



La somministrazione del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni e il nuovo Codice degli appalti

a cura
dell'Ufficio per il personale delle Pubbliche Amministrazioni



La somministrazione del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni e il nuovo Codice degli appalti

a cura
dell'Ufficio per il personale delle Pubbliche Amministrazioni

VOLUME REDATTO DA:

FRANCESCO VERBARO

*Direttore dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni
del Dipartimento della funzione pubblica – Presidenza del Consiglio dei Ministri*

VALENTINA LOSTORTO

Magistrato del lavoro

STEFANIA DE PAULIS

*Funzionario dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni
del Dipartimento della funzione pubblica – Presidenza del Consiglio dei Ministri
Coordinatrice della pubblicazione*

SEBASTIANO CONTI NIBALI

Esperto di diritto amministrativo e lavoro pubblico

MASSIMILIANO BRUGNOLETTI

Avvocato. Presidente della Jus Consulting

INDICE

INTRODUZIONE	5
I PARTE	
1. Il mercato del lavoro pubblico e la nuova flessibilità di <i>Valentina Lostorto</i>	7
1.1 <i>Premessa</i>	9
1.2 <i>L'utilizzo delle forme di lavoro flessibile e l'imptto con le leggi finanziarie</i>	11
1.3 <i>In particolare: l'utilizzazione di lavoratori con contratto di somministrazione a termine nel quadro legislativo della razionalizzazione della spesa per il personale</i>	14
1.4 <i>La flessibilità nel lavoro pubblico secondo il nuovo quadro normativo delineatosi con il decreto legge n. 4 del 2006, convertito con legge n. 80 del 9 marzo 2006</i>	15
2. La somministrazione di lavoro e la contrattazione collettiva di <i>Valentina Lostorto</i>	21
2.1 <i>Il quadro normativo generale di riferimento</i>	23
2.2 <i>La contrattazione collettiva e il regime delle causali, delle limitazioni e dei divieti per i contratti di somministrazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni</i>	25
2.3 <i>I contratti collettivi nel settore del lavoro pubblico attualmente vigenti e le previsioni in materia di somministrazione</i>	29
3. Disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato nella pubblica amministrazione di <i>Stefania De Paulis</i>	33
3.1 <i>Nozioni</i>	35
3.2 <i>Presupposti per il ricorso</i>	35
3.3 <i>Limiti al ricorso</i>	36
3.4 <i>Il contratto di somministrazione</i>	37
3.5 <i>L'inserimento del lavoratore somministrato nell'organizzazione della pubblica amministrazione utilizzatrice</i>	39
4. Pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore: rapporti e rispettive responsabilità di <i>Valentina Lostorto</i>	41
4.1 <i>Forme contrattuali possibili</i>	43
4.2 <i>La posizione del lavoratore somministrato: diritti, obblighi e tutele</i> .	44
4.3 <i>Il trattamento economico e normativo: il precetto di parità di trattamento e la tutela del lavoratore</i>	49
4.4 <i>Somministrazione irregolare, illecita fraudolenta e il sistema sanzionato applicabile alle pubbliche amministrazioni</i>	53
4.5 <i>La tutela giurisdizionale: cenni</i>	57
5. le FAQ di <i>Stefania De Paulis</i>	61
5.1 <i>È possibile stipulare contratti di somministrazione a tempo determinato per e figure dirigenziali e direttive della pubblica amministrazione</i>	63
5.2 <i>È possibile acquisire in somministrazione personale da inserire nell'area vigilanza con funzioni di politica municipale dei comuni?</i>	67
5.3 <i>Le causali della somministrazione a tempo determinato e le causali previste nei CCNL relativamente al lavoro interinale. Problemi relativi ai limiti quantitativi nella disciplina transitoria</i>	70

5.4	<i>Problematiche relative alla possibilità di ricoprire tutti i livelli di personale tramite i contratti di somministrazione a tempo determinato.....</i>	72
5.5	<i>A quali capitoli di bilancio vanno imputate le spese per il personale in somministrazione?</i>	73
5.6	<i>È possibile acquisire personale docente con i contratti di somministrazione</i>	74

II PARTE

6.	Il nuovo sistema degli appalti pubblici: Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e Codice unico degli appalti	
	<i>di Massimiliano Brugnoletti e Sebastiano Conti Nibaldi</i>	77
6.1	<i>Direttiva 31 marzo 2004 n. 17 e Direttiva 31 marzo 2004 m. 18.....</i>	79
6.2	<i>Legge 8 aprile 2005 n. 62: delega al recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 5004/18/CE</i>	82
6.3	<i>Il Codice unico degli appalti (decreto legislativo 12 aprile 2006 in corso di pubblicazione).....</i>	84
6.4	<i>Principali novità del Codice unico degli appalti: l'avvalimento.....</i>	87
6.5	<i>Segue: il dialogo competitivo.....</i>	88
6.6	<i>Segue: i contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice</i>	88
6.7	<i>Segue: l'offerta anomala</i>	90
6.8	<i>Segue: l'accordo quadro</i>	91
6.9	<i>Segue: la concessioni di servizi.....</i>	91

III PARTE

7.	I format di Massimiliano Brugnoletti.....	93
7.1	<i>Premessa</i>	95
7.2	<i>I criteri di aggiudicazione suggeriti</i>	96
7.3	<i>Gara semplificata prevista nell'art. 27 del Codice degli appalti.....</i>	99
7.4	<i>L'avviso di gara con procedura aperta.....</i>	100
7.5	<i>L'avviso di gara con procedura ristretta</i>	101
7.6	<i>Il bando di gara (secondo il fac-simile della Gazzetta Europea).....</i>	102
7.7	<i>La lettera di invito alla procedura ristretta.....</i>	108
7.8	<i>Capitolato speciale per l'affidamento dei servizio di somministrazione lavoro a tempo determinato</i>	116
7.9	<i>Il disciplinare di gara per il servizio di somministrazione lavoro a tempo determinato.....</i>	124
7.10	<i>Il Capitolato speciale per l'affidamento del servizio di somministrazione di personale infermieristico</i>	134

APPENDICE

	<i>Le norme. Articoli di interesse per la pubblica amministrazione nella somministrazione a tempo determinato.....</i>	155
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	175
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

Il tema dei contratti di lavoro flessibili e del lavoro pubblico rimane tra gli addetti ai lavori di grande attualità e costituisce ormai da alcuni anni oggetto di un ampio confronto oltre che di diversi interventi normativi. Per questo probabilmente le riflessioni sul mercato del lavoro privato che caratterizzano il dibattito attuale meritano attenzione e più di un commento anche da parte degli operatori del settore pubblico, alle prese da anni con problemi apparentemente distanti ma, per certi versi, dai tratti comuni.

Il processo di "privatizzazione" del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni d'altronde, pur con le specificità proprie, rende necessario analizzare la gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni attraverso le lenti degli economisti e dei sociologi del lavoro che hanno tra l'altro fornito elementi di interesse in questi anni anche ai giuristi.

Il "mercato del lavoro pubblico" italiano si caratterizza infatti per la presenza di ampie garanzie riconosciute agli insiders, con forti rigidità nell'impiego del capitale umano, e di una vasta area di precariato di lungo periodo, anche effetto delle rigidità interne.

Si nota inoltre che il protrarsi del blocco delle assunzioni non ha portato a perseguire uno degli obiettivi indicati dal Decreto legislativo n.165 del 2001 ovvero la migliore utilizzazione delle risorse umane e, quindi, un incremento della produttività connessa al miglioramento dei servizi. Le rigidità interne in termini di scarsa mobilità, infungibilità della prestazione, vincoli negli orari, ipercontrattualizzazione degli istituti di flessibilità e di produttività e ridimensionamento del ruolo datoriale, hanno comunque portato le amministrazioni a ricorrere ad altro personale proprio in termini di rapporti di lavoro flessibili. Si è fatto ricorso a prestazioni che poco hanno di temporaneo, ma mirano a soddisfare fabbisogni stabili, mai rivisitati e aggiornati nonostante processi di decentramento, riforme costituzionali e significativi investimenti nelle nuove tecnologie informatiche.

In questo quadro abbiamo assistito in questi anni a diversi interventi legislativi diretti a contenere l'impiego dei rapporti di lavoro flessibili e non solo per ovvie esigenze finanziarie. Recentemente infatti il legislatore è intervenuto in materia di contratti di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni, attraverso il Decreto Legge n. 4 del 2006, modificando l'art. 36 del Decreto legislativo n.165 del 2001, per aggiornare le causali e le esigenze organizzative nell'ottica di un maggior rigore funzionale, in considerazione della mancanza di norme in materia negli ultimi contratti collettivi. D'altronde come più volte ribadito tali rapporti di lavoro vanno adottati nel settore pubblico, avendo ben presenti le caratteristiche e gli obiettivi istituzionali delle pubbliche amministrazioni. L'amministrazione gestisce risorse pubbliche per erogare servizi alla collettività nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Si tratta di principi che devono guidare il comportamento dei datori di lavoro pubblici soprattutto nell'attività di programmazione delle risorse umane e dei fabbisogni.

Le norme che si riproducono ormai da alcuni anni in materia di divieto di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato e a tempo determinato costituiscono il contesto in cui collocare gli istituti contrattuali e i rapporti di lavoro delle amministrazioni. Si tratta comunque di disposizioni che pongono una riflessione innanzi tutto di carattere organizzativo oltre che di carattere finanziario. La riduzione degli organici e i tetti di spesa in materia di contrattazione e di spesa complessiva per il personale richiedono un ragionamento sul riordino delle strutture pubbliche, sul modo di "essere e fare amministrazione", in particolare in una fase storica caratterizzata da una significativa spesa in nuove tecnologie e da importanti riforme costituzionali.

In questo quadro occorre parlare di uno specifico mercato del lavoro delle pubbliche amministrazioni rivolto soprattutto ad assicurare il migliore utilizzo del personale già dipendente, con la consapevolezza infatti che gran parte della domanda di flessibilità del settore pubblico nasce da un cattivo utilizzo del personale in servizio.

Pur non applicandosi alle amministrazioni la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a tempo attivato in violazione delle norme in materia, occorre ricordare le diverse responsabilità che ricadono sui datori di lavoro pubblici. L'attenzione del Dipartimento della funzione pubblica è stata rivolta in questi anni ad un'attività di sensibilizzazione e informazione anche attraverso pareri e atti di indirizzo, nonché attraverso la promozione di momenti di incontro sul territorio con i numerosi responsabili del personale. È giusto, infatti, richiamare la maggiore responsabilità in capo alle amministrazioni nella gestione dei rapporti di lavoro, anche di rilievo sociale, per rafforzare la consapevolezza sui poteri datoriali e sugli obblighi ad essi connessi.

Il presente volume, che costituisce un puntuale aggiornamento normativo e non solo sul contratto di somministrazione a tempo determinato, si colloca in quelle attività editoriali e di informazione rivolte a fornire degli utili strumenti agli uffici per il personale per ridurre i rischi e le problematiche derivanti dall'applicazione di alcuni istituti contrattuali.

Il contratto di somministrazione va, quindi, collocato correttamente dal punto di vista giuridico e gestionale tenendo conto delle norme e delle esigenze effettive delle amministrazioni. L'utilizzo improprio dei rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato e in generale dei contratti di lavoro a termine invita a porre l'attenzione sulla caratteristica dei fabbisogni anche al fine di non operare in modo da eludere il divieto ad assumere e da favorire la crescita del precariato, fenomeno particolarmente grave negli ultimi anni. Il fenomeno delle collaborazioni coordinate e continuative costituisce un esempio per le criticità di carattere finanziario e giuridico, nonché di tutela di questi lavoratori.

Il tema delle flessibilità come degli altri istituti utili a soddisfare i fabbisogni delle amministrazioni, come la mobilità o l'assegnazione temporanea, dovrà essere oggetto di un'ampia riflessione e regolamentazione che coinvolga le parti sociali al fine di assicurare la tutela dei lavoratori e il funzionamento delle amministrazioni. Si sente l'esigenza non solo di un'armonizzazione rispetto alla legge 30/2003 e al decreto legislativo 276/2003, ma di un ripensamento complessivo che tenga conto del percorso a cui sono chiamate le amministrazioni nel processo di modernizzazione del sistema Italia.

Per questo le amministrazioni sono chiamate nel confrontarsi con i diversi istituti contrattuali a fare un ragionamento anche sui profili professionali necessari rispetto alle competenze e ai programmi assegnati dal legislatore e dagli organi di governo. La mancanza diffusa di alcuni profili e di alcune professionalità richiedono una migliore programmazione, politiche di reclutamento mirate e una gestione più attenta dei contratti di lavoro flessibili. Si tratta infatti di vedere le opportunità e le soluzioni organizzative presenti in ogni tipologia contrattuale dando rilievo, prima ancora che dal punto di vista giuridico dal punto di vista aziendale, alla causa e all'oggetto del contratto da porre in essere.

Tale volume pertanto vuole costituire un invito alla riflessione per gli addetti ai lavori che dovranno gestire le diverse tipologie contrattuali fornendo alcune informazioni e indicazioni per un migliore utilizzo dei contratti di lavoro flessibili. Nel caso del contratto di somministrazione rileva, come giustamente di seguito evidenziato, l'attenzione da rivolgere al bando di gara e al capitolato che costituiscono per l'amministrazione il momento di manifestazione formale dei propri fabbisogni e delle proprie esigenze organizzative, che vanno quindi ben ponderate dal punto di vista delle norme contrattuali, delle esigenze di flessibilità e della domanda di professionalità.

È importante quindi che anche e soprattutto in questa occasione, data la particolare natura di tale contratto e le opportunità di esternalizzazione presenti in esso, le amministrazioni si comportino da committenti attenti ed esigenti a tutela dell'interesse pubblico che deve guidare l'azione di ogni amministratore.

Francesco Verbaro
*Direttore dell'Ufficio per il personale
delle pubbliche amministrazioni*

I PARTE

1. Il mercato del lavoro pubblico e la nuova flessibilità *di Valentina Lostorto*

1.1 Premessa

A partire dalla legge delega n. 421 del 1992 e dal conseguente decreto legislativo n. 29 del 1993, fino ad arrivare al decreto legislativo n. 165 del 2001, il lavoro pubblico è stato oggetto di una riforma radicale che lo ha, alla fine, trasportato dall'area del diritto pubblico a quella del diritto privato. Tale riforma (cosiddetta *privatizzazione*) ha comportato una complessa operazione normativa di riassetto del sistema delle fonti del pubblico impiego¹.

Mentre con riferimento al rapporto di lavoro in senso stretto del pubblico impiegato (e cioè con riferimento alla disciplina dell'obbligazione lavorativa e della controprestazione datoriale) il legislatore ha potuto attuare un disegno di equiparazione tra lavoro pubblico e privato, con l'assoggettamento dei pubblici dipendenti alla normativa di diritto comune (articolo 2, comma 2 decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165) e con la conseguente contrattualizzazione dei rapporti individuali di lavoro (articolo 2, comma 3), necessariamente diverso è il quadro normativo con riferimento a tutti quei profili connessi al rapporto di servizio e comunque al momento essenzialmente pubblico dell'azione amministrativa².

Accanto alla accennata *contrattualizzazione* del rapporto di lavoro pubblico, una delle più importanti novità normative della riforma, ed in particolare della seconda fase di essa³, è stata senza dubbio l'esplicita previsione della possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alle forme contrattuali cosiddette "atipiche", sempre più largamente in uso nel settore privato.

Ed infatti, l'articolo 22 del decreto n. 80 del 1998, nel sostituire il precedente articolo 36 del decreto legislativo n. 29 del 1993, ha previsto, ai commi 7 ed 8, quanto stabilito nei due commi di cui si componeva l'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 prima della recentissima modifica introdotta dall'articolo 4 del decreto legge n.4 del 10 gennaio 2006, convertito con Legge n. 80 del 9 marzo 2006. Detti commi sanciscono che:

«1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale [omissis], si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e

¹ Per una prima panoramica del nuovo quadro normativo concernente il pubblico impiego dopo la privatizzazione si vedano, tra gli altri, Lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, Commentario diretto da Carinci, D'Antona, Giuffrè, 2000; Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, 2002; Forlenza, Terracciano, Volpe, *La riforma del Pubblico impiego*, Il Sole 24 ore, 1999.

² Sulla correttezza di siffatta scelta legislativa, si veda la decisione n. 309 del 16 ottobre 1997 della Corte Costituzionale.

³ Ci si riferisce alla cosiddetta "seconda privatizzazione, attuata con i decreti legislativi n.80/1998 e n.387/1998.

della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione da quanto previsto dalla legge [omissis].

2. In ogni caso la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave».

Il comma 2 dell'articolo 4 del decreto legge n.4 del 2006 sopra citato, convertito in Legge n. 80 del 2006 ha introdotto due nuovi commi nell'articolo 36, e cioè il comma 1bis e 1ter, i quali sanciscono:

«1-bis. Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi. Le disposizioni di cui al comma 1bis costituiscono norme di principio per l'utilizzo di forme contrattuali flessibili negli enti locali.

1-ter. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili».

Si tenterà più avanti un approfondimento del ruolo di siffatte innovazioni legislative nell'ambito del mercato del lavoro pubblico. In questa breve premessa basti ricordare come la legge delega n. 30 del 2003 ed il decreto legislativo n. 276 del 2003 (e successive modificazioni), attuando un ampio progetto di riforma della disciplina del mercato del lavoro, fortemente caratterizzato dalla introduzione di massicce dosi di flessibilità tipologica e gestionale, hanno comportato una rilevante modificazione del quadro giuridico di riferimento in materia di cosiddetti "lavori atipici" e, conseguentemente è sorta la necessità di una rilettura dell'articolo 36 citato alla luce delle nuove forme di flessibilità.

Con riferimento alle pubbliche amministrazioni, va chiarito come la legge n. 30 del 2003, nel delegare il governo a definire le regole dell'intera riforma del mercato del lavoro, abbia stabilito all'articolo 6 l'inapplicabilità "al personale delle pubbliche amministrazioni" delle principali disposizioni in materia di rapporti di lavoro flessibile in essa stessa contenute "ove non siano espressamente richiamate". Ed in attuazione di tale vincolo l'articolo

1, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003 ha ribadito che le norme in esso contenute non trovano applicazione «per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale»; unica eccezione è rappresentata da quanto previsto dall'articolo 86, comma 9 del medesimo decreto, in forza del quale da un lato viene stabilita l'applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni della disciplina sulla somministrazione a tempo determinato, e dall'altro si prevede che continui ad applicarsi ad esse quella sul contratto di formazione e lavoro (istituto non più utilizzabile, invece, nel settore privato)⁴.

Pertanto, per effetto della predetta “non applicazione” della nuova disciplina alle pubbliche amministrazioni, esse non potranno far ricorso, almeno allo stato dei fatti, alla quasi totalità delle nuove forme di lavoro flessibile introdotte dal decreto legislativo, e cioè: la somministrazione a tempo indeterminato; il lavoro intermittente; il lavoro ripartito; le tre tipologie di apprendistato; il contratto di inserimento (consentito, tuttavia, agli enti di ricerca pubblici); il lavoro a progetto; il lavoro accessorio (di cui peraltro gli enti pubblici possono usufruire in casi di emergenza).

Le pubbliche amministrazioni potranno invece ricorrere alla nuova somministrazione a tempo determinato (la cui disciplina si sostituisce a quella del lavoro interinale contenuta negli articoli 1-11, legge n. 196 del 1997), mentre continueranno ad utilizzare, sulla base della disciplina pregressa, il contratto di formazione e lavoro, il lavoro a tempo parziale e le collaborazioni coordinate e continuative.

Nulla, infine, risulta mutato in materia di lavoro a tempo determinato, la cui disciplina resta quella fissata, per il settore pubblico e privato, dal precedente decreto legislativo n. 368 del 2001⁵.

1.2 L'utilizzo delle forme di lavoro flessibile e l'impatto con le leggi finanziarie.

Come si è visto, l'articolo 36 del decreto legislativo n.165 del 2001, prima dell'innovazione di cui all'articolo 4 del decreto legge n.4 del 2006 – di cui si parlerà più avanti- si limitava ad autorizzare le pubbliche amministrazioni ad utilizzare, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, le forme contrattuali di lavoro flessibile previste dalla legislazione vigente, senza fornire alcun criterio circa la scelta delle varie tipologie lavorative possibili.

⁴ Per una ampia panoramica delle problematiche connesse, si rinvia a Mainardi, *Decreto legislativo. 10 settembre 2003 n.276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2003, 6, pagg. 1069 e ss.

⁵ Sul tema si veda D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *LPA*, 2003, n.3-4, pp. 505 e ss.

L'unico limite posto alle amministrazioni era costituito dalle previsioni delle leggi finanziarie le quali, nel porre precisi obiettivi di razionalizzazione delle spese del personale, hanno via via introdotto tetti massimi di spesa rispetto a parametri rigorosamente predeterminati. Ed invero, l'articolo 1 comma 116 della legge finanziaria per il 2005 (legge 30 dicembre 2004 n.311) ha previsto la possibilità per le pubbliche amministrazioni statali di avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite della spesa annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001. Ancora più restrittiva è la legge 23 dicembre 2005 n.266 (legge finanziaria per il 2006) che, al comma 187 dell'articolo 1, riduce (sempre con riferimento alle amministrazioni dello Stato e gli altri enti ivi indicati) il tetto massimo per la spesa per il personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa al 60 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2003.

Anche con riferimento agli enti locali ed alle amministrazioni regionali la legge finanziaria 2006 dispone che per il triennio 2006 - 2008 tali enti non possono prevedere per il personale una spesa superiore a quella sostenuta nel 2004, ridotta dell'1 per cento⁶.

Quanto alla portata del rigoroso intervento legislativo di riduzione della spesa, non sembrano sussistere dubbi circa il fatto che il previsto taglio della spesa per il personale colpisca indiscriminatamente tutti i contratti indicati, compresi quelli già in essere ma con scadenza successiva al 2005. Il termine "avvalersi" utilizzato dal legislatore richiama, infatti, il rapporto e il suo concreto svolgimento e non la stipulazione del contratto. Tale previsione rappresenta un *factum principis* e quindi una causa sopravvenuta di impossibilità della prestazione non imputabile al datore di lavoro pubblico che, pertanto, in presenza di contratti il cui onere determini il superamento del tetto di spesa imposto, dovrà risolvere il contratto per non incappare in eventuali responsabilità erariali⁷.

Peraltro, in mancanza di indicazioni legislative al proposito, spetta alle amministrazioni compiere la delicata operazione di individuazione dei contratti eventualmente da risolvere, posto che il nuovo limite di spesa si limita a ridurre quantitativamente l'importo disponibile per onorare tali tipi di contratti. Di qui la necessità di operare detti tagli utilizzando criteri oggettivi e predeterminati, che rispettino i canoni di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Infine, un discorso a parte va fatto per i cosiddetti incarichi di consulenza esterna.

⁶ Sui problemi di legittimità costituzionale di tali disposizioni, secondo i principi tracciati dalla sentenza della Corte Costituzionale n.417 del 14 novembre 2005, si rinvia a Olivieri, *Problemi di legittimità costituzionale delle misure di contenimento della spesa di personale imposte agli enti locali dalla legge finanziaria 2006*, in LexItalia.it, .12/2005.

⁷ L'ultima parte del comma 187 in commento prevede espressamente che il mancato rispetto dei limiti imposti "costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale".

La legge n. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2005), nel regolamentare i vincoli finanziari e procedurali per il ricorso a incarichi ad esterni all'amministrazione, pone una precisa distinzione tra la disciplina in materia di contratti di collaborazione coordinata e continuativa (menzionati espressamente come si è sopra visto all'articolo 1, comma 116) e quella specificamente dettata in materia di "incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei" (articolo 1 comma 11 e, con riferimento agli enti locali, comma 42, che, oltre a prevedere più rigorosi criteri di giustificazione, introducono l'obbligo della trasmissione dell'atto di affidamento dell'incarico alla Corte dei conti).

La rilevanza giuridica di tale distinzione è stata affermata a chiare lettere nel provvedimento della Corte Conti, sezioni riunite in sede di controllo, adunanza 15 febbraio 2005; i giudici contabili, nell'interpretare i commi 11 e 42 della legge n. 311 del 2004, hanno affermato che "gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, infatti, per la loro stessa natura che prevede la continuità della prestazione e un potere di direzione dell'amministrazione, appaiono distinti dalla categoria degli incarichi esterni, caratterizzata dalla temporaneità e dall'autonomia della prestazione. Resta fermo, peraltro, che, qualora un atto rechi il nome di collaborazione coordinata e continuativa, ma, per il suo contenuto, rientri nella categoria degli incarichi di studio o di ricerca o di consulenza, il medesimo sarà soggetto al limite di spesa, alla motivazione e all'invio alla Corte dei Conti, secondo le previsioni dei commi 11 e 42".⁸

Ad avviso di chi scrive la rilevanza giuridica della distinzione posta dalla legge finanziaria del 2005 sopra rilevata prescinde dalla vigenza o meno delle disposizioni normative sopra richiamate (articolo 1 commi 11 e 42 della legge finanziaria 2005)⁹. Al contrario, siffatta distinzione continua ad essere

⁸ Tale definizione è stata da ultimo ribadita dalla Corte dei conti (sezione giurisdizionale Toscana, del. N.6 dell'11 maggio 2005) che ha affermato come nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative "viene generalmente richiesta una prestazione priva dei connotati dei contratti di opera intellettuale ex articolo 2229 c.c. e quindi priva di particolare competenza specialistica propria degli incarichi di studio, ricerca, consulenza. Tali rapporti -disciplinati come rapporti di lavoro autonomo (o parasubordinato) di media professionalità (articolo 409, n.3 del codice di procedura civile; articolo 61 decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276)- trovano una specifica disciplina nell'articolo 1, comma 116 della legge 311/2004 e, in quanto caratterizzati dalla continuità della prestazione e da un potere di direzione dell'amministrazione, sono utilizzabili per le esigenze ordinarie proprie del funzionamento delle strutture amministrative". Negli stessi termini Corte Conti sez. giur. Umbria 21 dicembre 2005 n.447. Per un quadro della ricostruzione giuridica delle due fattispecie si rinvia ad un precedente approfondimento dell'autrice, *Gli incarichi di collaborazione esterna e le collaborazioni coordinate e continuative*, in *Azienda Italia: Il personale*, IPSOA, n.10/2005, p.497.

⁹ Vedi sul punto delibera della Sezione Autonomie della Corte dei Conti del 17 febbraio 2006 in ordine all'attuazione del comma 173 della legge finanziaria n.266/2005 e alla ritenuta abrogazione dei commi 11 e 42 della legge finanziaria per il 2005 con riferimento alla tipologia di atti da sottoporre all'invio per il relativo controllo.

ripresa ancor più incisivamente dalla legge finanziaria per il 2006 la quale, come si è visto, annovera la spesa per il personale utilizzato con contratto di collaborazione coordinata e continuativa tra quelle soggette alla limitazione di cui all'articolo 1, commi 187 e 198, mentre disciplina gli incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione ai commi 9 e 56, imponendo una drastica limitazione del tetto di spesa al 50 per cento rispetto alla spesa sostenuta per lo stesso motivo nell'anno 2004 nonché una decurtazione automatica dei compensi del 10 per cento rispetto agli importi risultanti alla data del 30 settembre 2005.

1.3 In particolare: l'utilizzazione di lavoratori con contratto di somministrazione a termine nel quadro legislativo della razionalizzazione della spesa per il personale.

Come si è visto, l'articolo 1 comma 187 della legge finanziaria n.266/2005 impone alle amministrazioni riduzioni della spesa per il personale con specifico riferimento al personale con contratto a termine, con convenzione o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

Diversa è l'espressione utilizzata dal legislatore nel successivo comma 198, riguardante le amministrazioni regionali e gli enti locali, laddove viene specificato che le spese di personale includono anche "le spese per il personale a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni. Tale norma, dunque, considera computabili ai fini della base di calcolo per la riduzione dell'1 per cento riferita al 2004 anche le "altre forme di rapporto di lavoro flessibile" utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalla qualificazione che si voglia dare alla prestazione retributiva resa dall'amministrazione¹⁰ nel caso di utilizzazione di personale tramite stipulazione di contratti di somministrazione a tempo determinato. Come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro¹¹, infatti, tale forma contrattuale si caratterizza per l'assenza di un rapporto di lavoro diretto e formale con la Pubblica amministrazione utilizzatrice, la quale si avvale dei lavoratori inviati dall'agenzia di fornitrice; la spesa sopportata dalle pubbliche amministrazioni quale corrispettivo della fornitura di lavoratori somministrati costituisce dunque l'adempimento di un contratto commerciale di fornitura tra l'amministrazione e l'agenzia.

Di contro, l'espresso richiamo alle "altre forme di rapporto di lavoro flessibile" non è contenuto nel comma 187, il quale, come si è visto, menziona esclusivamente il personale con contratto a termine o con convenzioni o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa; per quanto prima accenna-

¹⁰ Vedi circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze n.9 del 17 febbraio 2006.

¹¹ Vedi più avanti cap.III e IV.

to (e che sarà oggetto di un più approfondito esame nel corso della presente opera), gli esborsi concernenti l'utilizzazione dei lavoratori somministrati, trattandosi di spesa concernente un servizio, non vanno quindi ad incidere sul capitolo proprio del personale e non incontrano, conseguentemente, i vincoli e le limitazioni contabili e finanziarie introdotti dal legislatore al comma 187 della legge finanziaria. Né può, ad avviso di chi scrive, sostenersi che il termine "convenzioni" utilizzato dal legislatore possa essere interpretato nel senso di includervi anche il rapporto instaurato con i lavoratori somministrati.

Ed invero, il termine "convenzione" ha un preciso significato giuslavoristico, volto ad indicare peculiari rapporti professionali instaurati con le pubbliche amministrazioni che si differenziano, per autonomia e modalità operative, dalle collaborazioni coordinate e continuative¹², ma che attengono pur sempre a rapporti di lavoro autonomo instaurati direttamente con la pubblica amministrazione. Inoltre il termine "convenzione" viene utilizzato sia nel citato comma 187 che nel successivo comma 198 (laddove poi si aggiungono espressamente anche le "altre forme di rapporto di lavoro flessibile"); pertanto, secondo canoni di logica ermeneutica, l'unica interpretazione che dia un senso compiuto all'espressione utilizzata dal legislatore non può che essere quella volta ad escludere dal novero dei rapporti con "convenzioni" quelli concernenti i lavoratori somministrati¹³.

1.4 La flessibilità nel lavoro pubblico secondo il nuovo quadro normativo delineatosi con il decreto legge n.4 del 2006, convertito con legge n.80 del 9 marzo 2006.

Se gli interventi delle leggi finanziarie esaminati sin qui sono finalizzati esclusivamente a porre limiti quantitativi al possibile ricorso per le pubbliche amministrazioni a forme flessibili di utilizzazione del personale, con la modifica dell'articolo 36 del decreto legislativo n.165 del 2001 introdotta dal decreto legge n.4 del 2006, convertito in legge n.80 del 2006¹⁴, il legislatore ha messo in campo un tentativo di percorrere gli obiettivi di razionalizzazione della spesa pubblica attraverso l'introduzione anche di limiti per così dire qualitativi al ricorso al lavoro flessibile.

¹² Si vedano, ad esempio, i rapporti convenzionali tra i medici e le Aziende Sanitarie, ovvero le convenzioni con le Università. Anche il novellato articolo 23 bis, comma 7, del decreto legislativo n.165 del 2001 prevede oggi la possibilità di convezioni per l'assegnazione temporanea di personale presso altre pubbliche amministrazioni o imprese private.

¹³ Del resto lo stesso articolo 4 del decreto legge n.4 del 2006 all'articolo 1 *ter* usa il termine "convenzione" per indicare gli accordi relativi all'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

¹⁴ Originariamente il decreto legge in questione conteneva anche all'articolo 13 innovazioni in materia di incarichi esterni e collaborazioni coordinate e continuative, articolo soppresso in sede di conversione.

Secondo il comma 1 *bis* dell'articolo 36 del decreto legislativo n.165 del 2001, infatti, le amministrazioni possono attivare i contratti di lavoro flessibile indicati al comma 1 del medesimo articolo 36 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti di somministrazione a termine, ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi.

In primo luogo, dunque, il legislatore sembra introdurre un ulteriore requisito di legittimità per la stipulazione di contratti di lavoro flessibile (e cioè la ricorrenza di esigenze temporanee ed eccezionali) che si va ad aggiungere ai presupposti già previsti dalla disciplina legale già applicabile; in secondo luogo il ricorso a tali contratti viene sottoposto alla condizione che l'amministrazione effettui una puntuale ricognizione, con esiti negativi, della possibilità di ovviare alla carenza di personale o con personale già in servizio (da assegnare temporaneamente) o con modalità operative tali da evitare l'instaurazione di un rapporto di lavoro diretto con la pubblica amministrazione (ricorso al alle agenzie fornitrici di lavoratori somministrati ovvero esternalizzazione del servizio)¹⁵.

Già da una prima lettura della norma appare evidente la disorganicità tra la prima e la seconda parte sopra evidenziate, laddove da un lato si subordina l'attivazione per tutte le forme contrattuali flessibili (contratti a termine, contratti di formazione lavoro, contratti di somministrazione a termine) ad un requisito ulteriore di legittimità (esigenze temporanee ed eccezionali) e dall'altro si pone il ricorso ad una di queste stesse forme contrattuali - e cioè la somministrazione a termine - quale necessario passaggio preliminare nel procedimento valutativo volto all'attivazione di forme di lavoro flessibile.

In altre parole se è innegabile che la norma in commento abbia innovato per le pubbliche amministrazioni la disciplina posta dall'articolo 1, comma 1 del decreto legislativo n.368 del 2001, introducendo, accanto alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, i requisiti di "eccezionalità"¹⁶ e "temporaneità"¹⁷, perplessità sorgono con riferimento alle altre forme di flessibilità richiamate dal primo comma dell'articolo 36, e cioè i contratti di formazione e lavoro e i contratti di somministrazione a tempo determinato¹⁸.

¹⁵ Per un primo commento di tale norma si rinvia a Olivieri, *Lavoro a tempo determinato e somministrazione. Le nuove restrizioni per la pubblica amministrazione*, in LexItalia.it, n. 1/2006.

¹⁶ Con conseguente impossibilità del ricorso ai contratti a termine per far fronte a esigenze ordinarie o comuni dell'organizzazione dell'amministrazione.

¹⁷ Con ulteriore restringimento temporale dell'attività lavorativa per cui diventa attivabile il contratto a termine, oggi limitata a esigenze straordinarie, occasionali e limitate nel tempo.

¹⁸ Ovviamente, come già visto in premessa, i rinvii normativi contenuti nel primo comma dell'articolo 36 devono considerarsi oggi rivolti alle nuove discipline legislative intervenute in materia.

Per quanto concerne i contratti di formazione e lavoro, infatti, per la loro stessa natura causale (volta alla formazione necessaria del dipendente ai fini di una sua eventuale successiva stabilizzazione), gli stessi risultano del tutto incompatibili con le esigenze di temporaneità ed eccezionalità individuate dal legislatore nell'articolo 4 in commento.

Quanto ai contratti di somministrazione a tempo determinato (disciplinati, con riferimento alle causali, dal comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo n.276 del 2003, che le individua in "*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*"¹⁹) occorre chiedersi se avrebbe senso individuare tale forma contrattuale tra quelle oggetto di necessaria preventiva valutazione da parte delle amministrazioni prima di attivare assunzioni con contratto a tempo determinato, qualora entrambe le figure contrattuali presentassero i medesimi presupposti per l'attivazione (esigenze di temporaneità ed eccezionalità). In altri termini, avendo il legislatore espressamente menzionato il ricorso all'attivazione dei contratti con le agenzie fornitrici di lavoratori somministrati di cui all'articolo 4, comma 1 lett. a) del decreto legislativo n.273 del 2003 come elemento imprescindibile di valutazione al fine di una successiva attivazione dei contratti flessibili menzionati al comma 1 dell'articolo 36 citato (e non potendo dunque sussistere dubbi interpretativi su tale ruolo predominante della somministrazione come condizione preliminare), non sembra sostenibile, in applicazione degli ordinari canoni di logica ermeneutica, un'interpretazione che sottoponesse anche il contratto di somministrazione, nonostante il suo manifesto ruolo di condizione preliminare ai fini dell'attivazione dei contratti a termine, ai medesimi presupposti di attivazione di quei contratti (a termine) di cui costituisce necessario ed imprescindibile elemento di valutazione preliminare alla stipulazione²⁰. Né tale interpretazione (come si è visto, volta ad escludere che anche la somministrazione sia soggetta al presupposto delle esigenze temporanee ed eccezionali) appare contraria alla *ratio legis* della norma, volta a razionalizzare, in una prospettiva di contenimento della spesa pubblica da un lato e di raggiungimento di una maggiore efficacia operativa dall'altro, l'utilizzazione delle risorse umane a fronte della legislazione restrittiva in materia di assunzioni a tempo indeterminato e della conseguente espansione del così detto "preariato".

Ed invero, pur essendo innegabile che, con riferimento ad una medesima posizione lavorativa, il ricorso ai contratti di somministrazione a termine sia più costoso rispetto all'attivazione di contratti a tempo determinato (doven-

¹⁹ Pertanto, mentre la fornitura di lavoro regolata dalla legge n. 196 del 1997 era inscindibilmente connessa al soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo, il nuovo contratto di somministrazione di lavoro si fonda su esigenze tecniche, produttive ed organizzative proprie della struttura.

²⁰ *Contra* Olivieri, *Lavoro a tempo determinato e somministrazione. Le nuove restrizioni per la pubblica amministrazione*, in LexItalia.it, n.1/2006, cit.

dosi aggiungere ai costi relativi alla prestazione retributiva –da quantificarsi secondo canoni di parità di trattamento- quelli concernenti la commissione da corrispondere all'agenzia), è altrettanto vero che il contratto di somministrazione si presenta come uno strumento molto più snello e flessibile nella sua regolamentazione giuridica, non necessitando di selezione pubblica per la scelta dei lavoratori (la selezione deve svolgersi "a monte" per la scelta dell'agenzia secondo procedure che si vedranno più avanti nel corso dell'opera) e comunque non comportando un rapporto formale diretto tra lavoratore somministrato e amministrazione utilizzatrice, con tutti i vantaggi organizzativi in termini di gestione del personale che ciò comporta.

Quanto al richiamo nel citato articolo 36 comma 1 bis alle procedure di esternalizzazione e di appalto di servizi, basti qui ricordare il ruolo fondamentale dell'attuazione dei processi di esternalizzazione nel settore pubblico, che implica una precisa e consapevole scelta in materia di politiche "orizzontali" da parte dell'amministrazione che esternalizza, in particolare in tema di politica del personale. Del resto, l'attuazione del decentramento produttivo comporta una vera e propria trasformazione dell'organizzazione della pubblica amministrazione, che presuppone il necessario coordinamento strategico di vari fattori quali: la programmazione dei fabbisogni di personale, le politiche di inserimento, addestramento e formazione dei dipendenti, il coinvolgimento delle parti collettive (ove ritenuto dal legislatore un momento imprescindibile della fase procedimentale di individuazione delle scelte imprenditoriali da compiere), l'esigenza di evitare che la modifica del produttore del servizio abbia riflessi negativi sulla qualità e sugli utenti. In particolare la previsione normativa in commento, unitamente alle disposizioni contenute nell'articolo 31 del decreto legislativo n.165 del 2001, costituisce un momento essenziale per la realizzazione del processo di trasformazione in atto, dettando precise regole giuridiche sul "come" gestire il fenomeno del cosiddetto *outsourcing*.²¹

Un cenno merita infine l'inciso, aggiunto dal legislatore in sede di conversione al comma 1 *bis* dell'articolo 36 citato, che prevede che le disposizioni ivi previste "costituiscono norme di principio per l'utilizzo di forme contrattuali flessibili negli enti locali". Norma che, peraltro, ribadisce quanto già previsto in via generale per gli enti locali dall'articolo 88 del decreto legislativo n.267 del 2000²².

²¹ Per un approfondimento sul punto si rinvia alla stessa autrice, *Il trasferimento di azienda e l'articolo 31 del decreto legislativo n.165 del 2001*, in FORMEZ - Gestione delle risorse umane - La mobilità nel lavoro pubblico, n.6, p.97 e ss.

²² Norma che dispone testualmente: "All'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti ed i segretari comunali e provinciali, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico".

Senza avere qui la pretesa di affrontare la questione assai controversa e delicata relativa ai rapporti tra la normativa in senso lato in materia di pubblico impiego e la nuova dislocazione dei poteri legislativi e amministrativi realizzata dal nuovo Titolo V della Costituzione²³, la questione della portata dell'applicabilità del novellato articolo 36 citato alle regioni e agli enti locali non può che essere interpretata alla stregua dei principi posti dall'articolo 117 della Costituzione. In particolare occorre verificare se le disposizioni di cui all'articolo 36 comma 1 *bis* sin qui esaminate vadano direttamente a disciplinare il rapporto di lavoro (come tale inerente la materia dell'"ordinamento civile", e quindi rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ex articolo 117, comma 2, lettera l della Costituzione) ovvero attengano all'ordinamento e all'organizzazione delle amministrazioni e dei propri uffici. In tale ultimo caso, infatti, allo Stato spetta la competenza legislativa solo in ordine all'ordinamento e all'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (articolo 117, comma 2, lettera g della Costituzione), valendo il nuovo principio (sancito dall'articolo 117, comma 4 e comma 6 e dall'articolo 123 comma 1 della Costituzione) per cui ciascun livello di governo (regioni – enti locali) provvede alla propria organizzazione, con gli strumenti legislativi e regolamentari a sua disposizione.

Ciò premesso, risulta evidente che le disposizioni concernenti i nuovi requisiti di legittimità per il ricorso agli strumenti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni (e cioè, come si è visto, l'introduzione del presupposto dell'eccezionalità e temporaneità per il ricorso ai contratti a termine) vanno direttamente ad incidere sulla disciplina del rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato, con la conseguente applicabilità della stessa per tutti i rapporti, indipendentemente dalla natura del datore di lavoro pubblico (Stato, regione o ente locale) .

Diversa è invece la portata della disposizione che impone alle amministrazioni una valutazione preventiva circa il ricorso al contratto di somministrazione ovvero l'opportunità di esternalizzare o appaltare il servizio. Nella specie, infatti, ad avviso di chi scrive, non si verte nell'ambito di un potere organizzativo datoriale rispetto alla gestione del rapporto di lavoro (potere attratto, per effetto della privatizzazione del pubblico impiego, nella sfera privatistica dei poteri del privato datore di lavoro e quindi della disciplina intersoggettiva del rapporto di lavoro). Tali disposizioni, invece, risultano incidere, previa indicazione di un preciso *iter* valutativo, sulla materia dell'organizzazione dell'amministrazione datrice, e cioè sulle scelte operative concernenti le modalità di reclutamento in senso lato delle risorse umane e comunque di ottimizzazione delle stesse. Come sancito nelle sentenze della

²³ Per un approfondimento sul punto si veda, da ultimo, D'Auria, *Variazioni sul lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in L.P.A., 2005, 1, p.3 e ss.

Corte Costituzionale n. 2 e n. 380 del 2004 per quanto riguarda la disciplina dell'accesso al lavoro pubblico regionale, trattasi di materia "innominata" come tale attratta nella competenza legislativa residuale delle regioni, ovviamente nel rispetto del principio costituzionale della indispensabilità della selezione pubblica mediante concorso ex articolo 97 Costituzione. Ed ancora, volendosi inquadrare le norme sul mercato di lavoro flessibile tra quelle poste a "tutela" del lavoro²⁴, le prescrizioni in oggetto costituiscono senza dubbio principi fondamentali enunciati nell'ambito della competenza legislativa concorrente di cui all'articolo 117, comma 3, Costituzione.

Conclusivamente, da un lato l'articolo 36 decreto legislativo n.165 del 2001 è immediatamente e direttamente applicabile a tutti i datori di lavoro pubblici per quanto concerne la nuova disciplina giuridica dei rapporti di lavoro ivi previsti, mentre, con riferimento ai principi di organizzazione, la stessa incorre nel riparto di competenza legislativa statale e regionale tracciato dal nuovo articolo 117 della Costituzione.

²⁴ Si veda sul punto la sentenza della Corte Costituzionale n.50 del 2005.

