

## **L'ESONERO DEL COMMITTENTE DALLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NELLA "FILIERA" APPALTI – SUBAPPALTI**

**Dr. Eufrazio Massi**

Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 90 del 16 aprile 2008 il decreto interministeriale 25 febbraio 2008, n. 74, emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze di concerto con quello del Lavoro e della Previdenza Sociale con il quale è stata individuata la documentazione concernente l'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 35 (commi da 28 a 35) della legge n. 248/2006 negli appalti e nei subappalti di opere, forniture e servizi.

La piena operatività del provvedimento scatterà dal 16 giugno 2008 (decorsi 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale): indubbiamente, rispetto al termine originariamente previsto (il decreto doveva essere pubblicato entro la prima quindicina del mese di novembre 2006) si è atteso molto. Nel frattempo, provvedimenti correttivi alla normativa sono stati introdotti sia con la finanziaria per l'anno 2007, che con apposite modifiche apportate all'art. 29 del D. L.vo n. 276/2003. Ma si sa, che, in via generale, i termini normalmente inseriti nelle leggi entro i quali dovrebbero, poi, essere emanati successivi atti applicativi destinati a stabilire criteri e modalità per la loro concreta attuazione, sono, da sempre, considerati di natura ordinatoria.

L'originario art. 1676 c.c. aveva previsto a tutela delle spettanze dei dipendenti dell'appaltatore la possibilità di proporre azione diretta nei confronti del committente, fino a concorrenza del debito. Successivamente, l'art. 29, comma 2, del D.L. vo n. 276/2003 (che va letto nella attuale versione, corretta dal comma 911 dell'art. 1 della legge n. 296/2006) ha affermato che in caso di appalto " il committente è 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 e i contributi previdenziali dovuti". Come si vede, si tratta di una solidarietà "senza tetto". E' appena il caso di sottolineare come per i committenti pubblici non sembri trovare applicazione l'art. 29, comma 2, del D. L.vo n. 276/2003, atteso che, per espressa disposizione contenuta nell'art. 1, comma 2, del provvedimento normativo appena citato, non c'è "applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale". La questione ha suscitato, in via generale, più di qualche perplessità: essa trae origine dall'art. 6 della legge delega n. 30/2003 ed ha rappresentato una scelta, quantomeno, azzardata, in quanto la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro pubblico a quello privato, avvenuta sia attraverso la contrattazione collettiva che la legislazione, ha subito un arresto.

Comunque, in caso di inottemperanza alle verifiche di cui all'art. 35 della legge n. 248/2006 nell'ipotesi in cui si verificano irregolarità fiscali, salariali o contributive, il dirigente o funzionario pubblico inadempiente ai controlli, in quanto espressione della "committenza pubblica", è passibile della sanzione amministrativa compresa tra 5.000 e 200.000 euro.

Tornando all'art. 29, comma 2, va ricordato quanto affermato dal citato art. 35: la responsabilità solidale è estesa al versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente e sui premi assicurativi.

Prima di entrare nel merito del decreto interministeriale 25 febbraio 2008, n. 74 si ritiene opportuna, ad avviso di chi scrive, una breve disamina sui principi di solidarietà a partire dal dettato dell'art. 1676 c.c. il quale afferma che "coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda". Questa norma nacque con uno scopo ben preciso: quello di fornire ai crediti dei dipendenti dell'appaltatore una tutela per i c.d. "rischi di insolvenza", esercitabile nei confronti del committente che, indirettamente, si era avvantaggiato dell'opera svolta dai lavoratori. Si tratta di una azione diretta, mediante la quale i prestatori d'opera agiscono nei confronti del committente non in sostituzione dell'appaltatore, ma facendo valere propri diritti (sia pure nei limiti della concorrenza del debito).

