

## **Due modelli contrattuali a confronto: l'appalto di servizi e la somministrazione di lavoro nella PA.**

### Modelli contrattuali di gestione dei servizi

I due modelli contrattuali mediante i quali la Pubblica Amministrazione acquisisce dal mercato tali servizi sono, nel primo caso, il classico "appalto" e, nel secondo, la "somministrazione di lavoro": modelli contigui, ma giuridicamente e sostanzialmente diversi e che, soprattutto, soddisfano esigenze ontologicamente differenti della Pubblica Amministrazione.

Il presente lavoro, indirizzato alla Sanità pubblica, che di detti strumenti contrattuali fa ampio utilizzo, si pone l'obiettivo di disegnare nei tratti caratteristici i due modelli, di marcarne le differenze, di rappresentare le responsabilità derivanti da una non corretta individuazione della fattispecie in essere e, soprattutto, indicare il contratto più idoneo in correlazione alle esigenze e agli obiettivi che l'Ente si pone.

Fatta la premessa che precede, si deve immediatamente rilevare come l'esigenza di distinguere l'"appalto di servizi" dalla "somministrazione di lavoro" sia stata avvertita sin dal 2003, anno dell'entrata in vigore della importante riforma del lavoro che prese il nome dal suo artefice principale, il giuslavorista Marco Biagi: l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 si premurava (e si premura tutt'ora, posto che la norma non è stata abrogata dal recente "Jobs Act", il d.lgs. n. 81 del 2015) di individuare gli elementi caratteristici dell'appalto (peraltro mutuati dalla correlata disciplina civilistica – cfr. artt. da 1655 a 1677 del codice civile -), al fine di distinguerlo in modo chiaro dalla somministrazione di manodopera, modello contrattuale che il "Decreto Biagi" andava a disciplinare compiutamente: *"il contratto di appalto ... si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore ... per l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"*.

Tre sono dunque i presupposti che debbono contemporaneamente ricorrere affinché un rapporto sia riconducibile al "contratto di appalto": a) l'approntamento dell'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore; b)

l'esercizio del potere direttivo dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori impiegati nella commessa; c) l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore, che deve essere esposto al risultato negativo dell'attività.

Dovendo ricorrere detti presupposti, è legittimo l'utilizzo del contratto d'appalto allorché l'Ente committente abbia interesse a coinvolgere i privati a questo livello di responsabilità; gravando gli stessi della completa organizzazione delle attività affidata, della gestione del personale e del rischio di impresa. Elementi che sicuramente ricorrono qualora l'Ente committente affidi ai privati la gestione integrale di un servizio, o anche parte di esso, chiedendo agli stessi degli standard da assicurare e dei livelli di risultato da raggiungere: siamo al cospetto di una classica obbligazione di risultato, soltanto mitigata dalle prescrizioni del capitolato, che tendono a fissare modalità minime per il raggiungimento dello stesso.

L'esternalizzazione dei servizi mediante contratto di appalto è invero un modello gestionale utilizzato da vari decenni e che ha, oramai, trovato una propria chiara collocazione. C'è solo da raccogliere la sfida lanciata dall'ultimo codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) alle pubbliche amministrazioni, chiamate, da un lato, a prestare maggiore attenzione alla preordinata verifica dei propri fabbisogni ed alla consequenziale programmazione delle gare, dall'altro, a gestire con maggiore efficacia la fase dell'esecuzione del contratto.

Maggiori difficoltà le pone la somministrazione di lavoro, attraverso la quale la Pubblica Amministrazione non individua soggetti cui affidare obiettivi attraverso la loro organizzazione imprenditoriale, ma soggetti che debbono mettere a disposizione del committente delle prestazioni lavorative.

Per Legge, solo una particolare categoria di imprese, Le Agenzie per il Lavoro, che dimostrano di possedere rigorosi requisiti di carattere finanziario nonché morali e tecnico/professionali da parte dei propri operatori, possono essere iscritte in un Albo tenuto presso il Ministero del Lavoro e svolgere una serie attività di intermediazione di manodopera e non solo specificamente previste e disciplinate. Con l'iscrizione in detto albo un'impresa diventa "Agenzia per il Lavoro", unico soggetto privato che può esercitare l'attività di somministrazione del lavoro: *"Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di*

*un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore"* (art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015).

