

L'APPALTO

Decreto Legislativo 276/2003

Avv. Carlo RUSSO Foro di Torino

Ritengo di aprire il tema che mi è stato affidato, ovvero quello sugli appalti, facendo un riferimento necessario a quella che era la vecchia normativa in materia di appalti, per poi evidenziare le differenze con la nuova disciplina prevista all'art. 29 del D. Lgs n. 276/2003.

La Legge 1369/1960, emanata in un'epoca storica in cui non esistevano le garanzie dello Statuto dei lavoratori, vietava per qualsiasi tipo d'attività, l'affidamento di esecuzione di mere prestazioni mediante l'utilizzo di mano d'opera che era assunta e retribuita dall'appaltatore, ma che seguiva le direttive dell'appaltante.

L'imprenditore poteva affidare a terzi mediante un contratto d'appalto ex art. 1655 c.c. la realizzazione di un'opera, ma non l'esecuzione di pura attività lavorativa.

Pertanto l'utilizzazione, da parte dell'appaltatore di locali, attrezzature, elaboratori e programmi del committente, senza un proprio apporto patrimoniale, nemmeno in termini di beni immateriali, determinava la violazione del divieto di interposizione nelle prestazioni lavorative di cui all'art. 1 della predetta legge.

La predetta legge considerava "genuino" l'appalto quando questi era svolto dall'appaltatore, nell'interesse dell'impresa, con organizzazione e gestione propria dello stesso appaltatore.

In tale situazione l'art. 3 della Legge 1369/60 prevedeva che l'appaltante e l'appaltatore fossero obbligati in solido a corrispondere ai lavoratori un trattamento retributivo minimo non inferiore a quello spettante ai lavoratori in forza presso l'imprenditore appaltante.

Tuttavia la suddetta disposizione non si applicava agli appalti previsti all'art. 5 della legge 1369/1960 che risultavano pertanto essere delle eccezioni al predetto art. 3.

Nel corso degli anni, anche grazie all'evoluzione giurisprudenziale, si ha avuto un'interpretazione meno rigida della normativa.

Tant'è che alcune tipologie di attività divenute imprenditoriali sono state tipicizzate e quindi disciplinate mediante la stipulazione di specifici contratti collettivi di categoria ad esempio:

i servizi in appalto dalla F.S. e dalle Poste, i servizi informatici, i servizi recapiti espressi telegrammi e dispacci.

Sotto il profilo legislativo i segnali dei primi mutamenti in materia sono ravvisabili con l'emanazione della legge n. 196/1997, relativa al lavoro interinale e nella legge n. 192/1998, relativa al contratto di subfornitura.

Il Decreto legislativo n. 276 del 10/9/2003, emanato in attuazione della delega di cui alla legge sul mercato del lavoro n. 30 del 1472/2002, ha riformato la precedente disciplina legislativa in materia di intermediazione di manodopera, ridefinendo i termini ed i limiti di un appalto "genuino".

Sul presupposto indicato alla lettera m) dell'art. 1 della sopraindicata legge delega, l'art. 85 del decreto legislativo in esame, al comma 1, lettera c), sancisce l'abrogazione della legge 23/10/1960 n. 1369.

Nel decreto legislativo n. 276/03 l'appalto viene disciplinato all'art. 29.

Il decreto legislativo, in piena armonia con la legge delega, ha inteso recepire i criteri faticosamente elaborati dalla giurisprudenza, lavorando di cesello sull'art. 1 della legge n. 1369/1960, per distinguere l'appalto di opera o servizio, dall'interposizione vietata.

Il predetto articolo prima della sua emanazione, ovvero nel Luglio 2003, aveva quale titolo "appalto di servizi" e prevedeva che *"ai fini dell'applicazione della norma contenuta nel presente titolo il contratto di appalto stipulato e regolamentato ai sensi del 1655 si distingue dalla somministrazione, per l'esercizio pieno da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, e il possesso da parte sua o di un suo personale utilizzato nell'appalto della professionalità specifica corrispondente alle esigenze tecniche del servizio dedotto in contratto"*.

Nell'arco di tre mesi l'art. 29 è stato oggetto di un ampio dibattito parlamentare e di emendamenti proposti dall'opposizione, pertanto oggi il primo comma del predetto articolo recita testualmente: *"ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel presente articolo il contratto di appalto stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile si distingue dalla somministrazione per organizzazione dei mezzi non più per l'esercizio pieno, necessari da parte dell'appaltatore che può anche risultare in relazione all'esigenza dell'opera o del servizio dedotti in contratto dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto nonché per le assunzioni del medesimo appaltatore del rischio di impresa"*.

Ma veniamo ad analizzare cosa è scomparso da un lato, e cosa è apparso dall'altro relativamente al primo comma dell'art. 29.

Orbene innanzitutto, l'esplicito riferimento all'art. 1655 c.c. fa sì che venga posto in essere tale tipo di contratto quando una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con la gestione a proprio rischio il compimento di un'opera.

Dall'altro la norma prevede espressamente gli elementi che distinguono l'appalto dal contratto di somministrazione ovvero:

- l'organizzazione di mezzi necessari da parte dell'appaltatore che possono anche risultare in relazione alle esigenze dell'opera e dell'esercizio dedotto in contratto
- l'esercizio di potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- l'assunzione del rischio.

Tutto quanto sopra comporta che l'appaltatore, per porre in essere il contratto previsto all'art. 29 del D.Lgs 276 deve avere una organizzazione di mezzi che possono essere anche mezzi semplici come ad esempio un'attività informatica.

Orbene tali mezzi non sono intesi come mezzi – attrezzature previsti dalla ormai abrogata legge 1369/1960, a cui era attribuito un significato più complesso ed articolato.

