

## **La disciplina dell'appalto dopo le modifiche apportate dalla L. n. 122/16 e dalla L. n. 49/17**

Articolo di approfondimento sulla normativa del contratto di appalto come cambiata dai recenti interventi normativi.

A cura di Claudia Lesioli - Referente Lavoro - Area Lavoro e Previdenza.

Il contratto di appalto è regolato nel nostro ordinamento dall'art. **1655 del Codice Civile** che lo definisce come “il contratto con il 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”.

L'appalto è quindi un contratto con cui una parte, detta **appaltatore**, assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione in proprio del rischio, l'obbligazione di compiere in favore di un'altra parte, detto **appaltante** o **committente**, un'opera o un servizio verso un corrispettivo.

I principali elementi qualificanti questa tipologia contrattuale sono quindi, da una parte, la presenza di un “organizzazione di mezzi necessari” e, dall'altra, “una gestione in proprio del rischio”.

Questi elementi vengono richiamati anche **nell'articolo 29 del D.Lgs. n. 276/03**, c.d. Legge Biagi, nell'art. 29, che insieme **all'articolo 1655** del Codice Civile e alla **circolare n. 5 del Ministero del Lavoro dell'11 febbraio 2011**, costituiscono gli ulteriori principali riferimenti per la definizione della disciplina del contratto di appalto. Una disciplina, quella dell'appalto, fatta da una parte da disposizioni ormai consolidate e dall'altra, da importanti modifiche operate recentemente dal legislatore, prima con la Legge n. 122 del 2016 relativamente al “c.d. cambio di appalto” e, successivamente, nel 2017 con il D.L. n. 25 del 2017 (convertito dalla Legge 20/04/17 n. 49) su altri importanti temi relativi alla responsabilità del committente.

Nel testo **dell'art. 29** vengono infatti fornite importanti indicazioni sulla disciplina del contratto d'appalto:

- vengono richiamati sia la presenza di “mezzi necessari” da parte dell'appaltatore, sia “l'assunzione del rischio”, quali elementi che distinguono l'appalto dalla somministrazione (comma 1);
- viene chiarito, che l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto (comma 1);
- si prevede che per tutelare i lavoratori impiegati nell'appalto di opere o di servizi, è previsto inoltre che il committente imprenditore o datore di lavoro sia obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi

previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto (comma 2);

- sempre in tema di rapporto tra appalto e somministrazione, la norma precisa, inoltre, che il mancato rispetto delle suddette regole consente al lavoratore somministrato la possibilità di rivendicare un rapporto di lavoro subordinato nei confronti dell'utilizzatore (comma 4).

Come si anticipava, con il **D.L. n. 25/17** Il legislatore ha però modificato il testo comma 2 dell'art. 29 eliminando alcuni importanti passaggi della precedente norma che hanno cambiato la situazione giuridica del committente.

In conseguenza di quest'operazione sono venuti meno:

- **il litisconsortio** necessario tra committente/appaltatore/subappaltatore, è stato infatti soppresso il periodo che prevedeva "il committente e' convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori";
- **il beneficio della preventiva escussione** dell'appaltatore rispetto al committente, essendo stato eliminato il passaggio che prevedeva "il committente, .., può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori";
- **il ruolo "moderatore" e operativo che la norma aveva riconosciuto alla contrattazione collettiva**, poiché è stato eliminato anche l'inizio del comma 1 dell'art. 29 dove era previsto "Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti".

**La lettura complessiva di queste modifiche è critica** perché porta ad una maggior debolezza della posizione del committente che si trova più esposto e, in via principale, "responsabile" delle eventuali rivendicazioni dei lavoratori a fronte di inadempimenti dell'appaltatore.