I PARTE

2. La somministrazione di lavoro e la contrattazione collettiva

di Valentina Lostorto

2.1 Il quadro normativo generale di riferimento

La disciplina introdotta dall'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n.276 del 2003 ammette il contratto di somministrazione a tempo determinato "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore", riservando ai contratti collettivi esclusivamente la possibilità di individuare i limiti quantitativi di utilizzazione, nel rispetto della disciplina dettata sul contratto a termine dall'articolo 10 del decreto legislativo n.368 del 2001.

Trattasi dunque di una radicale innovazione rispetto alle abrogate previsioni di cui alla legge n. 196 del 1997; in particolare, l'articolo 1, comma 2, sanciva che il contratto di fornitura di lavoro temporaneo potesse essere concluso, oltre che nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali e nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, "nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi".

Con riferimento alla sorte delle clausole dei CCNL che prevedevano la possibilità di ricorso ai contratti di fornitura temporanea secondo la disciplina previgente (legge n.196 del 1997), l'articolo 86 comma 3 del decreto legislativo n.276 del 2003 stabilisce che le clausole dei contratti collettivi di lavoro riguardanti la fornitura di lavoro temporaneo vigenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n.276 "mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine". Peraltro tale disposizione deve essere coordinata con il successivo comma 6 del medesimo articolo 86 il quale, alla luce della previsione generale contenuta nel precedente articolo 85 lettera F (che ha disposto l'abrogazione espressa degli articoli da 1 a 11 della legge n.196 del 1997), stabilisce che le norme della legge n.196 del 1997 rimangono vigenti fino all'entrata in vigore di un apposito decreto ministeriale, contenente la disciplina di raccordo per le società di fornitura di lavoro temporaneo già autorizzate²⁵.

A complicare il detto quadro normativo sta il fatto che ai sensi dell'articolo 5 comma 1, lettera C del decreto legislativo n.276 del 2003, per l'operatività della nuova disciplina sulla somministrazione si è dovuto attendere un ulteriore decreto del Ministero del lavoro per la necessaria autorizzazione alle agenzie per il lavoro, poi concretamente emanato in data 2 luglio 2004²⁶.

²⁵ Decreto Ministeriale 23 dicembre 2003.

²⁶ Data di pubblicazione sulla G.U. del decreto del ministero del lavoro e delle politiche sociali del 5 maggio 2004.

Può oggi concludersi nel senso che la fase transitoria si è definitivamente chiusa in data 2 luglio 2004 e che solo sino a tale data si è, di conseguenza, verificata, ai termini di legge, la ultrattività delle norme di cui alla legge n. 196 del 1997.

Si pone allora l'interrogativo su quali siano i contratti collettivi da prendere in considerazione per la disciplina specifica delle causali, e cioè se occorra riferirsi a quelli ancora in vigore alla data del 24 ottobre 2003 (data di entrata del decreto legislativo n.276 del 2003) ovvero eventualmente vigenti solo nella successiva data del 2 luglio 2004 (e cioè, come si è visto, di concreta definizione della fase transitoria per l'operatività dell'istituto). Al proposito si osserva come il chiaro tenore letterale della norma (che espressamente menziona i "omissis...contratti collettivi...omissis... vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto...") consente di argomentare nel senso che i contratti collettivi cui riferirsi debbano essere quelli vigenti alla data del 24 ottobre 2003. Del resto la *ratio legis* della norma in esame è evidentemente quella di dettare una clausola di salvaguardia per stemperare le difficoltà nella fase transitoria -che senza dubbio è quella intercorrente dal 24 ottobre 2003 al 2 luglio 2004- da disciplinarsi secondo le regole collettive già esistenti in materia. Diversamente opinando - e cioè ammettendo che le clausole dei contratti collettivi contenenti la regolamentazione del vecchio lavoro interinale e rese efficaci dal decreto legislativo n.276 del 2003 fino a diversa determinazione o recesso possano essere anche quelle intervenute dopo il 24 ottobre 2004 - si perverrebbe alla irragionevole conclusione che le parti collettive potrebbero regolare la somministrazione secondo i criteri della vecchia legge n.196/97 (già espressamente abrogata, anche se "ultrattiva") anche dopo la sua espressa abrogazione.

Sempre in tema di diritto transitorio occorre, infine, soffermarsi sull'ulteriore questione della vigenza delle clausole disciplinanti il lavoro interinale contenute nei contratti collettivi antecedenti il 24 ottobre 2003 e comunque già scaduti in tale data.

In linea generale va detto come i contratti collettivi di diritto comune, costituendo manifestazione dell'autonomia negoziale degli stipulanti, debbano di regola ritenersi operanti esclusivamente entro l'ambito temporale concordato dalle parti, atteso che l'opposto principio di ultrattività sino ad un nuovo regolamento collettivo - secondo la disposizione dell'articolo 2074 codice civile- ponendosi come limite alla libera volontà delle organizzazioni sindacali, sarebbe in contrasto con la garanzia prevista dall'articolo 39 della Costituzione²⁷. Il contratto collettivo deve conseguente-

²⁷ Si veda in tal senso l'unanime giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione nelle sentenze nn.4534/2000; 5908/2003; 11325/2005. Discorso a parte va fatto per le clausole contrattuali di contenuto esclusivamente retributivo, in relazione alle quali si è detto che, pur non avendo efficacia vincolante diretta per il periodo successivo alla scadenza contrattuale, sul piano del rapporto individuale di lavoro opera la tutela assicurata dall'art. 36 cost., in relazione alla quale può prospettarsi una lesione derivante da una riduzione del trattamento economico rispetto al livello retributivo già goduto.

mente considerarsi scaduto alla data di naturale cessazione degli effetti, indipendentemente da eventuali proroghe che esso abbia per effetto di clausole di "ultrattività".

Solo nel caso di rinnovo contrattuale intervenuto prima del 24 ottobre 2003 (per esempio, in materia di lavoro pubblico, il CCNL per il comparto Ministeri del 12.6.2003), il richiamo alla vecchia clausola sul lavoro interinale (anche se attraverso la tecnica generica della "non disapplicazione") potrà valere come espressione di volontà contrattuale a fare propria, anche nel nuovo contratto, la regolamentazione precedente, che diventa quindi parte integrante della nuova disciplina contrattuale da considerarsi "vigente" alla data del 24 ottobre 2003, mentre in caso di rinnovo successivo al 24 ottobre 2003, la vecchia disciplina non potrà più considerarsi "vigente", fatte salve le "diverse intese" indicate nel citato comma 3 dell'articolo 86 in esame (vedi *infra*).

2.2 La contrattazione collettiva e il regime delle causali, delle limitazioni e dei divieti per i contratti di somministrazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni

Come si è visto, in linea generale il ricorso ai contratti di somministrazione a tempo determinato è possibile: a) nelle ipotesi generali di cui all'articolo 20 comma 4 decreto legislativo n.276 del 2003²⁸; b) nelle ipotesi specifiche di cui ai contratti collettivi nazionali vigenti alla data di entrata in vigore del decreto i quali, per espressa indicazione dell'articolo 86 comma 5 del medesimo decreto legislativo, "mantengono la loro efficacia fino a diversa determinazione delle parti stipulanti o recesso unilaterale". Ed invero, la disciplina innovativa della somministrazione a termine introdotta dal decreto legislativo n.273 del 2003 assegna ai contratti collettivi nazionali esclusivamente la facoltà di prevedere limiti quantitativi di utilizzazione, nel rispetto delle esenzioni stabilite dalla disciplina sul contratto a tempo determinato (art. 10 decreto legislativo n.368 del 2001²⁹).

²⁸ Sulla cui individuazione si rimanda allo specifico approfondimento contenuto nella presente opera.

²⁹ Il quale recita testualmente:

1. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo in quanto già disciplinati da specifiche normative:
 - a) i contratti di lavoro temporaneo di cui alla *legge 24 giugno 1997, n. 196*, e successive modificazioni;
 - b) i contratti di formazione e lavoro;
 - c) i rapporti di apprendistato, nonché le tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che, pur caratterizzate dall'apposizione di un termine, non costituiscono rapporti di lavoro.
2. Sono esclusi dalla disciplina del presente decreto legislativo i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato così come definiti dall'articolo 12, comma 2, del *decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375*.

Occorre a questo punto verificare la compatibilità del predetto quadro normativo con le peculiarità e specificità del lavoro nel settore pubblico. Basti, infatti, qui ricordare che, sebbene l'articolo 2 comma 2 del decreto legislativo n.165 del 2001 sancisca in linea di principio l'unicità e uniformità delle fonti legislative che regolano il rapporto di lavoro dei dipendenti di datori di lavoro privati e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, la

3. Nei settori del turismo e dei pubblici esercizi è ammessa l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Dell'avvenuta assunzione deve essere data comunicazione al centro per l'impiego entro cinque giorni. Tali rapporti sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo.
4. È consentita la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti, i quali possono comunque recedere da essi trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'articolo 2118 del codice civile. Tali rapporti sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo, salvo per quanto concerne le previsioni di cui agli articoli 6 e 8.
5. Sono esclusi i rapporti instaurati con le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione ed all'ingresso di prodotti ortofrutticoli.
6. Restano in vigore le discipline di cui all'articolo 8, comma 2, della *legge 23 luglio 1991, n. 223*, all'articolo 10 della *legge 8 marzo 2000, n. 53*, ed all'articolo 75 della *legge 23 dicembre 2000, n. 388*.
7. La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi:
 - a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;
 - b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al *decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525*, e successive modificazioni;
 - c) per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno;
 - d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi. Sono esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*, allo scopo di facilitare l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro, ovvero stipulati con lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni, o conclusi quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale.
8. Sono esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato non rientranti nelle tipologie di cui al comma 7, di durata non superiore ai sette mesi, compresa la eventuale proroga, ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche. La esenzione di cui al precedente periodo non si applica a singoli contratti stipulati per le durate suddette per lo svolgimento di prestazioni di lavoro che siano identiche a quelle che hanno formato oggetto di altro contratto a termine avente le medesime caratteristiche e scaduto da meno di sei mesi.
9. È affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, la individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già

stessa norma fa salve espressamente “le diverse disposizioni” contenute nel decreto medesimo.³⁰

In particolare il successivo articolo 36 prevede che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale si possano avvalere delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, sancendo espressamente che “i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione da quanto previsto dalla legge”³¹.

In altre parole l’articolo 36 citato sembra dettare una disciplina specifica in ordine all’utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni degli strumenti di lavoro flessibile, affidando comunque alla contrattazione collettiva un ruolo privilegiato di “mediatore” necessario³² nel processo di armonizzazione tra il lavoro pubblico ed il lavoro privato pure auspicato dal decreto legislativo n.276 del 2003, il quale all’articolo 86 comma 8 contiene l’espresso invito alle parti collettive nel settore pubblico ad un esame congiunto dei “profili di armonizzazione” conseguenti all’entrata in vigore delle riforme ivi previste³³.

Peraltro, se da un lato la natura di *lex specialis* della disciplina posta dall’articolo 36 sembrerebbe comportare la rilevanza -anche sotto il profilo del-

previste dall’articolo 23, comma 2, della *legge 28 febbraio 1987, n. 56*. I lavoratori assunti in base al suddetto diritto di precedenza non concorrono a determinare la base di computo per il calcolo della percentuale di riserva di cui all’articolo 25, comma 1, della *legge 23 luglio 1991, n. 223*.

10. In ogni caso il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro ed il lavoratore può esercitarlo a condizione che manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso.

³⁰ Per le specificità del lavoro nel settore pubblico si rinvia, *ex plurimis*, alla sentenza della Corte Costituzionale n.89 del 27 marzo 2003.

³¹ Come si è visto *supra* al capitolo I del presente lavoro, il comma 2 dell’articolo 4 del decreto legge n.4 del 2006, convertito in Legge n. 80 del 2006 ha aggiunto due nuovi commi nell’articolo 36, e cioè il comma 1bis e 1ter; in particolare il comma che interessa ai presenti fini sancisce:

«1-bis. Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l’opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all’articolo 4, comma 1, lettera a), del *decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi. Le disposizioni di cui al comma 1bis costituiscono norme di principio per l’utilizzo di forme contrattuali flessibili negli enti locali.

³² Nel senso della posizione rafforzata della contrattazione collettiva quale mediatore necessario dell’applicazione al lavoro pubblico dei contratti di flessibilità, cfr. Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, n.1, pagg.21 e ss.

³³ Norma allo stato ancora rimasta inattuata.

l'individuazione della causali e delle esclusioni in tema di somministrazione a termine- delle eventuali previsioni contenute nella contrattazione collettiva nel settore pubblico, tale norma va altresì riaccordata con la previsione dell'articolo 86 comma 9 del decreto legislativo n.276 del 2003, la quale prevede espressamente la diretta applicabilità alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione a tempo determinato, con la sola esclusione della previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1. Trattasi di disposizione anch'essa speciale e senz'altro connotata, rispetto alla previsione generale di cui all'articolo 36 citato, di una maggiore specificità, in quanto non già riferita genericamente agli istituti della flessibilità (rimasti oltretutto individuati dalla norma secondo rinvii legislativi cristallizzati nel tempo in disposizioni per la gran parte non più in vigore³⁴), ma comportante un rinvio immediato alla disciplina generale sul contratto di somministrazione a tempo determinato.

Tale conclusione risulta oggi suffragata dalle novità introdotte all'articolo 36 in esame (commi 1 *bis* e 1 *ter*) dall'articolo 4 del decreto legge n.4 del 10 gennaio 2006, convertito con legge n. 80 del 9 marzo 2006; detta novella, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica da un lato e di raggiungimento di una maggiore efficacia operativa dall'altro, pone in campo un tentativo di razionalizzare l'utilizzazione delle risorse umane a fronte della legislazione restrittiva in materia di assunzioni a tempo indeterminato e della conseguente espansione del così detto "precariato", assegnando al ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato un ruolo determinante nel percorso valutativo proprio delle politiche di ottimizzazione delle risorse umane³⁵.

Ricostruito in tal modo il quadro normativo non può che concludersi come, in ogni caso, la pubblica amministrazione può stipulare contratti di somministrazione a tempo determinato anche in assenza di norme collettive, purché ricorrano i presupposti indicati *supra* sub a) –e cioè nelle ipotesi generali di cui all'articolo 20 comma 4 decreto legislativo n.276 del 2003-. In altre parole, anche a voler ritenere le clausole dei contratti collettivi dettate nel vigore della legge n.196 del 1997 ancora valide ed efficaci (in quanto richiamate dai rinnovi contrattuali intervenuti nelle more della disciplina transitoria –ma si veda sul punto più avanti-), va precisato che dette clausole non hanno valore tassativo, ma semplicemente esemplificativo rispetto alla clausola generale dell'articolo 20 comma 4 citato.

Quanto sin qui argomentato con riferimento alle causali che giustificano il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato da parte delle

³⁴ Ovviamente la natura "recettizia" del rinvio normativo contenuto nell'art.36 consente il richiamo agli istituti giuridici di flessibilità ivi contemplati indipendentemente dalla vigenza della normativa indicata.

³⁵ Si veda quanto osservato *supra* al cap.1.4.

pubbliche amministrazioni non può ovviamente valere con riferimento ai limiti quantitativi di utilizzazione di lavoratori somministrati. Detti limiti, infatti, ben possono essere individuati, con efficacia direttamente vincolante per i datori di lavoro pubblici, dai contratti collettivi nazionali, ai sensi dell'espressa previsione contenuta nell'ultima parte del comma 4 dell'articolo 20 in esame.

Infine, quanto alle ipotesi di divieto al ricorso della somministrazione poste dal successivo comma 5 dell'articolo 20³⁶, va precisato come nell'ambito del settore pubblico il richiamo alle procedure di licenziamento collettivo di cui agli articoli 4 e 24 della legge n.223 del 1991 non può che essere inteso con riferimento alle analoghe procedure sulle eccedenze di personale e sulla mobilità collettiva esperibili ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo n.165 del 2001³⁷. Del pari, gli "accordi sindacali" che l'articolo 20 comma 5 lettera b) abilita a rimuovere il divieto posto dalla medesima norma non potranno che essere individuati negli eventuali accordi raggiunti dai soggetti collettivi legittimati e abilitati nell'ambito delle procedure previste dall'articolo 33 citato.

Nessun margine di applicabilità alle pubbliche amministrazioni dell'articolo 20 comma 5 esiste invece con riferimento ai divieti in caso di trattamenti di integrazione salariale dei dipendenti, trattandosi di istituto senz'altro inaccessibile nel settore del pubblico impiego³⁸.

2.3 I contratti collettivi nel settore del lavoro pubblico attualmente vigenti e le previsioni in materia di somministrazione

Andando ora ad esaminare le specifiche previsioni della contrattazione collettiva nel settore pubblico, va innanzitutto rilevato come, allo stato, l'ultima tornata dei rinnovi contrattuali, intervenuta successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003 abbia del tutto omesso l'esame specifico – e quindi la relativa espressa regolamentazione- dell'istituto della somministrazione a termine.

³⁶ Il quale prevede le seguenti ipotesi di divieto:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;
- c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche.

³⁷ In tal senso Chieco, *op. cit.*

³⁸ Sui divieti e i limiti quantitativi in generale si veda anche la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n.7 del 22 febbraio 2005.

In precedenza, invece, in tutti i comparti di contrattazione erano intervenuti accordi collettivi in tema di fornitura di lavoro temporaneo, con espressa individuazione sia di limiti quantitativi di utilizzazione, sia di ipotesi di esclusione ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera A della legge n.196 del 1997³⁹.

Con riferimento ai limiti quantitativi, il contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo del 9 agosto 2000 prevedeva all'articolo 3 che "i lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo contemporaneamente impiegati presso ogni amministrazione, secondo la disciplina del presente contratto, non possono superare il tetto del 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso la stessa amministrazione, arrotondato, in caso di frazioni, all'unità superiore". Espressioni del medesimo tenore erano, poi, contenute, per citarne solo alcuni, nel contratto collettivo per il personale non dirigente del comparto Regioni e Autonomie locali del 14 settembre 2000 ("coda contrattuale" al CCNL dell'1 aprile 1999); nel contratto collettivo del 9 agosto 2000, relativo al quadriennio normativo 1998 – 2001 ed al biennio economico 1998 – 1999 del personale non dirigente del comparto Università (articolo 21); nel contratto collettivo del 4 marzo 2003 per il personale non dirigente dell'Unioncamere, quadriennio normativo 1999 - 2002 e biennio economico 1999 - 2000 (articolo 42); nel contratto collettivo del 16 maggio 2001, integrativo del CCNL del personale del comparto Ministeri, sottoscritto in data 16 febbraio 1999 (articolo 20).

In linea con il sopra citato contratto collettivo quadro del 9 agosto 2000⁴⁰, inoltre, numerosi accordi collettivi avevano individuato specifiche ipotesi di mansioni lavorative per le quali il ricorso al contratto di fornitura di lavoro temporaneo era escluso per le pubbliche amministrazioni. A titolo esemplificativo basti qui ricordare, ad esempio, l'articolo 2, comma 4 del contratto collettivo nazionale Regioni ed Autonomie locali del 14 settembre 2000 (secondo cui "il ricorso al lavoro temporaneo non è consentito per i profili della categoria A, per quelli dell'area di vigilanza e per quelli del personale educativo e docente degli asili nido e delle scuole materne, elementari, medie e superiori. Sono, altresì, escluse le posizioni di lavoro che comportano l'esercizio di funzioni nell'ambito delle competenze del Sindaco come

³⁹ Che sanciva il divieto del lavoro interinale "per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice...*omissis*".

⁴⁰ Il quale all'art.2 sanciva: "La contrattazione di comparto e quella relativa alle Aziende ed Enti di cui all'art.73, comma 5, del D.Lgs.n.29/1993, fermo restando le ipotesi legali di cui all'art.1, comma 2, lett. b) e c) della legge n.196/1997, come modificata ed integrata dalla legge n.488/1999, possono specificare le ipotesi di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo di cui all'art.1 del presente contratto e prevedere casi di esclusione ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art.1, comma 4, della stessa legge".

Ufficiale di Governo.”); l’articolo 21, comma 2, del contratto collettivo del personale non dirigente del comparto Università del 9 agosto 2000 (secondo cui “il ricorso al lavoro temporaneo deve essere improntato all’esigenza di contemperare l’efficienza operativa e l’economicità di gestione. In nessun caso il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo potrà essere utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze di organico, ovvero per prestazioni lavorative riconducibili alla categoria B”); l’articolo 42, comma 4, del contratto collettivo per il personale non dirigente dell’Unioncamere del 4 marzo 2003 (secondo cui “il ricorso al lavoro temporaneo non è consentito per i profili del settimo e del sesto livello”); l’articolo 20, comma 4, del contratto collettivo integrativo del personale del comparto Ministeri del 16 maggio 2001 (secondo cui “ai sensi dell’art. 2 del CCNLQ sottoscritto in data 9/8/2000 è escluso il ricorso al lavoro temporaneo per il personale appartenenti ai profili professionali delle posizioni economiche A1 e B1 del sistema di classificazione di cui al CCNL stipulato il 16/2/1999 ovvero a profili professionali addetti alla vigilanza ed a compiti ispettivi”).

Come si è detto, i contratti collettivi intervenuti successivamente non prevedono alcuna regolamentazione in materia del nuovo istituto del contratto di somministrazione a termine, limitandosi, di regola, a prevedere in linea generale la non disapplicazione degli istituti in precedenza disciplinati utilizzando formule del tipo “si intendono confermate tutte le disposizioni contrattuali fin qui sottoscritte non espressamente modificate o sostituite dalla normativa contrattuale che segue”.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la generica tecnica della non disapplicazione non può valere a conservare l’efficacia e l’ultrattività delle clausole dei contatti collettivi riguardanti l’abrogato istituto del contratto di fornitura di lavoro temporaneo.

In primo luogo, il chiaro tenore letterale del comma 3 dell’articolo 86 del decreto legislativo n.276 del 2003 consente il mantenimento di dette clausole solo “fino alla scadenza dei contratti collettivi” e “salve diverse intese”, con ciò manifestando l’evidente intenzione del legislatore di permettere alle parti collettive una specifica regolamentazione basata sulla vecchia normativa ormai abrogata solo in via transitoria e comunque in presenza di ragioni oggettive che possano giustificare “le diverse intese”. In altre parole la *ratio legis* non può essere soddisfatta dal mero richiamo dei vecchi istituti con la tecnica della “non disapplicazione”, ma occorre una specifica manifestazione di volontà negoziale delle parti collettive in materia di mantenimento di clausole pensate e regolamentate con riferimento ad una disciplina giuridica di diverso contenuto. Diversamente opinando si perverrebbe all’irragionevole conclusione che le parti collettive potrebbero regolare la somministrazione secondo i criteri della vecchia legge n.196/97 (già espressamente abrogata, anche se “ultrattiva”) anche dopo la sua espressa abrogazione. E ciò tanto più a fronte della sopra evidente *voluntas legis* in ordi-

ne alla diretta ed immediata applicazione alle amministrazioni pubbliche della disciplina del nuovo contratto di somministrazione a termine.

In secondo luogo non può non rilevarsi come, in ogni caso, il legislatore del 2003 limiti espressamente l'eventuale ultrattività delle clausole contrattuali in materia di lavoro interinale "con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine" (articolo 86 comma 3), con ciò escludendo *a priori* la possibilità di sopravvivenza delle clausole contrattuali relative alla previsione dell'esclusione, per specifiche mansioni lavorative, della possibilità di ricorrere a lavoratori interinali.

Ovviamente, la conclusione cui si è giunti in ordine alla attuale inefficacia di tutte le clausole contrattuali riguardanti l'abrogato istituto contrattuale della fornitura di lavoro temporaneo attiene esclusivamente a profili giuridici di successione di leggi e di contratti collettivi nel tempo, ben potendo le parti collettive, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, introdurre nuove clausole che indichino limiti quantitativi (in base al richiamo all'articolo 10 del decreto legislativo n.368 del 2001 contenuto nell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n.276 del 2003) e limiti qualitativi al ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato.

I PARTE

3. Disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato nella pubblica amministrazione *di Stefania De Paulis*

3.1 Nozioni

La somministrazione di lavoro è definita dall'articolo 20 del decreto legislativo n. 276 del 2003 quale fornitura professionale di manodopera, in quanto i lavoratori svolgono per tutta la durata della somministrazione la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore.

Il legislatore delegato si è soffermato sul soggetto abilitato ad esercitare l'attività di somministrazione descrivendo i contenuti della sua prestazione senza nulla specificare riguardo al soggetto utilizzatore. Occorre pertanto fare riferimento al contratto tipico disciplinato dall'articolo 1559 del codice civile che risulta largamente applicabile alla fornitura professionale di lavoro e consente di veder garantito all'utilizzatore non la sola disponibilità del personale, bensì l'effettiva prestazione dei lavoratori somministrati⁴¹.

Si tratta, dunque, di un contratto commerciale di prestazione di servizi il cui oggetto è costituito dalla fornitura di prestazioni lavorative. In forza di tale contratto l'Agenzia di somministrazione si obbliga a mettere a disposizione dell'utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti che vengono inseriti nella struttura organizzativa dell'amministrazione utilizzatrice svolgendo la propria attività nell'interesse di questi. La prestazione lavorativa così effettuata ha i contenuti tipici del lavoro subordinato, con il conseguente esercizio di potere direttivo dell'utilizzatore nei confronti del lavoratore somministrato anche se questi rimane dipendente dell'Agenzia di somministrazione.

L'elemento distintivo fra contratto di somministrazione ed il contratto di appalto di servizi disciplinato dall'articolo 1655 del codice civile, attraverso il quale "una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro", è costituito dal potere di direzione ed organizzazione che l'appaltatore esercita nei confronti del personale utilizzato. Diversamente nel contratto di somministrazione i lavoratori svolgono la loro attività sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore.⁴²

3.2 Presupposti per il ricorso

Le pubbliche amministrazioni possono ricorrere alla sola somministrazione a tempo determinato, stante la previsione contenuta al comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Il presupposto per il ricorso

⁴¹ Si veda in proposito P. Chieco, in "Somministrazione, comando appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", in *Lavoro e Diritti*, a cura di Pietro Curzio, Cacucci, 2004.

⁴² Si veda in proposito M. Biagi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, continuato da M. Tiraboschi, Giuffrè, 2004.

al contratto di prestazione di servizi deve essere individuato *“nelle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore”* ivi indicate, da intendersi quali ragioni di carattere oggettivo riferibili alla ordinaria attività dell’utilizzatore e che prescindono dalla temporaneità dell’esigenza per fondarsi, diversamente da quanto avveniva per il lavoro interinale, sulle esigenze tecniche, produttive ed organizzative proprie della struttura. L’aver dotato la somministrazione di una consistente libertà causale, oltre a non aver posto limiti alla sua durata temporale, costringe ad una serie di riflessioni.

Se, infatti, un tale impianto si attaglia in modo particolare alle necessità tipiche dell’impresa, ampliando così la possibilità del ricorso ai contratti di fornitura, è però vero che quando l’utilizzatore sia una pubblica amministrazione deve farsi riferimento alle logiche profondamente diverse che la governano.

Risulta evidente la necessità di calare la disciplina delle causali nello specifico contesto normativo che regola l’attività nelle pubbliche amministrazioni. In particolare occorre fare riferimento al decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80 che ha integrato l’articolo 36 del decreto legislativo n. 30 marzo 2001, n. 165, inserendo il comma 1-bis. Con tale intervento impone alle amministrazioni di attivare le forme contrattuali flessibili solo per esigenze temporanee ed eccezionali e, comunque, dopo aver proceduto a verificare l’opportunità di esternalizzare alcune attività, in quanto non attinenti al *“core business”*, oppure di ricorrere all’attivazione di contratti di somministrazione. Pertanto quando in sede di programmazione triennale dei fabbisogni emergano necessità permanenti, le amministrazioni valuteranno l’opportunità di ricorrere agli strumenti a loro disposizione quali, inoltre, l’acquisizione di personale tramite procedure di mobilità oppure, ove possibile, tramite indizione di concorsi o procedure di progressione verticale od orizzontale, oppure, ancora, avvieranno le opportune iniziative di formazione del personale in servizio.

Il legislatore si è premurato di prevedere che il controllo giudiziale sulle causali che giustificano il ricorso alla somministrazione sia limitato all’accertamento dell’esistenza delle ragioni sottese a tale scelta escludendo che possano essere sindacate nel merito scelte tecniche, organizzative o produttive dell’utilizzatore. Ma anche in questo caso quando quest’ultimo è una pubblica amministrazione le scelte tecniche od organizzative assumeranno rilievo in una sede diversa che è quella del controllo sulla gestione ad opera della Corte dei Conti in relazione alla determinazione di ricorrere alla somministrazione assunta dall’amministrazione.

3.3 Limiti al ricorso

Per quanto concerne l’individuazione dei limiti quantitativi per il ricorso ai contratti di somministrazione questa è demandata dal legislatore alla con-

trattazione, in conformità con la disciplina contenuta nell'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Si applicano alle pubbliche amministrazioni le previsioni di cui ai commi 5, lettera a) dell'articolo citato che vieta il ricorso alla somministrazione per la sostituzione dei lavoratori in sciopero e la lettera c) cioè il divieto per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 come successivamente modificato.

La lett. b) del comma 5 vieta, inoltre, il ricorso alla somministrazione a tempo determinato per quelle unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 2 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223. L'articolo 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, relativo alle eccedenze di personale ed alla mobilità collettiva nel pubblico impiego, fa espresso riferimento, nel comma 1 del medesimo articolo, alle procedure di cui all'articolo 4 della legge n. 233 del 1991, pertanto anche la previsione della lettera b) deve ritenersi applicabile alle pubbliche amministrazioni.³³

3.4 Il contratto di somministrazione

Il contratto di somministrazione dunque è un contratto di fornitura di servizi che intercorre fra l'utilizzatore ed una Agenzia di somministrazione autorizzata ad effettuare la somministrazione di lavoro in quanto in possesso dei requisiti giuridici e finanziari puntualmente indicati nell'articolo 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003 e che è, pertanto, iscritta all'Albo costituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

A talune agenzie, cosiddette generaliste ed iscritte nella prima sezione dell'Albo, è attribuita, appunto, una competenza generalizzata in quanto possono esercitare tutte le attività indicate all'articolo 20 del decreto legislativo, cioè la somministrazione a tempo determinato ed indeterminato senza limiti né preclusioni, mentre le altre, cosiddette specialiste, possono esercitare una sola delle attività e soltanto a tempo indeterminato.

L'articolo 21 del decreto legislativo disciplina la forma del contratto di somministrazione ed indica puntualmente tutti gli elementi che in esso debbono essere contenuti⁴³. Al riguardo debbono essere formulate alcune osservazioni che tengono conto della natura pubblica dell'utilizzatore.

⁴³ Articolo 21, comma 1 lett. a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; b) il numero dei lavoratori da somministrare; c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20; d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate; e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione; f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento; g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; h) assunzione da parte del som-

In primo luogo è richiesta la forma scritta a pena di nullità. In proposito deve ricordarsi che comunque in tutti i contratti nei quali è parte una pubblica amministrazione è richiesta la forma scritta. Ciò si evince dall'interpretazione sistematica delle norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato⁴⁴ e risulta confermato dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione per la quale tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando essa agisce "iure privatorum", richiedono la forma scritta "ad substantiam", con la conseguenza che l'atto privo di tale requisito è nullo e non suscettibile di alcuna sanatoria⁴⁵.

Altra conseguenza collegata dal legislatore all'assenza di forma scritta è il considerare i lavoratori somministrati alle dipendenze dell'utilizzatore.

Ma tale previsione non si applica alle pubbliche amministrazioni in forza dell'espresso divieto formulato dal comma 2 dell'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, operando in tal caso la sola tutela risarcitoria a favore dei lavoratori.

Il medesimo articolo 36 dispone anche che le amministrazioni sono obbligate a recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili quando la violazione sia imputabile a solo o colpa grave.

Così non si ha la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione utilizzatrice in caso di somministrazione al di fuori dei limiti e delle condizioni poste dagli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), in caso, cioè, di somministrazione irregolare come previsto dall'articolo 27 del decreto. Oltre la richiamata disposizione dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni opera, infatti, l'espressa esclusione prevista dal comma 9 dell'articolo 86 del decreto.

Per quanto concerne l'importanza dell'indicazione dei casi e delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo come già anticipato queste assumono particolare rilievo in quanto debbono emergere già negli atti amministrativi preordinati alla stipula dei contratti.

ministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali; i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro; j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili; k) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

⁴⁴ Cfr. Cass. Civ. Sez. I sentenza 16 ottobre 1999, n. 11687; Cass. Civ. sez. I, sentenza 29 settembre 2000, n. 12942; Cass. Civ. S. U., sentenza del 7 marzo 2001, n. 95.

⁴⁵ Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato", pubblicato nella G. U. 23 novembre 1923, n. 275; Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827, recante "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato", pubblicato nel Suppl. ord. G. U. 3 giugno 1924, m. 130.

Una particolare attenzione deve essere posta, inoltre, nell'individuazione del trattamento economico da corrispondere ai lavoratori somministrati. Infatti, deve essere garantito un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore a parità di mansioni svolte a causa del regime di solidarietà delle obbligazioni retributive e contributive stabilito dalla legge.

Ma anche se l'obbligazione della corresponsione del trattamento economico è costituita in capo all'Agenzia di somministrazione questa, oltre a poter rilevare per l'amministrazione in forza del richiamato regime di solidarietà, di fatto incide indirettamente sui costi sopportati dall'amministrazione poiché è sulla base della quantificazione dei costi per il personale in somministrazione che si stabiliscono i parametri per una corretta valutazione delle offerte presentate dalle Agenzie che partecipano alle gare d'appalto.

3.5 L'inserimento del lavoratore somministrato nell'organizzazione della pubblica amministrazione utilizzatrice

L'inserimento del lavoratore in somministrazione nell'organizzazione dell'utilizzatore pubblica amministrazione porta a considerare attentamente il particolare contesto normativo che ne regola il funzionamento e l'esercizio delle funzioni attribuite. Se da un lato è, infatti, evidente la necessità che l'inserimento sia effettivo, in modo da garantire la prestazione richiesta, rimane il fatto che l'esercizio di funzioni tipiche di alcune figure potrebbe comportare problemi di rilievo.

Infatti l'ordinamento ricollega a parte del personale dipendente dell'amministrazione l'attribuzione di alcune funzioni l'esercizio delle quali comporta, soprattutto, la capacità di adottare atti che riverberano sui terzi o che impegnano l'amministrazione direttamente. Conseguentemente l'amministrazione esercita su tali soggetti sia il potere direttivo che il correlato potere disciplinare, in maniera diretta, a tutela dell'interesse proprio e del cittadino.

Nel caso del lavoratore somministrato il rapporto di lavoro subordinato intercorre con l'agenzia di somministrazione che è la sola a poter esercitare il potere disciplinare.

Da quanto considerato deriva che le amministrazioni nel determinare le esigenze che giustificano il ricorso alla somministrazione dovranno circoscrivere puntualmente gli ambiti nei quali sarà possibile un utile inserimento di personale da esse non dipendente. Occorre cioè che nel corso dell'attività di pianificazione operativa svolta abitualmente siano individuate le figure cui l'amministrazione può attribuire le funzioni prima descritte, in quanto corrispondenti al livello di competenza individuato nei relativi contratti di comparto o nell'ordinamento che regola l'attività dell'amministrazione, eventualmente escludendole dal novero delle prestazioni di lavoro da acquisire con i contratti di somministrazione a tempo determinato.

Oppure procederanno ad indicare compiutamente nel contratto le attività specialistiche che sono richieste al personale da acquisire in somministrazione, per i livelli di competenza più complessi che siano necessari.

Se è infatti vero che il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni è regolato dalle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 165 del 2001 e dalle disposizioni di cui al capo, Titolo II, del libro V del codice civile, nonché dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, l'avvenuta privatizzazione degli aspetti tipici del rapporto di lavoro non ha toccato la sfera che è propria dell'attività organizzativa che rimane pubblicistica e, pertanto, regolata dalle leggi, e che attiene all'esercizio delle funzioni attribuite dall'ordinamento all'amministrazione per il tramite dei propri dirigenti e funzionari. La scelta di privatizzare il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni è fondata sul presupposto che il rapporto di lavoro subordinato privato costituisca la forma più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale che sottende la riforma operata dal decreto legislativo n. 29 del 1993. Intendendo la flessibilità *"come strumentale ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione, salvi peraltro restando i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate"*. Infatti *"il corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 della Costituzione, imparzialità e buon andamento, può attuarsi - e tanto è avvenuto con la normativa in esame - riservando alla legge una serie di profili ordinamentali; sì che, per converso, risultino sottratti alla contrattazione tutti quegli aspetti in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano del momento organizzativo della pubblica amministrazione"*.⁴⁶

⁴⁶ Corte Costituzionale sentenza n. 313 del 1996

I PARTE

4. Pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore: rapporti e rispettive responsabilità

di Valentina Lostorto

4.1 Forme contrattuali possibili

Secondo lo schema negoziale della somministrazione l'unica relazione contrattuale che coinvolge direttamente il lavoratore è il rapporto di lavoro subordinato che viene ad instaurarsi tra questi e l'agenzia di somministrazione. Tale rapporto di lavoro può essere a tempo indeterminato (articolo 22 comma 1 decreto legislativo n. 276 del 2003) o a tempo determinato (articolo 22 comma 2).

Dal tenore letterale dei primi due commi del richiamato articolo 22 sembra evincersi la regola che mentre nei cosiddetti *staff leasing* sono ammesse, da parte del somministratore, assunzioni con qualunque tipologia di contratto di lavoro subordinato, altrettanto non potrebbe dirsi per la somministrazione a tempo determinato, che dovrebbe riguardare solo lavoratori assunti con contratto a termine. Tale interpretazione letterale, escludendo la possibilità per le agenzie di somministrazione di utilizzare (e quindi fornire) lavoratori assunti a tempo indeterminato per l'esecuzione di contratti di somministrazione a termine, dunque, limita fortemente la gamma delle possibili tutele acquisibili dal lavoratore nell'ambito del suo rapporto con l'agenzia di somministrazione datrice, in contrasto con la previgente disciplina dettata dalla legge n. 196 del 1997 in tema di lavoro interinale. Peraltro, la *ratio* della legge ed una lettura sistematica della disciplina contenuta nell'articolo 22 (il cui comma 3, nel regolare espressamente l'assunzione a tempo indeterminato, non definisce il proprio ambito di applicazione in rapporto alle due tipologie di somministrazione) conducono univocamente ad una diversa e meno rigorosa interpretazione della norma, nel senso di ammettere il ricorso ad un contratto – tra agenzia di somministrazione e prestatore di lavoro subordinato a tempo indeterminato anche nell'ipotesi di somministrazione a tempo determinato⁴⁷. Nessun problema potrà sorgere, dunque, né per l'amministrazione utilizzatrice, né per l'agenzia somministratrice, in caso di somministrazione a tempo determinato (unica forma, come si è visto, applicabile alle pubbliche amministrazioni) con invio di lavoratori assunti a tempo indeterminato.

⁴⁷ In tal senso Chieco, "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", in *Lavoro e Diritti*, a cura di Pietro Curzio, Cacucci, 2004, 121; contra Tiraboschi, "Somministrazione, appalto di servizi, distacco", in Tiraboschi (a cura di di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, Guida al diritto, 2003, n. 4, 66. Nel senso della possibilità del ricorso al contratto di lavoro a tempo indeterminato anche nel caso di somministrazione a termine è la Circolare 22 febbraio 2005 n. 7/05 del Ministero di Lavoro e delle politiche sociali. Sotto il profilo ermeneutico occorre, del resto, osservare come la stessa disciplina prevista dal comma 3 dell'articolo 22 (che detta precise regole in caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato in relazione ai periodi di inattività del prestatore di lavoro) e ancor più dal comma 2 dell'articolo 20 (che prevede espressamente l'ipotesi di lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato che non svolgano prestazioni lavorative presso un utilizzatore) presupponga un'alternanza dei periodi di lavoro e non certo la continuità propria della somministrazione a tempo indeterminato.

Altro problema è stabilire se e quali rapporti di lavoro speciale siano astrattamente utilizzabili nella somministrazione a termine, laddove solo nel comma 1 dell'articolo 20 è contenuto un richiamo pieno alla "disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali", mentre in caso di somministrazione a termine il comma 2 rinvia esclusivamente alla "disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4", disciplina che ammetterebbe solo l'eventuale ricorso del rapporto di lavoro a tempo parziale. Anche se tale problematica riguarda esclusivamente il rapporto di lavoro che si instaura tra agenzia somministratrice e lavoratore, il regime di solidarietà delle obbligazioni retributive e contributive che sussiste tra agenzia di somministrazione e amministrazione utilizzatrice (articolo 23, comma 3 e articolo 21, comma 1 lett. K) rende anche il rapporto con l'amministrazione utilizzatrice sensibile – si vedrà più avanti entro quali limiti – alle vicende patologiche concernenti il rapporto di lavoro subordinato con l'agenzia somministratrice. In ogni caso, stante la pacifica attuale giuridica incompatibilità dei contratti di lavoro cosiddetti speciali (intermittente, ripartito, inserimento) rispetto al lavoro prestato per pubbliche amministrazioni, è senz'altro da escludersi la possibilità, per quanto riguarda la somministrazione a termine con riguardo alle pubbliche amministrazioni, del ricorso a forme di lavoro diverse dal lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato.

4.2 La posizione del lavoratore somministrato: diritti, obblighi e tutele

Stante la peculiare struttura della somministrazione, in cui si verifica una sovrapposizione di ruoli (lavoratore – somministratore – utilizzatore) e di distinti rapporti contrattuali che legano i protagonisti dell'operazione contrattuale trilaterale, per tracciare un quadro completo del rapporto contrattuale che comunque coinvolge il lavoratore occorre procedere ad una ricostruzione sistematica delle specifiche regole che determinano l'obbligazione lavorativa.

L'elemento tipizzante del contratto di lavoro è costituito dalla dissociazione dei poteri del datore di lavoro; il comma 2 dell'articolo 20 stabilisce infatti che *"Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore"*. L'esercizio del potere direttivo datoriale spetta, dunque, all'utilizzatore e non al somministratore che altrimenti, in quanto formale datore di lavoro, secondo lo schema generale dell'articolo 2094 c.c., ne sarebbe il titolare per così dire "naturale".

In altre parole, una volta perfezionato il rapporto trilatero tra somministratore, utilizzatore, lavoratore (una volta cioè che il lavoratore sia inviato

dall'agenzia presso l'utilizzatore), l'utilizzatore, in base a tale disposizione legislativa, diventa titolare in proprio e per tutta la durata della somministrazione dei poteri organizzativi e di controllo del prestatore di lavoro⁴⁸; correlativamente, il lavoratore somministrato deve attenersi a tutte le disposizioni che gli vengono impartite dall'impresa utilizzatrice per l'esecuzione della prestazione lavorativa ed è altresì tenuto all'osservanza di tutte le norme di legge e di contratto collettivo applicate ai lavoratori dipendenti dell'impresa utilizzatrice.

La espressa previsione di cui al comma 2 dell'articolo 20, secondo cui il lavoratore somministrato presta la propria opera *nell'interesse dell'utilizzatore* (formula analoga a quella utilizzata nell'articolo 2104 del codice civile in tema di diligenza del prestatore di lavoro subordinato), dimostrano la piena assimilazione del lavoratore somministrato con il lavoratore subordinato sotto il profilo dell'impegno e della diligenza che la pubblica amministrazione può – e deve – richiedere al lavoratore somministrato. Dunque, il ricorso a tale forma di lavoro deve essere determinato da fabbisogni organizzativi dell'amministrazione caratterizzati da un pieno e totale inserimento – dal punto di vista funzionale – del lavoratore somministrato nella compagine aziendale.

La sopra evidenziata "dissociazione" di poteri tra due soggetti (utilizzatore e somministratore) distinti comporta, ovviamente, numerose peculiarità che si riverberano direttamente sul rapporto di lavoro e che vengono disciplinate in dettaglio dal legislatore.

Innanzitutto l'articolo 22, comma 5, chiarisce che i lavoratori somministrati non sono computati nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, ad eccezione per quelle relative alle materie dell'igiene e sicurezza del lavoro. Quindi, tutte le norme che afferiscono alle dotazioni organiche della pubblica amministrazione, devono applicarsi senza tener conto dei lavoratori utilizzati dalla pubblica amministrazione con contratto di somministrazione a termine.

