

ESTERNALIZZAZIONE: UN PROBLEMA DA AFFRONTARE

dott. Roberto Ceroni

L'OUTSOURCING O ESTERNALIZZAZIONE

Oggi, attività fondamentali e processi che non rappresentano il "core business", possono essere "affidati" alla gestione di organizzazioni esterne specializzate.

Questo processo si chiama "outsourcing": risposta giuridica alle esigenze delle aziende in cerca di soluzioni per ottimizzare produzione e razionalizzare risorse, con fornitura di un servizio o processo che va a sostituirsi a quello dell'utente.

AREE DI APPLICAZIONE DELL'OUTSOURCING

1. servizi ad elevato grado di specializzazione, come l'*Information Technology*;
2. servizi per la gestione degli immobili e delle esigenze del personale, come le mense e la manutenzione degli edifici;
3. servizi amministrativi (paghe, viaggi, fiscale, ecc.);
4. servizi per il supporto alla produzione (lavorazioni; manutenzioni impianti, logistica ecc.);
5. servizi per la vendita ed i rapporti con l'utente (customer care, logistica, ecc.).

IL CONTRATTO

Appalto? A fondamento: *outsourcing* è un contratto di impresa, e la lettura del codice civile sembra soddisfacente in tal senso (artt. 1655, 1659 e 1662 c.c.).

Somministrazione? A fondamento: continuità della prestazione (art. 1559 c.c.). La somministrazione non è un contratto di impresa: la qualità di imprenditore non è un requisito essenziale di una delle parti.

In ogni caso, nulla vieta che al contratto di outsourcing possano applicarsi le disposizioni dettate per entrambi gli istituti (art. 1677 c.c.), sebbene sia ormai prassi consolidata ricorrere all'outsourcing tramite l'appalto.

LE FASI DELLA ESTERNALIZZAZIONE

1. analisi strategica iniziale;
2. definizione delle aspettative (attenzione ai costi);
3. identificazione di un valido *outsourcer*;
4. contratto – tre tappe:
 - a) preliminare (caratterizzata dalla *migration plan*);
 - b) esecuzione;
 - c) post-contrattuale. Ritorno del sistema nella disponibilità del cliente, prosecuzione, eccetera.

TIPOLOGIE DI OUTSOURCING

- 1) *full outsourcing*: trasferimento di proprietà di un intero settore di azienda (figura "ibrida" per aspetti della cessione di azienda o ramo di essa);
- 2) *outsourcing* di base: affidamento in gestione di una determinata attività aziendale mantenendo controllo delle procedure;
- 3) *transformational outsourcing*: *full outsourcing* con ristrutturazione dell'area aziendale interessata;
- 4) *outsourcing* funzionale: affidamento di un'intera funzione, o più frequentemente, di un intero processo (ad es. l'esternalizzazione della logistica);
- 5) *joint-venture outsourcing*: trasferimento di intero settore a favore di una società mista il cui capitale è suddiviso tra cliente ed *outsourcer* secondo schemi della *joint-venture*;
- 6) *group outsourcing*: trasferimento di intero settore a favore di una società interamente controllata dal cliente.

E LA SICUREZZA? RICORSO ALL'ART. 26 T.U. 81/08

I. Ambito di operatività della norma

Tre diversi criteri:

1. di tipo oggettivo – disciplina circoscritta ad alcune tipologie di contratti;
2. di tipo spaziale-funzionale – disciplina relativa ai soli contratti di appalto, prestazione d'opera e somministrazione c.d. "interni";
3. di tipo soggettivo – disciplina applicabile al solo soggetto imprenditore.

TIPOLOGIE CONTRATTUALI DI RIFERIMENTO

Rilevanza rubrica art. 26 (espressa estensione alla somministrazione).

Non rileva tanto il titolo contrattuale, bensì il meccanismo sostanziale della terziarizzazione di lavori, servizi e forniture (rientrano quindi subappalto, "nolo a caldo", "fornitura e posa in opera" di materiali, accomunati dalla caratteristica dell'impiego necessario di manodopera).

Contratti di somministrazione di lavoro di cui alla legge Biagi? Esclusione:

- art. 3, comma 5°, d.lgs. 81/08, facendo salva disciplina d.lgs. 276/03, pone tutti gli obblighi di prevenzione in capo all'utilizzatore;
- art. 26, comma 5°, menziona contratti di somministrazione solo in relazione a beni e servizi;
- art. 26 si applica solo in caso di affidamento oltre che di "lavori", anche di "servizi e forniture".

AMBITO SPAZIALE-FUNZIONALE DEL CONTRATTO

Il carattere interaziendale del contratto: all'interno dell'azienda o nell'ambito dell'intero ciclo produttivo della stessa.

