

Newsalert

Labour and Executive Compensation, White Collar Crime, Tax

Profili di rischio nei contratti di appalto: quali tutele? Incontro interdisciplinare tra legali e mondo delle imprese

Il 26 gennaio scorso si è tenuto presso lo Studio Chiomenti un convegno multidisciplinare avente ad oggetto i profili di rischio legati ai contratti d'appalto, sempre più spesso al centro dell'attenzione degli organi ispettivi pubblici.

Come noto, alcune di tali ispezioni sono state oggetto anche di una forte esposizione mediatica. Si pensi ai casi relativi ad alcuni "colossi" del settore logistica: Ceva Logistics (nel 2019), Ubereats (nel 2020), DHL Supply Chain (nel 2021) e, da ultimo, l'inchiesta attualmente in corso e che sta interessando Bartolini (gennaio 2023).

Il nucleo "sostanziale" di queste ispezioni risiede nella verifica della corretta qualificazione del contratto di appalto.

Per definire un appalto come genuino, e delimitarne il corretto perimetro, non si può prescindere da un passaggio fondamentale di "differenziazione" rispetto ad un'altra tipologia contrattuale, vale a dire quella della somministrazione di lavoro, l'unico altro istituto giuridico che permette l'impiego – nell'ambito di fasi del *business* di una determinata impresa – di personale impiegato da terzi. Si tratta di un istituto fortemente regolamentato che prevede stringenti requisiti, tra i quali l'accreditamento nel registro ANPAL dell'agenzia di somministrazione, il rispetto di specifici limiti di durata e percentuale del personale impiegato con tale modalità, e in taluni casi, la sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici (c.d. causali).

Dalla riqualificazione del contratto di appalto in somministrazione illecita possono discendere diverse conseguenze, non solo giuslavoristiche, ma anche sul fronte tributario e penalistico.

Da un punto di vista giuslavoristico, gli elementi essenziali sui quali porre l'attenzione sono rappresentati, da un lato, dalla sussistenza del rischio d'impresa in capo all'appaltatore e, dall'altro, dall'organizzazione dei mezzi e delle risorse dedicate alla commessa.

Rispetto al primo profilo, sono stati reputati indici sintomatici di genuinità dell'appalto: (i) l'esercizio abituale di un'attività imprenditoriale, (ii) lo svolgimento di una comprovata attività produttiva da parte dell'appaltatore e (iii) la pluri-committenza, ferma restando la centralità della valutazione sulla assunzione del rischio "economico" dell'affare da parte dell'appaltatore.

CHIOMENTI

Rispetto al secondo profilo, secondo la giurisprudenza più recente, può essere considerato genuino (soprattutto in caso di appalto cd. “*labour intensive*”) anche l’appalto in cui vengano utilizzati i mezzi di proprietà del committente, a condizione che l’appaltatore provi di apportare altri beni immateriali indispensabili per l’esecuzione dell’opera o del servizio oggetto del contratto, come il *know how*, i software e, in genere, i beni immateriali aventi rilievo preminente nell’economia dell’appalto e che organizzi e diriga effettivamente il lavoro del personale addetto alla realizzazione dell’opera o del servizio.

La qualificazione dell’appalto come non genuino espone il committente al rischio di azioni promosse dal personale dell’appaltatore volte (i) alla costituzione in capo alla società committente di un rapporto di lavoro subordinato, oltre (ii) al pagamento di eventuali differenze retributive e relativa regolarizzazione contributiva (quest’ultima anche ad iniziativa dell’INPS). A ciò, si aggiunge il rischio di potenziali sanzioni per somministrazione illecita, fino ad un massimo di euro 60.000,00.

Oltre al fronte giuslavoristico, un appalto ritenuto non genuino può portare alla qualificazione della gestione fiscale dello stesso come scorretta, introducendo il tema della inesistenza delle fatture, e dunque approdando ad una rilevanza anche sul fronte penale, non solo con riferimento alle persone fisiche, ma, ad oggi, anche con riguardo agli enti ai sensi del Decreto Legislativo 231/2001.

In particolare, in tale contesto, profili di rischio penale possono intervenire attraverso tre strade differenti:

- la somministrazione fraudolenta di manodopera, si tratta di un illecito contravvenzionale che viene punito con la sola pena dell’ammenda (di euro 20 per ogni lavoratore coinvolto ed ogni giorno di lavoro);
- l’intermediazione illecita con sfruttamento del lavoro (c.d. caporalato), si tratta di una fattispecie di reato disciplinata dall’art. 306-*bis* c.p., che si caratterizza per due elementi strutturali quali (i) lo sfruttamento delle condizioni di lavoro e (ii) l’abuso dello stato di bisogno del lavoratore;
- il rischio da reati-tributari (vedi il caso DHL: Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 16302/2022), si tratta di un filone particolarmente attivo nella Procura di Milano, che, a fronte della riqualificazione del contratto di appalto, ravvisa gli estremi di reati tributari, con particolare riguardo all’art. 2 del D.lgs. 74/2000, “Dichiarazione fraudolenta mediante l’uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”.
Tale ultima fattispecie presenta, dal punto di vista fiscale, un approccio differente a seconda del carattere della prefigurata inesistenza delle operazioni documentate dalle fatture.

Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità:

- in caso di inesistenza cosiddetta soggettiva – e, dunque, nel caso in cui l’operazione sia avvenuta tra soggetti differenti da quelli indicati in fattura – la contestazione a livello tributario sarà limitata all’IVA (e se del caso all’IRAP per le annualità in cui le spese per lavoro dipendente non erano deducibili);
- in caso di inesistenza oggettiva – che si ravvisa nel caso in cui l’operazione non sia mai avvenuta (e che può, secondo talune prospettazioni, riguardare anche forme di mera *inesistenza giuridica*)– la contestazione sarà estesa anche ai costi sottostanti all’appalto, comportando dunque, un carico impositivo e sanzionatorio assai più significativo.