Più rilevante è la disposizione di cui all'articolo 23, comma 7, che attribuisce l'esercizio del potere disciplinare (sia esso diretto a sanzioni conservative ovvero a sanzioni espulsive) all'agenzia di somministrazione, in quanto datrice di lavoro; e ciò sia per fatti direttamente inerenti al rapporto tra essa ed il lavoratore somministrato, sia per i fatti da quest'ultimo commessi nell'esercizio della sua attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice. In tale caso, essendo in concreto il rapporto gestito dall'utilizzatore, incombe su

⁴⁸ Con riferimento allo schema precedentemente usato dal legislatore sul lavoro interinale, si discuteva se la cessione del potere direttivo e organizzativo da parte del datore somministratore fosse un effetto legale o il frutto convenzionale dell'invio in missione del lavoratore da parte dell'agenzia. Si vedano sul punto Miscione, "Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura", *Diritto e pratica lav.*, 1997, 2071 ss.; Del Punta, "La fornitura di lavoro temporaneo nella legge n. 196/1997", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, 205 ss

quest'ultimo un onere di comunicazione al somministratore di tutti gli elementi di fatto necessari per l'esercizio del potere disciplinare e quindi per procedere alla contestazione ai sensi dell'articolo 7 legge n. 300 del 1970. In assenza di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva è opportuno che le amministrazioni prevedano l'inserimento di apposite clausole nel contratto di somministrazione e nel capitolato d'appalto, che indichino quale sia il codice disciplinare sulla cui base irrogare la sanzione al lavoratore somministrato, al fine di evitare ogni equivoco sul punto⁴⁹. Tenuto conto che, come emerge anche da altre disposizioni del medesimo articolo 23 (come si vedrà meglio più avanti), lo statuto sostanziale del lavoratore somministrato deve essere sovrapponibile a quello degli altri dipendenti dell'impresa (in applicazione delle precise scelte del legislatore europeo in tema di parità di trattamento), anche l'individuazione delle infrazioni disciplinari ed il concreto esercizio del potere disciplinare, sebbene formalmente incardinato in capo all'agenzia, non potranno che essere regolati in base alla disciplina applicabile presso l'amministrazione utilizzatrice⁵⁰.

Quanto alle mansioni, l'articolo 23, comma 6, detta una specifica disciplina in caso di modificazione delle mansioni del lavoratore ad opera dell'utilizzatore. In primo luogo è previsto l'obbligo di immediata informazione scritta nei confronti dell'agenzia, al cui inadempimento è collegata la responsabilità esclusiva dell'impresa utilizzatrice "per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori". In caso di adibizione del lavoratore a mansioni superiori, dunque, sarà sufficiente che l'amministrazione utilizzatrice notifichi immediatamente – per iscritto e previa consegna di copia al lavoratore – all'agenzia la circostanza dell'assegnazione, e ciò al fine di evitare di incorrere nella conseguenza della responsabilità esclusiva per le differenze retributive dovute. Più problematica è la vicenda opposta – pure disciplinata dall'articolo in commento – concernente l'adibizione del lavoratore "a mansioni non equivalenti". In tale caso, infatti, la norma si limita a sanzionare la violazione dell'obbligo di informazione incombente sull'utilizzatore mediante la previsione di una responsabilità esclusiva anche "per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori". Sebbene la

⁴⁹ Una applicazione formale e rigorosa della norma che tenga conto del fatto che il lavoratore è dipendente esclusivamente dell'agenzia somministratrice potrebbe, infatti, far ritenere che il codice di riferimento sia quello dell'agenzia e non dell'azienda utilizzatrice, la quale, ai fini della legittimità delle eventuali sanzioni disciplinari adottate, dovrebbe curarne la regolare affissione. In tal senso Favalli – Rotondi, *Manuale pratico di diritto del lavoro*, Cedam, 2002, 295.

⁵⁰ Secondo Mazzotta, *Le nuove norme in materia di somministrazione di lavoro*, si può giungere a ritenere che l'agenzia non abbia nemmeno un potere di contestazione della decisione dell'utilizzatore di irrogare l'una o l'altra sanzione, avendo solo il potere di procedere agli adempimenti formali ed all'irrogazione della sanzione indicata dal committente.

formulazione della norma – prevedendo una mera monetizzazione dell’illegittima variazione delle mansioni del lavoratore somministrato, escludendo in tal modo la nullità assoluta dell’atto negoziale di demansionamento invece sancita dall’articolo 2103 del codice civile (e dall’articolo 52 decreto legislativo n. 165 del 2001 per quanto concerne il lavoro pubblico) – sembra ammettere la possibilità per l’utilizzatore di dequalificare il lavoratore⁵¹, sussistono ragioni giuridiche e di opportunità affinché ciò venga evitato. Da un lato, infatti, va rilevato come tale disposizione, in quanto comportante una modificazione del regime ordinario ed inderogabile della disciplina delle mansioni ex articolo 2103 del codice civile (che sancisce la nullità delle modificazioni peggiorative e non le considera, come invece sembra introdurre la norma *de qua*, mere irregolarità gestionali, fonte del solo risarcimento del danno), potrebbe incorrere in una pronuncia di illegittimità costituzionale, per la violazione sia dell’articolo 3 Costituzione (per la disparità di trattamento tra lavoratori ordinari e lavoratori somministrati) sia della legge delega (che non prevede alcun mandato specifico sul punto)⁵². Dall’altro va rilevato come, in ogni caso, potendo la modificazione in *peius* delle mansioni del lavoratore somministrato comportare il diritto di questi al risarcimento del danno⁵³, il conseguente onere economico andrebbe comunque a gravare (o in via esclusiva, in assenza di tempestiva comunicazione, o in via solidale con l’agenzia, secondo il principio generale di cui al

⁵¹ Si veda sul punto Maresca, Carabelli, Cordella, Di Cocco, Pagliara, Soloperto, Speziale, “La somministrazione di lavoro a termine”, in *Manuale Operativo su Lavoro Pubblico e Flessibilità*, Fornez, 2004, 184.

⁵² Per una critica della norma in commento, si veda Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e Diritti*, a cura di Pietro Curzio, Cacucci, 2004, 127.

⁵³ Sul danno risarcibile in caso di demansionamento, si veda da ultimo Cass. Sez. Lav. 8 novembre 2003 n. 16792, secondo cui: “L’assegnazione dei dipendenti a mansioni inferiori rispetto a quelle proprie del loro livello contrattuale non determina di per sé un danno risarcibile ulteriore rispetto a quello costituito dal trattamento retributivo inferiore cui provvede, in funzione compensatoria, l’articolo 2103 c.c., il quale stabilisce il principio della irriducibilità della retribuzione, nonostante l’assegnazione e lo svolgimento di mansioni inferiori e meno pregiate di quelle già attribuite, giacché deve escludersi che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti una automatica dequalificazione professionale, connotandosi quest’ultima, per sua natura, per l’abbassamento del globale livello delle prestazioni del lavoratore con una sottoutilizzazione delle sue capacità e una conseguenziale apprezzabile menomazione – non transeunte – della sua professionalità, nonché con perdita di chance ovvero di ulteriori potenzialità occupazionali o di ulteriori possibilità di guadagno. Ne consegue che grava sul lavoratore l’onere di fornire la prova, anche attraverso presunzioni, dell’ulteriore danno risarcibile, mentre resta affidato al giudice del merito – le cui valutazioni, se sorrette da congrua motivazione, sono incensurabili in sede di legittimità – il compito di verificare di volta in volta se, in concreto, il suddetto danno sussista, individuandone la specie e determinandone l’ammontare, eventualmente con liquidazione in via equitativa.” (In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che, accertato il demansionamento dei lavoratori, aveva per ciò solo ritenuto sussistente un danno risarcibile ulteriore rispetto a quello costituito dalla diminuzione della retribuzione, liquidandolo in via equitativa).

comma 3 dell'articolo 23) sull'amministrazione e quindi direttamente sul dirigente che abbia agito con dolo o colpa grave, secondo lo schema di cui al comma 5 dell'articolo 52 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Inoltre, si potrebbe verificare (ove fosse inserita nel contratto di somministrazione tra agenzia e amministrazione utilizzatrice una clausola risolutiva, ma anche in caso contrario potrebbe ipotizzarsi una risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore all'obbligazione di adibire il lavoratore somministrato alle mansioni indicate ex articolo 21 lett. f) che l'agenzia di somministrazione, all'esito della tempestiva comunicazione da parte dell'amministrazione del demansionamento del lavoratore, al fine di evitare l'insorgere della propria conseguente responsabilità (responsabilità che in tale ipotesi nascerebbe proprio dalla cosiddetta *culpa in vigilando*) "richiami" il lavoratore somministrato, ponendo a carico dell'utilizzatore, quale risarcimento del danno, la retribuzione del lavoratore stesso e quindi dando il via a possibili contenziosi che andrebbero comunque a scapito dell'efficienza ed efficacia dell'organizzazione amministrativa.

La ripartizione tra agenzia di somministrazione e utilizzatore degli obblighi inerenti la sicurezza e la salute del lavoratore somministrato è regolata dall'articolo 23 comma 5. Detta norma stabilisce che gli obblighi di formazione e di informazione gravino sul somministratore (formale datore di lavoro), salva diversa ed espressa pattuizione nell'ambito del contratto di somministrazione, che può dunque prevedere che tali obblighi siano direttamente posti a carico dell'utilizzatore. L'utilizzatore ha inoltre l'obbligo di informare e garantire i lavoratori per quanto riguarda la sorveglianza medica e i rischi specifici, oltre che dotarli dei relativi dispositivi di protezione individuale ove adottati per gli altri lavoratori. Sarà comunque l'amministrazione utilizzatrice a rispondere in caso di violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi.

L'articolo 26 regola inoltre i rapporti tra utilizzatore e agenzia di somministrazione in caso di danni arrecati a terzi dal lavoratore somministrato nell'esercizio delle sue mansioni, ponendo la relativa responsabilità civile in capo all'utilizzatore, cioè in capo a colui che di fatto si avvale delle prestazioni del lavoratore, in deroga alla norma generale di cui all'articolo 2049 del codice civile (in base alla quale la responsabilità incombe sul datore di lavoro). Ovviamente l'individuazione operata dal legislatore del soggetto tenuto al risarcimento per responsabilità indiretta in qualità di "datore di lavoro sostanziale" non esclude comunque la responsabilità solidale e diretta del lavoratore ex articolo 2043 del codice civile, che conseguentemente può sempre essere chiamato dall'utilizzatore in sede di azione di regresso. L'articolo 26 si applica anche alle pubbliche amministrazioni utilizzatrici che quindi sono direttamente responsabili dei danni commessi dai lavoratori somministrati, anche se questi, come si è visto, non sono legati all'amministrazione da alcun vincolo

diretto di subordinazione (con la conseguente inapplicabilità diretta dell'articolo 28 della Costituzione). Per "terzo" deve intendersi qualunque soggetto diverso dal lavoratore somministrato (autore del danno) e dalla amministrazione utilizzatrice (intesa come soggetto istituzionale). Trattandosi di attività compiuta da soggetto (il lavoratore somministrato) "estraneo" all'amministrazione, è possibile per l'amministrazione stipulare polizze assicurative a copertura dei danni ai terzi nell'esecuzione di tale attività,⁵⁴ non sussistendo in tale caso i dubbi interpretativi sollevati dalla giurisprudenza contabile in caso di polizze assicurative a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile del personale dipendente della pubblica amministrazione⁵⁵

Infine si segnala la sentenza della Corte Costituzionale n. 50 del 28 gennaio 2005 che, affrontando il problema della ripartizione di competenze tra Stato, Regioni e altri enti locali e della compatibilità delle disposizioni della legge delega n. 30 del 2003 e del successivo decreto legislativo n. 276 del 2003 (cosiddetti "legge Biagi") con il nuovo quadro delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione (legge Cost. n. 3 del 2001), ha dichiarato incostituzionale l'articolo 22, 6 comma, decreto legislativo n. 276 del 2003 (nonché l'articolo 60 dello stesso decreto – in materia di tirocini estivi di orientamento). Tale norma – che disponeva l'inapplicabilità al contratto di somministrazione di qualsiasi vincolo di assunzione obbligatoria, di origine statale o regionale – è stata ritenuta una deroga irragionevole alle competenze regionali, peraltro non prevista dalla legge delega.

4.3 Il trattamento economico e normativo: il precetto di parità di trattamento e la tutela del lavoratore

I lavoratori somministrati hanno diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte (articolo 23 comma 1). La norma, dunque, afferma un principio di assoluta parità di trattamento non solo economico, e cioè concernente il trattamento retributivo erogato, ma anche normativo, concernente cioè la disciplina che regola nel suo complesso il rapporto di lavoro. E ciò con l'evidente *ratio* di evitare ogni forma di

⁵⁴ In tal senso Maresca, Carabelli, Cordella, Di Cocco, Pagliara, Soloperto, Speciale, La somministrazione di lavoro a termine, in *Manuale Operativo su Lavoro Pubblico e Flessibilità*, Formez, 2004, 192.

⁵⁵ Per una analisi completa delle problematiche e della giurisprudenza contabile in tema di liceità delle polizze assicurative – e dei relativi costi imputati alla p.a., con riferimento alla responsabilità amministrativo-contabile, si veda Tenore, "Spunti di riflessione sulla legittimità-liceità di polizze assicurative volte ad eludere la responsabilità amministrativo-contabile", in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1, 2004, pp.133 e ss.

sfruttamento del lavoratore da parte delle agenzie di somministrazione o delle imprese utilizzatrici⁵⁶.

Tale principio tollera l'unica eccezione di cui all'articolo 23, comma 2, e cioè in caso di contratti di somministrazione conclusi da "soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con Regioni, Province ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 13". In altre parole, al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento di lavoratori svantaggiati (così come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera K dello stesso decreto legislativo n. 276 del 2003) si consente alle agenzie di somministrazione convenzionate con comuni, province o regioni di fornire prestazioni di tali lavoratori ad un costo più basso e quindi più conveniente⁵⁷.

Circa l'applicabilità della suddetta deroga anche in caso di somministrazione a termine presso pubbliche amministrazioni, si osserva che l'espressione utilizzata dal legislatore nell'articolo 23 comma 2 ("contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati") esclude tale possibilità⁵⁸.

⁵⁶ Si veda Cardarella – Mazzamauro, "Il contratto di somministrazione di lavoro, l'appalto di servizi ed il distacco", in *La legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2004, 144. Secondo la condivisibile tesi di Chieco, "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", in *Lavoro e Diritti*, a cura di Pietro Curzio, Cacucci, 2004, 131, il principio di parità di trattamento promosso a livello europeo impone un modello di concorrenza tra le imprese che si basa su fattori competitivi diversi da quelli concernenti il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

⁵⁷ Sulla operatività dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003, si veda la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n.41/2004, in base a cui, "...omissis...Le misure di incentivazione di cui al comma 1, lettera b), dell'articolo 13, si applicano comunque a condizione che l'agenzia autorizzata alla somministrazione di lavoro assuma il lavoratore svantaggiato con contratto di lavoro subordinato non inferiore a nove mesi. Sebbene la disposizione di legge non lo indichi espressamente, anche in questo caso risulta sempre possibile subordinare in via convenzionale, e in attesa delle leggi regionali, le misure in questione a un piano individuale di inserimento o reinserimento, a specifici percorsi formativi e alla presenza di un tutore ovvero di figure con adeguate competenze e professionalità.... omissis... Per quanto riguarda i rapporti di natura commerciale tra utilizzatore e agenzia di somministrazione opera l'articolo 21, comma 1, lettera i), del decreto legislativo n. 276 del 2003, là dove precisa la «assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro». ...".

⁵⁸ In tal senso Maresca, Carabelli, Cordella, Di Cocco, Pagliara, Soloperto, Speciale, La somministrazione di lavoro a termine, in *Manuale Operativo su Lavoro Pubblico e Flessibilità*, Formez, 2004, 187. Peraltro, non ci si può in questa sede esimere dal sollevare perplessità in ordine a detta esclusione, tenuto conto che l'inserimento dei lavoratori cosiddetti svantaggiati è reso ulteriormente vantaggioso dalla possibilità di determinare il trattamento retributivo dovuto detraendo quanto percepito dai lavoratori medesimi a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione ecc... (articolo 13, lett.B), beneficiando in tal modo il datore di lavoro (che come si è visto, può essere solo privato) di una prestazione lavorativa già erogata in parte dal bilancio dello Stato o da enti pubblici previdenziali.

Nei modi e secondo i criteri prefissati dalla contrattazione collettiva applicata dall'utilizzatore, ai lavoratori somministrati spettano anche le erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa (articolo 23 comma 4, prima parte).

Ai lavoratori somministrati vengono inoltre espressamente estesi i servizi sociali ed assistenziali di cui beneficiano i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, con esclusione di quelli il cui godimento sia condizionato all'adesione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio (articolo 23 comma 4, seconda parte).

In ogni caso, i problemi di trattamento relativi a elementi eventuali o variabili del rapporto (comparto, orario, ferie, malattia, infortunio, trasferite, ecc.) devono essere risolti secondo le regole dettate dalla contrattazione collettiva dell'impresa utilizzatrice.

In conclusione, il raffronto ai fini della verifica del rispetto del principio di parità di trattamento dovrà essere effettuato con riferimento al trattamento economico e normativo corrispondente al livello iniziale di inquadramento dei lavoratori dipendenti che svolgono le stesse mansioni del lavoratore somministrato⁵⁹.

Quanto al significato di "trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore" occorre precisare i criteri in base ai quali operare il raffronto al fine di stabilire la cosiddetti parità di trattamento. Mutuando i principi elaborati per il lavoro privato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di individuazione dei trattamenti di miglior favore (nell'ambito della problematica del raffronto tra la disciplina legale e collettiva inderogabile ed eventuali accordi collettivi o individuali), può affermarsi che il carattere più o meno favorevole dell'una o dell'altra disciplina deve essere accertato con riferimento non già al solo trattamento economico globalmente previsto od alle singole clausole del contratto, bensì alla disciplina complessiva dei singoli istituti contrattuali⁶⁰. In altri termini dovrà proceder-

⁵⁹ Ovviamente il raffronto va operato con riferimento al solo livello contrattuale di iniziale inquadramento, non potendo il lavoratore somministrato a termine vantare alcuna specifica anzianità nella mansione.

⁶⁰ Si vedano, ex plurimis, Cassazione civile, sez. lav., 7 maggio 2001, n. 6348, che afferma "A norma dell'articolo 7, comma 3, legge 14 luglio 1959 n. 741, secondo cui alle norme dei contratti collettivi resi efficaci "erga omnes" si può derogare con accordi o contratti collettivi o individuali a favore dei lavoratori, il carattere più o meno favorevole dell'una o dell'altra disciplina deve essere accertato con riferimento non già al trattamento economico globalmente previsto od alle singole clausole del contratto, bensì alla disciplina complessiva del singolo istituto contrattuale" e Cassazione civile, sez. lav., 3 novembre 2000, n. 14407, secondo cui "Il contrasto fra la disciplina di contratto collettivo postcorporativo reso efficace "erga omnes" ai sensi della legge 14 luglio 1959 n. 741 e la disciplina di un contratto collettivo di diritto comune va risolto sulla base dell'articolo 7 della citata legge, secondo cui i trattamen-

si ad un concreto raffronto dei vari istituti contrattuali e valutare se la disciplina complessivamente applicata al lavoratore – tenuto conto di eventuali compensi sostitutivi o altri vantaggi comunque erogati e causalmente collegati all'istituto da compararsi – possa ritenersi deteriore rispetto a quella dei lavoratori della amministrazione utilizzatrice⁶¹.

La tutela del lavoratore somministrato è inoltre garantita, sul piano della effettività, attraverso la previsione della natura solidale della obbligazione retributiva e contributiva sancita dall'articolo 23, comma 3. Tale norma è rafforzata dalla previsione di cui all'articolo 21, comma 1, lettera K, che sancisce che nel contratto di somministrazione l'utilizzatore debba assumersi espressamente l'obbligo di versare direttamente al lavoratore il trattamento economico nonché di versare i contributi previdenziali dovuti in caso di inadempimento del somministratore, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Il principio della solidarietà comporta che l'amministrazione, indipendentemente dallo schema di ripartizione degli obblighi tra il somministratore e l'utilizzatore stabilito dalla disciplina sulla somministrazione (che, come si è visto, impone al datore di lavoro *formale* – e cioè l'agenzia di somministrazione – l'obbligazione del pagamento della retribuzione – ivi compresa quella che dovesse discendere dall'esercizio di mansioni superiori, ove ritualmente comunicato dall'utilizzatore – e degli oneri retributivi connessi), può essere direttamente chiamata dal lavoratore somministrato a rispondere in caso di inadempimento del somministratore, salva ovviamente la possibilità di rivalsa sul somministratore – debitore principale. Inoltre, la chiara formulazione dell'articolo 23, comma 3, esclude che l'amministrazione possa opporre al lavoratore che eserciti nei propri confronti il credito retributivo o pre-

ti economici e normativi minimi previsti dai contratti con efficacia obbligatoria generalizzata non sono derogabili da successivi accordi o contratti collettivi privi di tale efficacia, né da contratti individuali, salvo che la regolamentazione sopravvenuta contenga disposizioni che, valutate complessivamente nell'ambito dei singoli istituti contrattuali, risultino più favorevoli ai lavoratori. Ne consegue che, con riguardo alle mensilità aggiuntive, si deve ritenere corretto il riferimento alla contrattazione collettiva prevedente la tredicesima e la quattordicesima mensilità, anziché alla precedente disciplina dell'articolo 17 dell'accordo interconfederale per i lavoratori dell'industria del 27 ottobre 1946 (reso efficace "erga omnes" dal decreto del Presidente della Repubblica 28 luglio 1960 n. 1070) che prevede la corresponsione della sola gratifica natalizia, in quanto la suddetta disciplina collettiva, complessivamente valutata, per il fatto stesso di prevedere la duplicazione delle retribuzioni aggiuntive si deve considerare più favorevole ai lavoratori anche nell'ipotesi in cui escluda dalla base di calcolo delle suddette mensilità aggiuntive emolumenti (come la maggiorazione per il lavoro notturno svolto secondo turni regolari) che, invece, essendo corrisposti in modo continuativo e obbligatorio sono compresi nella "retribuzione globale di fatto" cui si riferisce il citato articolo 17 dell'accordo interconfederale del 1946" (Fattispecie relativa al trattamento retributivo di un dipendente aeroportuale).

⁶¹ Per la necessità del raffronto con riferimento non ai singoli aspetti della retribuzione (o dei diritti) bensì all'insieme del trattamento, si veda Maresca, Carabelli, Cordella, Di Cocco, Pagliara, Soloperto, Speciale, "La somministrazione di lavoro a termine", in *Manuale Operativo su Lavoro Pubblico e Flessibilità*, Formez, 2004, 186.

videnziale la necessità di provare l'inadempimento dell'agenzia di somministrazione (cosiddetto *beneficium excussionis*), dovendosi, in mancanza di espressa previsione legislativa, applicare la regola generale sulla solidarietà passiva di cui all'articolo 1292 del codice civile.⁶²

4.4 Somministrazione irregolare, illecita, fraudolenta e il sistema sanzionatorio applicabile alle pubbliche amministrazioni

Il legislatore ha previsto diversi livelli di gravità in caso di somministrazione stipulata in violazione di legge: la somministrazione irregolare, la somministrazione illecita e la somministrazione fraudolenta.

La somministrazione irregolare corrisponde all'ipotesi di minor gravità e si verifica quando la somministrazione viene resa al di fuori dei limiti tassativamente indicati dall'articolo 20 del decreto legislativo n. 276 del 2003 e quando non rispetta i requisiti di forma disciplinati nell'articolo 21, lettere a), b), c), d) ed e) – articolo 27 comma 1 –. La disciplina generale sancisce due tipi di sanzioni in caso di somministrazione irregolare:

- la sanzione amministrativa pecuniaria da € 250 a € 1.250 in caso di violazione degli obblighi e dei divieti di cui all'articolo 20, commi 3, 4 e 5, e articolo 21, commi 1 e 2, nonché, per il solo somministratore, in caso di violazione del disposto di cui al comma 3 del medesimo articolo 21;
- la possibilità per il lavoratore di ricorrere al giudice del lavoro per ottenere il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato con effetto sin dall'inizio della somministrazione nei confronti dell'utilizzatore. La sanzione della nullità del contratto di somministrazione e della trasformazione del rapporto di servizio in un contratto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore è pure prevista dall'articolo 21, comma 4, in caso di mancanza di forma scritta del contratto stesso. Con riferimento alla previgente disciplina sul lavoro interinale, la sentenza della Corte Costituzionale n.58 del 16 febbraio 2006, che ha recentemente ribadito tale concetto dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 117, comma 1, lettera c della legge 23 dicembre 2000, n.388 –legge finanziaria per il 2001– che aveva sostituito, in riferimento alla trasformazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo come sanzione per la violazione della mancanza di forma scritta e di apposizione dei termini, l'originaria espressione “a tempo indeterminato” con quella “a tempo determinato”.

Va ribadito in questa sede come, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, la sanzione della costituzione di un contratto di lavoro subordinato alle dipendenze della pubblica amministrazione è sicuramente inapplicabile.

⁶² Nello stesso senso vedi anche la Circolare 22 febbraio 2005 n. 7/05 del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

Tale possibilità è infatti espressamente esclusa dall'articolo 86, comma 9, del decreto legislativo n. 276 del 2003 per quanto riguarda la previsione dell'articolo 27, comma 1. Anche in caso di violazione dell'articolo 21 comma 4 la sanzione della automatica costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore non è certamente applicabile alla pubblica amministrazione, in quanto incompatibile con la speciale disciplina sulle assunzioni dettata dal decreto legislativo n. 165 del 2001 (articoli 35 e 36) e dall'articolo 97, comma 3, della Costituzione.⁶³ Nei confronti della pubblica amministrazione, dunque, nessuna conversione o trasformazione del rapporto è possibile nell'ipotesi di violazione delle norme sulla somministrazione, fermo restando il diritto del lavoratore di richiedere il risarcimento del danno e ferma restando ogni responsabilità o sanzione (articolo 36, comma 2, decreto legislativo n. 165 del 2001). Il lavoratore irregolarmente somministrato nei confronti dell'amministrazione utilizzatrice potrà invocare esclusivamente l'applicazione dell'articolo 2126 del codice civile in tema di prestazione di fatto e richiedere, conseguentemente, all'amministrazione utilizzatrice, a titolo di risarcimento del danno, l'intero trattamento retributivo e contributivo spettante per il periodo di esecuzione della prestazione lavorativa, detratte le somme già corrisposte per i medesimi titoli dal somministratore, secondo l'espresso disposto dell'articolo 27, comma 2 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Inoltre, le amministrazioni potranno agire in ripetizione contro i propri

⁶³ Non può sul punto non richiamarsi la giurisprudenza in tema di peculiarità del rapporto di lavoro pubblico e della disciplina sulle relative assunzioni. Si veda in particolare, anche se con riferimento alla fattispecie della conversione dei contratti a termine, la sentenza della Corte Costituzionale n. 89 del 27 marzo 2003, che ha affrontato la questione della legittimità costituzionale del citato art. 36, comma 2, T. U. n. 165/2001, nella parte in cui dispone che la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della Pubblica amministrazione e segnatamente nel caso di rapporti di lavoro a tempo determinato, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato; in particolare, la Corte giustifica la disomogeneità tra lavoro pubblico e privato, con riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, in base alla differenza dei due tipi di rapporti di lavoro nel momento genetico, posto che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di pubblico impiego è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, quale strumento di selezione di norma più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza del settore pubblico, salve eccezioni nei limiti della ragionevolezza e del rispetto delle esigenze del buon andamento. Sulla portata della regola del concorso per l'accesso a posti di pubblico impiego, si segnalano anche: la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 205 (che ribadisce come il concorso pubblico costituisca la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione, e come detta regola possa dirsi rispettata solo quando le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dell'ambito dei soggetti legittimati a parteciparvi); la giurisprudenza del Consiglio di Stato (il Consiglio di Stato, anche se con riferimento, *ratione temporis*, alla disciplina previgente di cui all'art. 2 L. n. 230/1962, ha affermato l'inapplicabilità al rapporto di pubblico impiego della disciplina che prevede la trasformazione automatica a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazio-

dirigenti per il recupero delle somme eventualmente pagate a titolo di risarcimento del danno nei confronti del lavoratore, qualora si tratti di violazioni dovute a dolo o colpa grave (art. 36, comma 2, ultima parte, del decreto legislativo n. 276 del 2003). Quanto invece alle sanzioni amministrative previste dall'articolo 18 comma 3 del decreto legislativo n. 276 del 2003, non ci sono elementi per escluderne l'applicabilità alla pubblica amministrazione, in quanto utilizzatrice integralmente sottoposta alla disciplina della somministrazione a tempo determinato, in persona dei dirigenti responsabili della stipula del contratto di somministrazione irregolare.⁶⁴

La somministrazione illecita si configura come reato contravvenzionale (al pari della interposizione illecita di manodopera prevista dalla legge n. 1369 del 1960). Nei confronti dell'utilizzatore che si rivolga a soggetti diversi da quelli espressamente autorizzati a svolgere attività di somministrazione (articolo 4 comma 1, lettera a e lettera b del decreto legislativo

ne di disposizioni cogenti, occorrendo una apposita fonte normativa primaria che deroghi alla regola costituzionale del pubblico concorso per l'accesso ai ruoli del pubblico impiego – si vedano, tra le più recenti, Cons. Stato, IV Sez., sentenza n. 2560 del 27 aprile 2004; negli stessi termini Cons. Stato, IV Sez., sentenza n. 2167 del 16 aprile 2004, Cons. di Stato, V Sez., sentenza n. 5024 del 8 settembre 2003); la giurisprudenza della Corte di Cassazione (con la sentenza Sez. Lav. 3 giugno 2004 n. 10605 la Corte, decidendo sulla illegittima successione di contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 18 della legge regionale Trentino Alto Adige 23 ottobre 1998 n. 10, ha affermato che la legge regionale deve essere integrata dai "principi e criteri posti dal decreto n. 29/93 – contenente norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica – circa la definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggior rilevanza e i modi di conferimento della loro titolarità, la determinazione delle dotazioni organiche complessive, e dunque l'articolo 36, ultimo comma di tale decreto deve trovare applicazione anche nell'ambito della regione Trentino Alto Adige", sancendo, conseguentemente che il principio di non convertibilità delle assunzioni temporanee da parte degli enti locali in rapporti a tempo indeterminato risponde a criteri di ragionevolezza ed è ispirato alla tutela di superiori interessi pubblici di natura generale, mirando a garantire esigenze di risanamento della finanza locale; nello stesso senso, con riferimento alla legge Reg. Puglia n. 15 del 1994, Cass. sez. Lav. n. 10453 del 29 maggio 2004 e sez. Lav. n. 12654 del 8 luglio 2004. Si vedano anche Corte Cass. n. 13528/2002 e n. 6699/2003). Peraltro, da ultimo si segnala la riproposizione alla Corte di Giustizia Europea –ad oggi ancora *sub judice*- degli stessi dubbi di illegittimità della disciplina già sollevati dal Tribunale di Pisa (cfr. ord. 7 agosto 2002 con la quale veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, T.U. n. 165/2001, poi rigettata dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 89/2003), con una argomentazione più ampia e coinvolgente profili di conformità del diritto interno ai vincoli imposti dall'ordinamento comunitario, dal Tribunale di Genova, ordinanza 31 gennaio 2004, est. Basilio. Per le stesse motivazioni – essendo per la pubblica amministrazione esclusa *a priori* la possibilità di assumere direttamente i lavoratori somministrati – sono senz'altro inapplicabili alla P.A. i commi 8 e 9 dell'art. 23 del decreto legislativo n. 276 del 2003, che regolano la possibilità di inserimento di clausole limitative della facoltà per l'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione.

⁶⁴ In tal senso, Mainardi, Decreto legislativo. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: "L'esclusione del pubblico impiego", in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2003, 6, pagg. 1069 e ss.

n. 276 del 2003), o comunque al di fuori dei limiti ivi previsti, l'articolo 18 comma 2 prevede la pena dell'ammenda di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

Non solo, dunque, è vietato, come in precedenza, lo sfruttamento della manodopera che viene utilizzata al di fuori dei limiti indicati nella legge, ma ad integrare il reato è anche la mera sottoscrizione del contratto di somministrazione non a norma di legge⁶⁵. Trattandosi di reato contravvenzionale e non richiedendo la norma incriminatrice di cui all'articolo 18 la necessaria sussistenza di una appropriazione psicologica soggettiva di tipo doloso, la responsabilità penale dell'utilizzatore (e del somministratore ai sensi del comma 1 dell'articolo 18) può insorgere anche in caso di sola colpa del soggetto agente⁶⁶. Sotto il profilo procedimentale, data la natura di contravvenzione punita con la sola ammenda, il reo potrà essere ammesso all'oblazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 162 codice penale, con conseguente estinzione del reato.

Infine, come già detto a proposito delle sanzioni amministrative in caso di somministrazione irregolare, non si ravvisano elementi per dubitare in ordine all'applicabilità delle sanzioni penali anche alla pubblica amministrazione in qualità di utilizzatrice, come tale integralmente sottoposta alla disciplina della somministrazione a tempo determinato; ovviamente, essendo la responsabilità penale personale, la stessa potrà esclusivamente insorgere – come si è visto, anche a titolo di colpa – in capo ai dirigenti responsabili della stipula del contratto di somministrazione illecita.⁶⁷

La somministrazione fraudolenta rappresenta il grado massimo di illiceità della somministrazione contro le previsioni legislative e, in base all'articolo 28, si configura quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore. In tale caso, ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18, somministratore e utilizzatore sono puniti con una ammenda di € 20 per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione. La responsabilità penale aggravata, dunque, insorge solo in caso di sussistenza del dolo specifico, e cioè della prova della consapevolezza dolosa da parte dell'utilizzatore e del somministratore di elude-

⁶⁵ Di qui la qualificazione di tale fattispecie di reato come *reato istantaneo con effetti permanenti*.

⁶⁶ Per la disciplina generale dell'elemento psicologico nei reati contravvenzionali si veda l'art. 42, 4 comma, codice penale, che sancisce che "Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

⁶⁷ In tal senso, Mainardi, Decreto legislativo. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2003, 6, pagg. 1069 e ss.

re norme inderogabili di legge o di contratto collettivo a danno dei lavoratori somministrati⁶⁸.

4.5 La tutela giurisdizionale: cenni

La complessa struttura dell'operazione contrattuale sottostante alla somministrazione, come si è visto essenzialmente caratterizzata da una triangolazione di rapporti di diversa natura, si ripercuote anche sul fronte delle tutele giurisdizionali e del conseguente regime processuale applicabile.

Per quanto concerne i rapporti tra amministrazione utilizzatrice e agenzia di somministrazione occorre distinguere tra la fase relativa alla scelta dell'agenzia e la successiva fase concernente la stipulazione e la esecuzione del contratto di somministrazione.

Mentre gli eventuali vizi inerenti alla gara (dal bando sino alla aggiudicazione) finalizzata alla selezione dell'agenzia con cui stipulare il contratto di somministrazione potranno essere fatti esclusivamente valere davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, ogni questione attinente alla stipulazione ed alla esecuzione del contratto commerciale di fornitura tra l'amministrazione e l'agenzia è devoluta alla giurisdizione del giudice civile ordinario, agendo l'amministrazione utilizzatrice *iure privatorum*⁶⁹. Sempre rientranti nella cognizione del giudice ordinario sono poi tutte le azioni di risarcimento danni eventualmente proposte dai terzi nei confronti dell'amministrazione utilizzatrice quale soggetto civilmente responsabile ai sensi dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

⁶⁸ In relazione agli aspetti penalistici della somministrazione, si segnala il recente orientamento giurisprudenziale in merito alla problematica relativa alla successione delle leggi nel tempo ed al *venire* meno – per effetto dell'abrogazione espressa di cui al decreto legislativo n. 276/2003 – delle sanzioni penali previste dalla previgente disciplina del divieto di intermediazione di manodopera di cui alla Legge n. 1369/1960. Secondo la Corte di cassazione, l'intervenuta abrogazione, per effetto del decreto legislativo n. 276/2003, della Legge n. 1369/1960 – che vietava e sanzionava penalmente ogni forma di intermediazione nel collocamento della mano d'opera – non ha reso penalmente indifferenti tutte le condotte già previste nella legge abrogata come reato (e ovviamente verificatesi nel vigore della vecchia disciplina), avendo, in particolare, lasciato sopravvivere la rilevanza penale dell'appalto di mere prestazioni di lavoro, ora qualificato come somministrazione di lavoro, quando esso venga effettuato al di fuori delle condizioni oggettive e soggettive previste dalla nuova normativa (Cass. n. 34922/2004). Si veda anche la sentenza 6 aprile 2005 della II sez. penale (pubblicata in Foro It., n.11/2005, pp.577 e ss.), secondo cui la fattispecie di reato prima prevista dall'art.1 Legge n.1369 del 1960 è pure oggi sanzionata dall'art.18 del decreto legislativo n.276/2003 relativamente al soggetto non autorizzato il quale fornisca mano d'opera senza dirigerne il lavoro e senza svolgere attività produttiva.

⁶⁹ La natura privatistica dell'azione amministrativa nell'adozione di atti di natura non autoritativa è oggi espressamente affermata dall'articolo 1, comma 1bis, legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005.

Appartengono invece alla competenza funzionale del giudice del lavoro, in quanto rientranti nella previsione di cui all'articolo 409, comma 3, codice procedura civile, tutte le controversie inerenti al rapporto di lavoro del dipendente somministrato, e cioè tutte le controversie per le quali le pretese fatte valere si colleghino direttamente a detto rapporto che, pur non rappresentando la *causa petendi* della pretesa, si ponga tuttavia come antecedente e presupposto necessario, non meramente occasionale, della situazione di fatto in ordine alla quale viene invocata la tutela giurisdizionale nei confronti di un determinato oggetto (e quindi, fra le altre, azioni concernenti il trattamento normativo, retributivo, diritti sindacali, eventuali pretese risarcitorie, rimborsi spese, ecc.)⁷⁰.

Inoltre, l'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276 del 2003 prevede espressamente (attraverso il richiamo del regime processuale applicabile – articolo 414 codice procedura civile) la competenza funzionale del giudice del lavoro per le cause concernenti la trasformazione del rapporto di lavoro in caso di somministrazione irregolare. Peraltro, si è visto come il lavoratore irregolarmente somministrato non può agire per la costituzione del rapporto nei confronti della pubblica amministrazione, ostandovi la speciale disciplina sulle assunzioni in tema di pubblico impiego⁷¹. In tal caso, il lavoratore irregolarmente somministrato potrà ricorrere al giudice del lavoro chiedendo la condanna dell'amministrazione utilizzatrice, in applicazione dell'articolo 2126 del codice civile in tema di prestazione di fatto, al pagamento, a titolo di risarcimento del danno, dell'intero trattamento retributivo e contributivo spettante per il periodo di esecuzione della prestazione lavorativa, detratte le somme già corrisposte per i medesimi titoli dal somministratore, secondo l'espresso disposto dell'articolo 27, comma 2 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Infine, questa breve ricognizione non può non concludersi senza fare un accenno alla eventuale responsabilità amministrativa cui possono incorrere le amministrazioni (e quindi i loro dirigenti e funzionari) che utilizzino lavoratori somministrati al di fuori delle previsioni di legge e determinino, conseguentemente, un danno all'erario di cui i responsabili potranno essere chiamati a rispondere innanzi alla Corte dei Conti, ovviamente nei limiti e con le modalità in cui la responsabilità amministrativa può essere azionata, secondo i principi di cui alla Legge n. 20 del 1994. In particolare, l'articolo 1 della legge citata sancisce la natura personale della responsabilità amministrativa e la limita ai fatti ed alle omissioni commessi dai dipendenti pubblici con dolo o colpa grave.

Quanto all'ipotesi di eventuale condanna dell'amministrazione quale responsabile civile, ex articolo 26 del decreto legislativo n. 276 del 2003, per

⁷⁰ In tal senso la giurisprudenza unanime della Suprema Corte. Cfr. ex plurimis Cassazione civile, sez. lav., 8 luglio 1999, n. 7171.

⁷¹ Si rinvia a quanto già detto alla nota 17.

fatti commessi dai lavoratori somministrati nei confronti dei terzi nell'esercizio delle loro mansioni, per la qualificazione dell'azione di responsabilità esercitabile e la conseguente individuazione del giudice competente occorre soffermarsi sulla particolare natura del vincolo che lega tali lavoratori all'amministrazione utilizzatrice. In via generale, infatti, al giudizio della Corte dei Conti per responsabilità amministrativa sono sottoposti i soli dipendenti della pubblica amministrazione, legati cioè all'amministrazione da un rapporto organico. Tuttavia è stata affermata la giurisdizione del giudice contabile anche nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione, ma legati alla stessa da un rapporto di servizio, che si configura quando una persona fisica venga inserita a qualsiasi titolo nell'apparato organizzativo pubblico e venga investita – sia autoritativamente, sia convenzionalmente – dello svolgimento in modo continuativo di un'attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da essere partecipe dell'attività amministrativa⁷². Come si è visto, il lavoratore somministrato, in base a quanto disposto dall'articolo 20 comma 2 decreto legislativo n. 276 del 2003, pur non essendo formalmente legato da un rapporto di lavoro con l'amministrazione utilizzatrice, è senza dubbio funzionalmente inserito nell'apparato organizzativo dell'amministrazione stessa, sussistendo, dunque, quel nesso funzionale necessario e sufficiente con lo svolgimento di pubbliche funzioni che giustifica l'insorgenza di una responsabilità amministrativa e la giurisdizione contabile della Corte dei Conti.

⁷² In tal senso si è univocamente orientata la giurisprudenza contabile e la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Cfr ex plurimis: Cassazione civile, sez. un., 10 settembre 2004, n. 18258; Cassazione civile, sez. un., 12 marzo 2004, n. 5163; C.Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 24 maggio 2004, n. 734. In particolare, Corte Conti, sez. I, 5 maggio 2004, n. 152, afferma: "Il rapporto di servizio si instaura in conseguenza dell'espletamento di pubbliche funzioni anche in difetto di un valido titolo di legittimazione e, quindi, a maggior ragione, quando il provvedimento concessivo venga meno a seguito del successivo annullamento; poiché ciò che rileva ai fini del radicamento della giurisdizione della Corte dei conti è l'ipotizzato danno erariale comunque connesso all'attività svolta "de iure" o "de facto" dal soggetto – persona fisica o giuridica – legato alla p.a. da un rapporto di servizio; nella specie, pertanto, va rigettata l'eccezione di carenza di giurisdizione nei confronti di una società concessionaria dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica, in capo alla quale, in esecuzione di un contratto di concessione, successivamente annullato, sono state trasferite pubbliche funzioni che la società ha effettivamente esercitato".

I PARTE

5. Le FAQ

di Stefania De Paulis

5.1 È possibile stipulare contratti di somministrazione a tempo determinato per le figure dirigenziali e direttive della pubblica amministrazione

L'articolo 28 della Costituzione stabilisce che: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici". La disposizione è diretta a garantire al cittadino una adeguata tutela dei diritti ad esso riconosciuti quando sia in rapporti con la pubblica amministrazione, costituendo tale garanzia un interesse preminente dell'ordinamento.

Il legislatore costituzionale ha, dunque, previsto l'attribuzione di una responsabilità diretta in capo all'amministrazione per gli atti compiuti dai funzionari, sotto il profilo penale, che è sempre personale, sotto il profilo civile, di cui si dirà oltre, ed amministrativo, cioè in caso di violazione di obblighi amministrativi cui l'ordinamento collega l'irrogazione di sanzioni amministrative.

Nel caso in cui il funzionario adotti atti in violazione di diritti la responsabilità civile viene estesa all'amministrazione. La dottrina prevalente, ed una consolidata giurisprudenza, hanno considerato tale previsione in linea con il sistema antecedente la costituzione repubblicana ritenendo che la responsabilità per fatto proprio del pubblico funzionario costituisca una forma di responsabilità diretta della pubblica amministrazione in forza del rapporto di immedesimazione organica che intercorre fra i due soggetti, in quanto la prima agisce per mezzo dei secondi.

Il dettato costituzionale collega, dunque, alla costituzione del rapporto di lavoro subordinato fra l'amministrazione ed il funzionario la responsabilità degli atti da questi compiuti per conto della prima relativamente ai diversi profili della responsabilità civile, nella quale vanno ricomprese le diverse tipologie della responsabilità contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale, nonché la responsabilità patrimoniale e quella contabile, quali tipologie di responsabilità interna del funzionario nei confronti dell'amministrazione.

