di confini certi nelle rispettive fasi di produzione. Invero, la presenza di generiche clausole del capitolato secondo le quali i servizi sono da svolgersi con esclusiva organizzazione, responsabilità e rischio della ditta aggiudicataria vengono considerate ininfluenti, a fronte dell'assenza di elementi concreti in grado di confermare l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore. Per il Consiglio di Stato, manca, infine, il rischio di impresa, considerato che non risultano in capo all'aggiudicatario i costi per l'acquisto e l'organizzazione dei mezzi così come non si dimostra un apporto di capitale e di beni immateriali.

### **Indici sintomatici di non genuinità dell'appalto**

I giudici di Palazzo Spada, in sostanza, nella pronuncia in commento hanno specificato la differenza tra appalto di servizi e somministrazione di lavoro, delineando gli indici sintomatici della non

genuinità di un contratto qualificato dalle parti come appalto ma che, in realtà, nasconde una vera e propria somministrazione di manodopera. La decisione preliminarmente evidenzia il disposto di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, in tema di organizzazione di mezzi necessari e l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore, secondo cui il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., 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. In riferimento a questa distinzione la giurisprudenza già immediatamente dopo l'entrata in vigore della disciplina del 2003 (Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2003, n. 2583) in relazione alla distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi, prescritta appunto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, aveva affermato che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge. Dunque, quello che era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, in presenza delle predette condizioni, diventa somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori delle ipotesi previste dalla nuova legge. Con particolare riferimento all'assunzione del rischio d'impresa, si è ritenuto opportuno precisare che l'organizzazione dei mezzi necessari può essere individuata semplicemente nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché attraverso la verifica del carattere d'imprenditorialità. In tempi più recenti altra giurisprudenza (Cass., Sent. n. 3178/2017, richiamata nella sentenza del C.d.S n. 1571/2018 in argomento) ha ulteriormente messo in luce gli indici sintomatici della non genuinità di un appalto dissimulante una mera somministrazione di personale, tra cui la domanda di ore lavorative da parte del committente, la proprietà in capo a quest'ultimo dell'attrezzatura necessaria all'esecuzione dell'attività, l'utilizzo stabile del personale e l'organizzazione della loro prestazione. Le difficoltà interpretative sono sorte affrontando i cosiddetti casi limite, ricorrenti negli ultimi tempi, con il sorgere di nuove professionalità (new economy) e di nuovi assetti organizzativi aziendali, ove si registra una crescente tendenza alla smaterializzazione soprattutto nell'ambito dell'appalto di servizi dove l'impiego di macchine ed attrezzature risulta accessorio, marginale, oppure anche quando, nell'ambito dei lavori assegnati, il conferimento di mezzi, ossia di macchine ed attrezzature avvenga ad opera dell'imprenditore appaltante. In questi casi era possibile incorrere in errate interpretazioni circa la regolarità dei rapporti.

### **Elementi idonei a ricondurre la fattispecie a somministrazione di personale**

In base alla decisione del Consiglio di Stato nella Sent. n. 1571/2018, la distinzione primaria tra le due figure contrattuali, contratto di appalto e somministrazione di manodopera, sta nel fatto che la prima (contratto di appalto) ha ad oggetto un'obbligazione di risultato, con cui l'appaltatore assume, con una propria organizzazione, il compito di far conseguire al committente il risultato promesso, mentre la seconda (somministrazione di lavoro) sottende una tipica obbligazione di mezzi, attraverso la quale l'Agenzia per il Lavoro si limita a fornire prestazioni lavorative organizzate e finalizzate dal committente. Ragion per cui, qualora l'oggetto esclusivo della procedura è la mera prestazione lavorativa, non si può parlare di prestazione di servizi ma di sola somministrazione di personale. Per l'Alto Consesso, gli elementi attestanti il carattere fittizio dell'appalto e decisivi per ricondurre la fattispecie a una mera somministrazione di personale sono stati i seguenti:

- richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;
- inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;
- mancata identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;
- proprietà, in capo al committente, delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- organizzazione, da parte del committente, delle attività dei dipendenti dell'appaltatore.

