

Necessari potere gerarchico sul personale e rischio di impresa

Corretta gestione del potere gerarchico da parte del committente, esistenza di un rischio di impresa da parte dell'appaltatore e divieto di appalto delle prestazioni orarie e giornaliere. Questi i requisiti principali per garantire un appalto genuino che emergono dagli ultimi dieci anni di giurisprudenza.

Il potere gerarchico

Il primo importante requisito da rispettare per avere un appalto genuino è il corretto esercizio del potere organizzativo e direttivo, che deve esercitare il datore di lavoro appaltatore nei confronti dei suoi lavoratori impiegati nell'appalto (fra le tante, Tribunale di Milano, 3229/2016).

Deve pertanto escludersi la genuinità dell'appalto allorquando il committente eserciti il potere direttivo, organizzativo e di controllo dei lavoratori, e li utilizzi come se fossero suoi dipendenti, risultando di per sé neutra la circostanza della condivisione del luogo e degli strumenti di lavoro con dipendenti in forza del committente (Tribunale di Milano, 1491/2017). In ogni caso le direttive date dalla committente, in ragione delle ovvie esigenze di coordinamento (soprattutto in esecuzione dell'appalto endoaziendale), non sono sintomo di somministrazione di mano d'opera (Corte d'appello di Ancona, 125/2020).

Anche la Cassazione si è espressa sul tema, stabilendo che l'appalto di opere o servizi, espletato con mere prestazioni di manodopera, è lecito purché il requisito della organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, previsto dall'articolo 29 del Dlgs 276/2003, costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore (Cassazione, 27567/2023).

Rischio di impresa

C'è poi il rischio di impresa. Secondo la Corte di appello di Roma (sentenza 3909/2018) i contratti d'appalto che prevedono un corrispettivo fisso non suscettibile di variazione presumono un elemento chiaramente indicativo dell'assenza di rischio d'impresa assunto dall'appaltatore. Anche la previsione di penali e sanzioni economiche legate al mantenimento dell'efficienza del servizio, nonché l'obbligo di stipulare una polizza di rilevante importo per la copertura dei rischi connessi al servizio, sono elementi che confermano l'esistenza del rischio di impresa.

Così come, nell'ambito di un servizio qualificabile come labour intensive e attinente sostanzialmente alla gestione dell'attività logistica (spostamento, collocazione e stoccaggio delle merci), sussiste il rischio di impresa laddove la pattuizione del compenso sia collegato all'articolo movimentato o incassato e alle attività in concreto attuate dalla società appaltatrice.

Le prestazioni orarie e giornaliere

Infine, l'appalto di prestazioni. Il problema è stato affrontato anche nel pubblico impiego (Consiglio di Stato, 1571/2018) dettagliando in modo 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:

- la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;
- l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;
- l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;
- la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore (anche Cassazione 3178/2017).

Pertanto, le prestazioni richieste dalla Asl appellata sono state identificate non già in "servizi", bensì in numero di ore di lavoro annue per il «supporto giuridico, amministrativo, tecnico e contabile». Secondo il Consiglio di Stato, un simile scenario sfugge alla logica tipica dell'appalto di servizi e manifesta affinità con lo schema tipico della somministrazione di lavoro a tempo determinato.

— Enzo De Fusco