Il sistema creato dalla Costituzione opera su due piani, uno per così esterno perché relativo ai rapporti intercorrenti tra il funzionario ed i terzi all'amministrazione, ed uno interno in quanto collegato al rapporto intercorrente fra il funzionario e quest'ultima. Tale distinzione riveste una particolare importanza ai fini che qui interessano poiché l'amministrazione deve preoccuparsi non solo della legittimità dei comportamenti adottati dai propri funzionari in relazione ai terzi, ma anche dei danni che dai medesimi comportamenti possono ad essa essere arrecati.

Da quanto considerato deriva che il rapporto organico o "rapporto d'ufficio" intercorrente fra il dirigente ed il funzionario è costituito da *"tutto il*

complesso delle regole che connotano la persona fisica all'esercizio delle funzioni pubbliche"⁷³, rapporto avente natura pubblicistica e che si distingue nettamente dal rapporto di servizio la cui disciplina è lasciata, parimenti al lavoro alle dipendenze dei privati, alla contrattazione. Peraltro, giova ricordare che nell'impianto pubblicistico originario del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione la dottrina prevalente aveva sempre ritenuto che il rapporto d'ufficio fosse tipicamente afferente alle figure apicali in quanto titolari di strutture di linea o agli appartenenti alle strutture di staff.

Il Decreto del Presidente della Repubblica del 10 gennaio 1957, n. 3, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, ha dedicato il Capo II al tema della responsabilità dei dipendenti sia nei confronti dell'amministrazione che nei confronti dei terzi. Successivamente il legislatore è nuovamente intervenuto sul tema della responsabilità dei funzionari quando è stata emanata la legge n. 241 del 1990, in tema di procedimento amministrativo e relative responsabilità, ed il correlato sistema sanzionatorio dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione contenuto nella legge 26 aprile 1990, n. 86.

In tal quadro normativo il decreto legislativo n. 29 del 93, ora trasfuso nel decreto legislativo n. 30 marzo 2001, n. 165 recante l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ha provveduto a dettare una apposita disciplina della dirigenza. L'articolo 16 del decreto citato, nella parte relativa alle funzioni dirigenziali, dispone che i dirigenti degli uffici dirigenziali generali, fra l'altro, *"adottano gli atti ed i provvedimenti amministrativi ed esercitano i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate rientranti nelle competenze dei propri uffici"*, *"promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere"*, *"decidono sui ricorsi gerarchici"*.

Il successivo articolo 17 prevede che, fra l'altro, i dirigenti *"curano l'attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati (...) adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate"*, *"provvedono alla gestione del personale e delle risorse strumentali assegnate ai propri uffici"*.

Nell'articolo 17-bis è istituita la vicedirigenza della quale fanno parte i dipendenti delle pubbliche amministrazioni equiparati ai funzionari della ex carriera direttiva dello Stato.

I funzionari, diversamente classificati dai relativi contratti collettivi nazionali di comparto, sono tutti destinatari di poteri di rappresentanza dell'amministrazione all'esterno, nonché di poteri di decisione rispetto agli atti loro delegati dal dirigente o loro attribuiti direttamente dall'ordinamento. In altri termini le figure in questione agiscono, con diversi gradi di potere e responsabilità, per conto dell'amministrazione della quale sono dipendenti,

⁷³ Cerulli Irelli

e gli effetti delle loro decisioni si producono in capo alla medesima, in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lega gli uni all'altra, secondo la previsione costituzionale già richiamata.

Quanto finora premesso rileva ai fini della soluzione della questione posta in quanto i lavoratori somministrati, essendo dipendenti dell'Agenzia di somministrazione e non dell'amministrazione cui forniscono la propria prestazione lavorativa, pur se inseriti nell'organizzazione produttiva di questa, difettano del rapporto di immedesimazione organica e, pertanto del rapporto d'ufficio con l'amministrazione.

Ciò comporta due distinte conseguenze di particolare rilevanza, la prima relativa alla validità degli atti compiuti da tali soggetti e la seconda relativa alla responsabilità per gli atti compiuti.

Le questioni sono assai rilevanti e meritano una distinta trattazione.

Per quanto concerne la validità degli atti occorre fare riferimento alla recente modifica della legge n. 241 del 1990, operata dalla legge n. 15 del 2005, la quale ha introdotto l'articolo 21-septies, rubricato *Nullità del provvedimento*. Tale articolo prevede che: *"È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge"*.

Con tale modifica il legislatore ha inteso codificare alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza in merito alla patologia dell'atto amministrativo e, contemporaneamente, risolvere l'assenza di una disciplina dell'invalidità dell'atto amministrativo. Pertanto sono state introdotte quattro tipologie di nullità del provvedimento amministrativo, fra le quali in primo luogo quella contenuta nel citato articolo e relativa alla nullità strutturale, prevista per il caso di mancanza di requisiti essenziali dell'atto sulla scorta degli artt. 1325 c.c. (requisiti del contratto) e 1418 c.c. (conseguenze della mancanza o illiceità dei requisiti).

Il legislatore non ha indicato quali siano gli elementi essenziali dell'atto, tuttavia questi possono individuarsi negli suoi elementi costitutivi, quelli, cioè, necessari per la sua esistenza, fra i quali la dottrina ha sempre annoverato la capacità del soggetto. In altri termini la dottrina precedente la modifica della legge n. 241 del 1990 riteneva che il soggetto che emanava l'atto dovesse avere la capacità, la competenza di emanarlo, poiché se l'atto è emanato da un soggetto che non è organo della pubblica amministrazione non si è di fronte ad un atto amministrativo. L'attività posta in essere dal *"funzionario di fatto"*, cioè da quel soggetto privato che svolgesse *"di fatto"* una funzione pubblica, era ritenuta atto amministrativo soltanto se le leggi lo prevedevano per situazioni particolari.

Alla luce della previsione dell'articolo 21-septies ci si deve chiedere se tale figura non ne risulti travolta e debba ritenersi ricompresa fra gli elementi essenziali la volontà dell'autorità amministrativa procedente e, pertanto,

l'imputabilità degli effetti del provvedimento all'amministrazione pubblica. Ciò comporterebbe che gli atti adottati da un soggetto non legittimato risulterebbero inficiati da vizio proprio, e cioè nulli per difetto strutturale per mancanza di volontà.

Per quanto concerne i profili relativi alla responsabilità per gli atti compiuti dai lavoratori somministrati, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, si osserva una oggettiva difficoltà a ricondurre la responsabilità di quegli atti in capo all'amministrazione. Verrebbe, pertanto, meno, la tutela che la Costituzione garantisce ai cittadini che sono in rapporti con la pubblica amministrazione. Infatti, in questo caso, non si costituirebbe una responsabilità diretta della pubblica amministrazione per fatto proprio del pubblico funzionario.

L'unica tutela per i terzi prevista è quella contenuta nell'articolo 26 del decreto legislativo n. 276 del 2003 il quale disciplina le ipotesi di responsabilità per danni arrecati ai terzi dai lavoratori somministrati nell'esercizio delle mansioni loro affidate, stabilendo che la responsabilità civile relativa agli eventi dannosi si produce in capo all'utilizzatore, che in questo caso è la pubblica amministrazione, in quanto questi è da considerarsi il datore di lavoro sostanziale, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2049 del codice civile. Se è vero che nei confronti del lavoratore somministrato l'amministrazione potrà esercitare l'azione di regresso prevista dall'articolo 2043 del codice civile, in quanto su di esso grava una responsabilità diretta e solidale, sembra che non vi sia spazio per ritenere, invece, sussistente la responsabilità interna intercorrente tipicamente fra l'amministrazione ed il proprio funzionario che si configura nella responsabilità patrimoniale ed in quella contabile.

Altra particolarità da considerare è quella relativa all'esercizio del potere disciplinare che l'articolo 23 del decreto legislativo costituisce in capo all'Agenzia di somministrazione. La previsione normativa potrebbe far ritenere applicabile ai lavoratori somministrati il codice dell'agenzia. Tuttavia una lettura sistematica dell'articolo 23 e un ancoraggio alle normative europee in tema di parità di trattamento debbono far considerare che per l'individuazione delle infrazioni disciplinari sanzionabili e l'esercizio del potere disciplinare sia necessario fare riferimento alle regole vigenti per l'amministrazione utilizzatrice.

Alla luce di quanto considerato risulta opportuno che le amministrazioni non affidino ai lavoratori somministrati funzioni di livello dirigenziale o direttivo poiché in tal caso verrebbero meno le garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti dei cittadini e degli interessi delle amministrazioni. Ciò non deve, tuttavia, escludere il ricorso a professionalità e/o competenze di tipo elevato o specialistico, in quanto i lavoratori somministrati in possesso di tali requisiti possono essere utilmente inseriti ed utilizzati nell'organizzazione dell'amministrazione, qualora operino sotto la responsabilità

dei dirigenti e funzionari dell'amministrazione, ai quali è attribuita la responsabilità delle strutture e dell'adozione degli atti rientranti nei compiti istituzionali delle medesime.

5.2 È possibile acquisire in somministrazione personale da inserire nell'area vigilanza con funzioni di polizia municipale dei comuni?

Ai fini della soluzione del quesito posto occorre, innanzi tutto, fare riferimento agli ambiti di competenza della polizia locale e individuare le fonti normative e regolamentari che li disciplinano.

La polizia municipale, infatti, svolge diverse funzioni definite in norme e regolamenti statali, leggi regionali e regolamenti comunali.

Per quanto concerne la pubblica sicurezza nel vigente riparto delle competenze legislative la materia "ordine pubblico e sicurezza" rimane attribuita alla competenza della legislazione statale esclusiva. In attuazione dell'articolo 159 del decreto legislativo n. 112 del 1998 sono state trasferite agli enti locali le funzioni di polizia amministrativa.

La legge 7 marzo 1986, n. 65, legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale, attribuisce ai comuni le funzioni di polizia locale. Gli addetti al servizio di polizia municipale esercitano le funzioni istituzionali previste da tale legge e collaborano con le Forze di polizia dello Stato su disposizione del Sindaco e dietro richiesta delle autorità competenti.

In particolare l'articolo 5 della legge stabilisce che i medesimi soggetti esercitano anche funzioni di polizia giudiziaria in qualità di agenti di polizia giudiziaria, servizio di polizia stradale ai sensi dell'articolo 12 del codice della strada (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285), nonché funzioni ausiliare di pubblica sicurezza. A tali fini viene ad essi conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza dal Prefetto che può, successivamente, dichiararne la perdita.

Nelle funzioni di agente e di ufficiale di polizia giudiziaria (qualifica che spetta al comandante della Polizia Municipale) e di agente di pubblica sicurezza tali soggetti dipendono operativamente dalle autorità competenti. Inoltre, in particolare, agli addetti al servizio di polizia municipale, ai quali è conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza, è data la possibilità, previa deliberazione del Consiglio comunale, di portare armi, senza licenza. Le modalità ed i casi relativi sono stabiliti da apposito regolamento approvato con decreto del Ministro dell'interno, sentita l'ANCI.

Altre importanti funzioni svolte dalla polizia municipale sono, ad esempio, quelle relative ai controlli sul commercio fisso e su aree pubbliche, alla tutela ambientale ed al controllo urbanistico.

Dai brevi cenni riassuntivi di alcune delle competenze attribuite dall'ordinamento alla Polizia Municipale emergono importanti considerazioni. In

primo luogo occorre fare riferimento a quanto già ricordato in tema di rapporto di immedesimazione organica e validità degli atti, in secondo luogo si deve ricordare che gli addetti al servizio di polizia municipale rivestono, stanti le funzioni loro attribuite dall'ordinamento, la qualità di pubblico ufficiale.

L'articolo 357 del codice penale così definisce il pubblico ufficiale: *"Agli effetti della legge penale sono pubblici funzionari coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.*

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi."

Per quanto interessa in questa sede deve intendersi, dunque, per pubblica funzione il complesso di pensiero, volontà ed azione che si esplica, con attributi di autorità, nella sfera di organi amministrativi.

La qualifica di pubblico ufficiale deve, pertanto, essere riconosciuta a quei soggetti che, pubblici dipendenti o semplici privati, quale sia la loro posizione soggettiva, possono o debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione, oppure esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi (Cassazione Sezioni Unite, 11 luglio 1992; Cassazione VI, 13 gennaio 1999).

E' necessario, dunque, che l'esercizio della funzione di pubblico ufficiale sia esercitata nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico. Tale è il caso, ad esempio, delle società di parcheggio automobilistico comunale alle quali i comuni abbiano conferito compiti di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta ai sensi degli articoli 17, comma 132, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo), e 68, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato),.

Riguardo alla prima delle disposizioni richiamate si ricorda che la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 157 del 2001, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 98 della Costituzione, in quanto ha ritenuto che: *"il legislatore ordinario può prevedere che l'autorità amministrativa possa attribuire specifiche funzioni di accertamento o di verifica, oltre che a propri dipendenti, anche a dipendenti di enti o società cui sia stato affidato un servizio pubblico o che siano concessionari di un servizio in senso largo, quando questo accertamento o verifica sia connesso o sia utile per il migliore svolgimento dello stesso servizio; che, infatti, rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una par-*

ticolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto”.

Secondo la Corte non verrebbe meno, in tal caso, il valore probatorio (in sede civile) degli accertamenti e verifiche da soggetti non dipendenti dall'amministrazione in quanto al legislatore compete la discrezionalità di determinare gli effetti degli atti potendo tale scelta essere censurabile soltanto sotto il profilo della manifesta irragionevolezza.

Inoltre, in relazione alla lamentata violazione dei principi posti dall'articolo 97 della Costituzione, la Corte ha affermato che: *“occorre distinguere tra apparato burocratico degli uffici, con rapporto di lavoro dipendente (per i quali è prevista di regola la selezione concorsuale, “salvi i casi stabiliti dalla legge”: art. 97, terzo comma, della Costituzione), ed esercizio di funzioni pubbliche, con un rapporto sottostante anche meramente onorario o volontaristico o di mero servizio o di obbligo ovvero di utilizzazione, anche non esclusiva, sulla base di previsione e di requisiti fissati dalla legge (art. 51, della Costituzione)”.*

Da quanto richiamato deriva che perché sia possibile affidare alcune funzioni tipiche dei pubblici ufficiali occorre che vi sia una apposita previsione normativa che consenta espressamente all'amministrazione di affidare funzioni tipicamente pubblicistiche a soggetti estranei alla medesima, e che tale previsione normativa stabilisca quale siano gli effetti degli atti da tali soggetti compiuti.

Non appare che sia tale il caso del decreto legislativo n. 276 del 2003 il quale si limita ad affermare, all'articolo 86, comma 9, che i contratti di somministrazione a tempo determinato possono essere stipulati dalle pubbliche amministrazioni, senza dettare il tal senso alcuna apposita disciplina. E non poteva essere diversamente stante l'esclusione dell'applicabilità delle sue disposizioni alle pubbliche amministrazioni prevista dalla legge delega (articolo 6 della legge 14 febbraio 2003, n. 30), salvo che non fossero espressamente richiamate. Il legislatore delegato, pertanto, ha potuto solo prevedere che le pubbliche amministrazioni ricorrano alla somministrazione a tempo determinato senza poter disporre in quella sede, pena l'eccesso di delega, regole particolari per esse.

Rispetto alla questione posta rimane, dunque, da verificare quali altre funzioni, tipicamente attribuite alla polizia municipale, possano essere, eventualmente, svolte da lavoratori somministrati.

Si può giungere, in questo caso, alle medesime conclusioni già raggiunte per quanto concerne la possibilità di acquisire in somministrazione funzionari e dirigenti. Infatti non tutte le attribuzioni della polizia municipale comportano l'adozione di atti produttivi di effetti in capo ai terzi e all'amministrazione. Il cosiddetto servizio interno, infatti, preclude l'esercizio di tutte le funzioni di pubblica sicurezza, con la conseguente perdita dell'indennità connessa (si veda al riguardo la circolare n. 8789 del 1996 della presidenza

del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica e gli affari regionali).

Inoltre deve considerarsi che la polizia municipale partecipa al perfezionamento di procedimenti amministrativi sanzionatori complessi ed articolati di competenza ripartita con altre strutture del comune. Ciò ha comportato che molti enti hanno provveduto a distinguere le fasi del procedimento secondo le competenze rispettive dei propri uffici. Ad esempio per quanto concerne le sanzioni accessorie, che in genere afferiscono alle funzioni di altre direzioni, alla polizia municipale rimangono attribuiti i soli atti di avvio del procedimento. Pertanto può valutarsi se alcune delle relative attività possano essere svolte da personale somministrato. Parimenti può valutarsi in relazione alle attività comportanti accertamenti complessi di supporto all'adozione dei procedimenti, così come per l'attività preordinata alla gestione del contenzioso giudiziario in materia di opposizione a sanzioni amministrative.

5.3 Le causali della somministrazione a tempo determinato e le causali previste nei CCNL relativamente al lavoro interinale. Problemi relativi ai limiti quantitativi nella disciplina transitoria.

La legge 24 giugno 1997, n. 196, recante norme in materia promozione dell'occupazione, aveva disciplinato negli articoli da 1 ad 11 il contratto di fornitura di lavoro temporaneo prevedendo che il medesimo potesse essere concluso solo nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi; nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali e nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti.

Il decreto legislativo n. 276 del 2003 nel disciplinare il lavoro in somministrazione ha individuato, all'articolo 27, nuove e diverse causali per la somministrazione a tempo determinato superando i presupposti di temporaneità del lavoro interinale e facendo, invece riferimento alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria amministrazione, analogamente a quanto previsto per i contratti di lavoro temporaneo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Il medesimo articolo demanda alla disciplina contrattuale la fissazione dei limiti quantitativi, di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato, in conformità a quanto previsto nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 368 del 2001. Tale articolo stabilisce che i contratti collettivi nazionali di lavoro possono introdurre limiti al ricorso al lavoro temporaneo, anche in misura non uniforme. Con ciò intendendosi la possibilità che i singoli contratti collettivi introducano dei tetti diversificati per il ricorso, nel caso in

questione alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, in ragione delle differenze esigenze organizzative esistenti fra le diverse amministrazioni.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la circolare n. 7 del 2005, si è espresso sull'ultrattività delle clausole contrattuali precedenti l'entrata in vigore del decreto citato, affermando che queste ultime non possono più applicarsi in forza del rinvio operato alle clausole di contingentamento contenute nella disciplina comunitaria dettata del decreto n. 368 del 2001.

Per quanto concerne le nuove causali esse debbono ritenersi immediatamente applicabili per effetto del dettato dell'articolo 85, comma 1, lettera f), del decreto n. 276 del 2003. Infatti vengono abrogate le disposizioni della legge n. 196 del 1997 dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo. Inoltre, il comma 3 dell'articolo 86 del decreto, prevede che le clausole dei contratti collettivi stipulati ai sensi della normativa sul lavoro interinale e vigenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina mantengono, in via transitoria e salvo diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro ma con esclusivo riferimento alla determinazione delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine.

In forza della previsione contenuta nell'articolo 86, comma 3, del decreto le amministrazioni i cui contratti collettivi nazionali di comparto sono scaduti successivamente alla data della sua entrata in vigore, applicano le nuove causali senza che le precedenti disposizioni contrattuali possano essere prorogate per effetto di clausole di ultrattività. Diversamente le amministrazioni i cui contratti sono stati rinnovati prima della data di entrata in vigore del decreto legislativo continueranno ad applicare le vecchie causali del lavoro interinale qualora i medesimi contengano la clausola con la quale si fanno salve le previgenti disposizioni contrattuali ove non disapplicate, ma in via transitoria e salvo diverse intese. Senza tale complesso meccanismo abrogativo le clausole contrattuali difformi rispetto alla nuova disciplina sarebbero da considerarsi cadute a norma dell'articolo 1339 del codice civile secondo il quale le clausole imposte dalla legge sono inserite di diritto nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.

Stante la previsione normativa delineata per queste ultime amministrazioni le parti contrattuali possono, con diverse intese, decidere per l'applicabilità immediata delle nuove causali.

Il decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80, ha introdotto il comma 1 bis all'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale le pubbliche amministrazioni potranno ricorrere alle tipologie di lavoro flessibile. L'intervento normativo prevede che il ricorso alle tipologie lavorative indica-

te al comma 1 possa avvenire solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento delle procedure di assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti di somministrazione a tempo determinato. La legge di conversione ha poi aggiunto un comma 1bis.1 nel quale si stabilisce che le disposizioni contenute nel comma 1-bis costituiscono norme di principio per l'utilizzo di forme contrattuali flessibili negli enti locali.

5.4 Problematiche relative alla possibilità di ricoprire tutti i livelli di personale tramite i contratti di somministrazione a tempo determinato.

Una questione di particolare rilievo è quella relativa alla individuazione dei livelli o profili per i quali sia possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

Al riguardo occorre richiamare le disposizioni in materia di lavoro interinale e, segnatamente, l'articolo 1 della legge 24 giugno 1997, n. 196, ora abrogata dal decreto legislativo n. 276 del 2003, le quale contenevano il divieto *"di ricorso al lavoro interinale per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi"* (comma 4).

Sulla scorta di tale previsione normativa il "contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo", del 9 agosto 2000, ha previsto che la contrattazione di comparto può prevedere i casi di esclusione ulteriori rispetto a quelli previsti al comma 4 dell'articolo 1 della legge citata. In base a tale previsione i diversi contratti collettivi nazionali di comparto hanno provveduto ad introdurre puntuali esclusioni.

Ad esempio si può ricordare il CCNL del personale del comparto sanità stipulato il 7 aprile 1999 il quale, all'articolo 32, stabilisce che *"è escluso il ricorso al lavoro temporaneo per il personale appartenente ai profili professionali delle categorie A e B – posizione economica iniziale- fino alla quarta qualifica del sistema di classificazione di cui al CCNL stipulato il 7 aprile 1999 ovvero ai profili professionali anche delle categorie C e D addetti alla vigilanza e a compiti ispettivi."*

Si può ricordare, inoltre, il CCNL per il personale del comparto delle regioni e delle autonomie locali successivo a quello del 1° aprile 1999, stipulato il 14 settembre 2000, il quale, all'articolo 2, stabilisce che *"il ricorso al lavoro temporaneo non è consentito per i profili della categoria A, per quelli dell'area di vigilanza e per quelli del personale educativo e docente degli asili nido e delle scuole materne ed elementari, medie e superiori. Sono, altresì,*

escluse le posizioni di lavoro che comportano l'esercizio di funzioni nell'ambito delle competenze del Sindaco come Ufficiale di Governo".

Il decreto n. 276 del 2003, il quale ha introdotto la disciplina del contratto di somministrazione, anche a tempo determinato, con l'articolo 85, comma 1, lettera f) ha abrogato le disposizioni della legge n. 196 del 1997. L'articolo 27 del decreto nel dettare la disciplina delle nuove causali indica puntualmente i casi di esclusione non effettuando alcun rinvio alla contrattazione per altre esclusioni. L'articolo 86, comma 3, che disciplina il regime transitorio, fa espresso riferimento alle sole clausole contrattuali relative alla determinazione delle esigenze di carattere temporaneo che giustificano il ricorso alla somministrazione. Pertanto, dalla lettura sistematica delle disposizioni richiamate, deve evincersi la volontà del legislatore di escludere dall'ambito di competenza della contrattazione collettiva sia la determinazione delle causali per il ricorso alla somministrazione che dei divieti o esclusioni.

Tuttavia appare necessario ricordare il particolare contesto in cui viene utilizzata la somministrazione a tempo determinato. Infatti le pubbliche amministrazioni possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili, compresa la fornitura di lavoro temporaneo, leggasi oggi somministrazione, in virtù della espressa previsione contenuta nell'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 il quale, al comma 1, stabilisce che i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare le tipologie lavorative flessibili in applicazione di quanto previsto dalle discipline di settore.

Il problema si pone in quanto il decreto legislativo n. 165 del 2001 costituisce norma di principio generale per le pubbliche amministrazioni e, quindi, norma speciale, rispetto alla quale si pone il problema della superabilità di tale previsione da parte del decreto legislativo n. 276 del 2003. Sul punto si rinvia a quanto esplicitato nel par. 2.3 del cap. 2 della presente pubblicazione.

5.5 A quali capitoli di bilancio vanno imputate le spese per il personale in somministrazione?

Il contratto di somministrazione intercorre fra l'amministrazione utilizzatrice e l'agenzia di somministrazione e consiste in un contratto di fornitura di servizi per il quale viene pagato dall'amministrazione il prezzo determinato nel contratto. La corresponsione della retribuzione spettante ai lavoratori somministrati, che a norma dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo n. 276 del 2003, corrisponde a quello spettante ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte, grava sull'agenzia di somministrazione che è l'effettivo datore di lavoro.

Una tale considerazione porta a qualificare la spesa relativa ai contratti di somministrazione stipulati quale spesa per servizi e non spesa per il personale.

Di fatto lo stesso legislatore ha, in diverse occasioni, fatto rientrare alcune limitazioni alla spesa per prestazioni di servizi nel costo del lavoro, ciò ad un primo fine consistente nel contenimento della spesa complessiva, ma con un secondo e più effettivo fine che è quello di obbligare le amministrazioni ad effettuare le scelte gestionali più efficienti.

Sul piano pratico occorre, in primo luogo, tenere conto di alcune indicazioni fornite per la redazione del conto annuale delle spese sostenute dalle pubbliche amministrazioni per il personale dipendente.

Infatti il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato svolge una rilevazione di tipo censuario relativo alla consistenza del personale dipendente ed al costo del lavoro pubblico in relazione alle funzioni ad esso attribuite dal Titolo V del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sul controllo dei bilanci e del costo del lavoro.

Nel conto annuale 2003 sono state introdotte alcune novità nelle modalità di aggregazione dei dati fra le quali, per quanto interessa in questa sede, una evidenziazione separata del costo del personale non dipendente dalle amministrazioni e, cioè, lavoratori interinali e collaborazioni coordinate e continuative.

In attuazione dell'articolo 28, comma 5, della legge n. 289 del 2002 (legge finanziaria per il 2003) e dell'articolo 1, comma 79, della legge n. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2004) sono stati emanati dal Ministero dell'economia e delle finanze alcuni decreti contenenti la codificazione, le modalità ed i tempi per l'attuazione del Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici (SIOPE). In tali decreti sono state fornite apposite indicazioni sull'imputazione delle voci di spesa nei diversi capitoli di bilancio per gli enti locali (Decreto 18 febbraio 2005) e per le università (Decreto 18 febbraio 2005) e pertanto tali amministrazioni dovranno seguire le indicazioni fornite in tali atti.

Tuttavia si rileva che in tali atti la spesa per il lavoro interinale gli enti locali è inserita nella voce relativa alle prestazioni di servizi mentre per le università è inserita nelle spese relative alle risorse umane quale voce separata e definita "Altro personale".

Si segnala, inoltre, che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con circolare della Ragioneria Generale dello Stato n. 9 del 17-02-2006, ha chiarito che rientrano nei limiti di spesa fissati, dall'art. 1, comma 198, della L. n. 266 del 2006, anche le spese per compensi corrisposti al personale con contratto di lavoro flessibile, compresi la somministrazione di lavoro temporaneo.

5.6 È possibile acquisire personale docente con i contratti di somministrazione?

Per risolvere la questione posta occorre fare riferimento, in primo luogo, a quanto già rappresentato relativamente alla possibilità di acquisire in somministrazione quelle figure che emettono atti per conto dell'amministrazio-

ne nella quale prestano servizio, nonché alla questione delle esclusioni operate dai contratti collettivi di comparto.

Le norme generali vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, contenute nel decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, individuano gli organi necessari al funzionamento delle istituzioni scolastiche, attribuendo loro le relative funzioni.

Per quanto concerne la didattica degli istituti operano i collegi dei docenti, composti dal personale docenti di ruolo e non di ruolo in servizio nel circolo o nell'istituto. Per quanto concerne il funzionamento delle strutture opera il consiglio di circolo o di istituto del quale fanno parte fra gli altri, i rappresentanti dei docenti, eletti dal collegio docenti. Quest'ultimo organo adotta diverse deliberazioni, la più importante delle quali, è il bilancio preventivo ed il conto consuntivo della scuola.

Per le valutazioni già svolte circa la formazione della volontà dell'amministrazione appare evidente come eventuali docenti forniti in somministrazione non potrebbero partecipare al collegio docenti ed agli altri organismi, né, tanto meno, essere eletti nel consiglio di circolo o di istituto.

Sempre relativamente alla medesima problematica occorre ricordare la legge 28 marzo 2003, n. 53 che, all'articolo 2, ha riformato il sistema dei cicli di istruzione. Il sistema educativo di istruzione e di formazione si articola nella scuola dell'infanzia, in un primo ciclo che comprende la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, e in un secondo ciclo che comprende il sistema dei licei ed il sistema dell'istruzione e della formazione professionale. Nel primo ciclo, costituito dalla scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, è assicurato il raccordo fra la scuola dell'infanzia e con il secondo ciclo. La medesima legge ed il decreto legislativo 19 dicembre 2004, n. 286, disciplinano il sistema di valutazione degli apprendimenti degli alunni.

Anche in questo caso non sembra possibile che personale non dipendente della scuola possa procedere alla valutazione degli apprendimenti che costituisce parte integrante della funzione docente.

Infine per quanto concerne le esclusioni operate dai contratti collettivi nazionali di comparto si ricorda che il CCNL per il personale del comparto delle regioni e delle autonomie locali successivo a quello del 1° aprile 1999, stipulato il 14 settembre 2000, all'articolo 2, stabilisce che *"il ricorso al lavoro temporaneo non è consentito per i profili (...) i del personale educativo e docente degli asili nido e delle scuole materne ed elementari, medie e superiori"*.

Tuttavia occorre ricordare l'inapplicabilità delle esclusioni, operate dalla contrattazione, per le ragioni evidenziate nel par. 2.3 del cap. 2 della presente pubblicazione, salva la possibilità che le parti collettive, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, introducano limiti qualitativi.

II PARTE

6. Il nuovo sistema degli appalti pubblici: Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e Codice unico degli appalti *di Massimiliano Brugnoletti e Sebastiano Conti Nibali*

6.1 Direttiva 31 marzo 2004 n. 17 e Direttiva 31 marzo 2004 n. 18

Con le nuove - e coeve - direttive del Parlamento e del Consiglio n. 17 e 18 del 31 marzo 2004, il legislatore comunitario ha voluto ridisciplinare integralmente la materia degli appalti pubblici di opere, servizi e forniture, ispirandola a nuovi criteri di semplificazione, trasparenza ed efficienza.

In via preliminare è opportuno chiarire che, mentre si conferma un regime particolare per gli appalti relativi ai cosiddetti «settori speciali» (ex esclusi) nell'ambito della Direttiva n. 17/2004, la Direttiva n. 18/2004, oggetto del presente esame, si è preoccupata di uniformare la disciplina degli appalti di opere, servizi e forniture, in passato regolati da fonti normative distinte. Al riguardo va precisato che obiettivo primario di quest'ultima direttiva è la semplificazione e la riduzione delle procedure, a vantaggio di una maggiore competitività ed efficienza del sistema economico europeo.

Le principali novità introdotte dalle direttive unificate sono le seguenti. Accanto alle procedure tradizionali di gara (nell'ambito delle quali è affermata la regola della procedura ristretta), la direttiva apre la strada a strumenti che consentono alle stazioni appaltanti una maggiore flessibilità nella scelta del contraente: si fa riferimento all'accordo quadro⁷⁴ (già utilizzato per i settori speciali) e al dialogo competitivo⁷⁵ (introdotto ex novo per l'affidamento di appalti «particolarmente complessi»). Per altro verso, viene valorizzato il dialogo tecnico⁷⁶, come metodo dialettico tra stazioni appaltanti ed imprese concorrenti, per meglio definire le caratteristiche della prestazione.

L'obiettivo della maggior efficienza prodotta dalla concorrenza ispira anche le disposizioni sulle specifiche tecniche e sulle condizioni di esecuzione del contratto. Particolare attenzione è coerentemente riconosciuta alla trasparenza nel corso della procedura, come strumento di garanzia per il corretto svolgimento della stessa e, al tempo, di riduzione del contenzioso. Più analitica anche la disciplina dei criteri di aggiudicazione⁷⁷ (che conferma in via esclusiva quelli dell'offerta più vantaggiosa e del prezzo più basso) e del procedimento di verifica di anomalia delle offerte⁷⁸.

Alle richiamate finalità di semplificazione si ispirano invece l'introduzione del meccanismo delle aste elettroniche⁷⁹, unitamente alla disciplina dei nuovi sistemi tecnologici per la gestione dei bandi, con sensibile riduzione dei termini per la presentazione delle offerte.

⁷⁴ Cfr. art. 32 Direttiva n. 18/2004.

⁷⁵ Cfr. art. 29 Direttiva n. 18/2004.

⁷⁶ Cfr. 8° considerando della Direttiva n. 18/2004.

⁷⁷ Cfr. art. 53 Direttiva n. 18/2004.

⁷⁸ Cfr. art. 55 Direttiva n. 18/2004.

⁷⁹ Cfr. art. 54 Direttiva n. 18/2004.

Importanti modifiche vi sono anche in ordine ai requisiti di qualificazione: tutti i concorrenti possono ora dimostrare la propria capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa “avvalendosi” dei requisiti di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti che li legano a questi ultimi⁸⁰. Più rigido invece il regime delle cause di esclusione, che sono arricchite con l’inserimento di nuovi reati, in relazione ai quali l’esclusione opera in via automatica e vincolata.

Al riguardo va chiarito che un importante merito del testo normativo europeo è quello di avere omologato e ricondotto ad un unico sistema le discipline degli appalti pubblici nei settori c.d. ordinari, recependone e riordinandone i contenuti, anche alla luce dell’elaborazione data dalla giurisprudenza. Oltre ad illustrare e commentare il nuovo quadro normativo che complessivamente ne risulta, il presente lavoro è quindi rivolto a dare conto dell’evoluzione interpretativa sugli istituti e sui principi mutuati dal precedente regime (e, come tali, immediatamente applicabili), sì da offrire agli operatori del settore un quadro organico ed aggiornato della materia; quadro normativo che deve essere letto in modo coordinato con il nuovo testo unico nazionale in materia di appalti di lavori, forniture e servizi⁸¹.

La direttiva n. 2004/18/CE procede all’accorpamento ed alla semplificazione all’interno di un testo unico di 84 articoli (contro i 117 della normativa previgente) della frammentata disciplina in materia di appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi (delineata, rispettivamente, dalle direttive: 93/36/CEE per gli appalti di forniture, come modificata dalla Direttiva 97/52/CE; 93/37/CEE per gli appalti di lavori e 92/50/CEE per gli appalti di servizi, anch’essa modificata dalla Direttiva 97/52/CE) nei settori ordinari, ossia tutti tranne i settori “speciali” disciplinati dalla Direttiva n. 2004/17/CE (gas, energia termica ed elettrica, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, con l’attuale esclusione del settore delle telecomunicazioni) e quelli eccettuati da entrambe le direttive, come ad esempio gli appalti secretati. A riguardo gli studiosi del diritto parlano di un vero e proprio «codice europeo degli appalti»⁸², strutturato in modo da seguire l’ordine logico di una procedura di aggiudicazione e da costituire una sorta di *vademecum* per tutte le fasi del procedimento.

I principi attorno ai quali il legislatore comunitario ha costruito il «pacchetto UE» in materia di appalti pubblici, si preoccupano di ricordare che le due richiamate direttive comunitarie, giunte alla fine di un ampio dibattito, si pongono nell’ottica di garantire il pieno funzionamento di un mercato unico aperto e in libera concorrenza.

⁸⁰ Cfr. artt. 47, comma 2, e 48, comma 3, Direttiva n. 18/2004.

⁸¹ Vedi R. Garofoli e M.A. Sandulli in www.Lexitalia.it.

⁸² Vedi L. Fiorentino e C. Lacava, in www.Astrid.it.

Con riferimento agli obiettivi principali perseguiti dalle direttive comunitarie, come chiariti dal nuovo Codice degli appalti, si rappresenta quanto segue.

Il legislatore comunitario si è preoccupato di semplificare e rafforzare la disciplina vigente in materia di appalti pubblici, talvolta troppo dettagliata e complessa, al fine di rendere il mercato degli appalti più efficienti, integrato e globalmente competitivo; di modernizzare la normativa e le procedure applicate, in modo da consentire il più largo impiego delle nuove tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni anche nel settore degli appalti pubblici (*e-procurement*) e da creare nel settore un vero e proprio mercato elettronico di livello europeo⁸³; garantire la massima flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati, al fine di agevolare le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione degli appalti pubblici.

Il legislatore comunitario è stato, in particolare, investito del compito di trovare il giusto punto di equilibrio tra l'urgenza di garantire maggiore flessibilità alla amministrazione nel rivolgersi al mercato per il pieno soddisfacimento delle proprie esigenze, avvalendosi delle opportunità di dialogo e di scambio globale offerti dal ricorso ai più avanzati supporti tecnologici, e il doveroso compito di conformare l'esercizio di tale libertà all'*acquis communautaire*, ossia tanto ai principi della libera circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi enunciati nel Trattato UE; quanto a quelli di parità di trattamento (di cui il principio di non discriminazione costituisce una specifica espressione), trasparenza, reciprocità, proporzionalità e (non da ultimo) di concorrenza, enucleati nel loro profilo applicativo soprattutto nelle aule dei giudici europei.

Come già osservato, i principi richiamati costituiscono peraltro proprio «il sostrato assiologico» sul quale il legislatore delegato nazionale ha costruito la struttura del nuovo Codice. Ciò risulta evidente in primo luogo dal contenuto della legge delega⁸⁴, all'interno del quale il Parlamento italiano, nel fis-

⁸³ Il 12° Considerando della direttiva n. 18/2004 evidenzia che l'impiego delle tecniche di acquisto elettronico nel settore degli appalti pubblici consenta «un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di denaro derivante dal loro utilizzo». Sul punto v. anche il 13° e il 14° Considerando. Per la piena equiparazione tra i nuovi mezzi elettronici ed i tradizionali strumenti di informazione e comunicazione, v. il 35°, nonché il 37° ed il 38° Considerando, Direttiva n. 18/2004. In dottrina, v. C. Lacava, *Appalti e nuove tecnologie*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, pp. 37-54. Tale processo di modernizzazione, tra l'altro, risponde pienamente al principio enunciato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «*Modifiche ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*», là dove dispone (art. 3-bis, «*Uso della telematica*») che «*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni o tra queste e i privati*». I medesimi principi ispirano anche il Codice dell'amministrazione digitale di recente adozione, improntato al perseguimento dei tradizionali obiettivi della pubblica amministrazione: efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, semplificazione.

⁸⁴ Legge 8 aprile 2005, n. 62.

sare i criteri direttivi cui l'Esecutivo è stato chiamato a conformare l'opera di recepimento⁸⁵, riproduce nella sostanza gli obiettivi di semplificazione, modernizzazione e flessibilità fissati a livello comunitario⁸⁶.

La normativa comunitaria è in definitiva ispirata al principio secondo cui competitività e trasparenza dei mercati costituiscono il binomio necessario affinché le pubbliche autorità possano acquistare beni e servizi a prezzi più bassi e di qualità migliore, con una consistente semplificazione dei processi di acquisto e, dunque, con una benefica riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore.

Del resto, il rapporto di correlazione che si coglie tra settore degli appalti pubblici e il principio di libera concorrenza si manifesta, nella sua complessità, in tutto l'articolato normativo comunitario, ad iniziare dall'insieme di considerazioni svolte nel vasto insieme dei "considerando" che – secondo le usuali tecniche di normazione dei testi comunitari - precede l'articolato delle due direttive cui il Codice dà attuazione.

Nello scorrere le attente valutazioni svolte nel preambolo della disciplina, il lettore resta infatti colpito dal costante richiamo del legislatore comunitario al principio della concorrenza *effettiva*, quale vessillo cui ancorare la costruzione di un "diritto europeo degli appalti"⁸⁷.

6.2 Legge 8 aprile 2005 n. 62: delega al recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE

All'obbligo degli Stati membri di dare attuazione alle disposizioni comunitarie entro il 31 gennaio 2006⁸⁸, il legislatore italiano ha ottemperato con la legge 18 aprile 2005, n. 62⁸⁹, nel cui art. 25 il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire il quadro normativo di recepimento delle due direttive.

Il citato art. 25 disponeva che l'opera di recepimento dovesse essere in particolare realizzata attraverso la compilazione di un unico testo normati-

⁸⁵ Art. 25 della legge 8 aprile 2005, n. 62.

⁸⁶ Vedi G.Pasquini, Le procedure; i nuovi strumenti di flessibilità, in Le nuove direttive europee degli appalti pubblici, in www.astrid.it

⁸⁷ L'opera di sistemazione e codificazione della disciplina in materia di appalti pubblici è avvenuta, in particolare, nel pieno rispetto dei principi stabiliti dalla legge n. 241/90 che disciplina il procedimento amministrativo, del recente processo di informatizzazione della pubblica amministrazione (decreto legislativo n. 82/05, recante "Codice dell'amministrazione digitale", approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 marzo 2005), della semplificazione della documentazione amministrativa, delle norme che regolano le fasi delle procedure di affidamento e dei relativi controlli contenute nella legislazione sulla contabilità di Stato e della normativa antimafia.

⁸⁸ Art. 80, comma 1, Direttiva 18/2004.

⁸⁹ "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004 "

vo conforme ai principi del Trattato UE, che, in un'ottica di semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, raccogliesse la disciplina degli appalti e delle concessioni, sia sopra che sotto-soglia comunitaria.

Si è a tal fine reso necessario, come espressamente affermato nella delega, un adeguamento della normativa in materia di appalti pubblici ai principi contenuti nella decisione della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2004 (C-247/02), secondo cui le direttive nn. 18 e 17/2004 impongono ai legislatori nazionali di rimettere alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta, caso per caso, del criterio di aggiudicazione applicabile (prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa), con il margine di discrezionalità di volta in volta necessario al perseguimento dei propri obiettivi.

A questi principi la legge delega aggiunge inoltre il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dei compiti di controllo e garanzia anche nel settore dei servizi e delle forniture, da esercitarsi in piena indipendenza funzionale e autonomia organizzativa.

La necessità di provvedere all'attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato l'occasione per un riassetto organico della normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria. Il diritto interno degli appalti, alle soglie del recepimento delle direttive n. 17/2004 e n. 18/2004, si presentava infatti estremamente frammentato.

A riguardo si ricordano infatti:

- a) tre distinti decreti legislativi dettati per disciplinare, rispettivamente, gli appalti sopra-soglia comunitaria nei settori classici delle forniture (decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358), dei servizi (decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157) e nei settori speciali di lavori, servizi e forniture (decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158);
- b) la legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109, sui lavori pubblici (cosiddetta "Legge Merloni") sia sopra che sotto soglia, seguita da numerosi interventi modificativi, talora frutto di «compromessi e mediazioni», che hanno esposto l'assetto complessivo a forti critiche e da una cospicua normativa secondaria volta a dare attuazione ed esecuzione alle previsioni della legge-quadro;
- c) un regolamento in materia di appalti pubblici di forniture sotto-soglia (d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573);
- d) la legislazione di contabilità di Stato 1923-1924, applicabile agli appalti di servizi sotto-soglia in mancanza di una disciplina organica del settore, integrata dai principi del Trattato UE;
- e) il regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia per forniture e servizi sotto-soglia (d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384);
- f) un'articolata disciplina dei lavori in economia, regolati in linea generale dal d.P.R. n. 554/99 e da successivi interventi settoriali (v. ad esempio il

- d.P.R. 19 aprile 2005, n. 170, per i lavori del genio militare e l'apposito regolamento adottato per Sismi e Sisde);
- g) il decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, novellato dal decreto legislativo 17 agosto 2005, n. 189, che prevede speciali procedure di affidamento per le grandi infrastrutture⁹⁰.

6.3 Il Codice unico degli appalti (Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 in corso di pubblicazione)

Il Governo ha esercitato la propria delega all'inizio del 2006⁹¹ approntando un testo unico sugli appalti, denominato "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture"⁹²; il testo ha poi affrontato il vaglio dei pareri del Consiglio di Stato⁹³, della Conferenza permanente Stato-Regioni⁹⁴ e delle competenti commissioni parlamentari di Camera e Senato⁹⁵; quindi, lo scorso 23 marzo 2006, il Consiglio dei Ministri ha definitivamente varato il testo del decreto legislativo contenente il Codice degli appalti, d.lgs 12 aprile 2006 n. ... (in corso di pubblicazione) di seguito anche "codice".

