

Appalti: norme da coordinare ed ampliare

Il Ministro del lavoro è recentemente intervenuto sul tema degli appalti con la circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011, una trattazione sistematica (potremmo definirla una circolare-quadro) con cui viene preso in considerazione l'intero quadro giuridico degli appalti.

La circolare è di ampio respiro, pur concentrandosi in modo particolare sui caratteri che rivelano la genuinità o meno dell'appalto (sotto il profilo sostanziale ed anche ai fini di una corretta certificazione del contratto) e le tutele dei lavoratori, sia per quanto riguarda l'aspetto retributivo e contributivo che relativamente alla sicurezza sul lavoro. In particolare, vengono ripresi la prassi e gli interpelli più recenti, coordinandoli in una esposizione articolata e completa, che risulta davvero incisiva.

Il fine dichiarato della circolare è quello di rinnovare l'impulso al controllo effettivo su questa forma di esternalizzazione produttiva ormai ricorrente in modo sempre più frequente, ma non certo scevra da abusi ed elusioni, costituendo nel contempo uno strumento di supporto a questa azione, specie dopo la intervenuta modernizzazione (assolutamente necessaria) del quadro normativo in materia.

Davvero apprezzabile negli intenti e nel contenuto, la circolare si esprime al meglio proprio quando delinea i criteri di esame per la genuinità di un appalto. A parere di chi scrive, tuttavia, vi sono diversi aspetti, normativi e pratici, che rischiano ancora oggi di ostacolare un approccio sistematico, razionale e veramente efficace al tema appalto: in questo senso se in alcuni passaggi la circolare non appare particolarmente dirimente non è certo per responsabilità degli autori quanto *ex defectu materiae*.

Ci permettiamo pertanto di indicare di seguito alcuni temi di riflessione, al fine di contribuire alla discussione sull'argomento.

La responsabilità solidale e la tutela dei crediti di lavoro

Sotto questo profilo, le norme applicabili sono quelle previste al comma 2 dell'art. 29 d.lgs. n. 276/03 (per il settore privato), al comma 6 dell'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006 (per il settore pubblico) nonché quelle del comma 28 dell'art. 35 della l. n. 248/2006 ("decreto Bersani") e dell'art. 1676 c.c. (per entrambi i settori).

Benché la ricognizione della circolare n. 5/2001 sia puntuale ed attenta, agli operatori è evidente come questa stratificazione normativa (ed in particolare la non corretta articolazione del n. 248/2006 con il resto delle disposizioni) crei più di una perplessità e parecchia confusione (confusione che favorisce l'operatore meno serio e mette in difficoltà chi desidererebbe avere risposte lineari, precise ed incontrovertibili per "far le cose per bene": ma questa riflessione, fatta ora incidentalmente, vale per tutto il resto delle osservazioni che porteremo avanti). I dubbi a questo proposito riguardano le responsabilità del committente (ad es. sulle ritenute fiscali), la prescrizione della responsabilità, la distinzione fra lavoratori e dipendenti: non si capiscono, peraltro, alcune differenze se non con la urgenza e la pretesa universalità (ambito sia pubblico che privato) del n. 248/2006, ma così sia consentito dire che, al minimo, alcune disposizioni perdono di incisività. L'appalto non è certo l'unica figura di esternalizzazione produttiva. Nel corso degli ultimi decenni, per l'esecuzione di opere o anche in via continuativa, si sono sviluppati, ad es., contratti di tipo associativo fra imprese (associazioni in partecipazione, ATI, etc.) a cui, a prima vista, non si applicherebbe la responsabilità solidale, ma che sovente costruiscono "catene" del tutto simili all'appalto (in ambito pubblico anche per superare il divieto di subappalto). Non si tratta qui di responsabilità di natura contrattuale (per cui è normalmente chiaro che il mandatario o l'associante restano responsabili nei confronti del terzo committente) ma di responsabilità legale.