Si tratta, in parole povere, di indici attestanti il carattere fittizio dell'appalto. Tale principi vanno evidenziati, con particolare attenzione, soprattutto nel caso di appalto endo-aziendale, caratterizzata dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente. In tema di prestazioni richieste dal committente che sono da identificare in dei servizi appare controverso l'utilizzo di personale interno al quale quantifica l'attività in numero di ore di lavoro annue, dimostrando così che il committente mira sostanzialmente ad integrare il proprio personale interno, in modo da garantire il regolare svolgimento delle proprie attività. Un ulteriore elemento che a poco a poco fa con l'appalto ha riguardato il contenuto del contratto, le cui attività appaltate non erano qualificabili come

un'autonoma attività imprenditoriale, limitandosi semmai a singole collaborazioni in sostituzione di personale ma avevano oggetto intere linee di attività. Nel caso concreto, le prestazioni appaltate erano pienamente integrate nel ciclo di produzione degli uffici aziendali e presentavano un contenuto omogeneo a quello delle attività svolte dal personale stabilmente inserito nella pianta organica della società committente. A quanto detto vanno aggiunte la carenza di misure atte a scongiurare l'interferenza e la commistione tra i lavoratori, unitamente all'assenza di linee di cesura in grado di differenziare autonome fasi di produzione, fornisce ulteriore conferma della natura fittizia dell'appalto nonché la carenza di un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune tale da far emergere un apporto qualitativo specifico riconducibile all'appalto di servizio. Ancora, altro elemento determinante è la presenza del potere direttivo verso i lavoratori in capo al committente e non all'appaltatore. Invero, i lavoratori impiegati nell'appalto devono seguire gli ordini impartiti da quest'ultimo mentre il primo non dovrà ingerirsi nell'operato dei responsabili organizzativi dell'appaltatore. Infine, per la genuinità dell'appalto deve essere chiaro e valutabile il rischio di impresa in capo alla ditta appaltatrice tramite talune caratteristiche concretamente riscontabili, tra cui la presenza di investimenti a carico dell'appaltatore, il quale si fa carico dei costi per l'acquisto e l'organizzazione dei mezzi strumentali alla esecuzione della prestazione richiesta, la dimostrazione di un apporto di capitale o beni immateriali in concreto forniti dall'appaltatore, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto e il compenso richiesto imputato al servizio offerto e non alle ore di lavoro prestate. Riassumendo, il Consiglio di Stato con la decisione in commento da ribadito importanti principi in materia, disconoscendo un'attività illegittimamente esercitata da talune cooperative in quanto riservata *ex lege* alle Agenzie del lavoro iscritte nell'apposito Albo presso il Ministero del lavoro. In sintesi, i giudici di palazzo Spada hanno definitivamente sancito come comportamenti illegittimi quelli sino ad oggi tenuti da aziende sanitarie e ospedaliere che, attraverso appalti di natura fittizia, hanno goduto di somministrazione di personale a soggetti diversi dalle anzidette Agenzie, concretizzando illeciti amministrativi. Ciò in quanto, e da qui il carattere fittizio dell'appalto, è apparso fin troppo chiaro al Giudice che le prestazioni richieste delle aziende interessate non erano affatto ricollegabili a servizi in senso proprio, da prestarsi presso le diverse strutture aziendali, bensì a prestazioni fondatamente lavoristiche.



Consulenza.it è di proprietà di Gruppo Buffetti S.p.A. - tutti i diritti sono riservati  
Direttore Responsabile: Emidio Lenzi

consulenza@buffetti.it - 06 23 19 150

Gruppo Buffetti S.p.A. con unico azionista - Via Filippo Caruso 23 - 00173 ROMA  
P.IVA 04533641009 - C. Fiscale 00248370546 - Iscrizione Registro Imprese REA 776017  
Capitale Sociale: € 10.000.000,00 i.v. - Registro A.E.E. n. IT08020000003689

(<https://www.linkedin.com/company/11036796/>)

([https://www.youtube.com/channel/UCwe\\_De\\_zEBsSB-3HE854Fjw](https://www.youtube.com/channel/UCwe_De_zEBsSB-3HE854Fjw))

(/RSS/Index)

Privacy Policy

(<https://bdblbackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/Privacy%20Cor>

Termini di Servizio

([https://bdblbackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/termini%20di%20servizio\\_21-11-18.pdf](https://bdblbackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/termini%20di%20servizio_21-11-18.pdf))

Cookie Policy

([https://bdblbackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/cookie\\_consulenza.pdf](https://bdblbackofficestorage.blob.core.windows.net/siteassets/files/cookie_consulenza.pdf))

Credits

(<http://www.directio.it>)