La somministrazione del lavoro, come disegnata dalla citata normativa, è attività ontologicamente diversa dall'appalto di servizi: nell'appalto, come già accennato, il soggetto privato deve assicurare l'esecuzione di un servizio con la propria organizzazione imprenditoriale; mentre nella somministrazione di manodopera l'Agenzia per il Lavoro deve occuparsi di selezionare e fornire personale, che poi opera sotto la direzione, l'organizzazione e la responsabilità dell'ente utilizzatore.

### La giurisprudenza

La differenza è stata anche ben colta dalla giurisprudenza.

La Cassazione penale (vista la rilevanza penale dell'illecita intermediazione e dell'illecita somministrazione del lavoro) ha avuto più volte modo di affermare che *"la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera va operata, non soltanto con riferimento alla proprietà dei fattori di produzione, ma altresì alla verifica della reale organizzazione dei mezzi e dall'assunzione effettiva del rischio d'impresa in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa. In altri termini ... devono contemporaneamente esservi un rischio di impresa, dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e un potere organizzativo e direttivo"* (Cassazione Penale, Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 18667; in termini: Cassazione Penale, Sez. III, 5 giugno 2015, n. 27886).

I giudici di merito, intervenuti su questioni giuslavoristiche, hanno dal loro canto affermato che, *"in tema di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera è determinata non solo dalla proprietà dei fattori di produzione, ma anche dalla organizzazione dei mezzi e dalla assunzione effettiva del rischio d'impresa, in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa che, se effettuata da soggetti non autorizzati, è sottoposta alla sanzione penale di cui all'art. 18 d.lg. 10 settembre 2003, n. 276"* (Tribunale di Torino, Sezione Lavoro, 30 giugno 2014, n. 1023; in termini: Tribunale

di Roma, Sezione Lavoro, 17 gennaio 2017, n. 376 e Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 4 maggio 2017, n. 4082).

Sul tema è intervenuta anche la giustizia amministrativa, che, proprio in ambito sanitario, ha riconosciuto l'illegittimità di gare erroneamente concepite come se si trattasse di affidare un appalto, laddove l'interesse concreto della stazione appaltante era, in realtà, solo quello di reperire manodopera per un periodo determinato: *"Si configura la fattispecie dell'appalto quando l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato; la somministrazione di lavoro a tempo determinato si caratterizza – viceversa – per la ricerca da parte dell'utilizzatore di lavori in chiave di integrazione del personale esistente in organico. Affinché si configuri l'appalto, l'oggetto negoziale deve essere costruito in modo da attribuire in forma rilevante e per elementi qualificanti l'intero rischio contrattuale all'appaltatore; condizione, quest'ultima, che non si realizza quando l'oggetto principale della prestazione è la "fornitura di lavoratori" e il corrispettivo spettante alla società aggiudicataria è, almeno in via prevalente, legato alle ore di lavoro svolte, senza che assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative. In altre parole, per usare una tradizionale categoria civilistica, si configura somministrazione quando si è in presenza di obbligazioni di mezzi e non di risultato, pur con qualche secondaria deviazione da tale assunto, per cui l'oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell'appalto di servizi"* (TAR Piemonte, Sez. II, 27 giugno 2006, n. 2711. Pronuncia riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5198 del 2007, ma solo su un'eccezione pregiudiziale e non nel merito).

La diversa natura dei due contratti si coglie anche nel fatto che gli stessi si collocano nell'alveo di due modelli gestionali diversi tra quelli utilizzabili dalla Pubblica Amministrazione per esercitare le funzioni ed assicurare i servizi assegnatigli dall'ordinamento: l'appalto è il caso classico di esternalizzazione, di gestione delle attività da parte di soggetti esterni all'Ente; la somministrazione si colloca nell'ambito della "gestione diretta" dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione: la gestione diretta può essere infatti assicurata sia con propri dipendenti, sia mediante personale somministrato, il quale implementa temporaneamente l'organico dell'Ente committente (nel rapporto trilatero che si crea con la somministrazione – lavoratore, Agenzia, Ente utilizzatore – quest'ultimo è pacificamente il "datore di lavoro sostanziale").