Una particolare fattispecie nella catena dell'appalto è inoltre quella dell'affidamento o assegnazione, attraverso cui una società consortile, in qualità di appaltatore, affida l'opera ad una o più società sue consorziate (fenomeno abbastanza frequente nell'ambito cooperativo, ma non solo).

In questo caso, così come nel precedente paragrafo, spesso capita di dover affrontare l'obiezione in punta di diritto (magari a fini puramente difensivi ed elusivi) sulla non applicabilità della responsabilità solidale all'associante o al consorzio verso l'associato (in mancanza di un vero e proprio "appalto" fra le parti). A parere di chi scrive, in una ipotetica revisione normativa, queste sarebbero "sfumature" di cui tener conto; peraltro, in virtù di un principio di assimilazione organica fra alcuni dei soggetti in argomento, più che di semplice responsabilità solidale per la sola parte contributivo-retributiva si potrebbe profilare un principio di responsabilità globale, tale da estendersi, ad es. ai provvedimenti di natura sanzionatoria.

Vi sono fattispecie contrattuali, in aggiunta, in cui similmente all'appalto vi è la presenza di attività lavorative esternalizzate e vi è una forte preponderanza economico-gestionale del committente; citiamo a caso (ma l'elenco potrebbe estendersi) alcune attività di trasporto, di noleggio a caldo, di somministrazione (di beni o servizi), di fornitura, ed anche alcune catene di intermediazione commerciale. Forse sarebbe giunto il momento di liberarsi definitivamente dal retaggio di una vecchia impostazione (che limita l'attenzione al solo appalto) e di definire un campo più esteso di solidarietà a largo raggio rispetto alle attività esternalizzate in genere (senza contare che a volte alcune di queste tipologie vengono invocate nominalmente per eludere gli oneri di una realtà particolarmente simile ad un vero e proprio appalto).

Il distacco prevede la messa a disposizione di lavoratori presso terzi con il presupposto fondante dell'interesse del distaccante: ciò tuttavia sembrerebbe porsi in contrasto con la possibilità di prevedere il rimborso, da parte del distaccatario, delle spese per il personale medesimo (il che configurerebbe in radice anche un interesse dell'utilizzatore); in tal caso – cioè in ipotesi di previsto rimborso delle spese per il personale – sembrerebbe equo prevedere la responsabilità solidale anche per questa fattispecie (la quale, peraltro, non è un mistero che sia utilizzata a man bassa per eludere divieti di subappalto, nel pubblico come nel privato).

La responsabilità solidale si estende anche alle sanzioni ed agli oneri accessori che riguardano il mancato versamento delle poste per cui esiste la responsabilità? Alcuni interventi di prassi sostengono di sì, ma manca una specifica previsione al riguardo e la fattispecie è oggetto di parecchio contenzioso. Se appare corretto prevedere una responsabilità estesa agli oneri direttamente legati alla prestazione (ad es. interessi legali), appare meno corretto che il committente o sub-committente sia investito di provvedimenti di natura sanzionatoria riguardo a violazioni da lui non commesse. E comunque, quale che fosse l'indirizzo raggiunto in materia, non sarebbe meglio puntualizzarlo normativamente?

Ci si può chiedere, anche a fini di semplificazione, se sia davvero necessario legare la responsabilità solidale ad ogni e qualsiasi appalto o se non sarebbe meglio prevedere vincoli ben precisi solo ove l'attività esternalizzata abbia una minima consistenza in termini numerici (temporali, economici, lavorativi).