Senza entrare nel merito di questioni specifiche che ci porterebbero lontano dall'argomento oggetto della nostra riflessione (come, ad esempio, da un punto di vista processuale il problema della competenza o, sotto un profilo applicativo, la cessione del credito dell'appaltatore o il fallimento dello stesso che non preclude affatto l'azione nei confronti del committente), è opportuno soffermarsi, in considerazione dei riflessi della solidarietà nei subappalti, sulla applicabilità dell'art. 1676 c. c., al committente pubblico. La risposta, alla luce di un orientamento consolidato di giurisprudenza è senz'altro positiva, atteso che non esiste alcuna norma che vieti la piena applicabilità dell'art. 1676 agli appalti pubblici, che l'art. 357 della legge 20 marzo 1865, all. F, ha, quale suo motivo ispiratore, lo stesso dell'art. 1676 c. c., che l'art. 351 della stessa legge si riferisce al sequestro cautelare e non riguarda l'azione di chi intende rivendicare dei propri crediti e che entrambi gli articoli appena citati configurano rapporti diretti tra il personale dell'appaltatore e l'Ente committente (Cass., n. 4051/1984, Cass., 3559/2001). In passato, però, tale indirizzo non era stato ritenuto pacifico dalla giurisprudenza (App. Trieste, 26 gennaio 1952, App. Roma, 19 gennaio 1954) che, interpretando gli articoli 351 e 357 della legge del 1865, ritenevano l'art. 1676 c. c. incompatibile con gli stessi che, attribuirebbero alla Pubblica Amministrazione il potere discrezionale di autorizzare il sequestro da parte del creditore dell'appaltatore e il potere, ugualmente discrezionale, di procedere direttamente al pagamento.

La solidarietà biennale del committente con l'appaltatore di opere e servizi e con gli eventuali subappaltatori per i crediti retributivi, i contributi previdenziali (tale obbligazione opera a favore degli Enti previdenziali) e i versamenti fiscali (nei confronti dell'Agenzia delle Entrate) sulle retribuzioni dovute ai lavoratori è, ora, sancita sia dall'art. 29, comma 2, che dal comma 34 dell'art. 35 della legge n. 248/2006. Dal campo di applicazione relativo ai soggetti obbligati, come si diceva, restano fuori soltanto i committenti "persone fisiche" che non esercitano attività d'impresa o professionale, fatta salva l'applicazione anche nei loro confronti delle sanzioni penali ex art. 18 del D. L.vo n. 276/2003, nei casi in cui ci trovi di fronte a somministrazioni di manodopera di natura fraudolenta.

Il riferimento ai "trattamenti retributivi", essendo venuto meno il principio parificatorio (rispetto ai dipendenti dell'impresa utilizzatrice), contenuto nell'art. 3 della legge n. 1369/1960, sta a significare che ai dipendenti dell'appaltatore o dei subappaltatori va garantito il trattamento economico previsto dal CCNL applicabile all'impresa appaltatrice. Per completezza di informazione va ricordato come l'art. 7 della legge n. 31/2008, nell'intento di portare un minimo di ordine in un settore particolarmente "disastrato" sotto l'aspetto retributivo (con concorrenza, al ribasso, sotto l'aspetto dei prezzi e della sicurezza per la presenza di soggetti imprenditoriali che operano ai limiti della legalità), abbia stabilito che, in presenza di più contratti collettivi nella medesima categoria, debba essere applicato ai soci lavoratori delle cooperative il CCNL sottoscritto dalle Associazioni di rappresentanza e dalle OOSS comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Come si diceva, la solidarietà è soggetta ad un limite temporale di durata: due anni dalla cessazione dell'appalto o del subappalto. Essa è da intendersi riferita all'esercizio dei diritti nei confronti dell'appaltante, mentre per quel che concerne l'appaltatore o il subappaltatore con i quali i lavoratori hanno avuto un rapporto diretto, i termini di prescrizione dei crediti sono quelli ordinari.

Si è discusso, in dottrina, circa la possibilità di atti impeditivi della decadenza, attivabili anche con atto stragiudiziale nei confronti dell'imprenditore appaltante: ad avviso di chi scrive, la soluzione non può che essere quella dell'art. 1676 c. c., nel senso che l'esercizio dei diritti dei prestatori non può che essere correlato all'esercizio effettivo dell'azione nel termine (due anni) previsto dalla legge.