CHIOMENTI

Sul fronte penale, la configurazione delle fattispecie di reato di cui all'art. 2 del D.lgs. 74/2000 può far scaturire un profilo di responsabilità penale in capo alle persone fisiche: anche il firmatario della dichiarazione sarà chiamato a rispondere del suddetto reato.

Inoltre, a partire da dicembre 2019, con il Decreto fiscale che ha portato all'inserimento delle fattispecie contemplate dal D.lgs. 74/2000 nel novero dei c.d. "reati presupposto" ai sensi del D.lgs. 231/2001, anche gli enti possono incorrere in una responsabilità penale, con conseguenze patrimoniali particolarmente rilevanti.

Infatti, le aziende possono essere soggette a sanzioni pecuniarie e/o sanzioni interdittive, tra cui il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione o il divieto di ricevere agevolazioni da parte dello Stato. Una conseguenza assai dannosa per l'azienda è senz'altro la confisca del profitto, declinata oggi come "sequestro obbligatorio", che ha ad oggetto l'ammontare dell'imposta evasa.

Peraltro, di recente, la riforma del codice degli appalti ha previsto che la mera contestazione dell'illecito ai sensi del D.lgs. 231/2001 può essere di per sé causa di esclusione da una gara d'appalto pubblico.

Per governare questi rischi, le possibili strategie di prevenzione sono:

- l'attenta redazione del contratto di appalto, con l'adozione dei dovuti meccanismi di mitigazione del rischio, da individuarsi tenendo conto dei principi affermati dalla giurisprudenza giuslavoristica e sulla base delle peculiarità di ciascun committente;
- l'adozione di certificazione d'appalto, che, sul fronte penalistico può fungere da argomento difensivo con riferimento al criterio soggettivo, in quanto, ai fini della configurazione dei reati ex D.lgs. 74/2000 è richiesto il dolo specifico e risulterebbe assai difficile dimostrare la conoscenza della diversa natura contrattuale dell'operazione;
- l'adozione e adeguata implementazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001, il quale può fungere da *mitigant* ove l'ente abbia previsto all'interno del proprio Modello l'astratta configurazione dell'illecito commesso, e dunque, abbia adottato dei presidi di controllo necessari per prevenirlo;
- l'adozione di protocolli (procedure, sistemi di monitoraggio, etc.) sugli appaltatori, sulle modalità concrete di esecuzione dell'appalto e, in particolare, sulla verifica degli adempimenti fiscali e contributivi da parte dell'appaltatore.

Tutti questi profili sono stati illustrati nel dettaglio nel corso del Convegno.

Alla luce della esperienza maturata dai professionisti del nostro Studio, che fornisce assistenza alle imprese sia nella fase genetica dei contratti di appalto, e dunque nella strutturazione dei processi di *outsourcing*, sia nella eventuale fase "patologica" di assistenza in caso di ispezione e/o contenzioso, la finalità del Convegno è stata quella di:

- fornire una GUIDA RAGIONATA sui principali criteri che permettono di distinguere tra appalto genuino e somministrazione illecita,
- illustrare le POSSIBILI CONSEGUENZE in caso di appalto illecito (sui tre fronti: giuslavoristico, fiscale e penale), ma soprattutto,
- condividere alcune INDICAZIONI OPERATIVE sui possibili fattori di mitigazione del rischio, da adottare in un'ottica di prevenzione.

Nel tracciare questo percorso, abbiamo pensato che fosse opportuno dare spazio anche alla voce delle associazioni di categoria e delle imprese, per comprendere le effettive esigenze dei

CHIOMENTI

nostri Clienti nel gestire i processi di esternalizzazione e calare i nostri ragionamenti tecnici nella realtà della vita dell'impresa.

Ringraziamo ancora una volta il dottor Carbonera di Assolombarda, la dottoressa Cereda del Gruppo Sperlari, il dottor Cometto di Newlat S.p.A. e l'avvocato Lega del Gruppo FedEx, che con i loro contributi hanno, da un lato, illustrato le esigenze manifestate dalle parti sociali e, dall'altro, generosamente condiviso l'esperienza delle rispettive aziende e i processi interni implementati al fine di gestire al meglio l'esternalizzazione di servizi a favore di terzi.

Per ogni approfondimento sulle tematiche trattate, siamo a disposizione per fornirvi l'assistenza richiesta.

Contatti

Annalisa Reale

Partner - Chiomenti
Labour and Executive Compensation
T. +39.02.72157.455
annalisa.reale@chiomenti.net

Emanuele Barberis

Partner - Chiomenti
Labour and Executive Compensation
T +39.02.72157.448
emanuele.barberis@chiomenti.net

Francesco d'Alessandro

Partner - Chiomenti
White Collar Crime
T +39.02.72157.676
francesco.dalessandro@chiomenti.net

Marco di Siena

Partner - Chiomenti
Tax
T+39.06.46622.201
marco.disiena@chiomenti.net

Massimo Antonini

Partner - Chiomenti
Tax
T. +39.02.72157.436
massimo.antonini@chiomenti.net

Alain Maria dell'Osso

Of Counsel - Chiomenti
White Collar Crime
T+39.02.72157.673
alain.delosso@chiomenti.net

Valeria de Lucia

Managing Associate
Labour and Executive Compensation
+39.02.721.571
Valeria.delucia@chiomenti.net