Doveroso, parlando della disciplina dell'appalto e del subappalto, anche ricordare la già citata **circolare Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 5 dell'11 febbraio 2011**, che rimane una cornice di riferimento per i temi trattati, quali, i criteri che qualificano "genuino" un appalto, gli obblighi di carattere retributivo, i criteri di scelta dei contraenti, la responsabilità solidale tra committente/appaltatore/subappaltatori, la certificazione, la disciplina in materia di salute e sicurezza del lavoro.

Ancor prima delle ultime modifiche appena citate, il legislatore, nel 2016, era intervenuto sul testo dell'art. 29, **per modificare le regole previste in caso del c.d. "cambio di appalto"**, regolato nel comma terzo del predetto articolo.

Si ha cambio di appalto quando il committente, alla scadenza di un contratto di appalto, non rinnova il contratto stipulato con l'appaltatore e affida ad un altro appaltatore l'attività/servizio svolto dal precedente appaltatore.

Vediamo come veniva definita la disciplina del cambio di appalto nel vecchio articolo 29 comma 3: “L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda”.

Perché è importante questa disciplina? perché la cessazione dell'appalto comporta importanti ricadute sul livello occupazionale e sulle tutele normative dei lavoratori occupati nell'attività cessata oggetto di cambio di appalto e sulla loro reimpiegabilità presso il nuovo appaltatore.

L'avvenuta modifica dell'articolo 29 comma 3, dedicato appunto al cd “cambio di appalto”, è innanzitutto “figlia” di un'importante presa di posizione della Commissione dell'unione europea che ha avviato una procedura di pre-infrazione nei confronti dell'Italia.

**La Commissione europea aveva infatti ritenuto che la vecchia formulazione dell'art. 29 comma 3 non fosse coerente con la disciplina dell'Unione Europea** che regola la fattispecie del trasferimento d'azienda (Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001 del Consiglio riguardante il riavvicinamento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese e di stabilimenti) e aveva, conseguentemente, chiesto all'Italia di riallinearsi alla normativa europea.

La Commissione Europea contestava che il testo dell'art. 29, nella sua precedente formulazione, prevedeva una sorta di generica esclusione dell'applicazione ai lavoratori della più vantaggiosa tutela prevista in caso di trasferimento di azienda.

Secondo le previsioni dell'art. 2112 del Codice Civile<sup>1</sup> in tema di trasferimento di azienda, infatti, in caso di un'operazione di trasferimento di azienda:

- vi è un trasferimento automatico dei rapporti di lavoro dei lavoratori coinvolti in capo al cessionario;
- i lavoratori trasferiti conservano intatti i trattamenti economici e normativi precedenti al trasferimento;
- il datore di lavoro cedente e il datore cessionario sono obbligati in solido per i crediti vantati dai lavoratori al tempo del trasferimento.

**Le disposizioni previste dalla legge italiana per i lavoratori in caso di trasferimento di azienda sono quindi più garantiste rispetto alle regole applicate in caso di cambio di appalto.** In questo secondo caso, viene infatti generalmente instaurato un nuovo rapporto di lavoro con l'impresa subentrante con l'applicazione di un regime di tutele diverse, inferiori, rispetto a quello applicato in caso di trasferimento di azienda.

La legge italiana, secondo la visione della Commissione Europea, sembrava quindi garantire una tutela inferiore a quella prevista dalle disposizioni europee.

**Va però detto che in passato, vigente il vecchio testo dell'articolo 29 comma 3, sia la giurisprudenza che la contrattazione collettiva erano già intervenute** per “contenere” la portata esclusiva dell'applicazione della tutela del trasferimento di cessione di azienda in presenza di cambio di appalto.

Da una parte la giurisprudenza, infatti, nel corso degli anni era arrivata a individuare particolari condizioni in presenza delle quali il subentro di un nuovo appaltatore potesse comunque configurare un caso di trasferimento di azienda, quali ad esempio, nel caso in cui il trasferimento riguardasse gruppi di lavoratori dotati di particolari competenze e stabilmente coordinati e organizzati tra loro in modo da rendere le loro attività tali da tradursi in beni e servizi ben individuabili<sup>2</sup>, nonché, nel caso in cui l'operazione del passaggio si traducesse in un subentro nei rapporti lavorativi accompagnata anche da "un trasferimento di beni di non trascurabile entità"<sup>3</sup>.