L'art. 29, comma 2, del D. L.vo n. 276/2003 è, indubbiamente, più favorevole rispetto all'art. 1676 c. c., in quanto la solidarietà è "senza tetto" ed è esercitabile in un periodo più lungo: c'è, tuttavia, una differenza che va rimarcata e che, magari in casi del tutto minoritari, potrebbe far pendere la bilancia nei confronti della tutela prevista dal codice civile: ci si riferisce al fatto che nell'art. 29, comma 2, si parla di trattamenti retributivi (oltre ai contributi previdenziali, ai premi assicurativi ed all'IRPEF), mentre nell'art. 1676 c.c. la norma si focalizza su "quanto è dovuto", potendosi, in tal caso, estendersi anche a crediti di natura diversa rispetto al compenso economico.

L'esame del provvedimento amministrativo non può prescindere dai commi da cui trae origine e dalle indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate, già con la circolare n. 28/E/2006.

Il Decreto individua la documentazione attestante gli adempimenti ex comma 28, in relazione ai contratti e subappalti conclusi da soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'IVA e in ogni caso dai soggetti individuati ex artt. 73 e 74 del D.P.R. n. 917/1986. Questi ultimi sono ravvisabili nelle società per azioni ed in accomandita per azioni, nelle società a responsabilità limitata, nelle società cooperative e di mutua assicurazione, negli Enti pubblici o privati con oggetto esclusivo o principale rappresentato da attività commerciali residenti, nelle società e negli Enti di ogni tipo con o senza personalità giuridica, negli organi e nelle Amministrazioni dello Stato, comprese quelle ad ordinamento autonomo, pur se dotate di personalità giuridica, nei comuni, nei consorzi tra gli Enti locali, nelle Associazioni e negli Enti gestori di demanio collettivo, nelle comunità montane, nelle Province e nelle Regioni. Da tale elenco restano fuori soltanto i committenti non esercenti attività commerciali (es. il soggetto privato che commissiona lavori di ristrutturazione del proprio appartamento).

Il Decreto interministeriale stabilisce le condizioni attraverso le quali è possibile interrompere la solidarietà: ciò, tuttavia, è conseguente ad una serie di controlli, verifiche ed oneri che sono a carico dei committenti, degli appaltatori e dei subappaltatori.

Il sistema ipotizzato comporterà un impegno di registrazione dei singoli lavoratori, riferiti alla "filiera" di lavoro.

Ma andiamo con ordine.

L'art. 1 regola le comunicazioni dei dati concernenti i lavoratori adibiti. Il subappaltatore è tenuto a comunicare all'appaltatore il codice fiscale dei lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'opera, della fornitura o del servizio, nonché le eventuali variazioni. L'appaltatore deve comunicare al committente i dati appena citati, al fine di conseguire il pagamento di quanto pattuito.

Una prima riflessione si rende necessaria ed è relativa alla problematicità dei controlli che deve porre in essere l'appaltatore in tutte quelle ipotesi nelle quali è possibile una notevole rotazione del personale come nel settore edile o in quello delle pulizie. I controlli dovranno essere finalizzati alla verifica, in concreto, del personale che è sul posto di lavoro e, a mio avviso, c'è il rischio, legato alla "volatilità" dei lavoratori (si pensi alle c.d. "squadre jolly" nel settore delle pulizie o, anche, in quello edile) di rispondere solidalmente e per intero per lavoratori che, magari, sono stati presenti parzialmente. Ovviamente, va rimarcata l'ipotesi (frequente nelle pulizie) in cui l'attività è svolta in orari nei quali le unità produttive e gli uffici sono chiusi e non si registrano prestazioni di lavoro. Probabilmente, il committente dovrà, in qualche modo, pensare a forme di verifica per non trovarsi, ipoteticamente, in futuro "scoperto" a fronte di una richiesta rivendicativa da parte di lavoratori del subappaltatore di cui ignorava la presenza sul posto di lavoro.

