

NOTA TECNICA

Oggetto: Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1571 del 12 marzo 2018 – Appalto non genuino e somministrazione di lavoro

Il procedimento giurisdizionale prende le mosse dalla procedura aperta avviata da una Asl per l'affidamento agli uffici della stazione appaltante di diverse attività di supporto in campo giuridico, amministrativo, tecnico e contabile, nonché gestione dei servizi ospedalieri, archiviazione, *front office*, segreteria e assistenza nel procedimento di liquidazione dei documenti contabili.

Tale affidamento veniva qualificato dal bando come appalto di servizi da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'introduzione di particolari requisiti di accesso precludeva inoltre alle Agenzie per il lavoro la possibilità di partecipare alla gara, ledendo in tal modo l'interesse sia della ricorrente, che di tutte le Agenzie per il lavoro.

L'Agenzia ricorrente ha impugnato il bando di gara ritenendo non sussistente nel caso di specie un appalto genuino di servizi bensì un contratto di somministrazione. La domanda, respinta con la sentenza del Tar Lazio n. 1129/2017, è stata poi riformata dal Consiglio di Stato in secondo grado sulla base dei presupposti di seguito indicati.

È noto che con il contratto di appalto, disciplinato dall'art. 1655 del Codice Civile, 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.

Trattasi di una chiara obbligazione di risultato, contrapposta invece alla prestazione oggetto del contratto di somministrazione, qualificabile come obbligazione di mezzi, visto che nel contratto di somministrazione l'Agenzia invia i lavoratori in missione presso l'azienda utilizzatrice ed essi svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore stesso.

Nella somministrazione di lavoro è dunque l'utilizzatore che esercita, com'è noto, il potere direttivo e organizzativo sui lavoratori; nell'appalto i lavoratori restano invece nella piena disponibilità della società appaltatrice e sono soggetti al potere direttivo di quest'ultima.

La Corte ha sottolineato correttamente come il Legislatore abbia individuato come elementi distintivi del contratto di appalto rispetto alla somministrazione - art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003 - l'autonoma organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore per lo svolgimento dell'attività richiesta, il diretto esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte dell'appaltatore sui lavoratori e l'assunzione del rischio di impresa.

La sentenza individua (Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3178) quali "indici sintomatici" della non genuinità dell'appalto i seguenti elementi:

a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;

- b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;
- c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;
- d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti.

La presenza di tali indici denota il carattere fittizio dell'appalto, dissimulante in realtà un rapporto di somministrazione di personale.

Il Collegio ha poi proceduto all'analisi analitica delle disposizioni del capitolato del bando di gara per determinare la genuinità o meno dell'appalto.

In particolare, il bando di gara si è limitato a richiedere come prestazioni genericamente delle "ore di lavoro" e non un servizio autonomo e finalizzato ad un dato risultato (trattasi di ore di lavoro di supporto all'ordinaria attività amministrativa, giuridica e contabile della Asl). Il criterio delle ore di lavoro è stato altresì utilizzato quale modalità di determinazione della base d'asta e per individuare le modalità di formulazione dell'offerta, da effettuarsi quantificando il costo orario del servizio.

Appare chiaro, secondo la Corte, che tale generica definizione denota la volontà di utilizzare i lavoratori per ordinarie attività del committente, integrando la manodopera nell'organico interno alla Asl, e non di acquisire un servizio autonomo, dotato di un proprio *opus*, come disporrebbe invece la disciplina dell'appalto.

Dunque anche con riguardo all'indice b) sopra indicato emerge l'intento del bando di inserire il personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente.

La manodopera viene infatti richiesta a supporto dell'attività amministrativa della Asl (svolgimento di attività di istruttoria documentale, redazione di atti preliminari tesi alla redazione di successivi provvedimenti da parte del personale interno, supporto alla stesura delle gare, inserimento ordini, inserimento di dati nell'albo, supporto alla liquidazione e gestione ordini, consegne e pagamenti, svolgimento di attività di segreteria amministrativa e di gestione della corrispondenza) come ausilio al personale dipendente interno. Tale tesi è peraltro avallata da alcune disposizioni del capitolato, quali la mancanza di autonoma determinazione degli orari di lavoro da parte dell'appaltatore, che devono invero essere definiti in base alle esigenze della Asl, nonché la possibilità per quest'ultima di richiedere la sostituzione dei lavoratori assenti.