Anche la contrattazione collettiva è intervenuta introducendo delle forme di garanzia in favore dei lavoratori coinvolti nel cambio di appalto. Ci sono infatti CCNL che prevedono le cd clausole sociali (o di protezione) in base alle quali l'appaltatore subentrante è obbligato a riassumere il personale occupato dall'appaltatore uscente.

La clausola sociale dovrebbe rappresentare il non facile equilibrio/contemperamento tra due principi costituzionalmente garantiti: la libertà economica riconosciuta ai privati e i fini sociali ai quali essa, sempre secondo la costituzione, non può contrapporsi<sup>4</sup>.

**In tale direzione è andato anche il nuovo codice degli appalti pubblici<sup>5</sup>, entrato in vigore il 19 aprile 2016**, che all'art. 506 prevede per l'affidamento di appalti ad alta intensità di manodopera che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possano prevedere delle clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale dei lavoratori già impiegati e l'applicazione dei contratti stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni maggiormente rappresentative.

Il legislatore non ha quindi introdotto un obbligo automatico all'assunzione per l'appaltatore subentrante, bensì, nel rispetto della libertà economica privata, ha previsto solo una facoltà di inserire clausole sociali.

In linea con quest'orientamento anche la modifica adottata dal governo italiano rappresenta una soluzione intermedia, rispetto alla soluzione inizialmente proposta, che prevedeva l'abrogazione dell'articolo 29 comma 3 e che avrebbe portato alla conseguenza di un riconoscimento indiretto dell'applicabilità delle disposizioni del trasferimento d'impresa nel caso di cambio d'appalto.

**Con la Legge n. 122 del 2016, entrata in vigore il 23 luglio 2016, il legislatore ha quindi provveduto a riallineare la disciplina del cambio di appalto alla normativa europea** modificando il testo dell'art. 29 comma 3.

Vediamo quindi il nuovo testo dell'art. 29 comma 3, come modificato dalla Legge n. 122 del 2016: "L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore **dotato di propria struttura organizzativa e operativa**, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, **ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa**, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

La nuova disposizione, in risposta alle indicazioni europee, non esclude più in linea di principio l'applicabilità della disciplina del trasferimento di azienda e le conseguenti tutele, ma identifica le condizioni in presenza delle quali questa non si applica.

**Le due condizioni** in presenza delle quali non sia ha un trasferimento d'azienda e, conseguentemente, non si applica la relativa disciplina sono che:

- il nuovo appaltatore (subentrante) sia dotato di **propria struttura organizzativa e operativa**;
- siano presenti elementi di **discontinuità** che determinano una **specificità identità di impresa** (rispetto al precedente appaltatore).

Il primo requisito, nel richiedere la presenza di una “propria struttura organizzativa”, sembra richiamare quell'elemento centrale che è “l'organizzazione dei mezzi necessari” che secondo l'art. 1655 c.c. caratterizza la fattispecie dell'appalto in generale e che rende l'impresa idonea a svolgere un determinato servizio o opera.

In merito al secondo requisito, risultano sicuramente più complessi da identificare i concetti di “discontinuità” e di “specificità identità di impresa”. Un elemento utile a favore dell'esistenza della discontinuità potrebbe essere la proprietà (o autonoma disponibilità) in capo all'appaltatore subentrante della **proprietà dei mezzi di produzione**, in quanto, un'azienda che svolge un servizio in appalto con mezzi propri è da ritenersi caratterizzata da una propria struttura organizzativa che la distingue dell'impresa uscente.

Tale requisito risulta forse non determinante, a livello interpretativo, in caso di appalti in cui prevale sull'elemento dell'utilizzo dei mezzi l'elemento dell'utilizzo della manodopera.