L'art. 2 riguarda la documentazione attestante il versamento delle ritenute fiscali operate dall'impresa subappaltatrice. Esso avviene mediante rilascio di dichiarazione sostitutiva ex DPR n. 445/2000 redatta sulla base del modello allegato al Decreto, corredata da copie del modello F24, previsto dall'art. 3, accompagnate dalle ricevute che attestano l'avvenuto addebito, riferito ad ogni singolo subappalto. Nel modello sono riportati i versamenti delle ritenute fiscali, dei premi assicurativi e dei contributi: essi vanno effettuati inserendo anche il codice dell'appaltatore. L'attestazione può avvenire anche attraverso l'asseverazione di uno dei soggetti abilitati ex art. 35, comma 1, del D. L.vo n. 241/1997, al compimento di talune attività di assistenza fiscale (es. dottori e ragionieri commercialisti, ecc.).

Con il rilascio della dichiarazione e delle copie del modello F24 riferito al singolo subappalto corredate dalle ricevute attestanti l'avvenuto addebito (art. 2, comma 3), o l'asseverazione del professionista, l'impresa appaltatrice è esonerata dalla responsabilità solidale (qui si parla soltanto delle ritenute fiscali) con riferimento ai soggetti impiegati nell'appalto. L'esibizione della documentazione appena descritta al committente nel momento del pagamento del corrispettivo (art. 2, comma 4), determina la non applicazione delle sanzioni amministrative a carico dello stesso previste al comma 33 dell'art. 35 della legge n. 248/2006 (da 5.000 a 200.000 euro). In ordine a tale sanzione la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva dovrà fornire precise indicazioni operative ai propri organi di vigilanza: ovviamente, l'importo estremamente differenziato tra minimo (5.000 euro) e massimo (10.000 euro) potrà essere ridotto, secondo le modalità fissate dalla legge n. 689/1981, al doppio del minimo (10.000 euro). Vale la pena di sottolineare come la sanzione

amministrativa ipotizzata sia, comunque, perfettamente legale: infatti, è vero che l'art. 10, comma 2, della legge n. 689/1981 afferma che la differenza tra il minimo e il massimo non possa essere superiore al decuplo, ma è anche vero che, sono fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge (cosa, nel caso di specie, avvenuta).

L'art. 3 riguarda il modello F24 riferito al singolo subappalto: il Direttore dell'Agenzia delle Entrate definisce, con proprio provvedimento, le caratteristiche specifiche del modello da utilizzare e che sarà rinvenibile presso gli Istituti bancari, ove dovrà essere riportato il codice fiscale dell'impresa appaltatrice e l'importo delle ritenute per le quali è attribuita la responsabilità solidale. Se i lavoratori sono utilizzati in più appalti (comma 2) l'impresa subappaltatrice determina l'importo delle ritenute fiscali da indicare sul modello F24 in misura proporzionale alla percentuale di utilizzo dei lavoratori sul singolo appalto. Ciò, ovviamente, creerà alcuni problemi operativi in occasione dei cedolini paga mensili in quanto il datore di lavoro dovrà compilare più F24 in relazione alle ritenute fiscali relative alle prestazioni orarie svolte, contemporaneamente, su più posti di lavoro: si pensi, ad esempio, ad una lavoratrice delle pulizie utilizzata nella stessa giornata in un condominio (1 ora), in uno studio dentistico (1 ora) ed in istituto di credito (3 ore) o ad un lavoratore edile occupato contemporaneamente in più cantieri. A fine mese il datore di lavoro dovrà ipotizzare un criterio per focalizzare l'apporto del dipendente (si dovrebbe seguire quello relativo alle ore di prestazione dell'attività), ripartendo gli oneri nei modelli F24 relativi ai singoli appalti.