La novità è, pertanto, l'elemento che distingue in modo sostanziale la nuova dalla vecchia disciplina consiste nell'autonomia imprenditoriale ed economica dell'imprenditore che comparta, a carico dello stesso, il rischio d'impresa.

L'ulteriore elemento di distinzione consiste nel fatto che nell'attuale norma è scomparso il riferimento alla parità di trattamento retributivo fra i lavoratori addetti all'appalto e i dipendenti dell'appaltatore.

Da tutto quanto sopra si evince che tanto l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'imprenditore, quanto la gestione a proprio rischio del compimento dell'opera o del servizio dedotti in contratto costituiscono i due criteri fondamentali di distinzione fra appalto e interposizione.

Il secondo comma dell'art. 29, che disciplina l'appalto di servizi, prevede un'obbligazione solidale tra committente ed appaltatore entro l'anno di cessazione dell'appalto, consistente nel corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore i trattamenti retributivi e contributivi previdenziali.

Tale disposizione, a differenza di quanto previsto all'art. 1676 c.c. che recita testualmente: *“coloro che alle dipendenze dell'appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare 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 per cui ne si propone la domanda”*, non prevede alcun limite economico alla obbligazione solidale in capo al committente o datore di lavoro, per cui quest'ultimo può essere tenuto a versare somme superiori al suo debito nei confronti dell'appaltatore.

Alla luce di quanto sopra appare pertanto evidente il trattamento di miglior favore riconosciuto al lavoratore dal decreto legislativo rispetto alla disciplina codicistica.

Un ulteriore elemento di distinzione fra la nuova e la vecchia normativa consiste nel fatto che, in nessuno dei due commi appena analizzati, viene fatto alcun riferimento alle eccezioni previste dalla legge 1369/1960 all'art. 5.

Pertanto, quanto sopra sta a significare che le ipotesi un tempo previste all'art. 5 (appalto di facchinaggio, appalto di pulizia, appalto di installazioni di impianti ecc.) che erano escluse dalla disciplina prevista dalla legge 1369/1960, oggi rientrano nella previsione legislativa del D. Lgs. 276/2003.

Relativamente all'appalto di servizi l'opposizione sosteneva che i criteri individuati dall'art. 29, comma I, erano insufficienti ed insoddisfacenti a definire con rigore e precisione quando era possibile accedere a tale tipologia di contratto e, pertanto, hanno proposto di aggiungere all'art. 29 comma I, le seguenti parole. *“e della reale organizzazione dei mezzi, delle garanzie economiche per l'assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa”*.

Questo discorso era stato fatto dall'opposizione affinché fosse più precisa la sussistenza dell'organizzazione dei mezzi, e quindi la sussistenza di garanzie economiche per individuare il rischio tipico dell'impresa che l'appaltatore avrebbe dovuto assumere.

Tuttavia tale suggerimento non è stato recepito nell'attuale normativa.

Infine il terzo comma dell'art. 29 definisce un dibattito aperto da tempo in giurisprudenza circa l'ipotesi di subentro in base a disposizioni di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola contrattuale, di un nuovo appaltatore con conseguente acquisizione del personale già impiegato nell'appalto precedente.

La predetta norma stabilisce che in tal caso non si verifica un'ipotesi di trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 c.c.

In tale fattispecie non è stata ravvisata un'ipotesi di trasferimento d'azienda non esistendo un'organizzazione di mezzi funzionale ad un'attività economica *“preesistentee che conserva nel trasferimento al propria identità”*.

Di conseguenza, nell'impossibilità di applicare al disciplina protezionistica di cui all'art. 2112 c.c., in caso di cambio di appalto occorre che ogni lavoratore esprima il proprio consenso all'assunzione presso il nuovo appaltatore.

Stante quanto sopra l'appalto previsto all'art. 29 del D. lgs. 276/03 è impostato sulla logica di quanto previsto all'art. 1655 c.c. che, a mio parere è una norma alquanto elastica.

Alla luce di tutto quanto sopra è evidente che il contratto di appalto, così come configurato in tale norma, è sicuramente migliorativo rispetto alla vecchia disciplina, in quanto ha un oggetto più ampio ed è sicuramente più attuale e pertanto rispetta quelle che sono le reali esigenze imprenditoriali.

Infine l'art. 84 del D. Lgs 276 che ha quale titolo *“interposizione illecita e appalto genuino”* prevede che la procedura di certificazione, che sarà oggetto dell'intervento del dott. Buzano, potrà dare delle indicazioni o meglio degli indici presuntivi relativamente alla validità e alla genuinità di un contratto di appalto e di un appalto stesso.

Infatti la procedura di certificazione di cui all'art. 84 potrà essere utilizzata sia in sede di stipulazione di appalto ex art. 1655 c.c., sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale anche ai fini della distinzione concreta fra la somministrazione di lavoro e l'appalto.

Nel medesimo articolo il legislatore ha stabilito che il ministero, entro sei mesi dall'entrata di questo decreto, adotterà con proprio decreto dei codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengono conto della verifica circa la reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa.

L'abrogazione della legge n. 1369/1960 effettuata ad opera dell'art. 85 del presente decreto comporta il venir meno del complesso di sanzioni anche penali che assistevano nella normativa previgente la repressione degli appalti illeciti.

In ultimo è opportuno sottolineare che l'art. 86 comma 12 della presente legge prevede che il titolo terzo, in cui è compresa la disciplina sull'appalto, ha carattere sperimentale.

Pertanto decorsi 18 mesi dall'entrata in vigore della legge il ministero del lavoro e delle politiche sociali, sulla base delle informazioni raccolte ai sensi dell'art. 17, procederà ad una

verifica con le organizzazioni sindacali, dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e esamineranno i risultati e la realizzazione pratica delle disposizioni del presente decreto.