Ne consegue per la Corte la chiara integrazione del personale fornito dall'appaltatore nell'organico della società appaltante per lo svolgimento di attività identiche o pressoché analoghe a quelle dei dipendenti della Asl.

Altro elemento preso in considerazione è stata la sussistenza o meno in capo alla ditta appaltatrice di autonomi mezzi per lo svolgimento dell'attività richiesta.

Anche con riguardo a tale indicatore si è rivelata l'assenza di una reale autonomia dell'appaltatore per l'esercizio della prestazione richiesta poiché, come già innanzi indicato, il personale fornito dall'appaltatore viene integrato nel ciclo di produzione degli uffici aziendali e viene dunque chiamato a prestare il proprio lavoro presso la sede stessa della Asl e con l'utilizzo delle strumentazioni interne a quest'ultima.

Non vi è pertanto alcuna autonoma organizzazione – prosegue la Corte – di mezzi o di attrezzature per l'esercizio dell'attività, che si limita alla mera prestazione di lavoro a supporto della gestione amministrativa ordinaria della Asl. Data la continuità operativa tra il personale esterno e quello interno ne consegue inoltre che l'organizzazione dell'attività dei dipendenti viene determinata dal committente senza che vi sia alcuna autonomia delle prestazioni rese in appalto.

“Da qui l'impossibilità di individuare un obiettivo di risultato, concluso e autonomo, realizzabile dall'appaltatore e distinguibile dal continuum delle attività principali alle quali quelle appaltate sono chiamate a fornire ausilio. Ricorre, dunque, la causa “tipica” della somministrazione di lavoro, il cui fine tipico è proprio l’“integrazione” del personale nell'organigramma del committente.”(cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796).

Non è quindi sufficiente che generiche clausole del bando si limitino ad affermare che i *“servizi verranno svolti con esclusiva organizzazione, responsabilità e rischio della ditta aggiudicataria”*, dal momento che tali previsioni astratte non si traducono in un'effettiva e concreta organizzazione autonoma con una propria finalità distinta dall'attività della ditta appaltante.

Considerando infine il terzo elemento qualificante l'appalto, quale il rischio di impresa, non emerge nel caso di specie l'effettiva presenza della responsabilità in capo all'appaltatore per le scelte da egli compiute, né per le conseguenze imprevedibili del suo operato. Infatti sono assenti investimenti a carico dell'aggiudicatario, né vi è stato alcun apporto di capitale, essendo i servizi qualificati esclusivamente in ore di lavoro. Ciò è proprio quello che accade invece nella somministrazione di lavoro, in cui vengono retribuite le ore lavorate a prescindere dalla sussistenza di un qualsivoglia rischio imprenditoriale.

Non può nemmeno ritenersi sufficiente a configurare tale rischio la previsione di penali, che peraltro possono sussistere anche nel rapporto di somministrazione per corroborare l'obbligo di diligenza della Agenzia per il lavoro. Il rischio di impresa deve invero desumersi dall'alea economica insita nell'attività affidata e derivante dall'imprevedibile andamento del mercato ovvero dalla riuscita delle scelte imprenditoriali compiute dall'appaltatore, elementi del tutto assenti nel caso di specie.

Il Collegio in conclusione ha smentito la qualificazione di appalto di servizi assegnata dalla Asl all'affidamento di una serie di attività di supporto all'azienda, ritenendo sussistente, sulla base della disamina in concreto del contenuto sostanziale delle prescrizioni di gara, un rapporto di somministrazione di lavoro.

La gara è stata conseguentemente dichiarata illegittima sia per la previsione di requisiti di ammissione propri esclusivamente delle imprese che svolgono appalti di servizi e non delle Agenzie per il lavoro, sia per non aver richiesto quali presupposti per la partecipazione al bando il possesso dell’Autorizzazione Ministeriale e la conseguente iscrizione all’Albo, propri della somministrazione di lavoro ex art. 4 del d.lgs. n. 276 del 2003, art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015 e art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.