Quadro giuridico degli appalti-Circolare Ministero del Lavoro n. 5 dell'11 febbraio 2011

18 Febbraio 2011

Con l`allegata circolare dell`11 febbraio scorso, il Ministero del Lavoro ha operato una ricognizione sulle principali problematiche inerenti l`appalto e il subappalto, quali fattispecie giuridiche specifiche in uso nell`ambito dei lavori pubblici e privati.

GENUINITÀ DELL`APPALTO

La circolare richiama preliminarmente il concetto di genuinità dell`appalto, mettendo in evidenza i requisiti principali che questo deve possedere.

La nota contiene la differenziazione tra appalto e somministrazione di lavoro, che si caratterizzano, rispettivamente, in un`opera di "fare"" e in un`opera di "dare"", per passare poi al requisito imprescindibile dell`*organizzazione dei mezzi e del rischio d`impresa.*

Rispetto a quest`ultimo, sono segnalati, a mero titolo esemplificativo, alcuni indici rilevatori della sua sussistenza:

- l`appaltatore ha già in essere una attività imprenditoriale che viene esercitata abitualmente
- l`appaltatore svolge una propria attività produttiva in materia evidente e comparativa
- l`appaltatore opera per conto di differenti imprese da più tempo o nel medesimo arco temporale considerato

Infine, l`iscrizione nel registro delle imprese, il libro giornale e il libro degli inventari, il Lul, nonchè il Durc sono considerati ulteriori elementi per la verifica della genuinità dell`appalto.

Viene dunque riesaminato l`apparato sanzionatorio per ciò che concerne l`appalto illecito (art. 18, comma 5 bis, del D.Lgs n. 276/2003) e la somministrazione fraudolenta (art. 28 del D.Lgs n. 276/2003).

OBBLIGHI RETRIBUTIVI

Nel rammentare le peculiarità degli obblighi retributivi connessi all`appalto, pur rifacendosi al generale principio dell`autonomia contrattuale collettiva, il Dicastero ha rammentato che, nella Legge Finanziaria del 2007, all`art.1, comma 1175 della L .n. 296/2006 si stabilisce che: " *l`obbligo del rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonchè di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ai fini della fruizione dei benefici retributivi e contributivi*" .

A tal proposito, è stato evidenziato come tale principio sia ancor più stringente nell`ambito dell`edilizia dove il rispetto della parte economica normativa del contratto collettivo ivi compresi il versamento dei contributi e l`iscrizione agli enti bilaterali sia imprescindibile ai fini del rilascio del Durc.

Nel settore dell`artigianato, poi, come da ultimo ricordato nella nota ministeriale del 15 dicembre scorso, in risposta a un interpello della CNA, le imprese che non aderiscano al sistema della bilateralità, al fine di garantire un`effettiva equivalenza retributiva tra i lavoratori e il rispetto della parte economica-normativa del contratto collettivo, devono corrispondere un elemento aggiuntivo della retribuzione oltre alla garanzia delle prestazioni.

Quanto agli appalti pubblici, la circolare fa riferimento in primo luogo all`art. 36 della L. n. 300 del 1970, che impone di inserire, nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ad imprenditori che esercitano professionalmente un`attività economica organizzata, e nei capitolati di appalto attinenti all`esecuzione di opere pubbliche, una clausola esplicita, determinante l`obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o far applicare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona; obbligo, questo, da rispettare sia nella fase di realizzazione degli impianti o delle opere, sia in quella successiva, per tutto il tempo in cui l`imprenditore beneficia delle agevolazioni finanziarie e creditizie concesse dallo Stato ai sensi delle vigenti disposizioni di legge.

Inoltre, in merito ai crediti retributivi dei lavoratori impiegati nell`esecuzione dell`appalto, la nota richiama il combinato disposto dell`art. 5 del Codice dei contratti, comma 5, lett. r) con gli artt. 4 e 5 del nuovo Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici (D.P.R. n. 207/10), che disciplinano l`intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienza agli obblighi contributivi e retributivi da parte dell`appaltatore. Peraltro, il dicastero ricorda che le tutele retributive dei lavoratori trovano ulteriore tutela nell`art. 118, comma 6, dello stesso D.Lgs. n. 163/06, che impone all`affidatario l`osservanza del trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e la zona di svolgimento delle prestazioni.

VALORE DEGLI APPALTI E CRITERI DI SCELTA DEI CONTRAENTI

Nella circolare il Ministero, affrontando il tema della corretta determinazione del costo degli appalti pubblici, con specifico riferimento ai casi in cui i criteri di aggiudicazione sono legati a meccanismi di "ribasso"", richiama dapprima l`art. 86, commi 3-*bis* e 3-*ter*, del Codice dei contratti pubblici, ribadendo che i costi del lavoro e della sicurezza non possono mai essere soggetti a ribasso d`asta, in quanto costi "insopprimibili"" legati alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. Nel documento, pertanto, viene sottolineato che, in ottemperanza al dettato normativo, le stazioni appaltanti pubbliche debbano vigilare al fine di verificare che, nella predisposizione di gare d`appalto e nella valutazione di anomalia delle offerte, il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto a tali costi; inoltre, viene precisato che l`art. 26, comma 5 del D.Lgs. n. 81/08, prevede la sanzione della

nullità del contratto nel caso di mancata indicazione dei costi sostenuti per eliminare, o quantomeno ridurre al minimo, i rischi interferenziali.