Un particolare problema riveste poi il flusso di operazioni ed informazioni che sono necessarie ad un committente (ed a tutta la catena dell'appalto) per verificare il corretto adempimento da parte dell'appaltatore (e sub-appaltatori) degli oneri verso i quali, a fini di tutela sociale, si estende la responsabilità solidale. Accade spesso nella pratica che ci si trovi ai due opposti di chiedere "troppo" (con il rischio, tra l'altro, che alcune particolarità sfuggano: troppe informazioni, nessuna informazione) oppure "troppo poco", o ancora che si effettuino accertamenti su particolari non particolarmente incisivi o rappresentativi, secondo la qualità dell'esaminatore. Senza contare che alcune attività di verifica appaiono decisamente intrusive; e paradossalmente, sarà proprio il finto appaltatore (in realtà usato solo ai fini di "contenitore di manodopera") che non soffrirà la particolare invasività del controllo (magari nemmeno ponendosi problemi di privacy), mentre chi realmente agisce con una qualità imprenditoriale potrebbe essere a ragione particolarmente attento o addirittura legittimamente restio a fornire e diffondere informazioni strategiche rispetto alla propria organizzazione. Nell'ambito di una certa elasticità contrattuale, che va opportunamente lasciata, ad avviso di chi scrive sarebbe necessario o molto utile promuovere forme semplici ma codificate di asseverazione che renderebbero immediate certezze e contribuirebbero a rafforzare catene virtuose.

L'ultima frontiera dell'elusione ha spostato la sua attenzione verso inadempimenti non direttamente coinvolti nel meccanismo della responsabilità solidale (ad es. quelli fiscali); sotto questo profilo, l'esperienza in ambito cantieristico del meccanismo del *reverse charge* sull'IVA potrebbe con sicuro giovamento essere esportata anche in ambiti di appalti di altra natura, magari limitandola solo a quelli di un certo spessore economico.

Un ultimo problema riveste la qualità e tempestività del coinvolgimento degli obbligati in solido nelle operazioni di accertamento, anche ai fini di tutela delle posizioni di ciascun soggetto. Non basta prevedere, come fa la circolare, la notifica *ex post* a tutti gli obbligati solidali, i quali spesso possono non essere nemmeno nelle condizioni di poter verificare o contrastare eventuali dichiarazioni o rilievi oppure si trovano coinvolti in situazioni in cui a malapena riescono a reperire dall'ente accertatore spiegazioni sufficienti. Non di rado capita negli ultimi tempi di assistere ad operazioni di complicità occulta, in cui l'appaltatore ultimo, per liberarsi dalla morsa dell'accertamento, appresta con i soggetti di vigilanza forme di insolita "collaborazione spontanea" sotto la garanzia implicita che verrà coinvolto patrimonialmente solo un determinato committente (e magari nemmeno l'appaltatore stesso).

I limiti retributivi ed il problema del DURC

Il problema della tendenza "al ribasso" degli appalti è all'ordine del giorno e il Ministro fa bene a ribadire la preoccupazione e l'attenzione su questo tema; tuttavia, con specifico riguardo al settore degli appalti privati, il particolare contesto del panorama giuslavoristico italiano - in cui spiccano l'assenza, in tempi recenti, della previsione di un trattamento *erga omnes* e la libertà sindacale, anche "negativa", di cui all'art. 39 della Costituzione - rendono spuntate le armi per contrastare questo fenomeno (si veda ad esempio la dichiarazione sostanziale di "impotenza" - a parere di chi scrive - implicita fra le righe della risposta ad interpello n. 21/2009).

Bene il richiamo della circolare n. 5/2011 relativamente all'obbligo di rispetto della contribuzione alle Casse Edili, tuttavia dobbiamo riconoscere che tale obbligo è ancora oggi dibattuto e combattuto in modo acceso per via legale (ed anche per via pratica con l'istituzione di Casse Edili non riconosciute). Comprensibile anche, nelle finalità del riformatore del panorama del lavoro, il rinnovato richiamo alla bilateralità artigiana (già oggetto della circolare n. 43/2010); tuttavia bisognerà prima o poi riconoscere che il problema del *dumping* contrattuale (tanto esteso da diventare, si scuserà il volontario gioco di parole, un vero e proprio *doping* economico) non consiste davvero nei 125-300 euro annui di differenza del settore artigiano, ma nella consistente proliferazione di contratti (le sigle sono arcinote a qualsiasi operatore), soprattutto nel settore cooperativo, con minimi retributivi risibili e sotto la soglia della sopravvivenza (certi livelli prevedono una retribuzione mensile lorda a tempo pieno di poco superiore agli 800 euro, per un netto inferiore ai 600!). Sono questi contratti (a cui la crisi economica ha fornito una parvenza di giustificazione) che da tempo e con un crescente successo (tale da elevarne la soglia di rappresentatività) stanno *minando* il tessuto produttivo più sano e regolare del Paese, rappresentando un ostacolo alla concorrenza seria.

