

Appalto illegittimo con ente pubblico: il rapporto non può essere costituito con l'appaltatore

di S. Galleano - 13 Novembre 2022

La Corte di appello di Napoli, accogliendo l'appello proposto da una lavoratrice, ha dichiarato nullo l'appalto stipulato tra una società partecipata che gestiva la Circumvesuviana per quanto attiene il rapporto di lavoro con l'appellante, dichiarando la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la società ferroviaria *in house* e condannandola al pagamento delle differenze retributive, da accertarsi in separato giudizio.

Il giudice di merito ha ritenuto ricorrere, nel caso specifico, una intermediazione vietata di mano d'opera, poiché era risultato dall'istruttoria come la prestazione fornita dalla lavoratrice – addetta alle mansioni di guardabarriere – abbia costituito attività propria della appaltante in quanto materia disciplinata dalla normativa in tema di traffico ferroviario ed esercitata con l'utilizzo di attrezzature e sedi operative della società ferroviaria che, peraltro, aveva anche fornito una apposita formazione professionale alla lavoratrice, in seguito alla quale le era stata riconosciuta una specifica abilitazione per l'esercizio delle mansioni affidatele.

Ha inoltre ritenuto che i turni di lavoro, formalmente assegnati dalla appaltante, fossero finalizzati alle esigenze della società ferroviaria (e, dunque, probabilmente dalla stessa disposti).

Ha ritenuto quindi il rapporto costituito con quest'ultima sin dall'origine.

Due i motivi di ricorso della società.

Il primo atteneva alla violazione o falsa applicazione dei principi regolanti l'interposizione di mano d'opera con riferimento all'art. 29 del D.lgs. 276/2003.

Il secondo, invece, alla violazione della medesima norma, in relazione alle conseguenze sanzionatorie dell'appalto illegittimo.

La Corte di Cassazione si è pronunciata con l'ordinanza n. 3768 del 7 febbraio 2022, qui annotata.

Il primo motivo viene ritenuto infondato. La società ricorrente deduceva infatti che la Corte territoriale avesse erroneamente interpretato la normativa di cui al d.lgs. 276/2003, sanzionando con la nullità un appalto genuino, ignorando l'esistenza di uno specifico contratto tra le due società e l'impegno al rispetto della normativa vigente da parte dell'appaltatore, il quale, si afferma, aveva piena autonomia nella scelta del personale da assumere e rispetto al quale la appaltatrice si era limitata «*ad esercitare soltanto un "gradimento" dello stesso*».

Così impostato, il motivo viene ritenuto inammissibile, risultando la dedotta violazione o falsa applicazione della legge nascondere la richiesta di una rivisitazione dei fatti operata dal giudice di merito.

La Corte, infatti, si premura di specificare che la sentenza impugnata aveva ben evidenziato l'effettivo assoggettamento della lavoratrice al potere direttivo del datore di lavoro, accertando che la prima operava secondo le istruzioni della seconda, che la stessa aveva seguito un corso formativo predisposto dalla società ferroviaria conseguendo una specifica specializzazione per lo svolgimento delle mansioni affidatele e che i controlli sul suo operato erano svolti dai suoi dipendenti.

Altresì, la prestazione offerta era possibile mediante l'utilizzo di attrezzature e beni della società ferroviaria, circostanza che può avere rilevanza solo laddove le mansioni espletate consistano nel mero svolgimento di un servizio *«organizzativo o logistico»* e si tratti di materiale *«modesto o non apprezzabile valore»*, poiché, in tal caso, può avere rilevanza, ai fini della verifica della genuinità dell'appalto, *«l'esistenza di una effettiva ed autonoma organizzazione del lavoro da parte dell'appaltatrice»*. Viceversa, quando si tratta di svolgimento di attività complesse *«non è sufficiente, al fine di escludere l'interposizione fittizia, la mera gestione organizzativa del rapporto (es. permessi, ferie, turni, ecc.)»*.

Ricorda la Corte che già in altri casi (si citano Cass. 12573/2019, Cass. 11120/2006, Cass. 12363/2003) il servizio di manutenzione e sorveglianza di passaggi al livello ad una società appaltatrice è stato ritenuto interposizione fittizia, tanto più poi nel caso specifico, dove la Corte di merito aveva accertato che l'attività *«veniva resa "secondo le esclusive direttive tecniche e regolamentari fornite dal personale della circumvesuviana all'uopo preposto"»*, sicché le generiche censure avanzate non colloquiavano con la sentenza della Corte territoriale, concretizzandosi in un richiesta di riesame dei fatti accertati dal giudice di merito, inammissibile in sede di legittimità.