La nota prosegue con l`ulteriore specificazione che, ai sensi dell`art. 87 del Codice dei contratti, in sede di giustificazione dell`offerta, richiesta al concorrente potenzialmente aggiudicatario, non possano essere ammesse giustificazioni in ordine ai trattamenti salariali minimi inderogabili ed agli oneri di sicurezza, in riferimento ai quali è necessario tener conto anche degli ulteriori oneri derivanti da specifiche norme di legge. Al riguardo, dunque, il dicastero precisa che le Direzioni provinciali del lavoro, per quanto di propria competenza, collaboreranno con l`Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, sia richiedendo alle stazioni appaltanti "documenti, informazioni e chiarimenti"" sulle attività contrattuali in corso o da iniziare, sia collaborando con la Guardia di Finanza nelle ispezioni disposte dall`Autorità, in attuazione della Convenzione del 26.10.10, stipulata ai fini della cooperazione nel contrasto ai fenomeni di criminalità connessi allo sfruttamento del lavoro e all`occupazione illegale dei lavoratori.

Inoltre, il documento in commento segnala l`indirizzo della Comunità Europea in merito all`adozione del sistema dell`offerta economicamente più vantaggiosa fra le diverse modalità di gara, ed alla valutazione della procedura del "dialogo competitivo"", previsto nell`art. 58 del Codice dei contratti; ad avviso del Ministero, infatti, si tratta di uno strumento che consente di introdurre una maggiore flessibilità rispetto alle procedure comunemente adottate, soddisfacendo comunque le esigenze delle stazioni appaltanti pubbliche senza pregiudicare le tutele da riconoscere sul piano lavoristico.

Con una precisazione ulteriore, poi, il dicastero evidenzia l`opportunità che nei capitolati e nelle convenzioni vangano esplicitati sia l`obbligo di rispettare i contratti collettivi nazionali di lavoro relativi ai settori oggetto dell`appalto, sia la necessità di applicare tutte le disposizioni vigenti in materia di salute, sicurezza sul luogo di lavoro ed inserimento lavorativo dei disabili.

RESPONSABILIT SOLIDALE

Nella nota in oggetto, viene fatto riepilogo sui principi basilari della responsabilità solidale.

A tal proposito, si rammenta che, per ciò che concerne gli ***appalti privati*** vige, con l`art. 29 del D.Lgs n.276/2003, un regime di responsabilità solidale tra committente, appaltatore e subappaltatore nel limite di 2 anni dalla cessazione dell`appalto per i trattamenti retributivi e contributivi,ivi compresi i premi assicurativi.

Il limite temporale, innalzato da 1 a 2 anni dalla legge finanziaria 2007, vige esclusivamente nei confronti del responsabile in solido, restando fermo il decorrere delle prescrizioni ordinarie per ciò che concerne il debitore.

Oltre a precisare che delle tutele del suddetto art. 29 ne beneficiano sia i lavoratori subordinati sia altri soggetti impegnati nell`appalto con altre tipologie contrattuali, che i lavoratori in nero, nella stessa si segnala che la medesima previsione normativa *non trova applicazione se il committente è una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale.*

Con l`art.1676 del codice civile, viene posto poi un limite quantitativo alla responsabilità solidale in tema di retribuzioni tra il committente e l`appaltatore che potrà, pertanto, essere fatta valere anche oltre il termine di 2 anni di cui all`art.29.

Da ultimo, si rammenta l`introduzione della responsabilità solidale tra *appaltatore e subappaltatore* anche in tema di trattenute fiscali operate dall`art. 35, comma 28 del D.L. n. 223/2006 e con esclusiva applicazione per i lavoratori dipendenti.

Negli ***appalti pubblici,*** sempre in tema di responsabilità solidale,oltre alla valenza dell`art. 1676 c.c. e dell`art. 35, comma 28 del D.L. n. 23/2006, deve aggiungersi l`art. 118 del codice degli appalti che prevede, per ciò che concerne il rapporto tra l`affidatario e i subappaltatori che quest`ultimo "*è altresì responsabile in solido dell`osservanza delle norme anzidette trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell`ambito del subappalto"".*

Nei rapporti tra committente pubblico e appaltatore resta invece ferma la disciplina generale.

Per ciò, invece, che concerne la solidarietà nell`ambito della cessione del ***ramo d`azienda***, successivamente alla quale l`alienante stipula con l`acquirente un contratto di appalto da eseguirsi mediante il ramo d`azienda ceduto, deve applicarsi l`art.29 del D.Lgs. n. 276/2003.

CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO

Il dicastero ha nuovamente sottolineato l`importanza, al fine di ridurre il contenzioso, di accedere all`istituto della certificazione del contratto d`appalto, disciplinata dal D.Lgs n. 276/2003, mediante la quale gli istituti certificatori potranno servirsi delle linee guida sopra esposte per l`individuazione dell`appalto genuino e la sua contrapposizione alle forme fraudolente.

