

Torino, li 31 luglio 2019

Circolare n.6/2019

Oggetto: Appalto manodopera e somministrazione

Gentile Cliente,

negli ultimi mesi sono pervenute allo Studio in modo più o meno variegato richieste di valutazione, circa l'offerta di fornitura di manodopera assunta da soggetti terzi (ad esempio cooperative o non meglio definite agenzie).

A causa dei contenuti di queste proposte, l'eventuale adesione è altamente **rischiosa** sia per l'azienda che per i lavoratori. Infatti, **espongono a sanzioni l'imprenditore, nel caso di ispezione** e nel contempo riducono le tutele dei lavoratori somministrati. Il ricorso a questo tipo di utilizzo della manodopera è spesso in contrasto con le norme che regolano tali forme di lavoro subordinato.

Di seguito si desidera **evidenziare il SISTEMA SANZIONATORIO**

Nel caso di **appalto irregolare** è prevista una sanzione pecuniaria amministrativa pari a € 50,00 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione sia nei confronti dello pseudo-appaltatore che nei confronti del committente, con un minimo di € 5.000,00 e un massimo di € 50.000,00. **Nei caso di disconoscimento dell'appalto è inoltre prevista la possibilità che il lavoratore chieda l'assunzione diretta presso il committente.**

Per l'ipotesi di **reato di somministrazione fraudolenta** è prevista una sanzione penale con l'ammenda pari ad **€ 20,00 per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giornata lavorata.**

Dopo aver visto le conseguenze, si procede ad analizzare le fattispecie lecite, quelle fraudolente e le conseguenze sanzionatorie derivanti.

Appalto e somministrazione

Appalto di servizi e somministrazione di lavoro hanno caratteristiche apparentemente simili e di seguito proveremo ad evidenziarle confrontandole tra loro, al fine di chiarire il più possibile un argomento oltremodo complesso

Il Ministero del Lavoro con una circolare del 11 febbraio 2011 ha sottolineato la diversità nell'oggetto dell'appalto rispetto a quello della somministrazione di lavoro distinguendoli in una prestazione di "dare" ed in una di "fare".

- Somministrazione: prestazione di "dare", in quanto il somministratore si limita a fornire ad un terzo forza-lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo.
- Appalto: prestazione di "fare", in quanto 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.

Quando la somministrazione è regolare

La somministrazione è un particolare contratto in base al quale l'impresa utilizzatrice può richiedere la prestazione di uno o più lavoratori a specifiche agenzie autorizzate (agenzie di somministrazione) dal Ministero del Lavoro. Risulta pertanto superfluo aggiungere che, eventuali agenzie prive di autorizzazione non possono svolgere attività di somministrazione, la quale sarebbe fraudolenta già dal principio.

Anche rivolgendosi alle agenzie di somministrazione autorizzate, esistono alcuni casi in cui non si può ricorrere a tale strumento ad esempio:

- se nei sei mesi precedenti l'impresa utilizzatrice ha effettuato dei licenziamenti collettivi che hanno interessato lavoratori con mansioni analoghe a quelle che si vorrebbero assegnare ai nuovi lavoratori da impiegare con il rapporto di somministrazione;
- se nell'impresa utilizzatrice sono in vigore forme di cassa integrazione guadagni;
- se l'impresa utilizzatrice non ha effettuato la valutazione dei rischi in materia di sicurezza sul luogo di lavoro;
- per sostituire i lavoratori in sciopero.

Rivolgendosi ad agenzie autorizzate è possibile incrementare la forza lavoro indipendentemente dalla qualifica e dalla mansione che i lavoratori effettueranno, pertanto potrà esserci commistione tra i lavoratori somministrati e quelli assunti dall'azienda.

Quando l'appalto è regolare

L'appalto è un contratto col 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. Oggetto del contratto d'appalto può essere anche la parte di un'opera o di un servizio, non è infatti necessario che si tratti di un prodotto o di un servizio completo e finito.

Ciò che rende regolare l'appalto è, pertanto, la disponibilità dei mezzi e l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore.

Per disponibilità dei mezzi si intende il fatto che l'impresa che lavora in appalto sia in grado, con la propria forza lavoro ed i propri strumenti, di realizzare l'opera o il servizio oggetto del contratto stesso, senza l'ausilio di strumenti e personale dell'impresa committente.