Un'annotazione: con qualche mirato "obolo", queste sigle (guarda caso alcune sono le stesse che mettono in discussione la contribuzione alle Casse edili) hanno costituito strutture bilaterali, con le quali sono in grado di certificare i contratti di appalto ed i regolamenti di cooperativa.

Una seconda annotazione: non di rado tali trattamenti retributivi "minimalisti" si accompagnano poi a forme di esplicita elusione fisco-previdenziale, con trattamenti integrativi ipoteticamente neutri ma altrettanto infondati (rimborsi spese, trasferte, etc.) quando addirittura non direttamente con erogazioni "a nero".

Ma non solo quanto appena descritto contribuisce all'effetto di ribasso negli appalti, vi sono anche molteplici figure contrattuali "autonome" o presunte tali, con il ricorso alle quali (spesso discusso, ma intanto che "si discute" vi è un effetto marcato di pesante disturbo della concorrenza) si propongono appalti con tariffe notevolmente ribassate. Senza andare a inquadramenti "fantasiosi" di soci cooperativi (presunti artigiani, commercianti, autonomi anomali, con forme ai massimi livelli

del “giuslavorismo creativo”) basterà ricordare la sospetta proliferazione di contratti a progetto o di associazioni in partecipazione in alcuni settori. Non è qui la sede per affrontare questo tema, vero *mare magnum*, che tuttavia ha risvolti tutt’altro che insignificanti ai fini del tema che stiamo affrontando e che affonda le sue radici anche nella irrisoluzione di alcuni nodi (della passata o della recente legislazione) definitivi di queste fattispecie .

Infine, sotto un profilo soggettivo, non è inutile ricordare, sempre ai fini di una concorrenza non leale, la massiccia moltiplicazione di figure obiettivamente imprenditoriali ammantate sotto una veste di socialità, non lucratività, volontarietà, dilettantismo, volontarietà, mutualità, senza un effettivo ed efficace controllo di queste caratteristiche, che però comportano anche notevoli agevolazioni normative e fiscali.

Il DURC come strumento di controllo sta in parte mostrando criticità. Malgrado un grosso sforzo degli Enti interessati (che non elimina quotidiane difficoltà da parte degli operatori) , ancora non si è giunti, a parere di chi scrive, ad un livello di efficacia soddisfacente, ed ancora permangono molte disfunzionalità rispetto a questo strumento. Se è vero, peraltro, che la mancanza di un DURC regolare è quasi sempre sinonimo di scarsa attendibilità di un’azienda, vista al contrario l’attestazione di regolarità non è invece assolutamente indicativa. A parte la circolazione di DURC falsificati (anche con una certa perizia), vi sono molteplici modi per rappresentare una situazione solo formalmente corretta. (Non si procederà ad esempi tanto facili quanto stupefacenti, sicuramente da questo punto di vista hanno un certo rilievo anche le osservazioni fatte ai punti precedenti).

Sotto questo profilo, lo sfasamento temporale è un altro elemento di criticità: non è regolare (ai fini del DURC) l’azienda che ha subito *oggi* una condanna definitiva per un infortunio di una certa gravità avvenuto 8-10 anni or sono (questi sono i tempi medi), mentre l’azienda trovata ieri con 30 lavoratori in nero e che impugnasse, magari a fine meramente dilatorio, i rilievi del verbale di accertamento sarebbe perfettamente “durcabile” sino a condanna definitiva (vedi i tempi di cui sopra).