La Corte ritiene peraltro di ribadire che il principio già stabilito (si richiama Cass. 18207/2020) secondo il quale, sul divieto di intermediazione di manodopera, l'art. 29 del D.lgs. 276/2003 delinea la differenza tra il contratto di appalto e la somministrazione irregolare di lavoro *«in base all'assunzione, nel primo, del rischio di impresa da parte dell'appaltatore e all'eterodirezione dei lavoratori utilizzati, la quale ricorre quando l'appaltante-interponente non solo organizza, ma dirige anche i dipendenti dell'appaltatore rimanendo sull'interposta solo compiti di gestione amministrativa del rapporto senza una reale organizzazione della prestazione lavorativa»*.

Ed infatti, per poter ritenere genuino un appalto di opere o servizi, soprattutto se trattasi appalto *«ad alta intensità di manodopera (cd. "labour intensive")»*, occorre che in capo all'appaltatore sia individuabile la concreta ricorrenza di un risultato in sé autosufficiente attraverso una *«effettiva e autonoma organizzazione del lavoro»*, con esercizio in concreto del potere direttivo e del controllo dell'operato dei dipendenti, mentre invece, ai fini dell'individuazione di un appalto illecito, rileva che il potere direttivo e organizzativo del personale sia di fatto riferibile al formale committente. In tale ultimo caso è irrilevante che il committente non proceda alla scelta del personale, posto che in caso di somministrazione illegale è usuale che l'*intuitu personae* sia operato dal dall'intermediario il quale si limita a scegliere i lavoratori *«per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro»* (si cita, in proposito, Cass. 12551/2020).

Si tratta dunque, sul punto, di una motivazione convincente in fatto e resa in applicazione dei più generali principi di effettività che permeano il diritto nazionale ed europeo.

Diverso esito ha invece il secondo motivo sul quale ora ci soffermeremo.

La Corte ritiene che non sia applicabile, nel caso di società partecipate, l'art. 29 del D.lgs. 276/2003, che prevede la possibilità del somministrato irregolare di chiedere la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato in capo al solo utilizzatore.

Ed infatti, secondo l'art. 9 del D.L. 76/2013, «*[l]e disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, (...) non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*».

Ora, per quanto attiene le società «*in house*», a seguito dell'approvazione dell'art. 18 del D.L. 112 del 2008, integrato con le disposizioni di cui al D.L. 78/2009, l'assunzione del personale deve avvenire con, criteri e modalità di trasparenza, pubblicità e imparzialità in linea con i principi di cui all'art. 35 del D.lgs. 165/2001: dunque, concorso o selezioni pubbliche (sul punto v. CHIETERA, *La questione della nullità espressa o virtuale dei contratti di assunzione nelle società partecipate in assenza di procedure selettive*, in *Labor*, 13.04.22), con la conseguenza che la violazione di tali disposizioni comporta anche il divieto di conversione dei rapporti a termine o di somministrazione irregolari (nella sentenza si cita Cass. 21378/2018).

Tanto senza che ciò muti la natura di soggetto privato della società partecipata, che rimane regolata dal regime giuridico dello strumento privatistico adoperato per la sua costituzione, salve le speciali disposizioni, come quelle qui esaminate, ai cui fini rileva «*la natura pubblica del capitale impiegato e del soggetto che ne possiede le azioni della persona giuridica*» (SS.UU. 24591/2016 e, con riferimento ai rapporti di lavoro, SS.UU. 7759/2017, richiamate in sentenza).

Tali principi trovano la loro ragione nell'art. 97 della Costituzione come più volte ricordato dalla Consulta (sentt. 29/2006 e 466/93).

Il motivo viene dunque accolto e la sentenza cassata, con rinvio al giudice di merito per l'ulteriore esame della controversia, che potrà portare al risarcimento del danno in favore del lavoratore a seguito dell'accertata illegittimità dei contratti di somministrazione (su cui v. GALLEANO, Cass. 22861/2022: *come si affronta il problema della reiterazione dei contratti di somministrazione in violazione del principio della temporaneità stabilito dal diritto europeo nonostante l'intervenuta decadenza ex art. 32 L. 183/10*, europeanrights.eu, 12.09.22), domanda che potrà essere avanzata anche in sede di rinvio.

La Corte, infatti, con le ordinanze 15027 e 15030/2022, ha stabilito il seguente principio: «*in tema di impiego pubblico privatizzato, qualora sia stata chiesta la conversione o trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine per violazione delle regole che ne condizionano la legittimità, il giudice, a fronte della giuridica impossibilità di una tale tutela in forma specifica avverso l'illecito determinatosi, deve pronunciare sulla tutela per equivalente, secondo il regime del c.d. danno eurolunitario*», principio che può certamente applicarsi anche nel caso di società partecipate.



Sergio Galleano, avvocato in Milano e Roma

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 7 febbraio 2022, n. 3768](#)