L'art. 4 tratta della documentazione attestante l'avvenuto versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi. L'impresa subappaltatrice attesta quanto sopra attraverso un prospetto che contiene:

- a) i nominativi dei lavoratori impegnati nell'appalto o nel subappalto. La norma, ad avviso di chi scrive, comprende anche eventuali lavoratori impiegati saltuariamente e per breve periodo ed a prescindere dalle varie tipologie contrattuali purchè siano a carattere subordinato. Infatti, l'art. 5 fa espresso riferimento alle prestazioni di lavoro dipendente;
- b) ammontare delle retribuzioni corrisposte ad ogni lavoratore;
- c) indicazione dell'aliquota contributiva applicata e relativi importi contributivi versati;

Oltre a tale prospetto dovrà essere consegnato il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) rilasciato dagli Istituti previdenziali dopo la data di ultimazione dei lavori o della fase cui si riferisce il pagamento. Esso deve essere accompagnato da una dichiarazione con la quale si attesta che i versamenti attestati dal DURC si riferiscono ai lavoratori impiegati su quell'appalto. L'attestazione dei versamenti contributivi da parte dell'impresa subappaltatrice può essere rilasciata mediante un'asseverazione, alternativa al rilascio della documentazione (allegato 3) rilasciata da un soggetto individuato dall'art. 35, comma 1, del D. L.vo n. 241/1997, dal professionista responsabile del centro di assistenza fiscale, nonché dal soggetto individuato dall'art. 3, comma 3, lettera a) del DPR n. 322/1998.

I successivi commi 3 e 4 ripetono, pedissequamente, quanto già detto, per la parte fiscale circa l'esonero dalla solidarietà sia dell'appaltatore che del committente con riferimento ai soggetti impiegati nell'attività.

L'ultimo articolo, il 5, concerne l'efficacia delle disposizioni contenute nel Decreto Interministeriale: essa scatterà, decorsi 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ossia, come detto pocanzi, a partire dal 16 giugno 2008.

Un primo esame della materia postula alcuni chiarimenti che, necessariamente, dovranno essere affrontati in sede amministrativa.

Il primo riguarda l'applicabilità o meno agli appalti ed ai subappalti in corso: il tenore letterale della disposizione ove si parla di "prestazioni rese" sembra far propendere per l'applicabilità anche ai contratti in essere.

Il secondo concerne l'operatività del principio di solidarietà per gli emolumenti di natura economica che hanno una periodicità differita nel tempo come il TFR o le mensilità aggiuntive. Ad avviso di chi scrive, la responsabilità segue il periodo di maturazione e non quello di cassa. La stessa cosa si può affermare per i c.d. "premi INAIL".

La terza questione riguarda la possibilità che, in un secondo momento, vengano trovati lavoratori “in nero” o irregolari. La procedura già espletata non esonera dalla eventuale responsabilità riguardo a tali prestatori.

La quarta riflessione riguarda questioni che sembrano esulare dallo stretto esame burocratico del provvedimento ma che in un sistema di appalti e subappalti dovrebbero rappresentare delle cautele per il committente: ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità di prevedere forme di controllo sulla “filiera”, anche improvvisate, per verificare la presenza del personale dichiarato o di prevedere una qual forma fideiussoria rapportata al valore del costo del lavoro.

Una ulteriore riflessione riguarda i lavoratori collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, eventualmente presenti ed utilizzati nell’appalto o nel subappalto. La procedura di esonero dalla responsabilità non sembra coinvolgerli in quanto la stessa fa riferimento al personale dipendente. Questo appare un grosso limite, atteso che tali forme contrattuali, seppur abusate e perciò soggette a specifici controlli da parte degli organi di vigilanza finalizzati alla loro riconducibilità nell’alveo della subordinazione (significativi di tale orientamento sono sia la circolare n. 4/2008 del Dicastero del Lavoro, che la proroga per le stabilizzazioni contenuta nella legge n. 31/2008), sono estremamente diffuse. Paradossalmente, il committente dovrebbe avere tutto l’interesse (ai fini dell’esonero dalla responsabilità solidale) a che il personale impiegato nel subappalto abbia un rapporto di lavoro subordinato.

Modena, 23 maggio 2008

Eufanio MASSI

Direttore della Direzione provinciale del Lavoro di Modena

Pubblicato sul n. 21/2008 della rivista “Diritto & Pratica del Lavoro”