L’attuale normativa sul DURC rivela i propri limiti anche e soprattutto in situazioni di crisi economica profonda come l’attuale. Viene penalizzata duramente una inadempienza momentanea (anche se perdurante, in ordine ad una difficoltà economica), senza nessun riguardo alla storia di un’azienda (perchè, ad esempio, non costituire anche in questo caso una “regolarità a punti” ?) , cosicché oggi il DURC irregolare viene utilizzato sempre più spesso quale mera occasione dilatoria (da parte del committente) oppure provoca una immediata revoca di benefici che contribuisce ad aggravare situazioni economiche di piccole aziende magari con una storia trentennale di regolarità specchiata ma oggi arrivate al limite del collasso.

Altre problematiche

Malgrado la corretta e condivisibile disamina della norma che la circolare 5/2001 realizza, la distinzione fra l’illiceità e la frode della interposizione di lavoro non appare di facile individuazione. Nella considerazione che la stragrande maggioranza degli appalti illeciti realizzano, di fatto, una *diminutio* rispetto ai trattamenti retributivi e/o agli adempimenti contributivi e legali, si ha la sensazione di un pericolosa possibilità di oscillazione fra l’una e l’altra fattispecie, in particolare nella valutazione dell’elemento doloso soggettivo (su cui una presunzione oggettiva non appare particolarmente fondante) . Così non è impossibile (anzi, proprio a ciò si assiste) verificare nella pratica l’utilizzo di sistemi di valutazione non uniformi, a seconda che a prevalere nel soggetto di vigilanza sia la propensione al “rigore” oppure quella alla “garanzia” (anche rispetto alle responsabilità in capo al soggetto ispettivo).

Se ci si sposta dal settore pubblico a quello privato, non si riesce a comprendere la profonda diversità (fra i due ambiti) in merito ai criteri di scelta dell’appaltatore ed alla affidabilità ed in genere alla congruità dei parametri operativi con cui si presenta.

Non esistono oggi nel privato criteri oggettivi di valutazione di affidabilità dell’appaltatore, tranne quelli che sperimentalmente vengono adoperati dagli operatori più accorti. In particolare, poi, è oggi

rilevante la mancata definizione di un Decreto che individui i termini della qualificazione professionale delle imprese (*ex art. 26 d. lgs. n. 81/2008*), esigenza che, a ben vedere, si estenderebbe appunto non solo al pure importantissimo aspetto di prevenzione e sicurezza, ma investirebbe la qualità di un accertamento globale sulla affidabilità dell'appaltatore; problema che in parte, ancora, potrebbe essere agevolmente risolto da procedure asseverative e certificative.

Conclusioni

Terminiamo questa esposizione sommaria, in cui lo scopo primario era l'enumerazione dei problemi senza un affondo particolare e senza nessuna pretesa di esaustività, con una constatazione: evidentemente le questioni sono molteplici e richiederebbero, ad avviso di chi scrive, una trattazione normativa articolata e coordinata, quasi un "Testo Unico sulle esternalizzazioni" (sulla scorta di quanto accaduto per il settore pubblico).

Se rimane pur vero che la fonte principale delle criticità è un atteggiamento culturale del mercato del lavoro nel nostro Paese, caratterizzato da una marcata e persistente propensione alla furberia ed all'escamotage, è pur vero che i condivisibili obiettivi della circolare n. 5/2001 risulterebbero ancora più incisivi con la messa a punto di strumenti normativi di affronto della materia più penetranti ed articolati. Buone prassi e certificazione dei contratti, per quanto strumenti importanti, ad avviso di chi scrive non sono un vaglio sufficiente per un controllo sociale capillare, rischiando di replicare ancora una volta il difetto di una amministrazione "forte con i deboli, debole con i forti".

Del resto, appare evidente che il tema "appalti" – portato alle sue conseguenze più estese – non può non impattare con i principali nodi critici della riflessione giuslavorista, che vede un momento di profondo e positivo riformismo ma che, sotto la scorta dei problemi via via riscontrati, ha in parte ancora necessità di norme che siano al tempo stesso articolate, chiare, semplici ed efficaci.

Andrea Asnaghi
Consulente del lavoro