Già legge finanziaria 2007 aveva esteso all'"ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda". Problemi interpretativi. Circolare esplicativa del Ministero del Lavoro del novembre 2007 (24/07): esclusi appalti inerenti fasi meramente preparatorie e complementari, nonché quelli eseguiti in locali sottratti alla giuridica disponibilità del committente.

Art. 16 d.lgs. 106/09 ha ritoccato art. 26 con l'aggiunta, relativamente ai lavori "nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda", dell'inciso "sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo".

"Disponibilità giuridica", si contrappone a semplice disponibilità materiale, e sembra presupporre disponibilità attraverso un titolo legittimante.

Mancato richiamo alla "necessarietà" dei lavori, lascia aperta applicabilità anche ad appalti extra-aziendali relativi a fasi complementari e preparatorie.

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Obblighi di cui all'art. 26: soltanto su committente che rivesta qualifica di "datore di lavoro" e, quindi, di imprenditore.

Privato che appalta lavori presso la propria abitazione non potrà essere soggetto a tale disciplina.

Giustificazione: estensione effettuata dall'art. 89, lett. a), d.lgs. 81/08 della disciplina prevista in materia di cantieri "a qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile il cui elenco è riportato nell'allegato X".

II. GLI OBBLIGHI DEI DATORI DI LAVORO COINVOLTI

1. verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici in relazione ai lavori da svolgere (art. 26, comma 1°, lett. a);
2. obbligo di informazione degli appaltatori sui rischi specifici e sulle particolari misure adottate per contenerli (art. 26, comma 1°, lett. b);
3. obbligo di cooperazione e coordinamento con gli altri datori di lavoro e lavoratori autonomi (art. 26, comma 2°);
4. obbligo di promozione del coordinamento (art. 26, comma 3°).

VERIFICA DELL'IDONEITÀ TECNICO PROFESSIONALE (ART. 26, COMMA 1°, LETT. A))

Art. 26 esplicita le modalità per la verifica, rimandando ad una apposita legge di definizione. Fino all'emanazione: certificato di iscrizione alla camera di commercio e autocertificazione da parte dell'impresa appaltatrice del possesso dei requisiti.

Il rispetto delle cautele minime previste per legge è sufficiente? Questioni emerse già sotto la vigenza dell'art. 7 d.lgs. 626/94, che prevedeva che la verifica dovesse essere svolta "anche" con l'iscrizione alla camera di commercio: congiunzione implicava carattere non esaustivo. A tal fine, proposti indici sintomatici: sufficienti attrezzature e mezzi, adeguata organizzazione aziendale per la sicurezza, mezzi di protezione, attestazione di un basso livello di infortuni.

Giurisprudenza consolidata: accertamento della capacità tecnica e professionale dell'appaltatore è presupposto perché committente possa ragionevolmente ritenere che l'adeguatezza tecnica corrisponda anche l'adeguatezza dei presidi antinfortunistici.

Art. 89, comma 1°, lett. l, prevede un'espressa definizione di "idoneità tecnico professionale". Tale definizione sembra possa illuminare l'applicazione anche dell'art. 26.

Conclusioni: se adempimenti ex lege sufficienti per evitare contravvenzione ex art. 54, comma 4°, meno probabile siano sufficienti per escludere *culpa in eligendo* in caso di infortuni dovuti ad idoneità tecnica dell'appaltatore, dovendosi richiedere un controllo più o meno penetrante a seconda dell'oggettiva complessità e pericolosità dei lavori.

Costi della sicurezza di cui all'art. 26, comma 5°, da parametro per valutare la congruità della scelta dell'appaltatore a strumento per la verifica dell'ottemperanza all'obbligo di cooperazione.

OBBLIGO DI INFORMAZIONE (ART. 26, COMMA 1°, LETT. B))

Committente deve fornire all'impresa appaltatrice dettagliate informazioni sui rischi specifici (strutturali o da altre lavorazioni) esistenti nell'ambiente e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate per evitarli.

Informazione rinnovata in occasione di ogni nuovo affidamento dei lavori.

OBBLIGHI DI COOPERAZIONE E COORDINAMENTO (ART. 26, COMMA 2°, LETT. A) E B))

Su tutti i datori - Superamento del principio di non ingerenza.

Problemi interpretativi in relazione al significato, all'oggetto ed alla portata dei singoli obblighi previsti.

Definizione della giurisprudenza (sin da Cass., Sez. IV, 3 luglio 2002) di coordinamento e cooperazione.

