

6 maggio 2024

## **OBBLIGHI E SANZIONI IN MATERIA DI APPALTO E DISTACCO: TUTTE LE NOVITA' DEL D.L. N. 19/2024**

In data 30.4.2024 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge n. 56 del 29 aprile 2024 che ha convertito, con modifiche, il Decreto Legge n. 19 del 2 marzo 2024 - "Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)".

Il Legislatore ha voluto apportare alcune rilevanti modifiche alla disciplina dell'appalto e del distacco contenuta, rispettivamente, negli articoli 29 e 30 del D. Lgs. n. 276 del 10.9.2003, nonché alla corrispondente disciplina delle sanzioni di cui all'articolo 18 del medesimo D. Lgs. n. 276/2003.

Fra le modifiche più importanti vi sono senz'altro quelle che riguardano il regime sanzionatorio in caso di illiceità degli appalti e dei distacchi.

Prima del 2.3.2024 (data di entrata in vigore del D.L. n. 19/2024) in caso di appalto e di distacco privi dei requisiti di legge era prevista l'applicazione delle sole sanzioni amministrative. L'art. 1 del D. Lgs. n. 8 del 15.1.2016 aveva infatti depenalizzato una serie di reati puniti con la sola pena pecuniaria (multa o ammenda) e nella depenalizzazione era stata ricompresa anche la fattispecie di cui all'art. 18, comma 5-bis, del D. Lgs. n. 276/2003 che punisce (ora come allora) l'utilizzo dell'appalto e del distacco in difetto dei presupposti di legge.

Il D.L. n. 19/2024 ha reintrodotto le sanzioni penali ed inasprito le pene pecuniarie; in particolare:

- ha modificato l'art. 18 comma 5-bis del D. Lgs. n. 276/03 che ora prevede "nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione";
- ha introdotto una nuova disposizione (il comma 5-ter dell'art. 18) che prevede una sanzione più severa (arresto fino a tre mesi e ammenda di euro 100 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione) quando "la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore";
- ha previsto un ulteriore aumento del venti per cento delle sanzioni qualora, nei tre anni precedenti, il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni penali per i medesimi illeciti.

La nuova normativa ha poi modificato la disciplina del contratto di appalto sotto il profilo sostanziale, introducendo l'obbligo di applicare al personale impiegato nell'appalto (e nel subappalto) un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e nella zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del

subappalto. La disposizione ha ricadute anche per i committenti atteso che, in ragione della responsabilità solidale con appaltatori e subappaltatori, potranno essere rivolte anche nei loro confronti le conseguenti, eventuali, rivendicazioni per differenze retributive dei lavoratori impiegati nell'appalto.

### **Appalti e distacchi illeciti: il nuovo quadro sanzionatorio.**

Quando l'appalto o il distacco superano il perimetro di liceità definito dagli articoli 29 e 30 del D. Lgs. 276/03 vengono assimilati alla somministrazione illecita in quanto assolvono alla indebita funzione di "prestare il personale" al committente o al distaccatario.

La violazione dell'art. 29, comma 1, o dell'art. 30, comma 1, del D. Lgs. n. 273/06 e la conseguente illiceità dell'appalto o del distacco comportano sia per il committente che per l'appaltatore (in caso di appalto) e sia per il distaccante che per il distaccatario (in caso di distacco) l'applicazione della pena dell'arresto fino ad un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Queste sanzioni vengono diventano ancor più gravose in presenza di alcune circostanze cui accenneremo in seguito.

E' allora necessario, anche alla luce dell'inasprimento delle sanzioni, prestare la massima attenzione ai requisiti di liceità di appalto e distacco come previsti dagli articoli sopra citati. Di seguito pertanto si propone un quadro, necessariamente sintetico, delle condizioni in presenza delle quali un appalto o un distacco possono dirsi leciti o, per usare un termine spesso utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia, "genuini".

#### **I requisiti di liceità dell'appalto.**

Con riferimento all'appalto l'art. 29, primo comma, prevede che: *"ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che 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, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"*.

Ferma restando la nozione civilistica di cui all'art. 1655 c.c. (in ossequio della quale i caratteri essenziali del contratto d'appalto sono costituiti dal compimento dell'opera o del servizio verso un corrispettivo e dall'assunzione di tale obbligo da parte di un imprenditore, ossia da parte di un soggetto che agisce in maniera autonoma rispetto al committente e che a tal fine organizza i mezzi necessari a proprio rischio), l'art. 29 ribadisce che i due requisiti necessari affinché un contratto d'appalto possa dirsi genuino sono:

a) l'assunzione del rischio di impresa in capo all'appaltatore;

b) l'organizzazione dei mezzi a carico dell'appaltatore, con la precisazione che questo secondo requisito può anche risultare *"dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto"* (precisazione, quest'ultima resa necessaria dalla volontà di adeguare la portata della norma alle ipotesi di appalti connotati da un'alta intensità di manodopera, c.d. *labour intensive*).