In tali casi infatti, essendo assente o secondario, l'elemento della proprietà dei mezzi esso non permette di ritenerlo determinante al fine della non applicazione della normativa del trasferimento di azienda.

L'azienda subentrante per non rientrare nell'applicazione del 2112 c.c., **negli appalti in cui l'elemento caratterizzante è la manodopera, dovrebbe quindi adottare soluzioni organizzative che includano i lavoratori acquisiti nella propria autonoma e distinta organizzazione d'impresa.**

L'appaltatore subentrante non dovrebbe limitarsi ad utilizzare lo schema organizzativo applicato dall'appaltatore uscente ai lavoratori acquisiti, ma dovrebbe applicare loro un proprio autonomo e distinto modello organizzativo rispetto a quello dell'impresa cedente.

Con la modifica dell'articolo 29 comma 3 il legislatore ha quindi introdotto interessanti novità che hanno cambiato lo scenario della normativa del cambio di appalto ma, allo stesso tempo, ha introdotto dei parametri di non immediata comprensione che potranno, conseguentemente, dare luogo a interpretazioni non univoche favorendo così un clima di incertezza in capo alle imprese.

Di fronte a quest'incertezza interpretativa **può probabilmente giocare un ruolo interessante la contrattazione collettiva.**

Da una parte bisognerà vedere il ruolo che avranno le clausole sociali presenti nei contratti collettivi, difficile pensare a una risposta univoca visto le loro specificità.

Dall'altro, vale la pena di riflettere sul ruolo che potrebbe giocare in futuro la contrattazione collettiva nel fornire indicazioni in termini non rigidi, ma possibilmente di semplici linee guida/esemplificative, sull'interpretazione dei nuovi requisiti richiesti dall'articolo 29 comma 3, quali i concetti di discontinuità e specifica identità di impresa. E' chiaro che eventuali interventi in tal senso della contrattazione collettiva non dovranno creare un irrigidimento della disciplina né alimentare la burocrazia determinando così ulteriore difficoltà applicative per le imprese.

In tema di tutela di disciplina dei lavoratori in caso di cambio di appalto pare doveroso citare **un'ulteriore disposizione contenuta nel Decreto Legislativo n. 23 del 2015**, la norma che ha inserito il contratto a tutele crescenti nel nostro ordinamento. L'art. 7 del Decreto n. 23 ha infatti previsto<sup>7</sup> la possibilità di computare, in caso di subingresso di nuovo appaltatore, l'anzianità complessivamente maturata dal lavoratore adibito nell'ambito dell'attività appaltata, ai fini del calcolo dell'indennizzo dovuto in caso di dichiarata illegittimità del licenziamento.

In conclusione, la nuova disciplina introdotta in tema di cambio di appalto presenta sicuramente più margini di applicazione non totalmente stabiliti che si definiranno verosimilmente in modo più univoco in seguito all'intervento della giurisprudenza e, molto probabilmente, anche della contrattazione collettiva.

Il tema dell'appalto rimane quindi un tema complesso e di grande interesse, lo dimostrano anche i ripetuti recenti interventi operati sulla sua disciplina dal legislatore.

## Note

1. Art. 2112 c.c.

2. Cassazione n. 5709/09 e n. 9361/14

3. Cassazione n. 11918/13

4. Art. 41 Costituzione

5. Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, Il nuovo codice dei contratti pubblici per lavoro, servizi e forniture

6. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

7. Art. 7 D.Lgs. n. 23/15 "ai fini del calcolo delle indennità e dell'importo di cui all'art. 3, comma 1, all'art. 4, e all'art. 6, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata".

**Contatti**

Claudia Lesioli - Referente Lavoro - Area Lavoro e Previdenza, tel. 02-58370.323 - e-mail [claudia.lesioli@assolombarda.it](mailto:claudia.lesioli@assolombarda.it)