Il Codice, ispirato anche ai principi contenuti nella legge sul procedimento⁹⁶ ed ai consolidati orientamenti della giustizia amministrativa, è suddiviso in cinque parti.

La parte I⁹⁷ contiene le norme generali relative ai principi ed alle definizioni della disciplina, oltre all'elencazione dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice⁹⁸.

⁹⁰ Vedi G.T. Accogna, Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, in Foro amm.: T.a.r., n.10/2004, p. 2801 ss.; J. Bercelli, Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed il principio comunitario di concorrenza effettiva, nota a Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, causa C-247/2002, ivi, n. 11/2004, p. 3239 ss.

⁹¹ Il testo è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006.

⁹² La Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio ha ritenuto, in un'ottica di semplificazione e di riassetto complessivo della materia, di adottare la soluzione del testo normativo unico disciplinando con un'unica fonte di rango primario i profili regolati dalle direttive nn. 17 e 18/2004, lasciando invece alle fonti secondarie la disciplina degli aspetti di dettaglio.

⁹³ Il Consiglio di Stato, Sezione consultiva atti normativi, ha dato parere positivo il 20 febbraio 2006 con provvedimento n. 355.

⁹⁴ La Conferenza Stato-Regioni ha espresso parere (non vincolante) negativo in ragione della ritenuta "invasione di campo" dello Stato rispetto alle competenze regionali, così come delineate dall'assetto costituzionale disegnato dalla nota riforma del Titolo V della Costituzione.

⁹⁵ La VIII e la V Commissione del Senato della Repubblica si sono rispettivamente espresse il 22 febbraio ed il 14 marzo 2006; la V, l'VIII e la XIV Commissione della Camera dei Deputati si sono rispettivamente espresse il 22 febbraio, il 1° e l'8 marzo 2006.

⁹⁶ Legge 7 agosto 1990 n. 241, così come novellata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15.

⁹⁷ Rubricata "Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice" (Artt. 1 - 27).

⁹⁸ Come gli appalti secretati, i servizi esclusi, i servizi elencati nell'allegato II B, i contratti aggiudicati in base a norme internazionali, contratti di sponsorizzazione, ecc.

La parte II⁹⁹, contenente il vero e proprio recepimento della Direttiva 2004/18/CE, disciplina le gare finalizzate alla stipula di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria¹⁰⁰.

La parte III¹⁰¹, contenente il recepimento della Direttiva 2004/17/CE, disciplina le gare finalizzate al perfezionamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture nei settori speciali, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

La parte IV¹⁰² disciplina gli strumenti stragiudiziali e giudiziali di composizione delle liti in materia di contratti pubblici.

La parte V¹⁰³ contiene infine le disposizioni transitorie e le (non poche) abrogazioni.

Le novità più rilevanti introdotte dal Codice degli appalti riguardano:

- una generale semplificazione della materia¹⁰⁴;
- l’ampliamento della tipologia delle procedure concorsuali, laddove, alle “classiche” procedure aperte, ristrette e negoziate, si sono aggiunti il dialogo competitivo ed il sistema dinamico di acquisizione;
- l’ampliamento delle tipologie contrattuali: oltre al contratto d’appalto (di opere e di servizi), al contratto di fornitura ed alla concessione di opere, sono stati introdotti i nuovi modelli contrattuali della concessione di servizi e dell’accordo quadro;
- la possibilità di ricorrere a strumenti telematici, sia nella procedura concorsuale (sistemi dinamici di acquisizione), sia quale mezzo di confronto delle offerte (aste elettroniche), sia, infine, quale celere strumento per pubblicazioni e comunicazioni;
- la (restrittiva) disciplina delle ipotesi di affidamenti *in house*;
- la codificazione dell’istituto dell’avvalimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti d’accesso alla gara.

Nelle gare d’appalto di opere – laddove massimo era lo scostamento dell’ordinamento italiano rispetto alla normativa comunitaria – è stato previsto l’ampliamento del ricorso alla trattativa privata; la facoltà di avvalersi indif-

⁹⁹ Rubricata “*Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari*” (Artt. 1 – 205).

¹⁰⁰ La parte II è suddivisa in 4 titoli: Il titolo I disciplina le gare sopra soglia e contiene il nocciolo della disciplina delle gare d’appalto; il titolo II disciplina le gare sotto soglia comunitaria; il titolo III detta disposizioni specifiche per le gare di lavori; il titolo IV disciplina le gare di lavori, servizi, forniture in settori specifici, quali la difesa ed i beni culturali.

¹⁰¹ Rubricata “*Contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori speciali*” (Artt. 206 – 238).

¹⁰² Rubricata “*Contenzioso*” (Artt. 239 – 246).

¹⁰³ Rubricata “*Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie - abrogazioni*” (Artt. 247 – 257).

¹⁰⁴ Oltre all’accorpamento di tutti i settori nei quali era tradizionalmente divisa la materia degli appalti pubblici, si segnalano inoltre: la determinazione delle nuove soglie (attraverso la diminuzione del numero delle soglie differenti previste nei tre settori); l’indicazione di tutte le soglie in euro; l’aumento di valore in relazione all’incidenza sul mercato unico e l’adozione in via generalizzata di un vocabolario e di una nomenclatura comune in materia di appalti.

ferentemente del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed al prezzo più basso¹⁰⁵; l'eliminazione dell'esclusione automatica nella procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta¹⁰⁶.

Con riguardo agli enti tenuti all'applicazione del Codice degli appalti, lo stesso comprende una serie assai eterogenea di soggetti¹⁰⁷. Oltre alle amministrazioni aggiudicatrici¹⁰⁸ ed agli organismi di diritto pubblico¹⁰⁹, sono tenuti all'applicazione del Codice: i concessionari di lavori o servizi¹¹⁰; le società a capitale misto, ivi comprese le cc.dd. "imprese pubbliche"¹¹¹, allorché abbiano ad oggetto la realizzazione di opere o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza¹¹²; i privati che eseguono

¹⁰⁵ Ciò per adeguarsi alla sentenza interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 7 ottobre 2004 n. 76 nella causa C-247/02, nella quale i giudici europei hanno stabilito che "l'art 30 n. 1, della direttiva 93/37 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga – in termini generali ed astratti – alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso" (art. 21, comma 1, legge n. 109/1994), non ammettendo anche l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio previsto nelle sole ipotesi di appalto-concorso e di concessione di costruzione e gestione dei lavori pubblici (art. 20, commi 2 e 4, legge n. 109/1994).

¹⁰⁶ Occorre osservare che la disciplina del subprocedimento di verifica dell'anomalia è oramai unica in tutti i settori (cfr. artt. 86, 87 e 88 del Codice).

¹⁰⁷ Cfr. art. 32 del Codice.

¹⁰⁸ "Le amministrazioni aggiudicatrici sono: le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati costituiti da detti soggetti" (art. 3, comma 25, del Codice).

¹⁰⁹ "L'organismo di diritto pubblico è: qualsiasi organismo, anche in forma societaria - istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale dotato di personalità giuridica - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione, o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico" (art. 3, comma 26, del Codice).

¹¹⁰ Cfr. art. 32, comma 1 lett. b) e f), del Codice.

¹¹¹ "Le imprese pubbliche sono: le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa" (art. 3, comma 28, del Codice).

¹¹² Con l'eccezione delle opere o dei servizi per i quali la società mista è stata specificatamente costituita, a condizione che "1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti nel presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera e/o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo" (art. 32, comma 3, del Codice).

opere o servizi con contributi pubblici superiori alla metà dell'importo¹¹³ o che eseguano a propria cura opere di urbanizzazione¹¹⁴. Ispirandosi a quanto stabilito nella Direttiva 2004/18/CE¹¹⁵ il Codice contempla le "centrali di committenza"¹¹⁶, quali strumento utile per concentrare i costi della gara ed ottenere offerte più vantaggiose in ragione della maggiore commessa, incoraggiando le amministrazioni aggiudicatrici ad avviare anche processi finalizzati a bandire congiuntamente gare d'appalto¹¹⁷.

6.4 Principali novità del Codice unico degli appalti: l'avvalimento.

La possibilità di "avvalersi" di requisiti altrui era già prevista dalla Direttiva 92/50/CE, invocando la quale la giurisprudenza, anche quella del Consiglio di Stato, già prima della Direttiva 2004/18/CE e del Codice in esame ne prevedeva l'applicabilità nel nostro ordinamento.

Ora, con l'espressa previsione contenuta nella Direttiva 2004/18/CE¹¹⁸ e nel Codice degli appalti¹¹⁹, l'avvalimento è entrato a pieno titolo nel nostro ordinamento. Attraverso tale strumento un concorrente che non abbia i requisiti economico-finanziari e/o tecnico-organizzativi (anche di attestazione della certificazione SOA in caso di opere) per partecipare ad una gara di lavori, servizi o forniture può soddisfare la relativa richiesta avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, definito quale "ausiliario" del concorrente.

Il Codice, nel disciplinare le modalità di partecipazione di un concorrente che intende avvalersi di un'impresa ausiliaria¹²⁰, pone tuttavia un vincolo di responsabilità solidale che, legano il concorrente e l'impresa ausiliaria¹²¹, si ritiene ne

¹¹³ Art. 32, comma 1 lett. d) ed e), del Codice.

¹¹⁴ Art. 32, comma 1 lett. g), del Codice.

¹¹⁵ Art. 10 della Direttiva 2004/18.

¹¹⁶ "La <centrale di committenza> è un'amministrazione aggiudicatrice che: - acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori o - aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori" (art. 3, comma 34, del Codice).

¹¹⁷ "Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquistare lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza da essi istituite, anche associandosi o consorzian-dosi" (art. 33, comma 1, del Codice).

¹¹⁸ La Direttiva 2004/18/CE prevede l'istituto dell'avvalimento all'art. 47, comma 2, in relazione alle capacità economico-finanziarie ed all'art. 48, comma 3, in relazione alle capacità tecniche e professionali; mentre la Direttiva 2004/17/CE prevede l'avvalimento all'art. 54.

¹¹⁹ Art. 49 del Codice.

¹²⁰ Il concorrente deve ad esempio allegare la dichiarazione dell'impresa ausiliaria, con la quale questa si obbliga per tutta la durata dell'appalto sia verso il concorrente sia verso l'amministrazione procedente, a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui il concorrente necessita; o anche che, in relazione ad una medesima gara, un'impresa non può partecipare e dichiarare di essere ausiliaria di un altro concorrente, né può fare da ausiliaria a più concorrenti.

¹²¹ Responsabilità solidale del tutto assente nella disciplina dettata dalle direttive 17 e 18 del 2004.

limiterà in concreto l'utilizzo: recita infatti il comma 5 dell'art. 49 del Codice che *"il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"*.

6.5 Segue: il dialogo competitivo

Con il dialogo competitivo¹²² il Codice degli appalti, ed ancor prima la Direttiva 2004/18/CE¹²³, ha introdotto una nuova procedura concorsuale – che, in quanto tale, va ad affiancarsi alle tradizionali procedure aperte, ristrette e negoziate – per aggiudicare appalti particolarmente complessi, laddove l'ente aggiudicatore si trova nella impossibilità oggettiva di definire i mezzi utili a soddisfare le proprie esigenze o di valutare compiutamente quanto il mercato può offrire¹²⁴.

Con tale procedura l'ente procedente avvia un dialogo con i candidati ammessi al fine di elaborare, anche all'esito di vari livelli successivi, una o più soluzioni atte a soddisfare le proprie necessità; l'ente aggiudicatore prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possano soddisfare le proprie necessità; dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, l'ente invita i concorrenti a presentare le offerte finali, da formularsi in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo.

Durante il dialogo l'ente aggiudicatore deve garantire la parità di trattamento non fornendo in modo discriminatorio informazioni che possano favorire alcuni ad altri; né può rivelare le soluzioni proposte da un offerente agli altri.

Dal presupposto della complessità dell'appalto¹²⁵ discende che un dialogo competitivo deve essere aggiudicato solamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹²⁶.

6.6 Segue: i contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice

Una delle novità più importanti introdotte dal Codice degli appalti è contenuta nell'art. 27, che disciplina per la prima volta le modalità per procedere all'affidamento dei contratti pubblici di servizi esclusi, in tutto o in

¹²² Cfr. art. 59 del Codice.

¹²³ Cfr. art. 29 della Direttiva 2004/18/CE.

¹²⁴ La definizione è tratta dal 31° considerando della Direttiva 2004/18/CE.

¹²⁵ *"Un appalto pubblico è considerato "particolarmente complesso" quando la stazione appaltante non è oggettivamente in grado di definire ... i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto"* (art. 58, comma 2, del Codice).

¹²⁶ Cfr. art. 58, comma 4, del Codice.

parte, dall'applicazione del Codice; ovvero sia le tipologie contrattuali contemplate nel titolo II della Parte I del Codice¹²⁷; laddove, dall'art. 16 all'art. 26, si elencano tutti i contratti esclusi dall'applicazione totale o parziale del Codice¹²⁸ e, in quanto tali, rientranti nella disciplina posta dall'art. 27 in esame.

Tra le ipotesi di esclusione emerge l'art. 19 del Codice¹²⁹, che nell'ambito della elencazione dei contratti pubblici esclusi contempla, al comma 1 lett. e), i contratti "concernenti i contratti di lavoro"; onde sono escluse dall'applicazione del Codice - e disciplinati dall'art. 27 - i contratti aventi ad oggetto il servizio di cui si occupa la presente pubblicazione: la somministrazione di lavoro a tempo determinato. Gli artt. 20 e 21 contemplano invece i contratti parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice degli appalti: in particolare sono esclusi tutti i contratti aventi ad oggetto i servizi elencati nell'Allegato IIB¹³⁰ e quelli in cui detti servizi siano prevalenti rispetto agli altri. I contratti elencati nell'Allegato IIB sono parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice, in quanto per essi operano le sole norme dettate dall'art. 68 disciplinante le specifiche tecniche, l'art. 65 disciplinante l'avviso di post-aggiudicazione e l'art. 225 relativo agli avvisi degli appalti aggiudicati.

La vera novità del Codice è, come anticipato, la modalità di affidamento dei contratti esclusi prevista dall'art. 27, il quale introduce una vera e propria "gara speciale" che esclude la pubblicazione del bando.

L'art. 27, infatti, offre all'ente aggiudicatore la possibilità di invitare direttamente (almeno) cinque imprese ed avviare con esse una sorta di trattativa privata volta all'individuazione della proposta migliore. La portata della norma è

¹²⁷ Rubricato "Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice".

¹²⁸ Art. 16 - "Contratti relativi alla produzione ed al commercio di armi, munizioni e materiale bellico"; art. 17 - "Contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza"; art. 18 - "Appalti aggiudicati in base a norma internazionali"; art. 19 - "Contratti di servizi esclusi"; art. 20 - "Appalti di servizi elencati nell'allegato IIB"; art. 21 - "Appalti aventi ad oggetto sia servizi elencati nell'Allegato IIA sia servizi elencati nell'Allegato IIB"; art. 22 - "Contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni"; art. 23 - "Contratti relativi a servizi al pubblico mediante autobus"; art. 24 - "Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi"; art. 25 - "Appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia"; art. 26 - "Contratti di sponsorizzazione".

¹²⁹ "Il presente codice non si applica ai contratti pubblici: a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione ... di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni ...; b) aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive ...; c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione; d) concernenti servizi finanziari ...; e) concernenti contratti di lavoro; f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo ..." (art. 19, comma 1, del Codice).

¹³⁰ Servizi alberghieri e di ristorazione; servizi di trasporto per ferrovia; servizi di trasporto per via d'acqua; servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti; servizi legali; servizi collocamento e reperimento di personale; servizi di investigazioni e di sicurezza, servizi relativi all'istruzione anche professionale, servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi, altri servizi.

dirompente: l'amministrazione aggiudicatrice potrà limitarsi ad invitare cinque imprese selezionate discrezionalmente; potendo altrettanto discrezionalmente fissare le regole per mettere a confronto le varie offerte nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità¹³¹.

6.7 Segue: l'offerta anomala

La disciplina dell'offerta anomala è contenuta negli artt. 86, 87, 88 e 89 del Codice; i quali prevedono una nuova disciplina di verifica delle offerte anomale, sia codificando i principi giurisprudenziali che si sono affermati negli ultimi anni, sia estendendo a tutti i settori alcune peculiarità precedentemente contemplate nelle gare di lavori.

La prima novità, per i servizi e le forniture, è data dalla prescrizione di allegare già in sede di presentazione dell'offerta un documento nel quale l'offerente sinteticamente e preventivamente giustifica la propria offerta¹³².

Mentre si è affermato che l'amministrazione aggiudicatrice può sempre e comunque procedere alla valutazione delle offerte che appaiano anormalmente basse¹³³, il Codice ha introdotto due nuovi metodi per l'individuazione delle soglie oltre le quali le offerte sono anormalmente basse, con l'obbligo, per l'amministrazione, di avviare il relativo subprocedimento: il primo metodo, che mutua quanto già previsto nelle opere, è stabilito per le gare aggiudicate con il criterio del prezzo più basso¹³⁴; l'altro metodo, che rappresenta invece una vera e propria novità, è fissato per le gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹³⁵.

Quando un'offerta è anormalmente bassa l'amministrazione procedente, allorché ritenga insufficienti quelle formulate in sede di offerta, chiede ulteriori giustificazioni al concorrente¹³⁶, concedendogli un termine non inferiore a dieci giorni¹³⁷; quindi, laddove anche le ulteriori giustificazioni vengano

¹³¹ Principi espressamente richiamati dall'art. 27 del Codice.

¹³² Cfr. art. 86, comma 5, del Codice.

¹³³ Cfr. art. 86, comma 3, del Codice.

¹³⁴ In questo caso la soglia dell'anomalia è determinata all'esito delle seguenti operazioni: 1) si individua innanzitutto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, delle offerte contenenti il maggior ribasso e delle offerte contenenti il minor ribasso (c.d. "taglio delle ali"); 2) si individua poi lo scarto medio delle offerte che superano la media ottenuta sub 1); 3) si incrementa la media sub 1) con lo scarto medio sub 2): questa sarà la soglia dell'anomalia, con l'effetto che le offerte che prevedono ribassi maggiori a tale soglia saranno necessariamente assoggettate alla verifica (cfr. art. 86, comma 1, del Codice).

¹³⁵ In questo caso si ritengono anormalmente basse quelle offerte che abbiano contestualmente ottenuto, sia con riguardo ai punti conseguiti nel prezzo sia a quelli conseguiti nel progetto tecnico, un punteggio pari o superiore ai quattro quinti dei punti massimi previsti (cfr. art. 86, comma 2, del Codice).

giudicate negativamente, l'amministrazione ha l'onere di convocare il concorrente per valutare in contraddittorio le giustificazioni fornite¹³⁸. Solo all'esito di tale procedimento l'amministrazione può procedere all'esclusione dell'offerta anomala.

6.8 Segue: l'accordo quadro

Una delle novità previste dal Codice degli appalti, che ha sul punto esattamente recepito quanto già disciplinato dalla Direttiva 2004/18/CE¹³⁹, è la possibilità di finalizzare la procedura concorsuale non già per aggiudicare un contratto esattamente determinato nei contenuti, bensì per concludere un accordo quadro – una sorta di contratto aperto - durante la vigenza del quale l'amministrazione può concludere più contratti con il soggetto prescelto¹⁴⁰.

La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni¹⁴¹, durante i quali l'ente aggiudicatore può stipulare singoli contratti, secondo le condizioni sostanziali definite in sede di aggiudicazione dell'offerta.

L'accordo quadro può essere concluso con una sola impresa, ovvero con (almeno) tre imprese¹⁴²; nel secondo caso dovranno essere sin dall'indizione della gara stabiliti i criteri di affidamento tra gli operatori prescelti¹⁴³.

6.9 Segue: la concessioni di servizi

Un altro modello contrattuale introdotto dalla Direttiva 2004/18/CE¹⁴⁴ e recepito fedelmente dal Codice degli appalti è la concessione di servizi¹⁴⁵.

Anche il Codice individua la particolarità della concessione nelle modalità di pagamento del corrispettivo: la concessione è in tutto simile al con-

¹³⁶ Cfr. art 87 del Codice.

¹³⁷ Cfr. art 88, comma 2, del Codice.

¹³⁸ Cfr. art 88, comma 4, del Codice.

¹³⁹ "Un <accordo quadro> è un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste" (art. 1, comma 5, Direttiva 2004/18/CE). La Direttiva 2004/18/CE disciplina poi le modalità di perfezionamento dell'accordo quadro nel successivo art. 32.

¹⁴⁰ Cfr. art. 59 del Codice.

¹⁴¹ Cfr. art. 59, comma 9, del Codice.

¹⁴² Cfr. art. 59, comma 5, del Codice.

¹⁴³ Potendosi prevedere una semplice rotazione, ovvero nuove singole competizioni tra gli operatori prescelti.

¹⁴⁴ "La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, comma 4, Direttiva 2004/18/CE). La Direttiva 2004/18/CE disciplina poi la concessione di servizi nel successivo art. 17.

¹⁴⁵ Art. 30 del Codice.

tratto di appalto, ma, mentre quest'ultimo è interamente pagato dall'ente che aggiudica la gara, nella prima la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, eventualmente accompagnato da un contributo finanziario pubblico, laddove l'ente aggiudicatore fissi tariffe o prezzi che non consentano al concessionario di conseguire l'utile previsto.

III PARTE

7. I format

di Massimiliano Brugnoletti

7.1 Premessa

Anche in ragione della novità della materia, alla luce dei principi introdotti dalle direttive 17/2004 e 18/2004, come recepite dal Codice degli appalti, è apparso opportuno concludere la presente pubblicazione con un'ultima parte dedicata agli atti di gara che le pubbliche amministrazioni dovranno adottare per indire ed espletare la procedura concorsuale per la scelta dell'Agenzia per il lavoro, cui affidare il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato, secondo i principi e le modalità indicate nei capitoli che precedono.

Gli schemi di atti di gara che seguono non sono ovviamente vincolanti per le pubbliche amministrazioni, ma hanno il pregio di coniugare i principi generali e le norme di settore sino ad ora illustrate con le esigenze reali che, almeno in larga parte, sono state avvertite occupandosi in concreto del fenomeno della somministrazione del lavoro temporaneo nella pubblica amministrazione. A tal fine deve essere posta particolare attenzione alle due leve attivando le quali un'amministrazione che avvia una procedura concorsuale ne disegna (discrezionalmente) i contenuti: i requisiti di ammissione dei concorrenti e gli elementi di valutazione delle offerte¹⁴⁶; che, anche in questo caso, sono stati individuati nei *format* che seguono, tenendo conto di tutte le esigenze.

Invero, con i primi, l'amministrazione che indice una gara fissa la griglia di partecipazione, dovendo con tale compito compenetrare due interessi per alcuni versi antitetici: quello di favorire la più ampia partecipazione di concorrenti, così che l'offerta sia individuata nell'ambito di una significativa platea di imprese, e quello della necessità di selezionare Agenzie affidabili, sia dal punto di vista tecnico sia da quello economico; esigenza, questa, particolarmente cogente nella materia qui affrontata posto che, come ampiamente illustrato nei capitoli che precedono, all'Agenzia aggiudicataria l'amministrazione affida un compito assolutamente delicato, come è quello di selezionare ed inviare soggetti che, ancorché temporaneamente, saranno direttamente inseriti nell'organigramma e nei processi lavorativi della stessa amministrazione.

Il profilo da ultimo accennato rappresenta anche l'urgenza di individuare elementi di valutazione che aiutino effettivamente a scegliere, tra le Agenzie selezionate, quella che avrà formulato la migliore proposta sia dal punto di vista gestionale e tecnico, sia da quello economico.

Ciò posto, tenuto conto delle novità legislative comunitarie e nazionali intervenute, sono stati predisposti i seguenti atti: a) avviso di procedura aperta; b) avviso di procedura ristretta; c) bando di gara; d) lettera di invito; e) capitolato speciale; f) disciplinare di gara; g) capitolato speciale per il servizio di somministrazione di personale infermieristico.

¹⁴⁶ Sul punto si rinvia a quanto specificatamente segnalato nel successivo paragrafo 7.2.

7.2 I criteri di aggiudicazione suggeriti

Nei format che seguono, particolare attenzione deve essere rivolta ai criteri di valutazione delle offerte.

Si sottolinea innanzitutto l'indicazione di procedere con una valutazione ponderata della parte tecnica e della parte economica delle offerte, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; l'unico che possa concretamente indirizzare l'amministrazione nella scelta dell'offerta maggiormente rispondente alle proprie esigenze, anche in considerazione del particolarissimo servizio che viene richiesto all'Agenzia aggiudicataria.

Nell'ambito dell'accennato criterio, utilizzando i due tipi di gara previsti nei format - l'uno avente ad oggetto la somministrazione di personale infermieristico in favore di enti del comparto sanità e l'altro avente ad oggetto la somministrazione del personale per tutte le altre amministrazioni - si sono previste due modalità di aggiudicazione parzialmente diverse, al fine di offrire un più ampio scenario dei criteri possibili: con riguardo alla gara generica si è previsto di suddividere il punteggio prestabilito (100 punti) assegnando 45 punti all'offerta tecnica e 55 punti all'offerta economica; con riguardo alla gara per la somministrazione di infermieri, anche in ragione della particolarità delle figure richieste all'Agenzia, si è invece previsto di suddividere il punteggio prestabilito (100 punti), assegnando 55 punti all'offerta tecnica e 45 punti all'offerta economica; il tutto secondo le indicazioni di seguito declinate.

Gara per somministrazione "generica": i 55 punti assegnabili al prezzo (*recte*: al moltiplicatore¹⁴⁷) non destano particolari complessità, posto che, quella prospettata, è la classica formula di valutazione secondo il principio di proporzionalità: al moltiplicatore più basso¹⁴⁸ saranno attribuiti 55 punti ed alle altre offerte saranno assegnati punteggi proporzionalmente inferiori.

Con riguardo invece ai 45 punti attribuibili alla qualità, si è ritenuto di suddividere gli stessi in quattro macro-parametri: 15 punti saranno assegnati alla professionalità che l'Agenzia avrà maturato nei rapporti con la pubblica amministrazione; 10 punti saranno assegnati alla qualità organizzativa aziendale ed alle finalità che la stessa persegue; 10 punti saranno assegnati all'attività di formazione professionale dei soggetti somministrati; 10 punti saranno infine assegnati al processo di selezione e reclutamento del personale.

In particolare:

¹⁴⁷ Il moltiplicatore è il numero - ovviamente superiore ad 1,00 - per il quale deve essere moltiplicato il costo del personale; esso rappresenta il margine di Agenzia, con il quale la stessa compensa i propri costi generali ed amministrativi e ricava il proprio utile.

¹⁴⁸ Che sarà pari all'1,01, laddove l'offerta debba fermarsi ai decimali.

A) Come anticipato, si è ritenuto di premiare con il maggior punteggio (15 punti) la capacità professionale che l’Agenzia avrà maturato nei rapporti con la pubblica amministrazione.

L’opzione si fonda sulle importanti peculiarità che contraddistinguono la somministrazione di personale impegnato presso la pubblica amministrazione rispetto alla somministrazione di personale nel settore privato: chi opera, anche temporaneamente, presso la pubblica amministrazione ha invero un complesso di norme organizzative e procedurali da seguire assolutamente diverse da quelle che presidono il lavoro nel settore privato; come chi opera nella pubblica amministrazione ha finalità di “buon andamento” che soventemente mal si conciliano con la finalità di lucro cui è ultimamente finalizzato il lavoro privato.

Quanto sopra induce a stimare particolarmente quelle Agenzie che, negli anni, abbiano maturato una particolare professionalità nel somministrare personale particolarmente adatto ad integrarsi nell’apparato pubblico¹⁴⁹.

Si è pertanto suggerito di suddividere i 15 punti in esame in tre elementi di valutazione, ciascuno premiato con 5 punti:

- per valorizzare la complessiva professionalità acquisita nei rapporti con la pubblica amministrazione, sono previsti 5 punti da assegnarsi al fatturato che le Agenzie avranno maturato nei confronti delle pubbliche amministrazioni¹⁵⁰;
- per valorizzare la particolarmente apprezzata professionalità acquisita nei rapporti con la pubblica amministrazione, sono previsti ulteriori 5 punti da assegnarsi al fatturato che le Agenzie avranno maturato nei confronti di quelle sole pubbliche amministrazioni che avranno rilasciato un esplicito certificato di buon esito del servizio;
- per valorizzare la precipua vocazione aziendale di quelle Agenzie particolarmente votate al rapporto con la pubblica amministrazione, sono infine previsti 5 punti da assegnarsi al rapporto tra il fatturato complessivamente realizzato dalle Agenzie e quello maturato nei confronti di pubbliche amministrazioni, ciò al fine di premiare quelle Agenzie per le quali è particolarmente evidente una “vocazione” pubblica e maggiormente elevata l’esperienza maturata nei rapporti con la pubblica amministrazione, rispetto all’esperienza complessiva.

B) Il secondo parametro previsto è finalizzato a premiare l’organizzazione dell’Agenzia, sia sotto il profilo strettamente aziendale, sia sotto il profi-

¹⁴⁹ Che, si ricorda, viene temporaneamente impiegato da una pubblica amministrazione, senza che la stessa abbia proceduto ad esperire un concorso.

¹⁵⁰ Si ritiene utile limitare tale professionalità al fatturato maturato nei confronti delle sole amministrazioni elencate all’art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001; reputando che le imprese pubbliche, le aziende speciali o le società a capitale misto abbiano un’organizzazione di personale simile a quella delle imprese private.

lo sociale ed etico¹⁵¹. Si è pertanto suggerito di suddividere i 10 punti in due diversi parametri, ciascuno premiato con 5 punti:

- per valorizzare l'organizzazione aziendale, improntata a criteri di efficienza ed efficacia, sono previsti 5 punti da assegnarsi alle Agenzie in possesso della certificazioni di qualità;
- per valorizzare l'organizzazione aziendale sotto il diverso profilo etico e per valorizzare le finalità indirettamente sociali della *mission* dell'Agenzia, sono previsti 5 punti che potranno essere declinati nel concreto da ogni singola amministrazione.

C) Il terzo parametro previsto è finalizzato a premiare l'attività di formazione posta in essere in passato e prevista dall'Agenzia in occasione dell'esecuzione del contratto per il quale aspira all'aggiudicazione.

Si ricorda come la formazione del personale somministrato alla pubblica amministrazione sia uno degli elementi di valutazione più importanti, attesa l'esigenza di inserire personale immediatamente in grado di poter porre efficacemente in essere le attività che lo stesso dovrà espletare.

A tal fine si sono suggeriti due parametri di valutazione: l'uno dedicato a valorizzare l'esperienza formativa pregressa dell'Agenzia, con esclusivo riguardo alla formazione finalizzata all'inserimento temporaneo nella pubblica amministrazione; l'altro elemento di valutazione è invece relativo allo specifico piano formativo proposto in favore dei soggetti che saranno in concreto somministrati alla amministrazione che ha indetto la gara. Si è pertanto suggerito di suddividere i 10 punti in due diversi parametri, ciascuno premiato con 5 punti:

- per valorizzare la pregressa esperienza che l'Agenzia avrà maturato nell'ambito della formazione finalizzata all'inserimento temporaneo di personale nella pubblica amministrazione, saranno valutati, e premiati con 5 punti, tutti gli elementi che potranno testimoniare tale capacità, quali le tipologie di corsi effettuati, i curricula dei docenti, i partner commerciali, ecc.;
- saranno attribuiti gli altri 5 punti al particolare progetto formativo che l'Agenzia offrirà di porre in essere in favore dei soggetti somministrati in caso di aggiudicazione.

D) L'ultimo parametro, premiato con i 10 punti finali, è dedicato all'attività di selezione e reclutamento posta in essere dall'Agenzia concorrente.

Si ricorda come tale fase del processo di somministrazione sia assolutamente importante e delicata, posto che, in concreto, l'amministrazione delega l'Agenzia aggiudicataria a selezionare il proprio personale.

¹⁵¹ Il legislatore comunitario, nell'emanare le due direttive 17/2004 e 18/2004 ha frequentemente richiamato l'esigenza di concepire le procedure concorsuali pubbliche, sottolineandone anche gli aspetti sociali.

Particolare attenzione dovrà pertanto essere posta sia sui metodi e sui processi di selezione ordinariamente utilizzati dall’Agenzia, sia sulle concrete modalità che l’Agenzia dichiarerà di utilizzare per selezionare il personale che somministrerà all’amministrazione.

Gara per somministrazione di personale infermieristico:

Nei format è stato previsto un particolare capitolato per la somministrazione in ambito sanitario. La scelta è stata suggerita sia dalla particolarità della materia e dall’oramai consolidato utilizzo del lavoro temporaneo in tale comparto, sia dall’opportunità di regidere un ulteriore atto di gara utile per proporre opzioni diverse rispetto agli altri format; in questo caso, ad esempio, le Agenzie sono sollecitate a formulare una tariffa complessiva e non moltiplicatore.

Come anticipato, anche per la già accennata particolarità della materia, si è scelto di privilegiare la parte qualitativa della proposta, riconoscendo 55 punti all’offerta tecnica e 45 punti al prezzo.

Anche in questo caso i 45 punti previsti alla tariffa offerta saranno assegnati secondo il principio di proporzionalità.

Con riguardo invece ai 55 punti attribuibili alla qualità, si è ritenuto anche in questo caso di suddividerli in quattro macro-parametri: 25 punti saranno assegnati alla professionalità che l’Agenzia ha maturato nei rapporti con enti del Servizio Sanitario Nazionale, mentre gli altri 30 saranno suddivisi nel modo già prospettato: 10 punti alla qualità ed alle finalità aziendali; 10 punti all’attività di formazione professionale; 10 punti alla selezione del personale.

Rinviando a quanto già descritto in relazione agli ultimi tre macro criteri, con riguardo al primo elemento, si sottolinea come in questo caso, si sia ritenuto di premiare con 25 punti la capacità professionale che l’Agenzia ha maturato nei rapporti con amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale; così suddivisi.

- 10 punti da assegnarsi al fatturato che le Agenzie avranno maturato nei confronti delle pubbliche amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale;
- 10 punti da assegnarsi alle ore somministrate alle pubbliche amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale;
- 5 punti da assegnarsi al rapporto tra il fatturato complessivamente realizzato e quello maturato dall’Agenzia nei confronti di pubbliche amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale.

7.3 Gara semplificata prevista nell’art. 27 del Codice degli appalti

Nel precedente paragrafo 6.6 si è riferito come il contratto di somministrazione, in quanto “contratto di lavoro” sia escluso dall’applicazione del Codice degli appalti¹⁵² e si è dato al contempo conto che lo stesso Codice pre-

¹⁵² Cfr. art. 19, comma 1 lett. e), del Codice.

veda, per contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione dello stesso, la particolare procedura di gara dettata dall'art. 27 del Codice. Gara che prevede il diretto invito di almeno cinque imprese, con le quali l'amministrazione intavola una vera e propria trattativa privata.

Nulla ovviamente nega la piena e completa applicazione delle norme dettate dal Codice degli appalti: in questo caso le amministrazioni interessate potranno utilizzare integralmente i format proposti nella parte che segue, ivi compresi l'avviso da pubblicarsi nei quotidiani ed il bando da pubblicarsi sulla Gazzetta.

Le amministrazioni che vorranno invece avvalersi della facoltà concessa dall'art. 27 del Codice, potranno ben utilizzare i format proposti (esclusi avvisi e bando) al fine di porre in essere la trattativa privata, mediante la quale selezionare l'Agenzia tra le cinque invitate. In questo caso potranno ben essere utili la lettera di invito, i capitoli speciali ed il disciplinare di gara.

7.4 L'avviso di gara con procedura aperta

AVVISO DI PROCEDURA APERTA

.....
 Via n. ... -
 Tel. (.....) fax (.....)

È indetta una procedura aperta ai sensi della Direttiva 31 marzo 2004 n. 18 e del decreto legislativo n. 12 aprile 2006, avente ad oggetto l'affidamento per ... anni, con facoltà di rinnovo per un uguale periodo, del servizio di somministrazione di personale a tempo determinato.

L'importo presunto del contratto è di € ...

Le offerte dovranno pervenire presso l'ufficio protocollo dell'Amministrazione procedente entro le ore 12,00 del ...¹⁵³, secondo le modalità e le condizioni stabilite nel bando integrale di gara.

Il bando integrale di gara è stato inviato all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee il ...

Copia dei documenti di gara è disponibile presso l'Amministrazione procedente.
, li

¹⁵³ Trascorsi almeno 52 giorni dalla data di invio del bando all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee (cfr. art. 70, comma 2, del Codice).

Si evidenzia che il Codice unico degli appalti prevede la possibilità di ridurre detto termine sino a 36 giorni, e in casi eccezionali sino a 22 giorni, laddove l'Amministrazione procedente abbia preventivamente inviato alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee l'avviso di preinformazione (cfr. art. 70, comma 7, del Codice).

7.5 L'avviso di gara con procedura ristretta

AVVISO DI PROCEDURA RISTRETTA

.....
 Via n. ... -
 Tel. (.....) fax (.....)

È indetta una procedura ristretta ai sensi della Direttiva 31 marzo 2004 n. 18 e del decreto legislativo n. 12 aprile 2006, avente ad oggetto l'affidamento per ... anni, con facoltà di rinnovo per un uguale periodo, del servizio di somministrazione di personale a tempo determinato.

L'importo presunto del contratto è di €

Le domande di partecipazione dovranno pervenire presso l'ufficio protocollo della Amministrazione procedente entro le ore 12,00 del ...¹⁵⁴, secondo le modalità e le condizioni stabilite nel bando integrale di gara.

Il bando integrale di gara è stato inviato all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee il

....., lì

Il Responsabile del Procedimento

¹⁵⁴ Trascorsi almeno 37 giorni dalla data di invio del bando all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee (cfr. art. 70, comma 3, del Codice).

Si evidenzia che il Codice unico degli appalti prevede la possibilità di ridurre detto termine sino a 15 giorni laddove sussistano ragioni di urgenza, da motivare adeguatamente nel bando (cfr. art. 70, comma 11 lett. a), del Codice).

7.6. Il bando di gara (secondo il fac-simile della Gazzetta Europea)



UNIONE EUROPEA
 Pubblicazione del Supplemento alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee
 2, rue Mercier, L-2985 Luxembourg
 Telefax (+352) 29 29 44 619, (+352) 29 29 44 623, (+352) 29 29 42 670
 E-mail: mp-ojs@opoce.cec.eu.int Indirizzo Internet: http://simap.eu.int

Lavori —
 Forniture —
 Servizi X

BANDO DI GARA D'APPALTO

Riservato all'Ufficio delle pubblicazioni
 Data di ricevimento dell'avviso _____
 N. di identificazione _____

L'appalto rientra nel campo di applicazione dell'accordo sugli appalti pubblici (AAP)? NO _
 Sì _

SEZIONE I: AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE

I.1) DENOMINAZIONE E INDIRIZZO UFFICIALE DELL'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE

Denominazione ...	Servizio responsabile ...
Indirizzo ...	C.A.P. ...
Località/Città ...	Stato ITALIA
Telefono ...	Telefax ...
Posta elettronica (e-mail) ...	Indirizzo Internet (URL) <u>www....</u>

I.2) INDIRIZZO PRESSO IL QUALE È POSSIBILE OTTENERE ULTERIORI INFORMAZIONI:

COME AL PUNTO I.1 X SE DIVERSO, CFR. ALLEGATO A

I.3) INDIRIZZO PRESSO IL QUALE È POSSIBILE OTTENERE LA DOCUMENTAZIONE:

COME AL PUNTO I.1 X SE DIVERSO, CFR. ALLEGATO A

I.4) INDIRIZZO AL QUALE INVIARE LE OFFERTE/LE DOMANDE DI PARTECIPAZIONE:

COME AL PUNTO I.1 _ SE DIVERSO, CFR. ALLEGATO A

I.5) TIPO DI AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE *

Livello centrale _ Istituzioni Europee _
 Livello regionale/locale _ Organismo di diritto pubblico _ Altro _

SEZIONE II: OGGETTO DELL'APPALTO**II.1) DESCRIZIONE****II.1.1) Tipo di appalto di lavori** *(nel caso di appalto di lavori)*

Esecuzione Progettazione ed esecuzione Esecuzione, con qualsiasi mezzo,
 di un'opera conforme ai
 requisiti specificati
 dall'amministrazione
 aggiudicatrice

II.1.2) Tipo di appalto di forniture *(nel caso di appalto di forniture)*

Acquisto Locazione Leasing Acquisto a riscatto
 Misto

II.1.3) Tipo di appalto di servizi *(nel caso di appalto di servizi)*

Categoria del servizio

II.1.4) Si tratta di un accordo quadro? * NO SÌ **II.1.5) Denominazione conferita all'appalto dall'amministrazione aggiudicatrice *****II.1.6) Descrizione/oggetto dell'appalto**

Servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato di cui al Decreto legislativo n. 276 del 10/09/2003

II.1.7) Luogo di esecuzione dei lavori, di consegna delle forniture o di prestazione dei servizi

...

II.1.8) Nomenclatura**II.1.8.1) CPV (vocabolario comune per gli appalti) ***

	Vocabolario principale	Vocabolario supplementare <i>(se pertinente)</i>		
Oggetto principale	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>
Oggetti complementari	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>
	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>
	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>
	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> . <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/>

II.1.8.2) Altre nomenclature rilevanti (CPA/NACE/CPC) _____**II.1.9) Divisione in lotti** *(per ulteriori precisazioni sui lotti utilizzare l'allegato B nel numero di copie necessario)*

NO SÌ
 Le offerte possono essere presentate per: un lotto più lotti tutti i lotti

II.1.10) Ammissibilità di varianti *(se pertinente)*

NO SÌ

II.2) QUANTITATIVO O ENTITÀ DELL'APPALTO**II.2.1) Quantitativo o entità totale** *(compresi tutti gli eventuali lotti e opzioni)* _____

L'importo annuale presunto del contratto è di € ... oltre IVA

II.2.2) Opzioni (eventuali) Descrizione ed indicazione del momento in cui possono venire esercitate (se possibile)

II.3) DURATA DELL'APPALTO O TERMINE DI ESECUZIONE

O: Periodo in mesi .../o giorni dalla data di aggiudicazione dell'appalto

O: Inizio // e/o fine // (gg/mm/aaaa)

Il Contratto potrà essere rinnovato per un uguale periodo.

SEZIONE III: INFORMAZIONI DI CARATTERE GIURIDICO, ECONOMICO, FINANZIARIO E TECNICO

III.1) CONDIZIONI RELATIVE ALL'APPALTO

III.1.1) Cauzioni e garanzie richieste (se del caso)

Cauzione definitiva, ad avvenuta aggiudicazione nella misura del 10% del valore contrattuale

III.1.2) Principali modalità di finanziamento e di pagamento e/o riferimenti alle disposizioni applicabili in materia (se del caso)

III.1.3) Forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di imprenditori, di fornitori o di prestatori di servizi aggiudicatario dell'appalto (se pertinente)

Il raggruppamento temporaneo d'impresе è ammesso ai sensi dell'art. 37 del Codice degli appalti

III.2) CONDIZIONI DI PARTECIPAZIONE

III.2.1) Indicazioni riguardanti la situazione propria dell'imprenditore / del fornitore / del prestatore di servizi, nonché informazioni e formalità necessarie per la valutazione dei requisiti minimi di carattere economico e tecnico che questi deve possedere

III.2.1.1) Situazione giuridica –prove richieste

Dichiarazione resa nella forma di cui al D.p.r. n. 445 del 2000, corredata di copia fotostatica di un documento di identità del sottoscrittore attestante:

1. iscrizione all'albo delle Agenzie tenuto presso il Ministero del Lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1 lettera a), D. Lgs. 276/2003;
2. gli estremi dell'iscrizione al registro delle Imprese presso la C.C.I.A.A., con indicazione del codice di attività, oppure per le imprese straniere, certificato rilasciato dall'Amministrazione, autorità o organismo competente in base alla legislazione dello stato di appartenenza;
3. di non trovarsi in alcune delle condizioni di esclusione così come previsto dall'art. 38 del Codice degli appalti.

III.2.1.2) Capacità economica e finanziaria –prove richieste

III.2.1.3) Capacità tecnica – tipo di prove richieste

1. Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale non inferiore a € ... (...)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno tre volte l'importo complessivo del contratto.

2. Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato non inferiore a € ... (...) nei confronti di Pubbliche Amministrazioni rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001¹⁵⁶

3. Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio con una singola Pubblica Amministrazione, rientrante nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, un fatturato complessivo non inferiore a € ... (...) ¹⁵⁷, avente ad oggetto il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato, con indicazione dell'Ente, dell'anno e del relativo fatturato conseguito.