La certificazione potrà avvenire anche per i contratti già in essere, coprendo anche il periodo di vigenza del contratto anteriore alla data di certificazione medesima, purchè sussistano i requisiti ivi certificati.

SICUREZZA NEGLI APPALTI

Per quanto riguarda l`argomento *"La sicurezza del lavoro negli appalti""* la Circolare ribadisce, tra l`altro, alcuni concetti sul DUVRI (documento unico di valutazione dei rischi interferenziali).
Il documento in questione formalizza l`attività di cooperazione, coordinamento e informazione reciproca delle imprese coinvolte ed ha esteso, coma più volte sostenuto dall`Ance, la logica del *Piano di sicurezza e coordinamento (PSC) previsto per i cantieri, a tutti i settori di attività, con l`obiettivo di lasciare una traccia precisa e puntuale delle attività prevenzionistiche poste in essere da tutti i soggetti che, a qualunque titolo, interagiscono nell`appalto.*
Il DUVRI, elaborato dal datore di lavoro committente, non si redige in caso di servizi di natura intellettuale, di mere forniture di materiali o attrezzature e dei lavori o servizi di durata non superiori a due giorni, purchè non comportino i rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza di rischi particolari di cui all`allegato XI del Testo unico. Si ricorda, al proposito, che il DUVRI, ai sensi dell`art. 96 comma 2, non deve essere elaborato in presenza di PSC redatto dal coordinatore per la progettazione e del POS redatto dalle imprese esecutrici.

Il DUVRI contiene anche i costi delle misure di prevenzione e protezione necessarie per eliminare o ridurre le interferenze, a pena di nullità del contratto.
Al DUVRI ed ai relativi costi ha accesso il RLS.

Il dicastero ha approfondito poi alcune criticità inerenti la sicurezza negli “ambienti sospetti di inquinamento”” e “nei luoghi confinati””, sottolineando che *le carenze prevenzionistiche di maggiore rilievo attengono ad un mancato controllo e a una verifica analitica strumentale dell`atmosfera in ambiente confinato riconducibile ad una assente o lacunosa valutazione dei rischi, alla mancata adozione delle più elementari misure di prevenzione e protezione, collettiva e individuale, a una carente o del tutto mancata azione di formazione e informazione dei lavoratori e a una insufficiente e non efficiente gestione della emergenza.*
Sottolinea quindi l`importanza dello scambio di informazioni e del coordinamento tra datore di lavoro committente ed imprese. Fondamentale è pertanto la pianificazione dell`azione di monitoraggio e controllo degli appalti aventi ad oggetto le attività manutentive o di pulizia su aree confinate.

In riferimento alla “*Qualificazione professionale delle imprese”*” il Ministero, al fine di garantire “a monte”” più efficaci condizioni di sicurezza nei lavori effettuati in regime di appalto o subappalto, ribadisce l`importanza della previsione dell`art. 27 comma 1-bis del D.Lgs. n. 81/08 e s.m.i. ossia del meccanismo della c.d. patente a punti che opererà una volta completata la predisposizione di un DPR sulla qualificazione delle imprese, in avanzata fase istruttoria.

La circolare prosegue con un approfondimento sul “*Cartellino di identificazione dei lavoratori coinvolti nell`appalto”*”, esteso a tutto il personale delle imprese appaltatrici o subappaltatrici coinvolte negli appalti di qualunque settore ed ai lavoratori autonomi.

Il datore di lavoro deve fornire il cartellino identificativo ed il lavoratore ha l`obbligo di esporlo.

Il cartellino, corredato di fotografia, contiene le generalità del lavoratore e l`indicazione del datore di lavoro.

Con la legge n. 136/2010 si è previsto che la tessera di riconoscimento deve contenere anche la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione ovvero la data di richiesta di autorizzazione al subappalto rispetto alla quale si è formato il silenzio assenso.

Nel caso dei lavoratori autonomi la tessera deve contenere anche l`indicazione del committente.

Il dicastero specifica che, negli appalti privati, il cartellino potrà contenere la data di autorizzazione al subappalto che può coincidere con quella della stipula, eventualmente verbale, del contratto di appalto nel quale si autorizza il subappalto stesso.

In ultimo le puntualizzazioni ministeriali si focalizzano sugli infortuni sul lavoro, le responsabilità del committente ed i profili risarcitori.

L`art. 26 comma 4 del d.lgs. n. 81/08 e s.m.i. ha previsto la responsabilità solidale del committente e dei subappaltatori per eventuali danni riportati dai lavoratori in conseguenza di infortuni non indennizzati dall`INAIL, al fine di tutelare le imprese di minori dimensioni e meno strutturate.

I danni non indennizzabili dall`INAIL sono principalmente quelli che comportano una invalidità inferiore alla soglia minima indennizzabile dall`Istituto e all`eventuale danno biologico “differenziale”” calcolato secondo i criteri di responsabilità civile.

4416- Ministero del Lavoro circolare 5.pdfApri