La giurisprudenza ha precisato che, ai fini della genuinità dell'appalto, è necessaria la presenza di entrambi i requisiti e che la mancanza anche di uno soltanto di essi genera il risultato vietato dalla legge; ha inoltre sottolineato che il potere organizzativo e direttivo non coincide con la gestione

amministrativa dei rapporti di lavoro né esso si può ridurre al solo controllo in funzione disciplinare ma, in buona sostanza, consiste nel decidere chi deve fare che cosa, quando e dove la deve fare (si segnala, a questo proposito una interessante sentenza del Tribunale di Padova del 3.3.2023, G.L. Dallacasa, che ha ritenuto illecito un appalto di servizi di logistica del magazzino nel quale il potere organizzativo e direttivo veniva esercitato dal committente per mezzo di un software di sua proprietà, attraverso il quale impartiva ai lavoratori impiegati nell'appalto le istruzioni relative alla movimentazione della merce).

La giurisprudenza ha quindi individuato una serie di "indici" di non genuinità dell'appalto, quali: i) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente; ii) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; iii) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività; iv) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore; v) la richiesta da parte del committente di un certo numero minimo di ore di lavoro. Si tratta, naturalmente, di "indici" da valutare nel loro complesso e rispetto a ciascun caso concreto.

#### I requisiti di liceità del distacco.

A norma dell'art. 30, primo comma, *"il distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa"*.

Secondo la migliore dottrina e la giurisprudenza in materia il distacco produce una temporanea dissociazione soggettiva tra il titolare del rapporto ed il beneficiario della prestazione: un datore di lavoro (distaccante) pone un proprio lavoratore (distaccato) a disposizione di un altro soggetto (distaccatario) in favore del quale viene prestata l'attività lavorativa; il distacco è una delle possibili modalità di esplicazione del potere direttivo del datore di lavoro e non determina alcuna novazione del rapporto ma solo una modifica nelle sue ordinarie modalità di esecuzione.

I requisiti di liceità del distacco stabiliti dall'articolo 30 sono:

- a) la sussistenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante;
- b) la necessaria temporaneità del distacco.

Quanto al requisito dell'interesse, che deve essere un interesse proprio del distaccante (non, quindi, del beneficiario della prestazione), nella norma non è contenuta una definizione e la giurisprudenza in materia non ha ancora espresso un orientamento univoco e consolidato sul punto; può dirsi tuttavia che è stato ritenuto sufficiente qualsiasi interesse produttivo purchè sia specifico, rilevante, concreto e persistente per tutto il periodo per il quale il distacco è disposto, con l'ovvio limite di non coincidere con l'interesse della mera somministrazione di lavoro altrui. Anche quanto al requisito della temporaneità, necessariamente connesso con quello dell'interesse, non vi sono indicazioni normative o giurisprudenziali in termini di durata del distacco; in astratto è ammissibile anche un distacco pluriennale purchè non sconfini nella definitività.

#### Le conseguenze dell'illiceità dell'appalto e del distacco.

Al di fuori del perimetro sopra tratteggiato l'appalto ed il distacco diventano illeciti ed assimilati alla somministrazione illecita di personale (tanto che in alcune disposizioni normative che

disciplinano le conseguenti sanzioni il committente e il distaccante vengono denominati “somministratore” mentre l'appaltatore e il distaccatario vengono denominati “utilizzatore”.

Di seguito un prospetto riassuntivo delle sanzioni, come risultanti a seguito dell'intervento operato dal Legislatore con il D.L. n. 19/24:

- L'appalto o il distacco non genuini in quanto privi dei requisiti richiesti dall'art. 29 e dall'art. 30 sono puniti con l'arresto fino ad un mese o con l'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena prevista è l'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.
- Se l'appalto o il distacco non genuini sono “*posti in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore*”, è prevista la pena dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda di euro 100 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.
- Gli importi delle sanzioni di cui sopra sono aumentati del venti per cento ove, nei tre anni precedenti, il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni penali per i medesimi illeciti.
- In ogni caso l'importo delle sanzioni non può essere inferiore a 5.000,00 euro né superiore a 50.000,00 euro.
- Ove ne sussistano i presupposti si applica l'art. 603 del codice penale.

Le sanzioni vengono applicate tanto al somministratore quanto all'utilizzatore.

Resta naturalmente ferma la conseguenza “giuslavoristica” prevista, per l'appalto, all'art. 29 comma 3-*bis* e, per il distacco, all'art. 30 4-*bis*: il lavoratore impiegato nell'appalto illecito e quello illecitamente distaccato possono chiedere, mediante ricorso ex art. 414 c.p.c. al Tribunale territorialmente competente in funzione di Giudice del Lavoro, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione.

Alla luce del complessivo riassetto della disciplina delle sanzioni voluta dal legislatore con la novella di cui al D.L. n. 19/24, si impone quindi la massima attenzione nell'utilizzo degli istituti dell'appalto e del distacco, attenzione che deve essere posta sia in fase di stesura dei contratti sia in fase di gestione dei rapporti contrattuali.