III.3) CONDIZIONI RELATIVE ALL'APPALTO DI SERVIZI

III.3.1) La prestazione del servizio è riservata ad una particolare professione?

NO SÌ

Aziende iscritte all'albo istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di cui art. 4 comma 1 lettera a) del Decreto Legislativo n. 276/03 e in possesso dell'Autorizzazione all'esercizio delle attività di cui alla citata lettera a)

III.3.2) Le persone giuridiche saranno tenute a comunicare i nominativi e le qualifiche professionali del personale incaricato della prestazione del servizio?

NO SÌ

SEZIONE IV: PROCEDURE

IV.1) TIPO DI PROCEDURA

Aperta Ristretta accelerata
 Ristretta Negoziata accelerata
 Negoziata

IV.1.1) Sono già stati scelti candidati? *(se pertinente e solo nel caso di procedure negoziate)*

NO SÌ

In caso di risposta affermativa, utilizzare la sezione VI (altre informazioni) per apportare ulteriori precisazioni

IV.1.2) Giustificazione della scelta della procedura accelerata *(se pertinente)*

IV.1.3) Pubblicazioni precedenti relative allo stesso appalto *(se pertinente)*

IV.1.3.1) Avviso indicativo concernente lo stesso appalto *(se pertinente)*

Numero dell'avviso nell'indice della GUCE:

/S - del / / (gg/mm/aaaa)

¹⁵⁶ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno due volte l'importo complessivo del contratto.

¹⁵⁷ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver fatturato nell'ultimo triennio con una singola pubblica amministrazione un importo complessivo almeno pari all'importo globale del contratto che si aggiudica.

IV.1.3.2) Eventuali pubblicazioni precedenti

Numero dell'avviso nell'indice della GUCE:

 / S - del / / (gg/mm/aaaa)
IV.1.4) Numero di imprese che si prevede di invitare a presentare un'offerta (se pertinente)

Numero oppure: Minimo / Massimo

IV.2) CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

A) Prezzo più basso _

oppure:

B) Offerta economicamente più vantaggiosa in termini di: _

B1) criteri sotto enunciati (se possibile in ordine decrescente di priorità) _

1 _____ 4 _____ 7 _____

2 _____ 5 _____ 8 _____

3 _____ 6 _____ 9 _____

In ordine decrescente di priorità : NO _ SÌ _

oppure:

B2) criteri enunciati nel capitolato d'oneri X

IV.3) INFORMAZIONI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO**IV.3.1) Numero di riferimento attribuito al dossier dall'amministrazione aggiudicatrice ***

IV.3.2) Documenti contrattuali e documenti complementari – condizioni per ottenerliDisponibili fino al / / (gg/mm/aaaa)

Costo : _____ Valuta : _____

Condizioni e modalità di pagamento : _____

IV.3.3) Scadenza fissata per la ricezione delle offerte o delle domande di partecipazione (a seconda del tipo di procedura, aperta oppure ristretta e negoziata)... (gg/mm/aaaa) o: giorni (dalla data di spedizione dell'avviso)

Ora (se pertinente): ... _____

IV.3.4) Spedizione degli inviti a presentare offerte ai candidati prescelti (nel caso delle procedure ristrette e negoziate)Data prevista: / / (gg/mm/aaaa)**IV.3.5) Lingua/e utilizzabile/i nelle offerte o nelle domande di partecipazione**

ES	DA	DE	EL	EN	FR	IT	NL	PT	FI	SV	altre – paese terzo
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	_____					

IV.3.6) Periodo minimo durante il quale l'offerente è vincolato dalla propria offerta (nel caso delle procedure aperte)

Fino al / / (gg/mm/aaaa) o mesi e/o giorni (dalla scadenza fissata per la ricezione delle offerte)

IV.3.7) Modalità di apertura delle offerte

IV 3.7.1) Persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte (se pertinente)

IV.3.7.2) Data, ora e luogo

data : / / (gg/mm/aaaa) ora : _____
 luogo : _____

SEZIONE VI: ALTRE INFORMAZIONI

VI.1) TRATTASI DI BANDO NON OBBLIGATORIO?

NO SÌ

VI.2) PRECISARE, ALL'OCCORRENZA, SE IL PRESENTE APPALTO HA CARATTERE PERIODICO E INDICARE IL CALENDARIO PREVISTO PER LA PUBBLICAZIONE DEI PROSSIMI AVVISI _____

VI.3) L'APPALTO È CONNESSO AD UN PROGETTO / PROGRAMMA FINANZIATO DAI FONDI DELL'UE?*

NO SÌ

In caso di risposta affermativa, indicare il progetto / programma ed eventuali riferimenti utili _____

VI.4) INFORMAZIONI COMPLEMENTARI (SE DEL CASO)

Richiesta di ammissione alla gara: redatta in carta semplice ed in lingua italiana, sottoscritta dal legale rappresentante, corredata dalla documentazione richiesta nel presente bando, in una busta chiusa recante la dicitura "Richiesta di invito alla procedura ristretta per il servizio di somministrazione lavoro a tempo determinato". Nella domanda di partecipazione le Ditte dovranno indicare il/i lotti per i quali è richiesta l'ammissione.

VI.5) DATA DI SPEDIZIONE DEL PRESENTE BANDO : ... (gg/mm/aaaa)

7.7 La lettera di invito alla procedura ristretta

Spett.le

Via

Oggetto: invito alla procedura per l'affidamento del contratto di somministrazione a tempo determinato¹⁵⁸.

Con riferimento al bando pubblicato il ...¹⁵⁹, codesta Agenzia è invitata a presentare offerta per il servizio in oggetto, tenendo in debito conto il capitolato speciale allegato, facendo pervenire, a mezzo posta, corriere o recapito diretto, il plico di seguito indicato al seguente indirizzo: ..., entro e non oltre le ore ... del ...¹⁶⁰.

Ai fini della verifica del rispetto del termine faranno fede esclusivamente la data e l'ora di ricezione apposte dall'ufficio Protocollo.

Il plico, il cui recapito è ad esclusivo rischio del mittente, dovrà riportare esternamente la denominazione dell'offerente e la dicitura "OFFERTA PER IL SERVIZIO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO".

Il plico dovrà contenere le seguenti buste, tutte sigillate e firmate sui lembi di chiusura, che dovranno riportare all'esterno i dati dell'offerente e le seguenti diciture:

Busta n. 1: DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

Busta n. 2: OFFERTA TECNICA

Busta n. 3: OFFERTA ECONOMICA

¹⁵⁸ Laddove si intenda procedere all'affidamento del contratto di somministrazione utilizzando la procedura speciale prevista dall'art. 27 del Codice per i contratti esclusi – tra cui "i contratti di lavoro" - dall'applicazione della Direttiva 31 marzo 2004 n. 18 (cfr. art. 16, comma 1 lett. e), e del Codice unico degli appalti (cfr. art. 19, comma 1 lett. e), nell'invitare alla gara le cinque Agenzie previste dall'art. 27, ultima parte del comma 1, del Codice, l'amministrazione procedente deve aggiungere all'oggetto della gara la seguente dicitura: "*procedura semplificata ai sensi degli artt. 19, comma 1 lett. e), della Reittiva n. 18/2004 e 27 del Codice unico degli appalti*".

¹⁵⁹ A mente dell'art. 67, comma 2 lett. a), del Codice, il riferimento al bando è necessario soltanto se l'invito alla gara consegue alla pubblicazione del bando ed alla selezione dei candidati che hanno avanzato domanda di partecipazione; e non già, ovviamente, allorché l'amministrazione dirami inviti diretti ai sensi dell' art. 27 citato nella nota che precede.

¹⁶⁰ Trascorsi almeno 40 giorni dalla data di spedizione della lettera di invito (cfr. art. 70, comma 4, del Codice). Si evidenzia che anche il Codice unico degli appalti prevede la possibilità di ridurre detto termine sino a 36 giorni, e in casi eccezionali sino a 22 giorni, laddove l'Amministrazione procedente abbia preventivamente inviato alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee l'avviso di preinformazione (cfr. art. 70, comma 7, del Codice). In caso di urgenza il termine può essere ulteriormente ridotto sino a 10 giorni (cfr. art. 70, comma 11 lett. b), del Codice).

Nella busta n. 1 i concorrenti dovranno inserire i seguenti documenti.

- a) Certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura in originale o copia conforme, di data non anteriore a 6 mesi rispetto alla data di presentazione dell'offerta; detto certificato dovrà essere completo di nulla osta ai fini dell'art. 10 della Legge n. 575 del 1965 e, dallo stesso, dovrà risultare l'inesistenza di procedure in corso di fallimento, di concordato preventivo o di amministrazione controllata (quest'ultima condizione potrà anche essere alternativamente documentata con un certificato del Tribunale fallimentare, in originale o copia conforme in data non anteriore a 6 mesi). I suddetti certificati potranno essere sostituiti da una dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000.
- b) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia non si trova in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs n. 12 aprile 2006.
- c) Certificato, in originale o copia conforme, del Casellario Giudiziale relativo al Legale Rappresentante dell'Agenzia.
- d) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia è in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili, ai sensi dell'art. 17 della Legge n. 68 del 1999 (oppure, se in presenza dei relativi presupposti, dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia non è assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla sopracitata legge).
- e) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 in merito alla insussistenza della fattispecie di cui all'art. 1 bis, comma 14, della Legge n. 383 del 2001.
- f) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 di insussistenza delle fattispecie contemplate nell'art. 2359 del codice civile con le altre Agenzie concorrenti alla presente gara.
- g) Copia del capitolato speciale firmato dal Legale Rappresentante su ogni pagina per accettazione.
- h) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 in cui si attesti:
 - di ritenere il prezzo offerto remunerativo e comprensivo di ogni spesa e di ogni onere di qualsiasi natura sia tecnica che economica o comunque connessa con l'esecuzione del servizio in oggetto;
 - di essere a perfetta conoscenza della natura dei servizi richiesti e che l'Agenzia è edotta di ogni altra circostanza di luogo e di fatto inerente i servizi in oggetto;
 - che l'offerta è vincolante per l'Agenzia per un periodo di 180 giorni dalla scadenza fissata per la ricezione delle offerte;
 - di non avere nulla a che pretendere nel caso in cui l'Amministrazione

precedente, a suo insindacabile giudizio, non proceda ad alcuna aggiudicazione.

- i) Cauzione provvisoria pari ad € ...¹⁶¹, ridotta del 50% in presenza delle condizioni previste dal comma 7 dell'art. 75 d.lgs. n. 12 aprile 2006. La cauzione dovrà essere costituita con le forme e secondo le prescrizioni dettate dall'art. 75 del d.lgs. n. 12 aprile 2006.
- j) Dichiarazione di un istituto di credito o di una compagnia assicurativa contenente l'impegno a rilasciare all'Agenzia concorrente la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione^{161bis}.
- k) Copia conforme dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di cui all'art. 4, comma 1 lettera a), del d.lgs n. 276 del 2003.
- l) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale non inferiore a € ... (...) ¹⁶².
- m) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato non inferiore a € ... (...) nei confronti di Pubbliche Amministrazioni rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001¹⁶³.
- n) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio con una singola Pubblica Amministrazione, rientrante nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, un fatturato complessivo non inferiore a € ... (...) ¹⁶⁴, avente ad oggetto il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato, con indicazione dell'Ente, dell'anno e del fatturato conseguito.
- o) Due dichiarazioni bancarie in originale, emesse da primari istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della legge n. 385 del 1993, attestanti la capacità economica e finanziaria dell'Agenzia ai fini dell'assunzione del presente contratto ed intestate alla presente Amministrazione. La mancata o irregolare presentazione dei documenti richiesti, fatta salva la possibilità di integrazione e completamento di documenti già presentati ai sensi dell'art. 46 del d.lgs n. 12 aprile 2006, che determinerà l'immediata esclusione dalla gara.

¹⁶¹ La cauzione dovrà essere pari al 2% dell'importo dell'appalto, secondo quanto previsto dell'art. 75, comma 1, del Codice.

^{161bis} Art. 75, comma 8, del Codice.

¹⁶² Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno tre volte l'importo complessivo del contratto.

¹⁶³ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno due volte l'importo complessivo del contratto.

¹⁶⁴ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver fatturato nell'ultimo triennio con una singola pubblica amministrazione un importo complessivo almeno pari all'importo globale del contratto che si aggiudica.

In caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari di concorrenti, di cui all'art. 37 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione), la documentazione di cui alle precedenti lettere a), b), c), d), e), f), g), h), k), l), m) e o) dovrà essere presentata da ciascuna Agenzia associata o consorziata; mentre la documentazione di cui alle lettere i), j) e n) potrà essere prodotta dalla sola impresa capogruppo o da una Agenzia consorziata.

I requisiti di cui alle lettere l) e m) devono essere posseduti nella misura del ... %¹⁶⁵ dall'Agenzia mandataria, o da un'Agenzia del Consorzio, e da minimo del ... %¹⁶⁶ dalle Agenzie mandanti o dalle altre Agenzie consorziate. Il requisito di cui alla lettera n) deve essere posseduto almeno dall'Agenzia capogruppo e da un'Agenzia del Consorzio.

Non è ammessa la partecipazione individuale contestualmente alla partecipazione in raggruppamento o in Consorzio con altre Agenzie, pena l'esclusione dell'Agenzia concorrente e del raggruppamento o del Consorzio cui la stessa partecipi.

È possibile soddisfare il possesso dei requisiti di cui alle precedenti lett. l), m) e n) avvalendosi di altri soggetti. In questo caso il concorrente dovrà scrupolosamente attenersi a quanto stabilito nell'art. 49 del d.lgs n. 12 aprile 2006. Si rammenta che, in caso di avvalimento dei requisiti, vi sarà responsabilità solidale dell'Agenzia concorrente e di quella ausiliaria ai sensi del comma 4 dell'art. 49 citato.

Nella busta n. 2 dovrà essere inserita l'offerta tecnica, redatta in lingua italiana e sottoscritta dal soggetto rappresentante del concorrente.

L'offerta tecnica deve contenere i sotto elencati elementi, necessari alla valutazione tecnico qualitativa del servizio offerto¹⁶⁷:

1) In relazione alla valutazione della capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia:

Dovranno essere presentati i seguenti documenti:

- una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.p.r. n. 445/2000, concernente l'elenco delle referenze maturate nell'ultimo triennio nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, indicando, per ciascun Ente e per ciascun anno di riferimento il fatturato maturato;
- una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.p.r. n. 445/2000, concernente il fatturato globale maturato nell'ultimo triennio;

¹⁶⁵ Si consiglia di fissare una percentuale tra il 50 % ed il 70%.

¹⁶⁶ Si consiglia di fissare una percentuale tra il 10% ed il 30%.

¹⁶⁷ Quelli sotto elencati sono i criteri di valutazione delle proposte progettuali ritenuti più idonei per individuare la migliore proposta. Ciascuna amministrazione potrà individuare (preferibilmente aggiungere e non sostituire) ulteriori criteri ritenuti utili alla selezione dell'Agenzia, tenendo conto delle particolari e contingenti situazioni cui l'amministrazione deve far fronte.

- copia conforme all'originale delle attestazioni del buon esito del servizio rilasciate all'Agenzia da Pubbliche Amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001.
- 2) In relazione alla valutazione della complessiva qualità aziendale:
- copia conforme del certificato di qualità Vision 2000, ovvero altra documentazione idonea a dimostrare l'ottemperanza dell'Agenzia alle norme in materia di garanzia della qualità;
 - relazione finalizzata a illustrare le qualità sociali ed etiche dell'Agenzia.
- 3) In relazione alla valutazione della formazione del personale:
- relazione concernente tutta l'attività formativa precedentemente organizzata dall'Agenzia in favore di soggetti destinati ad essere somministrati alla Pubblica Amministrazione;
 - progetto formativo specificatamente proposto per il personale somministrato alla presente Amministrazione, con indicazione del curriculum dei formatori e delle tecnologie eventualmente messe a disposizione dell'Amministrazione.
- 4) In relazione alle modalità di selezione e reclutamento del personale:
- Relazione indicante i metodi di selezione e reclutamento, con indicazione particolare delle metodiche tese a selezionare soggetti per la Pubblica Amministrazione.

Nella busta n. 3 dovrà essere inserita l'offerta economica, redatta in lingua italiana, validamente sottoscritta dal soggetto rappresentante del concorrente; oltre al documento recante le voci di costo ai fini della valutazione di eventuali anomalie, ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 12 aprile del 2006.

Ai fini della compilazione dell'offerta viene richiesto di esprimere un moltiplicatore unico per tutti i livelli di inquadramento. Detto moltiplicatore sarà applicato ai costi di seguito elencati od a quelli che dovessero variare in funzione di modifiche del contratto di lavoro, o in ragione di nuove richieste da parte della presente Amministrazione, per le prestazioni effettivamente rese dai lavoratori.

I costi di cui alla tabella che segue comprendono gli oneri retributivi (comprensivi di tutti i ratei, ex festività, ratei permessi retribuiti, ferie, tredicesima mensilità, ratei trattamento fine rapporto ed ogni altro diritto derivante al lavoratore e conseguente all'applicazione del Contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl) e di eventuali Contratti collettivi decentrati integrativi (Ccdi) in essere per i dipendenti dell'Ente)¹⁶⁸; tali oneri saranno di volta in volta definiti con gli uffici preposti dell'Amministrazione.

¹⁶⁸ Ciascuna Amministrazione dovrà calcolare il costo tenendo conto degli oneri per l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (Inail) e dei costi relativi al fondo obbligatorio per la formazione dei lavoratori temporanei.

TABELLA A¹⁶⁹

CATEGORIA	LIVELLO INQUADRAMENTO	COSTO DEL LAVORO €/IH B B1
B	B1	XXX
	B2	XXX
C	C1	XXX
	C2	XXX
D	D1	XXX
	D2	XXX
	D3	XXX

L'offerta economica, in regola con l'imposta di bollo, timbrata e validamente sottoscritta dal Legale Rappresentante, deve contenere:

- denominazione, ragione sociale, sede legale codice fiscale e Partita Iva dell'Agenzia offerente;
- nome, cognome e data di nascita del Legale Rappresentante;
- moltiplicatore unico offerto, in cifre ed in lettere, da applicare ai costi orari contrattuali, onnicomprensivi del personale di cui alla sopra indicata tabella A; alla tariffa così ottenuta dovrà applicarsi l'Iva ai sensi di legge, limitatamente al margine di Agenzia.

Non saranno prese in considerazione offerte con moltiplicatore pari o inferiore a 1,00 (uno virgola zero).

I plichi pervenuti regolarmente saranno aperti in seduta pubblica il ..., alle ore ..., presso l'ufficio ... al seguente indirizzo: ... alla presenza dei rappresentanti delle Agenzie concorrenti, muniti di delega, ai fini della verifica della regolarità formale (apertura Busta n. 1 e verifica della presenza delle Buste nn. 2 e 3 sigillate). Al termine di tale verifica la commissione individuerà, secondo quanto previsto dall'art. 48 del d.lgs n. 12 aprile 2006, le Agenzie che dovranno comprovare il possesso dei requisiti di capacità economica e tecnica.

La commissione procederà poi in seduta riservata alla valutazione delle offerte tecniche; quindi, in seduta pubblica, procederà alla valutazione delle offerte economiche ed alla conseguente stesura della graduatoria provvisoria.

Il servizio sarà aggiudicato con il criterio di cui all'art. 83 del d.lgs n. 12 aprile 2006¹⁷⁰ a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attri-

¹⁶⁹ Si consiglia di inserire nella Tabella tutte le figure contrattuali presenti nell'organico dell'Amministrazione procedente, al fine di non avere limitazione all'utilizzo di lavoratori somministrati durante il periodo contrattuale; fermo ovviamente restando la non obbligatorietà della richiesta.

¹⁷⁰ Considerata la particolarità del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo, la serietà che deve pertanto avere l'Agenzia prescelta ed il rapporto di estrema fiducia che deve intercorrere tra l'Agenzia stessa e l'Amministrazione, si sconsiglia di adottare il criterio del prezzo più basso (art. 82 decreto legislativo n. ... del 12 aprile 2006) quale criterio di aggiudicazione.

buendo sino a 45 punti alle caratteristiche tecnico/qualitative e sino a 55 punti all'offerta economica.

A) CARATTERISTICHE TECNICO/QUALITATIVE (fino a 45 punti)

1. Capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia max punti 15
Così suddivisi:

1.1 sino a 5 punti al fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001.

All'Agenzia titolare del miglior fatturato conseguito verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{importo fatturato dall'Agenzia da valutare}}{\text{importo fatturato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 5$$

1.2 sino a 5 punti in ragione del fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001, cui vi sia esplicita attestazione della relativa amministrazione del buon esito del servizio.

All'Agenzia titolare del miglior fatturato certificato da attestazioni verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{fatturato certificato dall'Agenzia da valutare}}{\text{fatturato certificato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 5$$

1.3 sino a 5 punti in ragione del rapporto tra il fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001 ed il fatturato globalmente realizzato nel medesimo periodo.

All'Agenzia titolare del miglior rapporto tra il fatturato realizzato nei confronti di pubbliche amministrazioni ed il fatturato globale verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{rapporto dell'Agenzia da valutare}}{\text{rapporto dell'Agenzia titolare del miglior rapporto}} \times 5$$

2. Qualità max punti 10

Così suddivisi:

2.1 sino a 5 punti alla certificazione qualità Vision 2000;

2.2 sino a 5 punti alle qualità sociali ed etiche dell'Agenzia.

In caso di partecipazione di raggruppamenti di imprese o consorzi ordinari il punteggio sarà parametrato laddove le certificazioni saranno possedute solo da alcune Agenzie raggruppate o consorziate.

3. Formazione professionale max punti 10

Così suddivisi:

3.1 sino a 5 punti all'attività formativa posta in essere nell'ultimo triennio in favore di personale destinato all'inserimento temporaneo presso la pubblica amministrazione;

3.2 sino a 5 punti per il piano formativo per il personale somministrato alla presente Amministrazione.

4. Modalità di selezione e reclutamento max punti 10

B) OFFERTA ECONOMICA (fino a 55 punti)

La valutazione dell'offerta economica si concretizzerà con l'attribuzione, ad ogni singola offerta, di un punteggio determinato come di seguito specificato.

Il punteggio massimo di 55 punti verrà attribuito all'Agenzia che offrirà il moltiplicatore più basso, mentre alle altre Agenzie sarà attribuito un punteggio minore determinato dal confronto proporzionale con la migliore offerta economica, secondo la seguente formula:

$$Y = \frac{X}{Z} \times 55$$

dove:

X = moltiplicatore dell'offerta più bassa

Z = moltiplicatore dell'offerta considerata

Y = punteggio attribuito all'offerta.

In caso di punteggi equivalenti si procederà a sorteggio.

L'Amministrazione procederà all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta, purché ritenuta valida e congrua. L'Amministrazione si riserva la facoltà, a proprio insindacabile giudizio, di non procedere alla aggiudicazione.

L'offerta e le documentazioni, redatte in lingua italiana, dovranno essere in regola con l'imposta sul bollo. Eventuale documentazione originale prodotta in lingua straniera dovrà essere accompagnata dalla traduzione asseverata in lingua italiana.

L'Agenzia aggiudicataria dovrà garantire che il servizio sarà effettuato nel pieno rispetto delle normative vigenti.

L'Amministrazione effettuerà, sulle dichiarazioni sostitutive rilasciate dalle Agenzie concorrenti, idonei controlli a campione, ai sensi dell'art. 71 del D.p.r. n. 445 del 2000.

L'aggiudicazione sarà immediatamente vincolante per l'Agenzia aggiudicataria, mentre per l'Amministrazione sarà subordinata agli adempimenti previsti dalla legislazione antimafia ed alle verifiche dei requisiti e delle eventuali dichiarazioni sostitutive.

L'avvenuta aggiudicazione verrà comunicata tramite lettera raccomandata R.R.

La presentazione dell'offerta implica l'accettazione incondizionata di tutte le condizioni che regolano il contratto come risultanti dalla lettera d'invito e dal capitolato.

In caso di fallimento o risoluzione del contratto per grave inadempienza contrattuale dell'originaria Agenzia affidataria, la Amministrazione potrà stipulare un nuovo contratto con il secondo classificato alle condizioni economiche proposte dallo stesso in sede di gara.

L'Agenzia aggiudicataria dovrà presentare, entro e non oltre 20 gg. dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, una garanzia fidejussoria del 10% dell'importo contrattuale, secondo le modalità previste dall'art. 113 del d.lgs n. 12 aprile 2006. L'Agenzia aggiudicataria dovrà inoltre presentare copia di idonea polizza di assicurazione a copertura dei danni a terzi, conforme alle prescrizioni del capitolato speciale.

Nel caso in cui l'aggiudicatario fosse un raggruppamento di imprese, oltre alla suddetta documentazione, le Agenzie associate dovranno produrre copia autentica dell'atto di conferimento del mandato speciale, irrevocabile di rappresentanza all'Agenzia capogruppo, nonché di conferimento di procura a chi legalmente rappresenta la medesima; il tutto con dimostrazione dei poteri dei sottoscrittori per la costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese. Tale atto dovrà essere coerente con gli impegni sottoscritti dalle imprese in sede di offerta.

Per ogni altro obbligo si rimanda al capitolato speciale, nonché alla normativa vigente.

Il Responsabile del procedimento

7.8 Capitolato speciale per l'affidamento del servizio di somministrazione lavoro a tempo determinato

Art. 1 - Finalità e oggetto del contratto

Il presente contratto ha ad oggetto l'individuazione di una o più Agenzie per il lavoro raggruppate, in possesso di autorizzazione rilasciata dal

Ministero del lavoro e delle politiche sociali¹⁷¹, a cui affidare il servizio di somministrazione di lavoro temporaneo delle figure professionali i cui profili sono indicati nel punto 2.4 del disciplinare di gara, con inquadramenti riferiti al vigente contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl), Settore ...¹⁷², da impiegare con contratto di somministrazione a tempo determinato presso l'Amministrazione.

Il servizio deve comprendere l'attività di ricerca, selezione, formazione e sostituzione del personale.

Art. 2 - Importo, durata e facoltà di rinnovo

L'importo massimo complessivo del contratto è di € ...¹⁷³, Iva esclusa. Detto importo ha la funzione di indicare il limite massimo delle prestazioni ed ha carattere presuntivo, mentre il valore del contratto sarà determinato dalle prestazioni effettivamente richieste; fermo restando che l'Amministrazione, nel corso del periodo di fornitura, potrà richiedere prestazioni per l'intero importo sopra indicato, con un'oscillazione del 20%.

Il contratto avrà decorrenza dalla data di aggiudicazione definitiva ed avrà validità di anni ...¹⁷⁴, con possibilità di rinnovo per un uguale periodo.

¹⁷¹ Cfr. art. 4 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (meglio noto come "Decreto Biagi", di seguito decreto legislativo n. 276 del 2003).

¹⁷² Indicare esattamente il settore.

¹⁷³ Massima attenzione deve essere posta sull'esatta individuazione delle esigenze dell'amministrazione procedente, affinché le indicazioni relative all'importo stimato del servizio siano il più possibile veritiere; così da evitare problematiche che potrebbero sorgere durante l'esecuzione del contratto in dipendenza di differenze non marginali tra l'importo reale e quello inizialmente stimato e, come tale, presuntivamente indicato negli atti di gara. Nell'individuazione dell'importo del contratto di somministrazione - a maggior ragione se si fissa un importo a base di gara - si tengano in dovuta considerazione tutte le voci che concorrono a formare il costo che un'Agenzia per il lavoro sopporta per ogni singolo lavoratore somministrato (retribuzione oraria Ccnl, eventuali integrativi contrattuali, ratei ferie, ratei permessi, festività soppresse, ratei mensilità aggiuntive, ratei trattamento di fine rapporto, oneri contributivi dell'Istituto nazionale di previdenza sociale di riferimento dell'agenzia per il lavoro, oneri dell'Istituto nazionale delle assicurazioni per gli infortuni sul lavoro, oneri contributivi; oltre agli oneri relativi a Formatemp ed all'Ente Bilaterale).

¹⁷⁴ Una corretta individuazione della durata contrattuale è uno degli elementi cui prestare particolare attenzione; si tenga comunque in considerazione che, una durata troppo breve non favorisce in genere l'acquisizione delle migliori condizioni dal punto di vista economico, posto che le Agenzie concorrenti sono più stimolate ad offrire prezzi vantaggiosi se hanno la prospettiva di perfezionare un contratto di non breve durata. D'altro canto, un'estesa durata contrattuale potrebbe risultare nel tempo particolarmente gravosa per l'Amministrazione, soprattutto se l'Agenzia dovesse nel tempo non offrire le medesime garanzie di efficienza ed efficacia. Posto che il limite massimo dei contratti pubblici è tuttora fissato in nove anni a mente del 2° comma dell'art. 12 del Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, si ritiene che una durata congrua per l'affidamento del servizio di somministrazione sia di tre anni, magari prevedendo - nel bando - la possibilità di rinnovo per un eguale periodo.

Le singole prestazioni di lavoro saranno individuate e disciplinate con separati contratti di somministrazione.

Art. 3 - Obblighi dell'Agenzia aggiudicataria

All'atto dell'aggiudicazione l'Agenzia aggiudicataria dovrà avere istituito almeno una sede operativa nel territorio della Regione dove ha sede l'Amministrazione.

L'Agenzia aggiudicataria si impegna al pagamento diretto ai lavoratori somministrati della retribuzione dovuta in base alla corrispondente categoria professionale di inquadramento, entro il giorno 15 del mese successivo alla prestazione, nonché al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali previsti per legge. L'Agenzia aggiudicataria si impegna inoltre a fornire, dietro richiesta alla Amministrazione, copia delle buste paga dei lavoratori somministrati al fine di accertare la regolarità dell'inquadramento, della retribuzione e della contribuzione versata¹⁷⁵.

Sono a carico dell'Agenzia tutti gli obblighi per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali previsti dal Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 e successive modifiche e integrazioni.

Art. 4 - Modalità di espletamento del servizio

Il servizio dovrà essere svolto con la massima cura, in conformità a quanto previsto dal presente capitolato e dal contratto e nel rispetto delle seguenti prescrizioni:

- 1) L'Amministrazione procederà, sulla base delle esigenze che si manifesteranno durante il periodo contrattuale, alla richiesta delle singole forniture di lavoro all'Agenzia mediante apposita richiesta scritta a firma del Responsabile, nel termine di preavviso di 5 giorni lavorativi o in quello minore eventualmente indicato in sede di offerta dall'Agenzia, fino ad un minimo di 24 ore solari.
- 2) L'Amministrazione dovrà corredare ciascuna richiesta di lavoratore con le seguenti informazioni, che potranno anche essere anticipate telefonicamente, con fax o via e - mail:
 - a) descrizione della professionalità richiesta, corrispondente categoria, settore di specializzazione e grado di esperienza necessario;

¹⁷⁵ Particolare attenzione deve essere prestata alla verifica del corretto e puntuale assolvimento degli obblighi salariali, contributivi ed assicurativi dell'Agenzia nei confronti dei lavoratori somministrati, atteso che l'Amministrazione utilizzatrice è obbligata *"in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi previdenziali"* (art. 23, comma 3, decreto legislativo n. 276 del 2003).

- b) modalità e durata presunta della prestazione lavorativa;
 - c) sede ed orario di lavoro;
 - d) dati relativi alla posizione e al tasso Inail applicato ai lavoratori dell'Amministrazione inquadrati nel medesimo profilo.
- 3) I prestatori di lavoro saranno adibiti alle mansioni e ai profili professionali previsti per i dipendenti del settore in conformità a quanto previsto dal vigente Ccnl, ed eventuali contratti integrativi, e per le tipologie di utilizzo previste dalla normativa vigente in materia.
 - 4) L'attività del lavoratore presso l'Amministrazione è soggetta alle disposizioni in materia di incompatibilità nel pubblico impiego in quanto applicabili.
 - 5) L'orario di lavoro di ogni singolo lavoratore richiesto sarà suddiviso sulla base dell'orario di servizio dei dipendenti della Amministrazione; fatte salve esigenze diverse da manifestarsi per iscritto con la comunicazione si cui al precedente punto 1.
 - 6) Il trattamento economico sarà corrispondente a quello previsto dal vigente Ccnl ed eventuali contratti integrativi, per i lavoratori dipendenti di pari categoria, ivi compresi gli eventuali miglioramenti economici derivanti dalle applicazioni contrattuali future¹⁷⁶.
 - 7) La contribuzione previdenziale e assistenziale dovuta dall'Agenzia ai lavoratori è quella prevista per i dipendenti delle Aziende di somministrazione.
 - 8) La contribuzione Inail è quella riferita alla posizione comunicata nella scheda di richiesta fornitura.
 - 9) Eventuali indennità di missione, indennità accessorie, rimborsi spese e buoni pasto spettanti al lavoratore saranno comunicati all'Agenzia fornitrice che provvederà a corrispondere i relativi compensi, salvo rimborso da parte dell'Amministrazione.
 - 10) L'Agenzia provvederà ad informare i prestatori di lavoro somministrati di tutti i rischi connessi all'attività che il prestatore svolgerà presso l'Amministrazione¹⁷⁷.
 - 11) L'Amministrazione osserverà nei confronti del prestatore di lavoro tutti gli obblighi di protezione, informazione e formazione, connessi all'attività lavorativa, in conformità a quanto previsto dal Decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modificazioni¹⁷⁸.

¹⁷⁶ "I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (art. 23, comma 1 prima parte, decreto legislativo n. 276 del 2003). Si tenga conto che, qualora l'Agenzia, per conformità con quanto stabilito dall'amministrazione procedente, dovesse erogare al lavoratore somministrato un buono pasto di importo superiore a € 5,29, la conseguente tassazione, prevista dalla normativa vigente, comporterà un aumento del costo del lavoro; circostanza della quale bisognerà tenere conto in sede di valutazione del prezzo offerto in sede di gara.

¹⁷⁷ Cfr. art. 23, comma 5 prima parte, decreto legislativo n. 276 del 2003.

¹⁷⁸ Cfr. art. 23, comma 5 ultima parte, decreto legislativo n. 276 del 2003.

- 12) Il personale richiesto dall'Amministrazione dovrà essere già istruito e formato, a cura dell'Agenzia, in relazione alle competenze necessarie sulla base del profilo e della categoria di inquadramento.
- 13) Il lavoratore è sottoposto ad un periodo di prova, così come stabilito nel contratto collettivo delle società di somministrazione di lavoro temporaneo. Il lavoratore ha diritto a prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il mancato superamento del periodo di prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso o di sostituzione.

Art. 5 - Prezzo del servizio e modalità dei pagamenti

Il moltiplicatore indicato in offerta da ciascuna Agenzia si intende formulato in base a calcoli e valutazioni di propria convenienza. Detto moltiplicatore, opportunamente valorizzato in termini assoluti, dall'inizio del secondo anno contrattuale sarà sottoposto a revisione a norma dell'art. 115 del d.lgs n. 12 aprile 2006¹⁷⁹.

L'Amministrazione si obbliga a corrispondere all'Agenzia, per ogni ora ordinaria di lavoro effettuata dal prestatore di lavoro, la tariffa oraria derivante dall'offerta e dal Ccnl di riferimento, oltre Iva sulla parte imponibile, che si modificherà in diretta dipendenza alle variazioni del costo del lavoro determinate dai contratti collettivi di riferimento e dagli integrativi di settore.

Al fine del computo delle ore effettuate dal prestatore di lavoro l'Amministrazione, in persona del Dirigente competente, sottoscriverà un'apposita scheda indicante le ore lavorate, che sarà trasmessa all'Agenzia a cura del lavoratore.

L'Amministrazione corrisponderà all'Agenzia aggiudicataria unicamente la tariffa per le ore effettivamente prestate da parte dei singoli lavoratori, rimanendo a carico esclusivo dell'Agenzia ogni assenza a qualsiasi titolo effettuata da parte dei lavoratori medesimi.

L'Agenzia aggiudicataria si impegna a dare immediata comunicazione all'Amministrazione dell'assenza del lavoratore e a sostituire il medesimo a partire dal terzo giorno di assenza, previa richiesta dell'Amministrazione.

In caso di assenza, per la quale norme di legge o contrattuali riconoscono una tutela al lavoratore, l'Agenzia aggiudicataria provvederà a corrispondere la retribuzione pattuita.

¹⁷⁹ "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c) e comma 5" (art. 115 d.lgs ... 12 aprile 2006).

L'Amministrazione provvederà al pagamento del servizio entro ... giorni¹⁸⁰ dalla data della relativa fattura, che l'Agenzia emetterà mensilmente secondo le norme fiscali in vigore; decorso il suddetto termine, saranno applicati interessi nella misura del ... %¹⁸¹.

Art. 6 - Interruzione del rapporto di lavoro e sostituzione dei prestatori di lavoro

In caso di interruzione del rapporto di lavoro per cause di forza maggiore l'Agenzia avrà il diritto di ottenere il pagamento del corrispettivo spettante sino alla naturale scadenza dei contratti individuali in essere.

Nel caso di interruzione della prestazione per causa imputabile al lavoratore o all'Agenzia, la stessa dovrà sostituire il lavoratore entro 5 giorni o in quello minore eventualmente indicato in sede di offerta dall'Agenzia, fino ad un minimo di 24 ore solari.

La reiterata mancata sostituzione del personale assente, o reiterate interruzioni delle prestazioni, saranno motivo di risoluzione contrattuale.

Art. 7 – Obblighi a carico dell'Amministrazione

L'Amministrazione si impegna a comunicare all'Agenzia gli estremi del Ccnl da applicare ed i relativi trattamenti retributivi e si obbliga a comunicare le eventuali differenze maturate nel corso di ciascuna mensilità o del minore periodo di durata del rapporto.

¹⁸⁰ L'Amministrazione è sempre libera di fissare, tra le altre condizioni contrattuali, anche il termine entro il quale si obbliga a pagare l'Agenzia. Tuttavia l'art. 7 del Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 ("Attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali") richiama, anche le Amministrazioni pubbliche, a non fissare termini di pagamento eccessivamente lunghi, "che risultino gravemente iniqui in danno del creditore". Sempre a mente dell'art. 7 in esame, dovrà essere comunque fissato un termine che tenga particolarmente conto della "natura ... dei servizi oggetto del contratto"; di talché, considerato l'oggetto contrattuale (somministrazione di lavoro a tempo determinato) e la particolare esigenza di garantire il pagamento delle prestazioni al singolo lavoratore da parte dell'Agenzia, del quale pagamento l'Amministrazione utilizzatrice è responsabile in solido, si ritiene che un termine di pagamento congruo non possa superare i 90 giorni.

¹⁸¹ Si rammenta anche che ai sensi del citato decreto legislativo n. 231 del 2002, gli interessi moratori sono obbligatori e decorrono, a mente dell'art. 4, comma 1, del decreto legislativo cit. "dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento". Quanto alla misura del saggio degli interessi, si rileva che lo stesso può essere prestabilito dall'Amministrazione (purché lo stesso sia congruo, al fine di non incorrere nella comminatoria di nullità della relativa clausola ai sensi dell'art. 7, comma 1, del decreto legislativo cit. In caso di mancata fissazione del saggio, questo "è determinato in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di 7 punti percentuali".

Nel caso in cui dovesse adibire i lavoratori somministrati a mansioni superiori, l'Amministrazione ne darà comunicazione scritta all'Agenzia, con conseguente modifica del compenso spettante¹⁸².

L'Amministrazione, in caso di inadempienze dell'Agenzia, dovrà versare direttamente al prestatore di lavoro o all'Ente Previdenziale, rispettivamente le retribuzioni ed i contributi dovuti ai prestatori di lavoro dall'Agenzia, rivalendosi sul deposito cauzionale o sulle somme dovute non ancora pagate.

Art. 8 - Verifiche e controlli sullo svolgimento del servizio

L'Amministrazione, con ampia ed insindacabile facoltà, e senza che l'Agenzia possa nulla eccepire, si riserva di effettuare verifiche e controlli circa l'osservanza di tutte le disposizioni contenute nel capitolato. Le risultanze dei controlli e delle verifiche non liberano l'Agenzia aggiudicataria dagli obblighi e dalle responsabilità inerenti al contratto.

Art. 9 - Provvedimenti disciplinari

L'azione disciplinare nei confronti dei prestatori di lavoro verrà esercitata dall'Agenzia, anche su segnalazione dell'Amministrazione; la quale comunicherà tempestivamente gli elementi che formano oggetto della contestazione¹⁸³.

Art. 10 - Cauzione definitiva

L'Agenzia aggiudicataria dovrà presentare, entro e non oltre 20 gg. dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, una garanzia fidejussoria del 10% dell'importo contrattuale, secondo le modalità previste dall'art. 113 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione).

L'Agenzia aggiudicataria dovrà inoltre presentare copia di idonea polizza di assicurazione a copertura dei danni a terzi.

Qualora l'Amministrazione esca, in tutto o in parte, la cauzione definitiva, l'Agenzia è obbligata a reintegrarla entro 30 giorni dalla data della comunicazione dell'Amministrazione.

La restituzione del deposito cauzionale definitivo verrà disposta su richiesta della Agenzia aggiudicataria al termine del contratto e quando questa avrà adempiuto a tutti gli obblighi previsti e sottoscritti. L'omessa o irregolare costituzione della cauzione comporterà l'impossibilità alla stipula del contratto.

¹⁸² Cfr. art. 23, comma 6, decreto legislativo n. 276 del 2003.

¹⁸³ Cfr. art. 23, comma 7, decreto legislativo n. 276 del 2003.

Art. 11 - Contratto

La stipula del contratto con l'Agenda aggiudicataria potrà avvenire soltanto dopo l'adozione della provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Tutte le spese di contratto, copie, bolli, registrazione, diritti di segreteria e quant'altro previsto sono a carico dell'aggiudicatario.

Per il caso di mancato versamento, l'Amministrazione ha facoltà di trattenere dalla cauzione la somma dovuta, aumentata degli interessi legali, in sede di pagamento.

Art. 12 - Risoluzione del contratto e penalità

La risoluzione contrattuale potrà essere applicata, ad insindacabile giudizio dall'Amministrazione mediante lettera raccomandata nei seguenti casi:

- mancato rispetto di quanto previsto al precedente articolo 3, in ordine al pagamento delle retribuzioni ed al versamento dei contributi per i prestatori di somministrazione di lavoro;
- sopravvenuto stato fallimentare (o altra procedura concorsuale);
- subappalto o cessione di contratto o d'azienda;
- perdita dei requisiti minimi previsti dalla legge ai fini della partecipazione alla gara;
- qualora fosse accertata la non veridicità del contenuto delle dichiarazioni presentate dall'Agenda aggiudicataria nel corso della procedura di gara;
- mancata reintegrazione della cauzione eventualmente escussa entro il termine di 30 (trenta) giorni dal ricevimento della relativa richiesta da parte dell'Amministrazione, ai sensi del precedente articolo 10.

In caso di risoluzione l'Amministrazione procederà all'incameramento della cauzione definitiva, fatti salvi i danni e le spese.

Art. 13 - Recesso dal contratto da parte dell'agenzia aggiudicataria

Il recesso dal contratto da parte dell'Agenda aggiudicataria comporterà l'incameramento della cauzione definitiva costituita secondo il relativo articolo fatti salvi, anche in questo caso, i danni e le spese.

Art. 14 - Osservanza di norme e regolamenti

L'Agenda aggiudicataria è soggetta alla piena osservanza delle seguenti disposizioni alle quali l'Amministrazione rinvia:

- disposizioni in materia di retribuzioni e compensi a personale dipendente;

- disposizioni previste dalla legge 12 marzo 1999 n. 68;
- disposizioni in materia di sicurezza e previdenza ed assicurazioni dei dipendenti e collaboratori;
- disposizioni in materia di imposte, tasse e contributi;
- disposizioni in materia di antimafia;
- disposizioni del codice civile.

Per quanto non risulta contemplato nel presente capitolato, si fa rinvio alle leggi ed ai regolamenti in vigore. In particolare, si rinvia per quanto non espressamente regolamentato, alla Legge 14 febbraio 2003, n. 30 ed al d.lgs n. 276 del 2003.

Art. 15 - Divieto di subaffidamento

È fatto divieto all’Agenzia aggiudicataria di cedere o subaffidare, anche parzialmente, il contratto, sotto pena di decadenza dell’aggiudicazione.