Per assunzione del rischio di impresa si intende il fatto che l'impresa che ha assunto l'incarico oggetto dell'appalto si farà carico personalmente di ogni onere derivante dal contratto stesso, rispondendo personalmente per i propri eventuali inadempimenti, sia nei confronti del committente che degli organi ispettivi.

Più di recente, il Consiglio di Stato nella sentenza n.157 del 12 marzo 2018 ha fornito importanti indicazioni affermando che è elemento determinante per valutare la linea di confine tra un appalto regolare e fittizio la mancanza, da parte del personale della ditta appaltatrice, di un know-how specifico, ovvero di un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune, tale da fare emergere un rapporto qualitativo specifico riconducibile all'appalto di servizi.

In altre parole è essenziale che l'oggetto del contratto di appalto sia specifico, che l'appaltatore sia in possesso di quelle precise conoscenze che gli consentano di raggiungere il risultato e che il committente che affida l'appalto non annoveri già nel suo organico personale, in possesso di tali conoscenze, ovvero che non ne abbia temporaneamente la disponibilità materiale per la realizzazione dell'opera. È infatti possibile appaltare a terzi (o subappaltare nei casi più consueti) un'attività che già l'impresa committente svolge, purché non vi sia commistione tra il personale delle due imprese in quanto deve esserci una precisa linea di distinzione tra il lavoro svolto dal personale del committente e quello svolto dal personale dell'appaltatore/subappaltatore.

Altra condizione di regolarità dell'appalto è che le direttive al personale in appalto non vengano mai date dal committente. Il rapporto di subordinazione dei dipendenti in appalto/subappalto permane nei confronti del datore di lavoro appaltatore, il quale è unico titolato a dare disposizione ai propri dipendenti per la realizzazione dell'opera. Ciò non impedisce al committente di comunicare con il personale in appalto, ma tali comunicazioni devono essere di natura strettamente indicativa e non direttiva.

Somministrazione fraudolenta e appalto fittizio

Quando la fornitura di manodopera avviene da parte di **un'impresa che non è autorizzata allo svolgimento della somministrazione**, ricorre il caso della somministrazione fraudolenta. Di fatto si tratta del mero "prestito" del personale dipendente da un'impresa ad un'altra per incrementare la forza lavoro della ricevente che, per qualsiasi ragione, non ha abbastanza personale per realizzare l'opera.

Per "nascondere" la somministrazione fraudolenta di manodopera, è consuetudine la stipula di un contratto di appalto o di servizi, quasi sempre con una cooperativa, un consorzio o un'associazione temporanea di imprese. Tali contratti di appalto simulano la realizzazione di un'opera specifica o la fornitura di un servizio al mero fine di prestare temporaneamente propri dipendenti all'altra impresa, i quali nella maggior parte dei casi non hanno propri strumenti e/o ricevuto direttive specifiche, non hanno un reale incarico personale ma si limitano ad eseguire le direttive dell'altro datore di lavoro svolgendo mansioni in commistione con il personale del committente. In questo caso si **ricade nel caso di appalto fittizio.**

La **fattispecie di appalto fittizio con somministrazione fraudolenta è più grave** quando il ricorso a tale strumento è finalizzato a **ottenere prestazioni lavorative ad un costo più basso** senza ricorrere all'assunzione diretta. Fintanto che il committente sostiene un costo pari a quello del personale che avrebbe assunto direttamente, la contestazione da parte degli organi ispettivi è maggiormente difendibile, mentre invece non vi è alcuna difesa in caso contrario.

Mi preme avvertire che dietro questa promessa di risparmio spesso si celano violazioni della normativa vigente in materia retributiva e contributiva, le cui conseguenze possono ricadere anche sul committente, per l'applicazione del regime di responsabilità solidale.

Le altre casistiche in cui la somministrazione di manodopera è "automaticamente" fraudolenta, sono:

- recesso da assunzione diretta e reimpiego in somministrazione
- utilizzo della somministrazione nei periodi di vigenza dello stop&go nei tempi determinati
- somministrazione dello stesso lavoratore da doppia agenzia.

Infine, la somministrazione illecita di manodopera, anche se mascherata da un contratto di appalto ha effetti non solo sul piano penale ma anche su quello tributario, ovvero il contratto, essendo nullo perché illecito, di fatto **non consente la deducibilità dei costi da parte della cessionaria e la detraibilità dell'IVA.**

Restando a disposizione per approfondimenti e/o valutazioni caso per caso, Le formuliamo l'augurio di un salutare riposo feriale.

Lorenzo Perinetti