I due modelli contrattuali rispondono dunque a due diverse esigenze, che la Pubblica Amministrazione deve ben valutare al momento della verifica dei propri fabbisogni: l'esigenza di esternalizzazione completa di un servizio sarà soddisfatta dalla sottoscrizione di un contratto di appalto con un operatore economico; l'esigenza di implementare il proprio personale sarà soddisfatta mediante la sottoscrizione di un contratto di somministrazione con una Agenzia per il Lavoro.

#### Procedura concorsuale da applicare

**La scelta del modello non si riflette solamente sulla tipologia di contratto da stipulare, ma anche sul tipo di procedura concorsuale da avviare.** Nel caso dell'appalto, la Pubblica Amministrazione può avviare una delle procedure ordinarie previste dall'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2016; mentre per la somministrazione il codice prevede un doppio binario: in taluni ambiti particolari, previsti nell'allegato IX del codice degli appalti (in ambito sanitario particolare importanza hanno la somministrazione di personale infermieristico e quello medico), è possibile attivare una procedura semplificata (cfr. art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016), per gli altri si utilizzano le gare ordinarie di cui al citato art. 59.

Come detto, la scelta del modello comporta la scelta di un diverso mercato di riferimento: attivando una procedura per l'affidamento di un appalto, verranno sollecitate tutte le imprese operanti nel settore; mentre per la somministrazione del personale, la scelta dovrà ricadere soltanto nell'ambito delle Agenzie per il Lavoro.

Sempre in tema di gara, è utile sottolineare una recente sentenza del Consiglio di Stato che si è pronunciato sulle modalità di scelta dell'Agenzia per il Lavoro cui affidare la somministrazione; la Sezione III, ponendo fine ad una prassi che vedeva purtroppo protagoniste molte stazioni appaltanti anche importanti (compresa Consip), ha stabilito che la somministrazione del personale è attività ad alta intensità di manodopera (il costo del lavoro di regola supera il 90% del costo complessivo della somministrazione, rappresentando il resto il margine dell'Agenzia), circostanza che esclude la possibilità di scegliere come criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo (a mente del comma 3 dell'art.

95 del d.lgs. n. 50 del 2016) (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

Urge un'ultima notazione, volta a sottolineare l'importanza della corretta scelta del modello gestionale, tenendo in considerazione che, proprio in ambito sanitario, non è raro assistere a gare per l'affidamento di un appalto per attività che, in realtà, non sono altro che una mera somministrazione di manodopera.

Per la già rammentata ragione della fortissima attenzione che il legislatore ha nel tempo accordato all'intermediazione della manodopera, l'affidamento della stessa a soggetti diversi dalle Agenzie per il Lavoro è sanzionato penalmente, ancorché il contratto venga formalmente concepito come un appalto (in questo caso non ha alcuna rilevanza il *nomen juris*, bensì i connotati sostanziali del rapporto, come l'oggetto delle attività e le modalità di pagamento delle attività): l'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 punisce l'esercizio non autorizzato delle attività di somministrazione con l'ammenda, sia a carico dell'impresa che dell'Ente utilizzatore, di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

La scelta di sanzionare anche l'Ente utilizzatore dimostra la particolare attenzione che il legislatore ha riposto sugli appalti "non genuini": non v'è dubbio che, in tal modo, vi è la massima attenzione di tutti gli attori al corretto utilizzo dello strumento contrattuale della somministrazione; attenzione massima che deve essere posta da chi opera nelle Pubblica Amministrazione, atteso che l'eventuale ammenda potrà generare la responsabilità erariale ed amministrativa.

La scelta errata dello strumento contrattuale potrebbe essere comunque contrastata innanzi al giudice amministrativo: le imprese commerciali potranno insorgere contro gare per somministrazione che prevedono in realtà l'esecuzione di servizi; le Agenzie per il Lavoro potranno invece censurare gare per l'affidamento di appalti, laddove l'attività richiesta sia sostanzialmente una mera fornitura di manodopera.

Non v'è dubbio, in conclusione del presente contributo, che i due strumenti contrattuali presi in considerazione, se correttamente utilizzati, siano uno strumento validissimo per aiutare le singole Pubbliche Amministrazioni a centrare gli obiettivi, sempre più ambiziosi, posti dall'ordinamento.