Portata obblighi fondamentale per determinare ampiezza responsabilità committente in caso infortuni (o malattie) di dipendenti dell'appaltatore:

- giurisprudenza più rigorosa (Cass. 13917/08, Cass. 5420/11): in capo al committente posizione di garanzia e di controllo dell'integrità fisica anche dei dipendenti dall'appaltatore;
- dottrina: obblighi limitati ai fattori di rischio comuni;
- giurisprudenza maggioritaria (Cass. pen. sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 44881; Cass. pen. Sez. IV, 24 giugno 2010, n. 37600; Cass. 23090/08): esclusa responsabilità per infortunio originato da fattori di rischio "specifici" delle appaltatrici (appiglio nell'art. 26, comma 3°). Rientrerebbero tra i rischi oggetto degli obblighi in questione quelli facilmente riconoscibili da chiunque;
- ulteriori pronunce (tra le altre, Cass. 31459/02, Cass. 28197/09) escludono che cooperazione possa risolversi in un'inammissibile ingerenza, e la limitano alle misure volte ad eliminare pericoli comuni (tra cui gli interferenziali).

IL D.U.V.R.I. (ART. 26, COMMA 3°)

La promozione della cooperazione e del coordinamento spetta al solo committente.

Modalità di adempimento: elaborazione di documento unico di valutazione dei rischi che, peraltro, indichi le misure adottate per eliminare o, dove ciò non sia oggettivamente possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze.

Gli obblighi imposti dal comma in esame "non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici".

Giurisprudenza (Cass. pen. sez. III, 16 gennaio 2013, n. 2285): omessa elaborazione del D.U.V.R.I. è reato proprio del "datore di lavoro committente", senza possibilità di estensione del medesimo al datore di lavoro appaltatore. La redazione del D.U.V.R.I., infatti, è obbligo del datore di lavoro committente (pur potendo lo stesso essere delegato a terzi).

Il D.U.V.R.I. è: documento a formazione progressiva e dinamico, che deve essere allegato al contratto.

Tre questioni:

- predisposizione del DUVRI necessaria e sufficiente a rispettare l'obbligo di promozione imposto dalla legge?
- quali i rischi sicuramente interferenziali?
- esistono ipotesi in cui si può prescindere dalla redazione del documento?

Comma 3° ter.

CONCLUSIONI SULLA POSIZIONE DEL COMMITTENTE

Nonostante gli obblighi descritti, non è configurabile una responsabilità *in re ipsa*.

Esclusa l'applicazione automatica del principio di esposizione del committente alla responsabilità, non potendo esigersi controllo pressante, continuo e capillare. Per fondare responsabilità esame attento della situazione fattuale, e a tal fine vanno considerati:

- specificità dei lavori da eseguire e caratteristiche del servizio da svolgersi;
- criteri seguiti dal committente per la scelta dell'appaltatore;
- ingerenza del committente stesso nell'esecuzione dei lavori;
- percepibilità agevole ed immediata di eventuali situazioni di pericolo.

Ipotesi particolare: impresa affidataria che, nell'esecuzione dell'opera, si avvalga di subappaltatrici.

Secondo recente giurisprudenza (Cass. pen. sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6749), quando contribuisca in qualche misura alla organizzazione delle attività da eseguirsi in ragione del subappalto, impresa affidataria sarà tenuta a far fronte agli obblighi che l'articolo 26 pone al datore di lavoro-appaltante.

...E IL MEDICO COMPETENTE?

Definizione e compiti, precisando la previsione di penale responsabilità ex d.lgs. 106/09.

Portata dell'attività di collaborazione e relativi effetti:

- già per art. 33 d.p.r. 303/56, competenze in relazione alla valutazione delle condizioni di salute ed alla collaborazione con il datore nella individuazione di rimedi contro sostanze nocive, portavano a riconoscere un ruolo propulsivo che determinava assunzione di una autonoma posizione di garanzia in materia sanitaria (Cass. Sez. IV n. 5037, 6 febbraio 2001);
- anche R.S.P.P. presta "ausilio" al datore di lavoro nella individuazione e segnalazione dei fattori di rischio e nella elaborazione delle procedure di sicurezza, e si è ammessa una sua concorrente responsabilità per infortunio quando oggettivamente riconducibile a situazione pericolosa che dovuto conoscere e segnalare (così Cass. Sez. IV n. 2814, 27 gennaio 2011);
- quindi, per medico competente non può escludersi una concorrente responsabilità quando evento lesivo riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare ("l'obbligo di collaborazione comprende anche un'attività propositiva e di informazione da svolgere con riferimento al proprio ambito professionale", così Cass. 1856/13).

In caso di esternalizzazione possibile richiamo della giurisprudenza formatasi per R.S.P.P. (Cass. 15226/07): compiti consultivi in relazione a tutti i rischi cui vanno incontro i dipendenti dell'appaltatore, se e nella misura in cui è chiamato a risponderne il datore di lavoro committente.

Principio esportabile nei confronti del medico competente.