Art. 16 – Foro competente

Il foro competente è quello di ...¹⁸⁴

Art. 17 – Norme finali

Per tutto quanto non espressamente indicato nel presente capitolato si fa riferimento alle norme di legge in vigore in quanto applicabili. Tutte le comunicazioni tra le parti oltre all’offerta saranno in lingua italiana.

Non è consentito apportare varianti, anche parziali, al capitolato.

Il Responsabile del Procedimento

7.9 Il disciplinare di gara per il servizio di somministrazione lavoro a tempo determinato

Art. 1 - Modalità e termini per il ritiro della documentazione di gara

La documentazione di gara, disponibile sul sito www._____.it¹⁸⁵, comprende il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale.

¹⁸⁴ Indicare il Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l’Amministrazione.

¹⁸⁵ Inserire l’indirizzo del sito dell’Amministrazione.

Previa richiesta scritta, la documentazione di gara potrà essere ritirata presso l'ufficio ..., dal ...¹⁸⁶ al ..., dalle ore ... alle ore ... (Rif.: Sig. ... tel. ... - telefax ... - e-mail ...).

Art. 2 - Modalità e condizioni di partecipazione alla gara

2.1 Presentazione dell'offerta

Ciascuna Agenzia interessata dovrà presentare, entro la data fissata dal bando e nei termini di seguito specificati, un plico sigillato che dovrà riportare esternamente la denominazione dell'offerente e la dicitura: "OFFERTA PER IL SERVIZIO DI SOMMINISTRAZIONE LAVORO A TEMPO DETERMINATO".

Il plico dovrà contenere le seguenti buste, tutte sigillate e firmate sui lembi di chiusura, che dovranno riportare all'esterno i dati dell'offerente e le seguenti diciture:

Busta n. 1: DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

Busta n. 2: OFFERTA TECNICA

Busta n. 3: OFFERTA ECONOMICA

2.2 Busta n. 1 - DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

- a) Certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura in originale o copia conforme, di data non anteriore a 6 mesi rispetto alla data di presentazione dell'offerta; detto certificato dovrà essere completo di nulla osta ai fini dell'art. 10 della Legge n. 575 del 1965 e, dallo stesso, dovrà risultare l'inesistenza di procedure in corso di fallimento, di concordato preventivo o di amministrazione controllata (quest'ultima condizione potrà anche essere alternativamente documentata con un Certificato del Tribunale fallimentare, in originale o copia conforme in data non anteriore a 6 mesi). I suddetti certificati potranno essere sostituiti da una dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000.
- b) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia non si trova in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs n. ... del 2006.
- c) Certificato, in originale o copia conforme, del Casellario Giudiziale relativo al Legale Rappresentante dell'Agenzia.
- d) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia è in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili, ai sensi dell'art. 17 della Legge n. 68 del 1999 (oppure, se in presenza dei relativi presupposti, dichiarazione resa dal

¹⁸⁶ Inserire una data di almeno 48 ore antecedente a quella fissata per la presentazione delle offerte.

- Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti che l'Agenzia non è assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla sopraccitata legge).
- e) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 in merito alla insussistenza della fattispecie di cui all'art. 1 bis, comma 14, della Legge n. 383 del 2001.
 - f) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 di insussistenza delle fattispecie contemplate nell'art. 2359 del codice civile con le altre Agenzie concorrenti alla presente gara.
 - g) Copia del bando, del presente disciplinare di gara e del capitolato speciale firmati dal Legale Rappresentante su ogni pagina per accettazione.
 - h) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 in cui si attesti:
 - di ritenere il prezzo offerto remunerativo e comprensivo di ogni spesa e di ogni onere di qualsiasi natura sia tecnica che economica o comunque connessa con l'esecuzione del servizio in oggetto;
 - di essere a perfetta conoscenza della natura dei servizi richiesti e che l'Agenzia è edotta di ogni altra circostanza di luogo e di fatto inerente i servizi in oggetto;
 - che l'offerta è vincolante per l'Agenzia per un periodo di 180 giorni dalla scadenza fissata per la ricezione delle offerte;
 - di non avere nulla a che pretendere nel caso in cui l'Amministrazione, a suo insindacabile giudizio, non proceda ad alcuna aggiudicazione.
 - i) Cauzione provvisoria pari ad € ...¹⁸⁷, ridotta del 50% in presenza delle condizioni previste dal comma 7 dell'art. 75 d.lgs. n. ... del 12 aprile 2006. La cauzione dovrà essere costituita con le forme e secondo le prescrizioni dettate dall'art. 75 del d.lgs. n. ... del 12 aprile 2006.
 - j) Dichiarazione di un istituto di credito o di una compagnia assicurativa contenente l'impegno a rilasciare all'Agenzia concorrente la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione.
 - k) Copia conforme dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di cui all'art. 4, comma 1 lettera a), del d.lgs n. 276 del 2003.
 - l) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale non inferiore a € ... (...) ¹⁸⁸.
 - m) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato non

¹⁸⁷ La cauzione dovrà essere pari al 2% dell'importo dell'appalto, secondo quanto previsto dell'art. 75, comma 1, del d.lgs 12 aprile 2006 n. ... (Codice unico degli appalti).

¹⁸⁸ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno tre volte l'importo complessivo del contratto.

inferiore a € ... (...) nei confronti di Pubbliche Amministrazioni rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001¹⁸⁹.

- n) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell'ultimo triennio con una singola Pubblica Amministrazione, rientrante nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, un fatturato complessivo non inferiore a € ... (...) ¹⁹⁰, avente ad oggetto il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato, con indicazione dell'Ente, dell'anno e del relativo fatturato conseguito.
- o) Due dichiarazioni bancarie in originale, emesse da primari istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della legge n. 385 del 1993, attestanti la capacità economica e finanziaria dell'Agenzia ai fini dell'assunzione del contratto ed intestate alla presente Amministrazione.

La mancata o irregolare presentazione dei documenti richiesti, fatta salva la possibilità di integrazione e completamento di documenti già presentati ai sensi dell'art. 46 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006, determinerà l'immediata esclusione dalla gara.

In caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari di concorrenti, di cui all'art. 37 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006, la documentazione di cui alle precedenti lettere a), b), c), d), e), f), g), h), k), l), m), e o) dovrà essere presentata da ciascuna Agenzia associata o consorziata; mentre la documentazione di cui alle lettere i), j) e n) dovrà essere prodotta dalla Agenzia capogruppo o da una sola Agenzia consorziata.

I requisiti di cui alle lettere l) e m) devono essere posseduti nella misura del ... % ¹⁹¹ dall'Agenzia mandataria, o da un'Agenzia del Consorzio, e da minimo del ... % ¹⁹² dalle Agenzie mandanti o dalle altre Agenzie consorziate. Il requisito di cui alla lettera n) deve essere posseduto dall'Agenzia capogruppo.

Non è ammessa la partecipazione individuale contestualmente alla partecipazione in raggruppamento o in Consorzio con altre Agenzie, pena l'esclusione dell'Agenzia concorrente e del raggruppamento o del Consorzio cui la stessa partecipi.

È possibile soddisfare il possesso dei requisiti di cui alle precedenti lett. l), m) e n) avvalendosi di altri soggetti. In questo caso il concorrente dovrà scrupolosamente attenersi a quanto stabilito nell'art. 49 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006. Si rammenta che, in caso di avalimento dei requisiti, vi sarà responsabilità solidale dell'Agenzia concorrente e di quella ausiliaria ai sensi dell'art. 49 citato.

¹⁸⁹ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver maturato nell'ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno due volte l'importo complessivo del contratto.

¹⁹⁰ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l'aver fatturato nell'ultimo triennio con una singola pubblica amministrazione un importo complessivo almeno pari all'importo globale del contratto che si aggiudica.

¹⁹¹ Si consiglia di fissare una percentuale tra il 50 % ed il 70%.

¹⁹² Si consiglia di fissare una percentuale tra il 10% ed il 30%.

2.3. Busta n. 2: OFFERTA TECNICA

Nella busta n. 2 dovrà essere inserita l'offerta tecnica, redatta in lingua italiana e sottoscritta dal soggetto rappresentante del concorrente.

L'offerta tecnica deve contenere i sotto elencati elementi, necessari alla valutazione tecnico qualitativa del servizio offerto¹⁹³:

- 1) In relazione alla valutazione della capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia:

Dovranno essere presentati i seguenti documenti:

 - una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, concernente l'elenco delle referenze maturate nell'ultimo triennio nei confronti delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, indicando, per ciascun Ente e per ciascun anno di riferimento, fatturato maturato;
 - una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, concernente il fatturato globale maturato nell'ultimo triennio;
 - copia conforme all'originale delle attestazioni del buon esito del servizio rilasciate all'Agenzia da Pubbliche Amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.
- 2) In relazione alla valutazione della complessiva qualità aziendale:
 - copia conforme del certificato di qualità Vision 2000, ovvero altra documentazione idonea a dimostrare l'ottemperanza dell'Agenzia alle norme in materia di garanzia della qualità;
 - relazione finalizzata a illustrare le qualità sociali ed etiche dell'Agenzia.
- 3) In relazione alla valutazione della formazione del personale:
 - relazione concernente tutta l'attività formativa precedentemente organizzata dall'Agenzia in favore di soggetti destinati ad essere somministrati alla pubblica amministrazione;
 - progetto formativo specificatamente proposto per il personale somministrato alla presente amministrazione, con indicazione del curriculum dei formatori e delle tecnologie eventualmente messe a disposizione dell'Amministrazione.
- 4) In relazione alle modalità di selezione e reclutamento del personale:
 - Relazione indicante i metodi di selezione e reclutamento, con indicazione particolare delle metodiche tese a selezionare soggetti per la pubblica amministrazione.

¹⁹³ Quelli sotto elencati sono i criteri di valutazione delle proposte progettuali ritenuti più idonei per individuare la migliore proposta. Ciascuna amministrazione potrà individuare (preferibilmente aggiungere e non sostituire) ulteriori criteri ritenuti utili alla selezione dell'Agenzia, tenendo conto delle particolari e contingenti situazioni cui l'amministrazione deve far fronte.

2.4 Busta n. 3: OFFERTA ECONOMICA

Nella **busta n. 3** dovrà essere inserita l'offerta economica, redatta in lingua italiana, validamente sottoscritta dal soggetto rappresentante del concorrente; oltre la documento contenente le voci di costi di fini della valutazione di eventuali anomalie, ai sensi dell'art. 86 del d.lgsn. n. 12 aprile 2006.

Ai fini della compilazione dell'offerta viene richiesto di esprimere un moltiplicatore unico per tutti i livelli di inquadramento. Detto moltiplicatore sarà applicato ai costi di seguito elencati, o a quelli che dovessero variare in funzione di modifiche del contratto di lavoro, o in ragione di richieste da parte della presente amministrazione non contemplate nella tabella sotto elencata.

I costi di cui alla tabella che segue comprendono gli oneri retributivi [comprensivi di tutti i ratei, ex festività, ratei permessi retribuiti, ferie, tredicesima mensilità, ratei trattamento fine rapporto ed ogni altro diritto derivante al lavoratore e conseguente all'applicazione del Contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl) e di eventuali Contratti collettivi decentrati integrativi (Ccdi) in essere per i dipendenti dell'Ente]¹⁹⁴; tali oneri saranno di volta in volta definiti con gli uffici preposti della amministrazione.

TABELLA A¹⁹⁵

<i>CATEGORIA</i>	<i>LIVELLO INQUADRAMENTO</i>	<i>COSTO DEL LAVORO €/IH</i>
B	B1	XXX
	B2	XXX
C	C1	XXX
	C2	XXX
D	D1	XXX
	D2	XXX
	D3	XXX

L'offerta economica, in regola con l'imposta di bollo, timbrata e validamente sottoscritta dal Legale Rappresentante, deve contenere:

- a) denominazione, ragione sociale, sede legale codice fiscale e Partita Iva dell'Agenzia offerente;
- b) nome, cognome e data di nascita del Legale Rappresentante;
- c) moltiplicatore unico offerto, in cifre ed in lettere, da applicare ai costi

¹⁹⁴ Ciascuna Amministrazione dovrà calcolare il costo tenendo conto degli oneri per l'Istituto nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro e dei costi relativi al fondo obbligatorio per la formazione dei lavoratori temporanei.

¹⁹⁵ Si consiglia di inserire nella Tabella tutte le figure contrattuali presenti nell'organico dell'Amministrazione precedente, al fine di non avere limitazione all'utilizzo di lavoratori somministrati durante il periodo contrattuale; fermo ovviamente restando la non obbligatorietà della richiesta.

orari contrattuali, onnicomprensivi del personale di cui alla sopra indicata tabella A del presente disciplinare; alla tariffa così ottenuta dovrà applicarsi l'Iva ai sensi di legge, limitatamente al margine di Agenzia.

Non saranno prese in considerazione offerte con moltiplicatore pari o inferiore a 1 (uno).

2.5. Termine di presentazione delle offerte

Il plico sopra descritto, contenente le buste di cui al punto 2.1, deve pervenire, a mezzo posta, corriere o recapito diretto, al seguente indirizzo: ..., entro e non oltre le ore ... del giorno

Il recapito del plico è a esclusivo rischio del mittente.

Ai fini della verifica del rispetto del termine faranno fede esclusivamente la data e l'ora di ricezione apposte dall'ufficio Protocollo.

Art. 3 - Apertura dei plichi

I plichi pervenuti regolarmente saranno aperti in seduta pubblica, nel giorno e nell'orario indicati nel bando di gara, presso l'ufficio ... al seguente indirizzo: ... alla presenza dei rappresentanti delle Agenzie concorrenti, muniti di delega ai fini della verifica della regolarità formale delle offerte (apertura Busta n. 1 e verifica della presenza delle Buste nn. 2 e 3 sigillate). Al termine di tale verifica la commissione individuerà, secondo quanto previsto dall'art. 48 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione), le Agenzie che dovranno comprovare il possesso dei requisiti di capacità economica e tecnica. La commissione procederà poi in seduta riservata alla valutazione delle offerte tecniche; quindi, in seduta pubblica, procederà alla valutazione delle offerte economiche ed alla conseguente stesura della graduatoria provvisoria.

Art. 4 - Criteri di aggiudicazione

Il servizio sarà aggiudicato con il criterio di cui all'art. 83 del d.lgs ... del 12 aprile 2006¹⁹⁶ a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo sino a 45 punti alle caratteristiche tecnico/qualitative e sino a 55 punti all'offerta economica.

¹⁹⁶ Considerata la particolarità del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo, la serietà che deve pertanto avere l'Agenzia prescelta ed il rapporto di estrema fiducia che deve intercorrere tra l'Agenzia stessa e l'Amministrazione, si sconsiglia di adottare il criterio del prezzo più basso (art. 82 d.lgs 12 aprile 2006 n. ...) quale criterio di aggiudicazione.

A) CARATTERISTICHE TECNICO/QUALITATIVE (fino a 45 punti)

1. Capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia max punti 15

Così suddivisi:

1.1 sino a 5 punti al fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001.

All'Agenzia titolare del miglior fatturato conseguito verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{importo fatturato dall'Agenzia da valutare}}{\text{importo fatturato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 5$$

1.2 sino a 5 punti in ragione del fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001, cui vi sia esplicita attestazione della relativa amministrazione del buon esito del servizio.

All'Agenzia titolare del miglior fatturato certificato da attestazioni verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{fatturato certificato dall'Agenzia da valutare}}{\text{fatturato certificato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 5$$

1.3 sino a 5 punti in ragione del rapporto tra il fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001 ed il fatturato globalmente realizzato nel medesimo periodo¹⁹⁷.

All'Agenzia titolare del miglior rapporto tra il fatturato realizzato nei confronti di pubbliche amministrazioni ed il fatturato globale verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{rapporto dell'Agenzia da valutare}}{\text{rapporto dell'Agenzia titolare del miglior rapporto}} \times 5$$

¹⁹⁷ Il rapporto è ricavato dalla divisione del fatturato maturato con la P.A. ed il fatturato complessivo.

2. Qualità max punti 10

Così suddivisi:

2.1 sino a 5 punti alla certificazione qualità Vision 2000

2.2 sino a 5 punti alle qualità sociali ed etiche dell'Agenzia

In caso di partecipazione di raggruppamenti di imprese o consorzi ordinari il punteggio sarà parametrato laddove le certificazioni saranno possedute solo da alcune Agenzie raggruppate o consorziate.

3. Formazione professionale max punti 10

Così suddivisi:

3.1 sino a 5 punti all'attività formativa posta in essere nell'ultimo triennio in favore di personale destinato all'inserimento temporaneo presso la pubblica amministrazione;

3.2 sino a 5 punti per il piano formativo per il personale somministrato alla presente Amministrazione.

2. Modalità di selezione e reclutamento max punti 10

B) OFFERTA ECONOMICA (fino a 55 punti)

La valutazione dell'offerta economica si concretizzerà con l'attribuzione, ad ogni singola offerta, di un punteggio determinato come di seguito specificato.

Il punteggio massimo di 50 punti verrà attribuito all'Agenzia che offrirà il moltiplicatore più basso, mentre alle altre Agenzie sarà attribuito un punteggio minore determinato dal confronto proporzionale con la migliore offerta economica, secondo la seguente formula:

$$Y = \frac{X}{Z} \times 55$$

dove:

X = moltiplicatore dell'offerta più bassa

Z = moltiplicatore dell'offerta considerata

Y = punteggio attribuito all'offerta.

In caso di punteggi equivalenti si procederà a sorteggio.

L'Amministrazione procederà all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta, purché ritenuta valida e congrua. L'Amministrazione si riserva la facoltà, a proprio insindacabile giudizio, di non procedere alla aggiudicazione.

Art. 5. Condizioni generali

L'offerta e le documentazioni, redatte in lingua italiana, dovranno essere in regola con l'imposta sul bollo. Eventuale documentazione originale pro-

dotta in lingua straniera dovrà essere accompagnata dalla traduzione asseverata in lingua italiana.

L'Agenzia aggiudicataria dovrà garantire che il servizio sarà effettuato nel pieno rispetto delle normative vigenti.

L'Amministrazione effettuerà sulle dichiarazioni sostitutive rilasciate dai concorrenti idonei controlli a campione, ai sensi dell'art. 71 del D.p.r. n. 445 del 2000.

L'aggiudicazione sarà immediatamente vincolante per l'Agenzia aggiudicataria, mentre per l'Amministrazione essa sarà subordinata agli adempimenti previsti dalla legislazione antimafia ed alle verifiche dei requisiti e delle eventuali dichiarazioni sostitutive.

L'avvenuta aggiudicazione verrà comunicata tramite lettera raccomandata R.R.

La presentazione dell'offerta implica l'accettazione incondizionata di tutte le condizioni che regolano il contratto di somministrazione come risultanti dal bando di gara, dal disciplinare e relativi allegati e dal capitolato.

In caso di fallimento o risoluzione del contratto per grave inadempienza contrattuale dell'originario appaltatore, la amministrazione potrà stipulare nuovo contratto con il secondo classificato alle condizioni economiche proposte dallo stesso in sede di gara.

Art. 6. Adempimenti richiesti all'Agenzia aggiudicataria.

L'Agenzia aggiudicataria dovrà presentare, entro e non oltre 20 gg. dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, una garanzia fidejussoria del 10% dell'importo contrattuale, secondo le modalità previste dall'art. 113 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione). L'Agenzia aggiudicataria dovrà inoltre presentare copia di idonea polizza di assicurazione a copertura dei danni a terzi, conforme alle prescrizioni del capitolato speciale.

Nel caso in cui l'aggiudicatario fosse un raggruppamento di imprese, oltre alla suddetta documentazione, le Agenzie associate dovranno produrre copia autentica dell'atto di mandato speciale, irrevocabile di rappresentanza all'Agenzia capogruppo, nonché di conferimento di procura a chi legalmente rappresenta la medesima; il tutto con dimostrazione dei poteri dei sottoscrittori per la costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese. Tale atto dovrà essere coerente con gli impegni sottoscritti dalle imprese in sede di offerta.

Per ogni altro obbligo si rimanda al capitolato speciale, nonché alla normativa vigente.

7.10 Il Capitolato speciale per l'affidamento del servizio di somministrazione di personale infermieristico

PARTE I - DEFINIZIONI GENERALI ED OGGETTO DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE

CAPO I - Definizioni generali

Art. 1. (Definizioni)

Nel testo del presente capitolato valgono le seguenti definizioni:

- a) per "Azienda" si intende l'Azienda sanitaria locale (Asl) ... (o l'Azienda ospedaliera ...) che affida il presente servizio;
- b) per "concorrente" si intendono le Agenzie per il lavoro abilitate all'attività di somministrazione ai sensi dell'art. 4 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che partecipano alla presente gara;
- c) per "aggiudicatario" si intende l'Agenzia per il lavoro (ovvero le Agenzie raggruppate) risultata aggiudicataria della gara.

Art. 2. (Normativa di riferimento)

La presente gara, oltre che dal bando e dal presente capitolato, è regolata:

- a) dalla Direttiva 31 marzo 2004, n. 18;
- b) dal Decreto legislativo n. 12 aprile 2006;
- c) dal Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276;
- d) dal Decreto ministeriale 23 dicembre 2003.

CAPO II Oggetto del contratto.

Art. 3. (Oggetto del contratto)

La presente gara è finalizzata all'individuazione di una o più Agenzie per il lavoro raggruppate, in possesso di autorizzazione rilasciata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali¹⁹⁸, a cui affidare, con le modalità previste dal d.lgs n. 276 del 2003 e dal contratto collettivo nazionale di lavoro per il

¹⁹⁸ Cfr. art. 4 del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (meglio noto come "Decreto Biagi", di seguito decreto legislativo. n. 276 del 2003).

comparto sanità, il servizio di “somministrazione di lavoro” delle figure professionali indicate nel successivo art. 4, da impiegarsi presso i Presidi Ospedalieri dell’Azienda, ubicati in Si prevede l’impiego di almeno ... collaboratori professionali sanitario/infermiere (cat. D), di cui al Contratto collettivo nazionale (Ccnl) del personale non medico del comparto sanità, sulla base di singole richieste di fornitura di prestazioni di somministrazione di lavoro, che saranno effettuate di volta in volta in relazione alle effettive esigenze ed entro i limiti di legge.

L’Azienda si riserva la facoltà, ai sensi dell’art. 57, comma 5 lettera b), del d.lgs n. 12 aprile 2006, di richiedere ulteriori figure professionali (collaboratore professionale sanitario ostetrica - infermiere pediatrico - tecnico di radiologia medica, ...), o anche altri operatori sanitari ascrivibili a categorie professionali immediatamente inferiori (operatori socio-sanitari), in caso di motivata necessità e compatibilmente con le disponibilità della società di somministrazione.

Il fabbisogno annuo presunto è approssimativamente di ... ore all’anno complessive. Le quantità sopra riportate sono indicative e possono subire diminuzioni o incrementi sulla base del reale fabbisogno entro il limite del 20%, senza che ciò comporti alcun tipo di responsabilità, neanche precontrattuale, a carico dell’Azienda e senza che i concorrenti o l’aggiudicatario possano vantare titolo alcuno a risarcimenti e/o indennizzi di sorta, nel caso di somministrazione inferiore a quella sopra descritta.

Il servizio di somministrazione comprende l’attività di ricerca, selezione, formazione e sostituzione del personale.

Art. 4. (Descrizione del profilo professionale da ricoprire)

Il personale che sarà richiesto all’aggiudicatario sarà personale infermieristico (collaboratore professionale sanitario – infermiere). Per le attribuzioni ed i requisiti culturali e professionali del personale appartenente a tale profilo si rinvia a quanto previsto nel d.m. del Ministero della Salute n. 739 del 1994.

Il personale infermieristico somministrato dovrà comunque svolgere attività attinenti alla professionalità specifica relativa al titolo abilitante, assicurando i turni previsti dalle modalità organizzative già in atto presso l’Azienda ed in particolare quelli che garantiscono l’assistenza sulle 24 ore, 7 giorni su 7; detto personale dovrà collaborare all’attività didattica nell’ambito di ciascuna unità operativa.

Il personale somministrato dovrà possedere idoneo diploma universitario di infermiere, conseguito ai sensi dell’art. 6, comma 3, del Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502; ovvero diplomi ed attestati conseguiti in base al precedente ordinamento, riconosciuti equipollenti ai sensi delle vigenti

disposizioni (vedi d.m. 27 luglio 2000) al diploma universitario ai fini dell'esercizio dell'attività professionale e dell'accesso ai pubblici concorsi. Nel caso in cui il titolo sia stato conseguito all'estero, lo stesso deve essere necessariamente riconosciuto dal Ministero della salute.

Sono inoltre richieste¹⁹⁹:

- l'iscrizione all'Albo del collegio degli infermieri professionali;
- l'idoneità sanitaria alla manipolazione degli alimenti;
- l'idoneità sanitaria al lavoro di infermiere professionale senza limitazioni di sorta per i rischi lavorativi specifici in ambito ospedaliero, rilasciato da un medico competente in carta libera;
- la conoscenza della lingua italiana.

Art. 5. (Trattamento retributivo)

L'aggiudicatario dovrà corrispondere ai lavoratori somministrati un trattamento retributivo, tenuto conto di tutte le sue componenti, non inferiore a quello stabilito dalle leggi, dal Ccnl e dalla contrattualistica nazionale, territoriale e aziendale, corrisposti ai dipendenti dell'Azienda; escluso il compenso correlato al raggiungimento di risultati (incentivazione alla produttività).

Ai fini della presentazione dell'offerta ed alla verifica dell'effettivo adempimento agli obblighi prescritti nel presente capitolato, la presente Azienda individua il seguente trattamento retributivo mensile dovuto al collaboratore professionale sanitario/infermiere (cat. D).

- Stipendio tabellare € ... per 13 mensilità;
- Indennità qualifica specifica € ... per 12 mensilità;
- Valore comune indennità di qualifica professionale € ... per 13 mensilità.

Il tutto per un totale di € ...

Alle suddette voci retributive devono essere aggiunte le seguenti indennità per turni notturni e festivi, così come previste dal vigente Ccnl:

- Indennità per lavoro festivo (nella misura intera): € ...;
- Indennità per lavoro festivo (nella misura ridotta): € ...;
- Indennità per lavoro notturno (ogni ora di servizio prestata tra le 22:00 e le 6:00): €.;
- Indennità giornaliera per operatori inseriti in servizi articolati su tre turni: € ...;
- Indennità giornaliera per operatori inseriti in servizi articolati su due turni: € ...;
- Indennità giornaliera per ogni giornata di effettivo servizio nelle terapie intensive, subintensive, nei servizi di nefrologia e dialisi e nelle sale operatorie: € ...;

¹⁹⁹ L'elenco degli ulteriori requisiti è indicativo e potrà essere discrezionalmente modulato e declinato da ciascuna Amministrazione secondo le proprie esigenze.

- Indennità giornaliera per ogni giornata di effettivo servizio presso le malattie infettive: € ...;
- Indennità pronta disponibilità (turno di 12 ore): € ...;
- Indennità pronta disponibilità oraria (magg. 10%): € ...;
- Straordinario normale + 15% (valore orario): € ...;
- Straordinario festivo + 30% (valore orario): € ...;
- Straordinario festivo/notturno + 50% (valore orario): € ...;
- Ferie, festività ed ex-festività secondo la disciplina di cui all'art. 19 del vigente Ccnl comparto sanità.

Art. 6. (Modalità organizzative)

Il servizio dovrà essere svolto con la massima cura, in conformità a quanto previsto dal presente capitolato e dal contratto e nel rispetto delle seguenti prescrizioni:

- a) le prestazioni infermieristiche si svolgeranno nelle 24 ore, per 7 giorni la settimana. Le turnazioni verranno definite dai responsabili del settore e potranno subire variazioni estemporanee e contingenti;
- b) l'orario di lavoro sarà definito sulla base delle necessità, come da Ccnl di comparto;
- c) l'organizzazione degli orari del personale dovrà garantire la copertura dell'intero turno, secondo la turnistica già svolta nei reparti di degenza, dove la stessa è articolata nei seguenti orari ..., salvo particolari esigenze connesse alla peculiarità del reparto/servizio di assegnazione;
- d) la fruizione del servizio mensa avverrà con le modalità previste per i dipendenti dell'Azienda²⁰⁰;
- e) l'Azienda si riserva la facoltà, previa assunzione di provvedimento motivato, di richiedere la sostituzione del personale, nei tempi stabiliti dal periodo di prova del Ccnl delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo;
- f) l'Azienda adotta tutte le misure di sicurezza ed osserva nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di protezione e di informazione in conformità a quanto previsto dal d.lgs n. 626 del 1994;
- g) il prestatore di lavoro somministrato dovrà svolgere la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'Azienda per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro ed è tenuto all'osservanza di tutte le norme di legge e di contratto collettivo applicate ai lavoratori dipendenti dell'Azienda;

Il Responsabile del Procedimento

²⁰⁰ Qualora l'aggiudicatario, su richiesta dell'amministrazione, dovesse erogare al lavoratore somministrato un buono pasto di importo superiore a € 5,29, la conseguente tassazione, prevista dalla normativa vigente, comporterà un aumento del costo del lavoro; circostanza della quale bisognerà tenere conto in sede di valutazione del prezzo offerto in sede di gara.

- h) l'aggiudicatario è obbligato ad assicurare i prestatori di lavoro contro gli infortuni e le malattie professionali previste dal D.p.r. n. 1124 del 1965;
- i) copia del contratto tra l'aggiudicatario ed ogni lavoratore somministrato dovrà essere trasmesso all'Azienda, vista la responsabilità solidale contemplata nel d.lgs n. 276 del 2003;
- j) per le ragioni di verifica e controllo indicate al punto che precede, l'Azienda potrà richiedere in qualsiasi momento all'aggiudicatario l'esibizione del libro matricola, il modello DM 10 e le buste paga;
- k) non è consentita, salvo casi eccezionali da motivare per iscritto da parte dell'Azienda, l'effettuazione di ore di lavoro straordinario;
- l) il personale richiesto dovrà essere già istruito e formato a cura dell'aggiudicatario in relazione alle competenze a cui sarà destinato, garantendo uno standard qualitativo e quantitativo di attività conforme a quanto richiesto;
- m) qualora l'aggiudicatario non risulti in regola con gli obblighi di cui sopra, l'Azienda potrà procedere alla risoluzione del contratto e all'affidamento del servizio al concorrente che segue in graduatoria. Alla parte inadempiente saranno addebitate le maggiori spese sostenute.

Art. 7. (Provvedimenti disciplinari)

L'azione disciplinare nei confronti dei lavoratori somministrati sarà esercitata dall'aggiudicatario come previsto dalla normativa vigente.

L'Azienda provvederà tempestivamente a comunicare le circostanze disciplinarmente rilevanti all'aggiudicatario, che provvederà a contestarle al lavoratore.

Art. 8. (Controlli e verifiche)

Il controllo sarà effettuato dalla direzione sanitaria direttamente o attraverso il capo sala della relativa unità operativa, cui spetta anche il coordinamento delle attività e la programmazione della turnistica. Tali controlli potranno avvenire in momenti diversi o tramite distinte modalità per quanto attiene il rispetto delle clausole contrattuali.

Art. 9. (Importo presunto)

L'importo presunto del servizio ammonta a € ..., oltre Iva ai sensi di legge.

L'importo orario posto a base d'asta è pari ad € ..., da intendersi a valere sull'ora ordinaria. Tutte le indennità indicate nel precedente art. 5, com-

previsive di tutti gli oneri, saranno corrisposte all'aggiudicatario alla corrispondente percentuale di maggiorazione risultante dalla differenza tra costo del lavoro e tariffa praticata in sede di gara.

L'Azienda corrisponderà all'aggiudicatario esclusivamente la tariffa delle ore effettivamente lavorate, ad esclusione di eventuali assenze del lavoratore per malattia ed infortunio; è altresì esclusa la corresponsione di quanto dovuto in caso di assenze per ferie e/o permessi, poiché comprese, come previsto dal Ccnl delle società di fornitura di lavoro temporaneo, nel costo del lavoro. L'aggiudicatario dovrà comunque retribuire regolarmente il lavoratore assente per giustificato motivo.

Si precisa che, ai sensi dell'art. 10, 1° comma n. 18, del D.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, le prestazioni sanitarie sono esenti da Iva; la quale sarà invece applicata sulla quota riferita all'attività di intermediazione, che dovrà essere espressamente indicata in offerta, conformemente al modello allegato.

Art. 10. (Durata del contratto)

Il contratto ha durata di ... anni, con possibilità di rinnovo per un uguale periodo, con decorrenza dal ... o dal primo giorno del mese successivo alla data di esecutività del provvedimento di aggiudicazione.

L'Azienda ha facoltà di prorogare il contratto, alle medesime condizioni contrattuali, qualora nel termine ordinario di scadenza del contratto non sia stato possibile concludere il procedimento di gara per la nuova aggiudicazione.

PARTE II - DISCIPLINARE DI GARA

CAPO I Modalità di scelta del contraente

Art. 11. (Procedura e criterio di aggiudicazione)

Il servizio sarà aggiudicato con il criterio di cui all'art. 83 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione)²⁰¹ a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo sino a 55 punti alle caratteristiche tecnico/qualitative e sino a 45 punti all'offerta economica.

²⁰¹ Considerata la particolarità del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo, la serietà che deve pertanto avere l'Agenzia prescelta ed il rapporto di estrema fiducia che deve intercorrere tra l'Agenzia stessa e l'Amministrazione, si sconsiglia di adottare il criterio del prezzo più basso (art. 82 del d. lgs 12 aprile 2006 n. ...) quale criterio di aggiudicazione.

Art. 12. (Elementi di valutazione)

A) CARATTERISTICHE TECNICO/QUALITATIVE (fino a 55 punti)

1. Capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia max punti 25

Così suddivisi:

1.1 sino a 10 punti al fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di Pubbliche Amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale per somministrazione di personale infermieristico.

All'Agenzia titolare del miglior fatturato conseguito verranno assegnati 10 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{importo fatturato dall'Agenzia da valutare}}{\text{importo fatturato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 10$$

1.2 sino a 10 punti in ragione delle ore somministrate nell'ultimo triennio nei confronti di Pubbliche Amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale per somministrazione di personale infermieristico.

All'Agenzia titolare del più alto numero di ore somministrate verranno assegnati 10 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{ore somministrate dall'Agenzia da valutare}}{\text{ore dell'Agenzia titolare del più alto numero di ore somministrate}} \times 10$$

1.3 sino a 5 punti in ragione del fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di Pubbliche Amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale, cui vi sia esplicita attestazione della relativa amministrazione del buon esito del servizio

All'Agenzia titolare del miglior fatturato certificato da attestazioni verranno assegnati 5 punti; alle altre Agenzie verrà assegnato un punteggio secondo la seguente formula:

$$\frac{\text{fatturato certificato dall'Agenzia da valutare}}{\text{fatturato dall'Agenzia titolare del miglior fatturato}} \times 5$$

2. Qualità

max punti 10

Così suddivisi:

2.1 sino a 5 punti alla certificazione qualità Vision 2000;

2.2 sino a 5 punti alle garanzie etiche e sociali offerte dall'Agenzia.

In caso di partecipazione di raggruppamenti di imprese o consorzi ordinari il punteggio sarà parametato laddove le certificazioni saranno possedute solo da alcune Agenzie raggruppate o consorziate.

3 Formazione professionale max 10 punti

Così suddivisi:

- 3.1 sino a 5 punti all'attività formativa posta in essere nell'ultimo triennio in favore di personale destinato all'inserimento temporaneo presso la pubblica amministrazione;
- 3.2 sino a 5 punti per il piano formativo per il personale somministrato alla presente Azienda.

4. Modalità di selezione e reclutamento max punti 10

La commissione, esaminata la documentazione presentata, provvederà a stilare la graduatoria attribuendo i punteggi relativi al merito tecnico in relazione alla valutazione complessiva ottenuta da ogni concorrente. Non passeranno alla fase successiva di valutazione dell'offerta economica, quei progetti tecnici che, relativamente all'attribuzione dei punteggi sulla qualità, non avranno raggiunto almeno 30 punti su 55.

B) OFFERTA ECONOMICA (fino a 45 punti)

La valutazione dell'offerta economica si concretizzerà con l'attribuzione, ad ogni singola offerta, di un punteggio determinato come di seguito specificato.

Il punteggio massimo di 45 punti verrà attribuito all'Agenzia che offrirà la tariffa oraria più bassa, mentre alle altre Agenzie sarà attribuito un punteggio minore determinato dal confronto proporzionale con la migliore offerta economica, secondo la seguente formula:

$$Y = \frac{X}{Z} \times 50$$

dove:

X = tariffa oraria più bassa

Z = tariffa oraria considerata

Y = punteggio attribuito all'offerta.

In caso di punteggi equivalenti si procederà a sorteggio.

L'Azienda procederà all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta, purché ritenuta valida e congrua.

L'Azienda si riserva la facoltà, a proprio insindacabile giudizio, di non procedere alla aggiudicazione.

CAPO II - Requisiti di ammissibilità alla gara

Art. 13. (Requisiti richiesti)

Per la partecipazione alla presente gara il concorrente deve possedere comprovati requisiti morali e professionali, nonché adeguata capacità finanziaria, economica e tecnica.

Art. 14. (Documenti richiesti a corredo dell'offerta)

- a) Certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura in originale o copia conforme, di data non anteriore a 6 mesi rispetto alla data di presentazione dell'offerta; detto certificato dovrà essere completo di nulla osta ai fini dell'art. 10 della Legge n. 575 del 1965 e, dallo stesso, dovrà risultare l'inesistenza di procedure in corso di fallimento, di concordato preventivo o di amministrazione controllata (quest'ultima condizione potrà anche essere alternativamente documentata con un Certificato del Tribunale fallimentare, in originale o copia conforme in data non anteriore a 6 mesi). I suddetti certificati potranno essere sostituiti da una dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000.
- b) Certificato, in originale o copia conforme, del Casellario Giudiziale relativo al Legale Rappresentante dell'Agenzia.
- c) Copia del capitolato speciale firmato dal Legale Rappresentante su ogni pagina per accettazione.
- d) Cauzione provvisoria pari ad € ...²⁰², ridotta del 50% in presenza delle condizioni previste dal comma 7 dell'art. 75 d.lgs n. del 12 aprile 2006. La cauzione dovrà essere costituita con le forme e secondo le prescrizioni dettate dall'art. 75 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006.
- e) Dichiarazione di un istituto di credito o di una compagnia assicurativa di contenente l'impegno a rilasciare all'Agenzia concorrente la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione.
- f) Copia conforme dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di cui all'art. 4, comma 1 lettera a), del d.lgs n. 276 del 2003.
- g) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, in cui si attesti:
 - che l'Agenzia non si trova in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs n. del 12 aprile 2006

²⁰² La cauzione dovrà essere pari al 2% dell'importo dell'appalto, secondo quanto previsto dell'art. 75, comma 1, d. lgs 12 aprile 2006 n. ...

- che l’Agenzia è in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili, ai sensi dell’art. 17 della Legge n. 68 del 1999 (oppure, se in presenza dei relativi presupposti, che l’Agenzia non è assoggettata agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla sopracitata legge)
 - l’insussistenza della fattispecie di cui all’art. 1 bis, comma 14, della Legge n. 383 del 2001
 - l’insussistenza delle fattispecie contemplate nell’art. 2359 del codice civile con le altre Agenzie concorrenti alla presente gara
 - di ritenere il prezzo offerto remunerativo e comprensivo di ogni spesa e di ogni onere di qualsiasi natura sia tecnica che economica o comunque connessa con l’esecuzione del servizio in oggetto
 - di essere a perfetta conoscenza della natura dei servizi richiesti e che l’Agenzia è edotta di ogni altra circostanza di luogo e di fatto inerente i servizi in oggetto
 - che l’offerta è vincolante per l’Agenzia per un periodo di 180 giorni dalla scadenza fissata per la ricezione delle offerte
 - di non avere nulla a che pretendere nel caso in cui l’Azienda, a suo insindacabile giudizio, non proceda ad alcuna aggiudicazione.
- h) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell’ultimo triennio un fatturato globale non inferiore a € ... (...) ²⁰³.
- i) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell’ultimo triennio un fatturato per somministrazione di personale infermieristico in favore di Pubbliche Amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale non inferiore a € ... (...) ²⁰⁴.
- j) Dichiarazione resa dal Legale Rappresentante ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000 attestante di aver maturato nell’ultimo triennio con una singola Pubblica Amministrazione, rientrante nell’elenco di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, un fatturato complessivo non inferiore a € ... (...) ²⁰⁵, avente ad oggetto il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato di personale infermieristico, con indicazione dell’Ente, dell’anno e del relativo fatturato conseguito.
- k) Due dichiarazioni bancarie in originale, emesse da primari istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della Legge n. 385 del 1993, attestanti la capacità economica e finanziaria dell’Agenzia ai fini dell’assunzione del presente contratto ed intestate alla presente Azienda.

²⁰³ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l’aver maturato nell’ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno tre volte l’importo complessivo del contratto.

²⁰⁴ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l’aver maturato nell’ultimo triennio un fatturato globale pari ad almeno due volte l’importo complessivo del contratto.

²⁰⁵ Si consiglia di fissare come requisito minimo di partecipazione l’aver fatturato nell’ultimo triennio con una singola pubblica amministrazione un importo complessivo almeno pari all’importo complessivo del contratto che si aggiudica.

La mancata o irregolare presentazione dei documenti richiesti, fatta salva la possibilità di integrazione e completamento di documenti già presentati ai sensi dell'art. 46 del d.lgs n. 12 aprile 2006, determinerà l'immediata esclusione dalla gara.

In caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari di concorrenti, di cui all'art. 37 del d.lgs n. 12 aprile 2006, la documentazione di cui alle precedenti lettere a), b), c), f), g), h), i), e k) dovrà essere presentata da ciascuna Agenzia associata o consorziata; mentre la documentazione di cui alle lettere d), e) e j) dovrà essere prodotta dalla sola Agenzia capogruppo o da un'Agenzia aderente al Consorzio.

I requisiti di cui alle lettere h) ed i) devono essere posseduti nella misura del ... %²⁰⁶ dall'Agenzia mandataria, o da un'Agenzia del Consorzio, e da minimo del ... %²⁰⁷ dalle Agenzie mandanti o dalle altre Agenzie consorziate. Il requisito di cui alla lettera j) deve essere posseduto dall'Agenzia capogruppo.

Non è ammessa la partecipazione individuale contestualmente alla partecipazione in raggruppamento o in Consorzio con altre Agenzie, pena l'esclusione dell'Agenzia concorrente e del raggruppamento o del Consorzio cui la stessa partecipi.

È possibile soddisfare il possesso dei requisiti di cui alle precedenti lett. h), i) e j) avvalendosi di altri soggetti. In questo caso il concorrente dovrà scrupolosamente attenersi a quanto stabilito nell'art. 49 del d.lgs n. 12 aprile 2006 (in attesa di pubblicazione). Si rammenta che, in caso di avvalimento dei requisiti, vi sarà responsabilità solidale dell'Agenzia concorrente e di quella ausiliaria ai sensi dell'art. 49 citato.

Art. 15. (Verifica del contenuto delle dichiarazioni)

L'Azienda procederà alla verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006 e si riserva di accertare la veridicità delle dichiarazioni autocertificate, attraverso l'acquisizione della documentazione originale o con le altre modalità consentite dalla legge.

Art. 16. (Falsità delle dichiarazioni)

Qualora, a seguito delle verifiche disposte ai sensi dell'articolo precedente, l'Azienda accerti che l'aggiudicatario ha fornito false dichiarazioni, darà avvio al procedimento di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006, dandone comunicazione scritta all'aggiudicatario

²⁰⁶ Si consiglia di fissare una percentuale tra il 50 % ed il 70%.

²⁰⁷ Si consiglia di fissare una percentuale tra il 10% ed il 30%.

stesso assegnandogli un termine non inferiore a quindici giorni per consentire la presentazione di memorie difensive scritte.

Il provvedimento motivato di decadenza dall'aggiudicazione, di competenza dell'organo deliberante dell'Azienda, comporta l'esercizio dell'azione diretta al risarcimento del danno, nonché, qualora il fatto integri gli estremi del reato, la segnalazione alla competente Autorità giudiziaria.

CAPO IV - Modalità di compilazione dell'offerta e composizione del plico

Art. 17. (Compilazione dell'offerta tecnica)

Al fine di consentire alla commissione tecnica l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi qualitativi di cui al precedente art. 12, i concorrenti, pena l'esclusione dalla gara, dovranno allegare idonea documentazione descrittiva e progettuale.

I concorrenti dovranno comunque allegare una dichiarazione del legale rappresentante, resa ai sensi del D.p.r. n. 445 del 2000, concernente l'elenco delle referenze maturate nell'ultimo triennio nei confronti di Pubbliche Amministrazioni (come definite dall'art. 1, comma 2, d.lgs n. 165 del 2001) del Servizio Sanitario Nazionale, indicando, per ciascun Ente e per ciascun anno di riferimento, il numero delle ore fornite e il fatturato maturato riferiti alla somministrazione di personale infermieristico.

Copia conforme all'originale delle attestazioni di servizio (aventi ad oggetto servizi di somministrazione di lavoro) rilasciate da parte di Pubbliche Amministrazioni (come definite dall'art. 1, comma 2, d.lgs n. 165 del 2001) del Servizio Sanitario Nazionale indicanti il fatturato conseguito e l'esito positivo del servizio svolto riferite all'ultimo triennio.

Nessun compenso spetterà ai concorrenti per la redazione dell'offerta e dei progetti proposti.

Art. 18. (Compilazione dell'offerta economica)

Nell'offerta economica, da redigersi secondo il modello allegato sub "A", i concorrenti devono indicare:

- la tariffa oraria ordinaria offerta;
- la quota dell'importo orario relativa all'attività di intermediazione (utile d'impresa e gestione amministrativa) soggetta ad Iva;
- Indicazioni delle voci di costi per l'eventuale verifica dell'anomalie.

Non sono ammesse offerte alternative, parziali, plurime, condizionate o

espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta, propria o altrui.

Qualora l'offerta non sia in regola con la legge sul bollo e ciò nel caso in cui l'imposta non sia stata assolta o sia stata assolta in misura insufficiente, l'offerta sarà trasmessa per la regolarizzazione al competente ufficio del registro che provvederà alla regolarizzazione.

L'offerta economica deve essere inclusa nella Busta n. 1 di cui al successivo art. 21.

Art. 19. (Validità dell'offerta)

La proposta contrattuale è sempre revocabile entro il termine per la presentazione dell'offerta. Trascorso tale termine la proposta contrattuale diventa irrevocabile e il concorrente è obbligato alla propria offerta per un periodo di 180 giorni a partire dalla data ultima fissata per la presentazione dell'offerta.

Art. 20. (Subaffidamento)

Sono vietati il subaffidamento e la cessione anche parziale del contratto a terzi.

Art. 21. (Composizione del plico)

I concorrenti interessati, nei termini prescritti, dovranno recapitare all'Azienda un plico chiuso, sigillato e siglato sui lembi di chiusura, che deve riportare in maniera chiara e leggibile, la seguente dicitura: "Offerta relativa alla gara per l'affidamento del servizio di somministrazione personale infermieristico necessario all'Azienda ...", nonché gli estremi del mittente (ragione sociale del concorrente).

Nel suddetto plico dovranno essere inserite le seguenti buste contrassegnate con i nn. 1, 2 e 3:

Busta n. 1, contenente la documentazione amministrativa.

Su tale busta, chiusa, sigillata con ceralacca e siglata sui lembi di chiusura, deve essere riportata l'indicazione del concorrente e la seguente dicitura: "Documentazione amministrativa".

Busta n. 2, contenente l'offerta tecnica.

Su tale busta, chiusa, sigillata con ceralacca e siglata sui lembi di chiusura, deve essere riportata l'indicazione del concorrente e la seguente dicitura: "Offerta tecnica".

Busta n. 3, contenente l'offerta economica (Allegato "A") e un documento di giustificazione dell'offerta formulata.

Su tale busta, chiusa, sigillata con ceralacca e siglata sui lembi di chiusura, deve essere riportata l'indicazione del concorrente e la seguente dicitura: "Offerta economica".

Il plico, indirizzato a ... via ... n. ... dovrà pervenire entro il termine stabilito

Il plico potrà essere inviato mediante servizio postale a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, mediante corrieri privati o agenzie di recapito debitamente autorizzati ovvero consegnato a mano da un incaricato del concorrente. Soltanto in caso di consegna a mano verrà rilasciata apposita ricevuta con l'indicazione dell'ora e della data di consegna.

L'invio del plico è a totale ed esclusivo rischio del mittente, restando esclusa qualsivoglia responsabilità dell'Azienda ove, per disguidi postali o di altra natura, il plico non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza all'indirizzo di destinazione.

Non saranno in alcun caso presi in considerazione i plichi pervenuti oltre il suddetto termine perentorio di scadenza, anche indipendentemente dalla volontà del concorrente ed anche se spediti prima del termine medesimo; ciò vale anche per i plichi inviati a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, a nulla valendo la data di spedizione risultante dal timbro postale dell'agenzia accettante; tali plichi non verranno aperti e verranno considerati come non consegnati.

CAPO V - Modalità di svolgimento della gara

Art. 22. (Modalità di attribuzione dei punteggi)

La valutazione degli elementi di cui all'art. 12, punto A), e l'attribuzione dei relativi punteggi è rimessa al giudizio di una commissione tecnica, appositamente nominata dalla Azienda.

L'attribuzione del punteggio relativo all'elemento "economico" è effettuata nella seconda seduta pubblica dalla commissione di gara, con il criterio della proporzionalità inversa con le modalità di cui all'art. 12, punto B).

Art. 23. (Fasi della gara e organi competenti)

La gara si svolge nelle seguenti fasi:

1° fase: Verifica documentazione amministrativa da parte della commissione di gara in seduta pubblica, e verifica a campione della documentazione a mente dell'art. 48 del d.lgs n. 12 aprile 2006;

2° fase: Valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione tecnica in sedute non pubbliche;

3° fase: Apertura delle offerte economiche e formazione della graduatoria provvisoria da parte della commissione di gara in seduta pubblica.

Art. 24. (Presenza dei concorrenti)

Alle sedute pubbliche possono presenziare ed intervenire richiedendo l'iscrizione a verbale, i legali rappresentanti dei concorrenti o persone da munite di apposita delega.

Art. 25. (Aggiudicazione)

L'aggiudicazione, immediatamente vincolante per l'aggiudicatario, non è obbligatoria per l'Azienda sino a quando non sarà approvata con formale atto deliberativo da parte dell'organo deliberante.

La dichiarazione di aggiudicazione fatta dall'autorità che presiede la gara vale nel contempo a comunicazione di essa all'aggiudicatario che sia presente.

Il responsabile del procedimento entro 10 giorni dall'espletamento della gara comunica l'esito di essa all'aggiudicatario.

L'aggiudicazione è condizionata alla verifica delle dichiarazioni rilasciate in sede di gara, nonché alla verifica dell'inesistenza delle cause ostative previste dalla vigente normativa antimafia o di altre cause ostative derivanti da condanna per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari o ancora per uno dei delitti dai quali consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Art. 26. (Pari offerte; offerta contrastante)

Qualora due o più soggetti candidati abbiano presentato pari offerta si procederà nella medesima seduta all'aggiudicazione mediante sorteggio.

Qualora vi sia contrasto tra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'Azienda.

Art. 27. (Cauzione definitiva)

L'Agenzia aggiudicataria dovrà presentare, entro e non oltre 20 gg. dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, una garanzia fidejussoria del 10% dell'importo contrattuale, secondo le modalità previste dall'art. 113 del d.lgs n. ... del 12 aprile 2006. L'Agenzia aggiudicataria dovrà inoltre presentare copia di idonea polizza di assicurazione a copertura dei danni a terzi.

PARTE III – AGGIUDICAZIONE

CAPO I - Adempimenti del aggiudicatario

Art. 28. (Spese di registrazione)

Le spese di registrazione del verbale di gara che tiene luogo, ad ogni effetto di legge, di contratto, sono a totale carico dell'aggiudicatario. La registrazione presso il competente Ufficio del Registro è effettuata dall'Azienda.

Art. 29. (Documentazione)

L'aggiudicatario, entro 15 giorni naturali e consecutivi, decorrenti dalla data di avvenuta notifica dell'esito della gara, deve far pervenire all'Azienda, i documenti da questa richiesti necessari al perfezionamento del contratto.

CAPO II - Prezzi e pagamenti

Art. 30. (Prezzi)

L'importo presunto annuo complessivo, come determinato dall'art. 9 del presente capitolato, si intende comprensivo di tutte le prestazioni ed oneri indicati nel presente capitolato.

La tariffa risultante dal ribasso offerto sull'importo orario ordinario a base d'asta deve rimanere fissa ed invariabile per tutta la durata del contratto, eccezion fatta nel caso in cui intervengano variazioni del Ccnl di riferimento o quanto previsto dal successivo art. 31.

La tariffa oraria offerta dovrà tenere conto di tutti gli elementi necessari per la somministrazione del personale e in particolare:

- la retribuzione dei lavoratori e salari accessori;
- gli oneri contributivi assistenziali e previdenziali;
- la quota assicurativa Inail;
- le ferie;
- le ore di permesso per partecipare alle assemblee sindacali;
- la ricerca, selezione e gestione del personale;
- l'utile d'impresa;

- il contributo per la Formazione pari al 4% di cui all'art. 12, commi 1 e 4, del d.lgs n. 276 del 2003;
- il contributo all'Ente Bilaterale per i lavoratori temporanei somministrati, giusta Ccnl del 23 febbraio 2002, pari allo 0.2%;
- l'assicurazione RCT e RCO con massimale di € ...;
- tutto quanto indicato in sede di offerta.

Per il calcolo delle maggiorazioni legate ad indennità, così come richiamato all'art. 5 del presente capitolato, si applicheranno dei valori percentuali di maggiorazione calcolati in base alla differenza percentuale esistente tra il costo del lavoro ordinario di settore e la tariffa applicata sull'ora ordinaria.

Art. 31. (Revisione periodica del prezzo)

Per la parte riferita al solo costo del lavoro la revisione è ammessa unicamente in riferimento a variazioni conseguenti all'applicazione di eventuali incrementi di costo che si venissero a determinare successivamente, in conseguenza degli adeguamenti retributivi e normativi previsti dalla contrattualistica nazionale, territoriale e aziendale, corrisposti ai dipendenti dell'utilizzatore e dovuti al lavoratore somministrato.

Per la parte riferita al costo del servizio di intermediazione, il relativo prezzo sarà revisionato ai sensi di quanto previsto nell'art. 115 del d.lgs n. 12 aprile 2006²⁰⁸.

Art. 32 (Modalità di fatturazione e di pagamento)

L'aggiudicatario emetterà per il servizio in oggetto fattura mensile, contenente il dettaglio delle ore prestate.

Saranno ammesse al pagamento solo le fatture recanti il visto del responsabile dell'Azienda, o suo delegato, quale attestazione della regolare esecuzione del servizio medesimo.

Il pagamento delle fatture verrà corrisposto previa esibizione, se richiesta dall'Azienda della documentazione attestante l'avvenuto versamento dei contributi previdenziali, assistenziali ed antinfortunistici.

La liquidazione delle fatture avverrà entro ... giorni dal ricevimento della stessa; per la data di ricezione farà fede il protocollo generale dell'Azienda.

²⁰⁸ *"Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c) e comma 5" (art. 115 d.lgs 12 aprile 2006 n. ...).*

Art. 33. (Saggio di interesse)

In caso di ritardo nei pagamenti il saggio degli interessi, ai fini e per gli effetti del Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, è quello legale.

PARTE IV INADEMPIENZE E PENALITÀ

CAPO I - Inadempienze e penalità

Art. 34. (Inadempienze)

In caso di inosservanza delle obbligazioni contrattuali o di non puntuale adempimento delle stesse che non comporti per la loro gravità l'immediata risoluzione del contratto, l'Azienda contesta mediante lettera raccomandata A.R. le inadempienze riscontrate e assegna un termine, non inferiore a quindici giorni, per la presentazione di controdeduzioni e memorie scritte.

Trascorso tale termine l'eventuale penale sarà applicata previa adeguata istruttoria.

In tale provvedimento si darà contezza delle eventuali giustificazioni prodotte dal aggiudicatario e delle ragioni per le quali l'Azienda ritiene di disattenderle.

Art. 35. (Penalità)

L'aggiudicatario incorre nelle penalità previste dal presente capitolato in caso di inadempienza e per ritardo nelle prestazioni dovute.

L'ammontare della penale varia a seconda della gravità dell'inadempienza accertata.

Detta penale, per singola inadempienza, varia a da un minimo di € ... ad un massimo di € ...

Resta ferma la risarcibilità dell'ulteriore danno subito dall'Azienda.

L'incameramento di quanto dovuto a titolo di penale avverrà, in via prioritaria, mediante ritenzione sulle somme spettanti all'aggiudicatario in esecuzione del presente contratto o a qualsiasi altro titolo dovute o sulla cauzione definitiva se queste non bastanti.

Art. 36. (Clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.)

Il contratto si risolve con provvedimento motivato previa comunicazione del procedimento stesso:

- a) qualora, nel corso dell'esecuzione del contratto, siano state applicate con le modalità di cui agli articoli che precedono numero 15 penalità (in base alla durata e all'entità);
- b) per gravi inadempienze, frode o altro, tali da giustificare l'immediata risoluzione del contratto;
- c) qualora venga accertata, dopo l'avvio del servizio, la non veridicità del contenuto delle dichiarazioni formulate in sede di gara;
- d) nel caso in cui ripetute inefficienze nella gestione del servizio abbiano comportato gravi ripercussioni sulla attività sanitaria dei reparti/servizi utilizzatori;
- e) per motivate esigenze di pubblico interesse specificate nel provvedimento di risoluzione;
- f) in caso di cessazione dell'attività, in caso di cessione del contratto non conseguente alla cessione dell'azienda o del ramo di attività;
- g) in caso di concordato preventivo, di fallimento o di atti di sequestro o di pignoramento a carico del aggiudicatario;
- h) per la soppressione o il diverso assetto organizzativo dei servizi utilizzatori per effetto di disposizioni legislative e regolamentari.

I rimborsi per i danni provocati e le penali inflitte saranno trattenuti sulle fatture in pagamento e, ove queste non bastassero, sulla cauzione definitiva.

Nel caso d'incameramento, totale o parziale, della cauzione l'aggiudicatario dovrà provvedere alla ricostituzione della stessa nel suo originario ammontare.

PARTE VI - NORME FINALI**Art. 37. (Trattamento dei dati personali)**

Ai sensi dell'art. 13 del d.lgs n. 196 del 2003, il trattamento dei dati personali sarà improntato a liceità e correttezza, nella piena tutela dei diritti dei soggetti candidati e della loro riservatezza con i contemperamenti previsti dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, i dati personali richiesti per la partecipazione alla presente gara hanno la sola finalità di consentire l'accertamento del possesso dei requisiti di idoneità e dell'inesistenza di cause ostative.

Art. 38 (Foro competente)

Per ogni controversia che dovesse insorgere nell'interpretazione o nell'esecuzione del presente contratto le parti, prima di adire le competenti autorità giudiziarie, si impegnano ad esperire un tentativo di composizione.

Nel caso in cui sia risultato vano il tentativo di composizione della controversia il foro competente è quello di ...

Il Responsabile del Procedimento

Allegato "A": OFFERTA ECONOMICA

Spettabile ...

OGGETTO: servizio di somministrazione di personale infermieristico

Il sottoscritto ..., nato a ... il ..., in qualità di ... della società ..., Codice fiscale ..., Partita IVA ..., con sede legale in ..., Via ..., n ... sotto la sua personale responsabilità ed edotto delle sanzioni previste dall'Articolo 76 del D.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445

D I C H I A R A

di avere preso visione e di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel capitolato speciale e documenti ed allegati ivi richiamati nonché di avere preso conoscenza dello stato dei luoghi e dei locali interessati dalla gara in oggetto accettandone tutte le condizioni.

Visto la tariffa posta a base d'asta non superabile fissato dall'Art. 9 del capitolato speciale in € / per ora ordinaria

OFFRE

- la seguente tariffa oraria di € _____;
- dichiara inoltre che la quota dell'importo orario relativa all'attività di intermediazione (utile d'impresa e gestione amministrativa) soggetta ad IVA è pari a
€ (cifre) _____ (_____ % indicare il corrispondente valore percentuale da applicare alle voci retributive previste dall'Art. 5)

Data

Firma

APPENDICE

**Le norme
*Articoli di interesse per la
pubblica amministrazione
nella somministrazione a
tempo determinato.***

Decreto legislativo del 10 settembre 2003, n. 276
Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro,
di cui alla Legge del 14 febbraio 2003, n.30.

TITOLO I – Disposizioni generali

1. Finalità e campo di applicazione

1. Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo, nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi contenuti nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare, nel rispetto delle disposizioni relative alla libertà e dignità del lavoratore di cui alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, alla parità tra uomini e donne di cui alla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e successive modificazioni ed integrazioni, e alle pari opportunità tra i sessi di cui alla legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni ed integrazioni, i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori.
2. Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale.
3. Sono fatte salve le competenze riconosciute alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano dallo statuto e dalle relative norme di attuazione, anche con riferimento alle disposizioni del Titolo V, parte seconda, della Costituzione per le parti in cui sono previste forme di autonomie più ampie rispetto a quelle già attribuite.

2. Definizioni

1. Ai fini e agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per:
 - a. «somministrazione di lavoro»: la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'articolo 20;
 - b. «intermediazione»: l'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, anche in relazione all'inserimento lavorativo dei disabili e dei gruppi di lavoratori svantaggiati, comprensiva tra l'altro: della raccolta dei curricula dei potenziali lavoratori; della preselezione e costituzione di relativa banca dati; della promozione e gestione dell'incontro tra

- domanda e offerta di lavoro; della effettuazione, su richiesta del committente, di tutte le comunicazioni conseguenti alle assunzioni avvenute a seguito della attività di intermediazione; dell'orientamento professionale; della progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo;
- c. «ricerca e selezione del personale»: l'attività di consulenza di direzione finalizzata alla risoluzione di una specifica esigenza dell'organizzazione committente, attraverso l'individuazione di candidature idonee a ricoprire una o più posizioni lavorative in seno all'organizzazione medesima, su specifico incarico della stessa, e comprensiva di: analisi del contesto organizzativo dell'organizzazione committente; individuazione e definizione delle esigenze della stessa; definizione del profilo di competenze e di capacità della candidatura ideale; pianificazione e realizzazione del programma di ricerca delle candidature attraverso una pluralità di canali di reclutamento; valutazione delle candidature individuate attraverso appropriati strumenti selettivi; formazione della rosa di candidature maggiormente idonee; progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo; assistenza nella fase di inserimento dei candidati; verifica e valutazione dell'inserimento e del potenziale dei candidati;
 - d. «supporto alla ricollocazione professionale»: l'attività effettuata su specifico ed esclusivo incarico dell'organizzazione committente, anche in base ad accordi sindacali, finalizzata alla ricollocazione nel mercato del lavoro di prestatori di lavoro, singolarmente o collettivamente considerati, attraverso la preparazione, la formazione finalizzata all'inserimento lavorativo, l'accompagnamento della persona e l'affiancamento della stessa nell'inserimento nella nuova attività;
 - e. «autorizzazione»: provvedimento mediante il quale lo Stato abilita operatori, pubblici e privati, di seguito denominati «agenzie per il lavoro», allo svolgimento delle attività di cui alle lettere da a) a d);
 - f. «accreditamento»: provvedimento mediante il quale le regioni riconoscono a un operatore, pubblico o privato, l'idoneità a erogare i servizi al lavoro negli ambiti regionali di riferimento, anche mediante l'utilizzo di risorse pubbliche, nonché la partecipazione attiva alla rete dei servizi per il mercato del lavoro con particolare riferimento ai servizi di incontro fra domanda e offerta;
 - g. «borsa continua del lavoro»: sistema aperto di incontro domanda-offerta di lavoro finalizzato, in coerenza con gli indirizzi comunitari, a favorire la maggior efficienza e trasparenza del mercato del lavoro, all'interno del quale cittadini, lavoratori, disoccupati, persone in cerca di un lavoro, soggetti autorizzati o accreditati e datori di lavoro possono decidere di incontrarsi in maniera libera e dove i servizi sono liberamente scelti dall'utente;

- h. «enti bilaterali»: organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento;
- i. «libretto formativo del cittadino»: libretto personale del lavoratore definito, ai sensi dell'accordo Stato-regioni del 18 febbraio 2000, di concerto tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, previa intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni e sentite le parti sociali, in cui vengono registrate le competenze acquisite durante la formazione in apprendistato, la formazione in contratto di inserimento, la formazione specialistica e la formazione continua svolta durante l'arco della vita lavorativa ed effettuata da soggetti accreditati dalle regioni, nonché le competenze acquisite in modo non formale e informale secondo gli indirizzi della Unione europea in materia di apprendimento permanente, purché riconosciute e certificate;
- j. «lavoratore»: qualsiasi persona che lavora o che è in cerca di un lavoro;
- k. «lavoratore svantaggiato»: qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi dell'articolo 2, lettera f), del regolamento (CE) n. 2204/2002 del 12 dicembre 2002 della Commissione relativo alla applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore della occupazione, nonché ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381;
- l. «divisioni operative»: soggetti polifunzionali gestiti con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici in relazione a ogni attività;
- m. «associazioni di datori e prestatori di lavoro»: organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative.

TITOLO II – Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro.

Capo I – Regime autorizzatorio e accreditamenti

4. Agenzie per il lavoro

1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito un apposito albo delle agenzie per il lavoro ai fini dello svolgimento delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale. Il predetto albo è articolato in cinque sezioni:
 - a. agenzie di somministrazione di lavoro abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20;
 - b. agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da a) a h);
 - c. agenzie di intermediazione;
 - d. agenzie di ricerca e selezione del personale;
 - e. agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.
2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rilascia entro sessanta giorni dalla richiesta e previo accertamento della sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari di cui all'articolo 5, l'autorizzazione provvisoria all'esercizio delle attività per le quali viene fatta richiesta di autorizzazione, provvedendo contestualmente alla iscrizione delle agenzie nel predetto albo. Decorsi due anni, su richiesta del soggetto autorizzato, entro i novanta giorni successivi rilascia l'autorizzazione a tempo indeterminato subordinatamente alla verifica del corretto andamento della attività svolta.
3. Nelle ipotesi di cui al comma 2, decorsi inutilmente i termini previsti, la domanda di autorizzazione provvisoria o a tempo indeterminato si intende accettata.
4. Le agenzie autorizzate comunicano alla autorità concedente, nonché alle regioni e alle province autonome competenti, gli spostamenti di sede, l'apertura delle filiali o succursali, la cessazione della attività ed hanno inoltre l'obbligo di fornire alla autorità concedente tutte le informazioni da questa richieste.
5. Il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con decreto da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, stabilisce le modalità della presentazione della richiesta di autorizzazione di cui al comma 2, i criteri per la verifica del corretto andamento della attività svolta cui è subordinato il rilascio della autorizzazione a tempo indeterminato, i criteri e le modalità di revoca della autorizzazione, nonché ogni altro

- profilo relativo alla organizzazione e alle modalità di funzionamento dell'albo delle agenzie per il lavoro.
6. L'iscrizione alla sezione dell'albo di cui alla lettera a), comma 1, comporta automaticamente l'iscrizione della agenzia alle sezioni di cui alle lettere c), d) ed e) del predetto albo. L'iscrizione alla sezione dell'albo di cui al comma 1, lettera c), comporta automaticamente l'iscrizione della agenzia alle sezioni di cui alle lettere d) ed e) del predetto albo.
 7. L'autorizzazione di cui al presente articolo non può essere oggetto di transazione commerciale.

5. Requisiti giuridici e finanziari

1. I requisiti richiesti per l'iscrizione all'albo di cui all'articolo 4 sono:
 - a. la costituzione della agenzia nella forma di società di capitali ovvero cooperativa o consorzio di cooperative, italiana o di altro Stato membro della Unione europea. Per le agenzie di cui alle lettere d) ed e) è ammessa anche la forma della società di persone;
 - b. la sede legale o una sua dipendenza nel territorio dello Stato o di altro Stato membro della Unione europea;
 - c. la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali, dimostrabili per titoli o per specifiche esperienze nel settore delle risorse umane o nelle relazioni industriali, secondo quanto precisato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con decreto da adottarsi, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo;
 - d. in capo agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti muniti di rappresentanza e ai soci accomandatari: assenza di condanne penali, anche non definitive, ivi comprese le sanzioni sostitutive di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni ed integrazioni, per delitti contro il patrimonio, per delitti contro la fede pubblica o contro l'economia pubblica, per il delitto previsto dall'articolo 416-bis del codice penale, o per delitti non colposi per i quali la legge commina la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, per delitti o contravvenzioni previsti da leggi dirette alla prevenzione degli infortuni sul lavoro o, in ogni caso, previsti da leggi in materia di lavoro o di previdenza sociale; assenza, altresì, di sottoposizione alle misure di prevenzione disposte ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, o della legge 13 settembre 1982, n. 646, e successive modificazioni;

- e. nel caso di soggetti polifunzionali, non caratterizzati da un oggetto sociale esclusivo, presenza di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici;
 - f. l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro di cui al successivo articolo 15, attraverso il raccordo con uno o più nodi regionali, nonché l'invio alla autorità concedente di ogni informazione strategica per un efficace funzionamento del mercato del lavoro;
 - g. il rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 8 a tutela del diritto del lavoratore alla diffusione dei propri dati nell'ambito da essi stessi indicato.
2. Per l'esercizio delle attività di cui all'articolo 20, oltre ai requisiti di cui al comma 1, è richiesta:
- a. l'acquisizione di un capitale versato non inferiore a 600.000 euro ovvero la disponibilità di 600.000 euro tra capitale sociale versato e riserve indivisibili nel caso in cui l'agenzia sia costituita in forma cooperativa;
 - b. la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a quattro regioni;
 - c. a garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali, la disposizione, per i primi due anni, di un deposito cauzionale di 350.000 euro presso un istituto di credito avente sede o dipendenza nel territorio nazionale o di altro Stato membro della Unione europea; a decorrere dal terzo anno solare, la disposizione, in luogo della cauzione, di una fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via prevalente o esclusiva attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze, non inferiore al 5 per cento del fatturato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, realizzato nell'anno precedente e comunque non inferiore a 350.000 euro. Sono esonerate dalla prestazione delle garanzie di cui alla presente lettera le società che abbiano assolto ad obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di altro Stato membro della Unione europea;
 - d. la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'articolo 12, il regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile;
 - e. nel caso di cooperative di produzione e lavoro, oltre ai requisiti indicati al comma 1 e nel presente comma 2, la presenza di almeno sessanta soci e tra di essi, come socio sovventore, almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, di cui agli articoli 11 e

- 12 della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e successive modificazioni;
- f. l'indicazione della somministrazione di lavoro di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), come oggetto sociale prevalente, anche se non esclusivo.
3. Per l'esercizio di una delle attività specifiche di cui alle lettere da a) ad h) del comma 3, dell'articolo 20, oltre ai requisiti di cui al comma 1, è richiesta:
- a. l'acquisizione di un capitale versato non inferiore a 350.000 euro ovvero la disponibilità di 350.000 euro tra capitale sociale versato e riserve indivisibili nel caso in cui l'agenzia sia costituita in forma cooperativa;
 - b. a garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali, la disposizione, per i primi due anni, di un deposito cauzionale di 200.000 euro presso un istituto di credito avente sede o dipendenza nel territorio nazionale o di altro Stato membro della Unione europea; a decorrere dal terzo anno solare, la disposizione, in luogo della cauzione, di una fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via prevalente o esclusiva attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze, non inferiore al 5 per cento del fatturato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, realizzato nell'anno precedente e comunque non inferiore a 200.000 euro. Sono esonerate dalla prestazione delle garanzie di cui alla presente lettera le società che abbiano assolto ad obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di altro Stato membro della Unione europea (1/g);
 - c. la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'articolo 12, il regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile;
 - d. nel caso di cooperative di produzione e lavoro, oltre ai requisiti indicati al comma 1 e nel presente comma 3, la presenza di almeno venti soci e tra di essi, come socio sovventore, almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, di cui agli articoli 11 e 12 della legge 31 gennaio 1992, n. 59.
4. Per l'esercizio della attività di intermediazione, oltre ai requisiti di cui al comma 1, è richiesta:
- a. l'acquisizione di un capitale versato non inferiore a 50.000 euro;
 - b. la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a quattro regioni;
 - c. l'indicazione della attività di intermediazione di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c), come oggetto sociale prevalente, anche se non esclusivo.

5. Per l'esercizio della attività di ricerca e selezione del personale, oltre ai requisiti di cui al comma 1, è richiesta:
 - a. l'acquisizione di un capitale versato non inferiore a 25.000 E;
 - b. l'indicazione della ricerca e selezione del personale come oggetto sociale, anche se non esclusivo.
6. Per l'esercizio della attività di supporto alla ricollocazione professionale, oltre ai requisiti di cui al comma 1, è richiesta:
 - a. l'acquisizione di un capitale versato non inferiore a 25.000 E;
 - b. l'indicazione della attività di supporto alla ricollocazione professionale come oggetto sociale, anche se non esclusivo.

TITOLO III – *Somministrazione di lavoro appalto di servizi, distacco.*

Capo I – Somministrazione di lavoro

20. Condizioni di liceità

1. Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 4 e 5.
2. Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Nell'ipotesi in cui i lavoratori vengano assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro.
3. Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso a termine o a tempo indeterminato. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è ammessa:
 - a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;
 - b) per servizi di pulizia, custodia, portineria;
 - c) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;
 - d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato;

- e) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;
 - f) per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;
 - g) per la gestione di call-center, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del 21 giugno 1999 del Consiglio, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali;
 - h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa;
 - i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.
4. La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.
5. Il contratto di somministrazione di lavoro è vietato:
- a. per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
 - b. salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;
 - c. da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche.

21. Forma del contratto di somministrazione

1. Il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:
 - a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
 - b) il numero dei lavoratori da somministrare;
 - c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20;
 - d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e e) la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
 - e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione;
 - f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;
 - g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;
 - h) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;
 - i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;
 - j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;
 - k) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.
2. Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi.
3. Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, devono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore.
4. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

22. Disciplina dei rapporti di lavoro

1. In caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali.
2. In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra

- somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.
3. Nel caso in cui il prestatore di lavoro sia assunto con contratto stipulato a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura della indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione. La misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. La predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso il somministratore. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo.
 4. Le disposizioni di cui all'articolo 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, non trovano applicazione anche nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato. In questo caso trovano applicazione l'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e le tutele del lavoratore di cui all'articolo 12.
 5. In caso di contratto di somministrazione, il prestatore di lavoro non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro.
 6. La disciplina in materia di assunzioni obbligatorie e la riserva di cui all'articolo 4-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 181 del 2000, non si applicano in caso di somministrazione.

23. Tutela del prestatore di lavoro esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà

1. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196.
2. La disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento ai contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso

- con Regioni, Province ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 13.
3. L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali.
 4. I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno altresì diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio.
 5. Il somministratore informa i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e li forma e addestra all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa per la quale essi vengono assunti in conformità alle disposizioni recate dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni. Il contratto di somministrazione può prevedere che tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore; in tale caso ne va fatta indicazione nel contratto con il lavoratore. Nel caso in cui le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'utilizzatore ne informa il lavoratore conformemente a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni. L'utilizzatore osserva altresì, nei confronti del medesimo prestatore, tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi.
 6. Nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto, l'utilizzatore deve darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo. Ove non abbia adempiuto all'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori.
 7. Ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, che è riservato al somministratore, l'utilizzatore comunica al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300.
 8. In caso di somministrazione di lavoro a tempo determinato è nulla ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione.
 9. La disposizione di cui al comma 8 non trova applicazione nel caso in cui al

lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore.

24. Diritti sindacali e garanzie collettive

1. Ferme restando le disposizioni specifiche per il lavoro in cooperativa, ai lavoratori delle società o imprese di somministrazione e degli appaltatori si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni.
2. Il prestatore di lavoro ha diritto a esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici.
3. Ai prestatori di lavoro che dipendono da uno stesso somministratore e che operano presso diversi utilizzatori compete uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con le modalità specifiche determinate dalla contrattazione collettiva.
4. L'utilizzatore comunica alla rappresentanza sindacale unitaria, ovvero alle rappresentanze aziendali e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale:
 - a) il numero e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro prima della stipula del contratto di somministrazione; ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità di stipulare il contratto, l'utilizzatore fornisce le predette comunicazioni entro i cinque giorni successivi;
 - b) ogni dodici mesi, anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce o conferisce mandato, il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

25. Norme previdenziali

1. Gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, sono a carico del somministratore che, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 49 della legge 9 marzo 1989, n. 88, è inquadrato nel settore terziario. Sulla indennità di disponibilità di cui all'articolo 22, comma 3, i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo.
2. Il somministratore non è tenuto al versamento della aliquota contributiva di cui all'articolo 25, comma 4, della legge 21 dicembre 1978, n. 845.

3. Gli obblighi per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte. I premi e i contributi sono determinati in relazione al tasso medio, o medio ponderato, stabilito per la attività svolta dall'impresa utilizzatrice, nella quale sono inquadrabili le lavorazioni svolte dai lavoratori temporanei, ovvero sono determinati in base al tasso medio, o medio ponderato, della voce di tariffa corrispondente alla lavorazione effettivamente prestata dal lavoratore temporaneo, ove presso l'impresa utilizzatrice la stessa non sia già assicurata.
4. Nel settore agricolo e in caso di somministrazione di lavoratori domestici trovano applicazione i criteri erogativi, gli oneri previdenziali e assistenziali previsti dai relativi settori.

26. Responsabilità civile

1. Nel caso di somministrazione di lavoro l'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni a essi

27. Somministrazione irregolare

1. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.
2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.
3. Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore.

28. Somministrazione fraudolenta

4. Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore e utilizzatore sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione.

86. Norme transitorie e finali

1. Le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, comunque non superiori al 24 ottobre 2005, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.
2. Al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore non provi, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento.
3. In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera a), della medesima legge e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine. Le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro

ro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, mantengono la loro efficacia fino a diversa determinazione delle parti stipulanti o recesso unilaterale.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 26-bis della legge 24 giugno 1997, n. 196, e di cui al n. 5-ter dell'articolo 2751-bis del codice civile si intendono riferiti alla disciplina della somministrazione prevista dal presente decreto.
5. Ferma restando la disciplina di cui all'articolo 17, comma 1, della legge 28 gennaio 1994, n. 84, come sostituito dall'articolo 3 della legge 30 giugno 2000, n. 186, i riferimenti che lo stesso articolo 17 fa alla legge 24 giugno 1997, n. 196, si intendono riferiti alla disciplina della somministrazione di cui al presente decreto.
6. Per le società di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, ricollocamento professionale già autorizzate ai sensi della normativa previgente opera una disciplina transitoria e di raccordo definita con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali entro trenta giorni dalla entrata in vigore del presente decreto. In attesa della disciplina transitoria restano in vigore le norme di legge e regolamento vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo ⁽³²⁾.
7. L'obbligo di comunicazione di cui al comma 4 dell'articolo 4-bis del decreto legislativo n. 181 del 2000 si intende riferito a tutte le imprese di somministrazione, sia a tempo indeterminato che a tempo determinato.
8. Il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia.
9. La previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. La vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 59, comma 3, trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione. Le sanzioni amministrative di cui all'articolo 19 si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione.
10. All'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, sono apportate le seguenti modificazioni:
 - a. Sostituisce la lettera b) del comma 8 dell'art. 3, D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494.
 - b. La presente lettera modificata dall'art. 20, D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 aggiunge le lettere b-bis) e b-ter) al comma 8 dell'art. 3, D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494.

- 10-bis. Nei casi di instaurazione di rapporti di lavoro nel settore edile, i datori di lavoro sono tenuti a dare la comunicazione di cui all'articolo 9-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, così come sostituito dall'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, il giorno antecedente alla data di instaurazione dei rapporti. Il presente comma si applica a decorrere dalla data stabilita dal decreto di cui al comma 7 dell'articolo 4-bis, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, introdotto dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297.
- 10-ter. La violazione degli obblighi di cui al comma 10-bis è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 3.
11. L'abrogazione ad opera dell'articolo 8 del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, della disciplina dei compiti della commissione regionale per l'impiego di cui all'articolo 5 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, non si intende riferita alle regioni a statuto speciale per le quali non sia effettivamente avvenuto il trasferimento delle funzioni in materia di lavoro ai sensi del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469.
12. Le disposizioni di cui agli articoli 13, 14, 34, comma 2, di cui al Titolo III e di cui al Titolo VII, capo II, Titolo VIII hanno carattere sperimentale. Decorsi diciotto mesi dalla data di entrata in vigore, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali procede, sulla base delle informazioni raccolte ai sensi dell'articolo 17, a una verifica con le organizzazioni sindacali, dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale degli effetti delle disposizioni in esso contenute e ne riferisce al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza.
13. Entro i cinque giorni successivi alla entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale al fine di verificare la possibilità di affidare a uno o più accordi interconfederali la gestione della messa a regime del presente decreto, anche con riferimento al regime transitorio e alla attuazione dei rinvii contenuti alla contrattazione collettiva.
14. L'INPS provvede al monitoraggio degli effetti derivanti dalle misure del presente decreto, comunicando i risultati al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Ministero dell'economia e delle finanze, anche ai fini della adozione dei provvedimenti correttivi di cui all'articolo 11-ter, comma 7, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, ovvero delle misure correttive da assumere ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera i-quater della medesima legge. Limitatamente al periodo strettamente necessario alla adozione dei predetti provvedimenti correttivi, alle eventuali eccezioni di spesa rispetto alle previsioni a legislazione vigente si provvede mediante corrispondente rideterminazione, da effettuare con decreto del

Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, degli interventi posti a carico del Fondo di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazione, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236.

Decreto legge n.4 del 10 gennaio 2006

Misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione

(Testo coordinato e modificato dalla legge di conversione n. 80/2006)

Art. 4

Monitoraggio sui contratti a tempo determinato e la somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni

1. All'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, dopo il comma 4, è inserito il seguente:
 - 4 bis. «L'avvio delle procedure concorsuali mediante l'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità, inclusi i contratti di formazione e lavoro, e tiene conto degli aspetti finanziari, nonché dei criteri previsti dall'articolo 36.».

2. All'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dopo il comma 1, sono inseriti i seguenti:
 - 1 bis. «Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi.
 - 1 ter. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili».

Legge 23 dicembre 2005, n. 266
Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato
(legge finanziaria 2006)

Articolo 1, Comma 173.

Gli atti di spesa relativi ai commi 9, 10, 56 e 57 di importo superiore a 5.000 euro devono essere trasmessi alla competente sezione della Corte dei conti per l'esercizio del controllo successivo sulla gestione.

Articolo 1, Comma 187.

A decorrere dall'anno 2006 le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, gli enti pubblici non economici, gli enti di ricerca, le università e gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 60 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2003. Per il comparto scuola e per quello delle istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale trovano applicazione le specifiche disposizioni di settore. Il mancato rispetto dei limiti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

BIBLIOGRAFIA

BIAGI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, continuato da M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano 2004;

CARDELLA e MAZZAMAURO, "Il contratto di somministrazione di lavoro, l'appalto di servizi ed il distacco", in *La legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano 2004;

CARINCI F., D'Antona M., *Lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni*, Commentario, Giuffrè, Milano, 2000;

CHIECO P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", in *Lavoro e Diritti*, a cura di Pietro Curzio, Cacucci Editore, Bari 2004;

CHIECO P., "La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni", in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, a cura di Renato Ruffini, Maggioli Editore, Rimini, n.1, 2005;

DEL PUNTA R., "La fornitura di lavoro temporaneo nella legge n. 196/1997", in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1999;

FAVALLI G. e ROTONDI F., *Manuale pratico di diritto del lavoro*, Cedam, Padova 2002;

FIORENTINO L., LACAVA C., in [www. Astrid.it](http://www.Astrid.it).

FORLENZA O., TERRACCIANO G., VOLPE I., *La riforma del Pubblico impiego*, Il Sole 24 ore, Milano, 1999.

GAROFOLI R., SANDULLI M.A. in [www. Lexitalia.it](http://www.Lexitalia.it).

MARESCA A., CARABELLI U., CORDELLA C., DI COCCO D., PAGLIARA P., SOLOPERTO R., SPEZIALE V., "La somministrazione di lavoro a termine", in *Manuale Operativo su Lavoro Pubblico e Flessibilità*, Formez, Roma 2004;

MEZZACAPO D., *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in LPA, 2003.

OLIVIERI L., *Lavoro a tempo determinato e somministrazione. Le nuove restrizioni per la pubblica amministrazione*, in LexItalia.it, n.1/2006.

PASQUINI G., *Le procedure : i nuovi strumenti di flessibilità*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, in www.astrid.it

TENORE V., "Spunti di riflessione sulla legittimità-liceità di polizze assicurative volte ad eludere la responsabilità amministrativo-contabile", in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2004;

TIRABOSCHI M., "Somministrazione, appalto di servizi, distacco", in Tiraboschi (a cura di di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, Guida al diritto, Il Sole 24 ore, Milano, 2003, n. 4.

VIRGA P., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, Milano, 2002

Il volume è stato realizzato a cura del gruppo di lavoro composto da Massimiliano Brugnoletti, Sebastiano Conti Nibali, Stefania De Paulis, Valentina Lostorto costituito presso l'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni (UPPA) del Dipartimento della Funzione Pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri, e coordinato da Francesco Verbaro.

Francesco VERBARO

Direttore dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni del Dipartimento della funzione pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri

Valentina LOSTORTO

Magistrato del lavoro

Stefania DE PAULIS

*Funzionario dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni del Dipartimento della funzione pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri
Coordinatrice della pubblicazione*

Sebastiano CONTI NIBALI

Esperto di diritto amministrativo e lavoro pubblico

Massimiliano BRUGNOLETTI

Avvocato. Presidente della Jus Consulting

Nell'ultimo decennio le amministrazioni pubbliche italiane sono state al centro di un'intensa azione di riforma nella quale l'adozione di forme contrattuali flessibili, sul modello del lavoro privato, hanno rappresentato il tratto più emblematico della trasformazione del pubblico impiego.

Oggi si richiede sempre più al datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cioè al dirigente, di gestire il capitale umano che ha disposizione con tecniche gestionali moderne e flessibili, adeguando il proprio fabbisogno di personale sia ai vincoli finanziari di spesa, sempre più stringenti, sia alle esigenze organizzative finalizzate a rispondere adeguatamente alla domanda di servizi e prodotti da parte dei cittadini e delle imprese.

In questo la somministrazione di lavoro a tempo determinato è uno strumento che può permettere alle istituzioni pubbliche di garantire livelli essenziali di servizi senza appesantire le amministrazioni con l'aumento di spesa per il personale.

Con questa seconda pubblicazione si prosegue nella individuazione degli elementi di analisi al fine di fornire uno strumento concreto ai soggetti che hanno la responsabilità della gestione e della crescita del personale delle pubbliche amministrazioni e che si accingono all'utilizzazione della somministrazione di lavoro, soprattutto, alla luce delle novità legislative apportate dal Codice unico degli appalti (in corso di pubblicazione). Il volume dedica la prima parte all'esame della disciplina relativa alle forme di lavoro flessibile alla luce del quadro normativo delineato dalle leggi finanziarie in vigore.

La seconda parte si prefigge l'obiettivo di analizzare la disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato, con particolare riferimento ai limiti ed ai presupposti che legittimano il ricorso a tale tipologia contrattuale.

La terza parte affronta il nodo delle procedure di gara per la selezione dell'agenzia di lavoro, alla luce delle novità legislative apportate dal nuovo Codice dei contratti di lavori pubblici, servizi e forniture.

Jus Consulting è un istituto di studi e ricerche, che raccoglie eminenti studiosi e professionisti ed opera nel settore della formazione professionale e della gestione di procedure concorsuali pubbliche.

Formazione professionale:

Jus Consulting ha un'area dedicata agli enti locali per fornire attività di formazione con le seguenti formule:

- corsi di formazione presso gli enti;
- seminari di studio ed aggiornamento;
- convegni;
- drafting legislativo.

Gestione gare pubbliche:

Jus Consulting presta i seguenti servizi agli enti locali:

- assistenza nell'individuazione del modello più idoneo per l'acquisto di beni, servizi, opere e scelta del partner per la costituzione di società miste;
- redazione degli atti di gara;
- assistenza nella fase di pre-qualifica e di gara;
- gestione del contratto.



Jus Consulting S.r.l.

Via Antonio Bertoloni, 26b
00197 Roma

Tel. 068072306 - Fax 068072427

www.jusconsulting.com - jus@jusconsulting.com