

Richiesta chiarimenti

“In primis vorremmo innanzitutto domandarVi se per il presente affidamento si farà applicazione della c.d. “clausola sociale”, di cui all’art. 31 del rinnovato CCNL delle ApL, la quale prevede il re-impiego di personale già in forze presso l’utilizzatore, in virtù di un eventuale precedente appalto e chi sia, nel caso, l’attuale fornitore. Al riguardo desidereremmo anche richiedere alla stazione appaltante se, fra il personale attualmente in essere, ci siano, ed eventualmente quante, risorse assunte a tempo indeterminato dall’attuale fornitore.

Nello specifico ci riferiamo poi alle seguenti previsioni della Lettera d’Invito:

- Punto 10: analogamente a quanto già previsto per i diritti di segreteria, Vi chiederemmo di voler indicare l’ammontare, anche presunto, delle spese contrattuali di cui al punto 10.8. così da poterne correttamente tener conto in sede di formulazione dell’offerta economica. Vi chiederemmo inoltre di precisare quali siano le “spese di verifica di regolare esecuzione” di cui al successivo punto 10.9. ed anche in questo caso, di volerne precisare l’ammontare.

Ulteriori perplessità emergono poi in relazione al successivo Punto 10.11. laddove richiede all’aggiudicatario la stipula di un’apposita polizza assicurativa RCT/RCO, anche in considerazione di quanto previsto anche all’art. 21 del Capitolato.

Riguardo a tale disposizione chiediamo alla stazione appaltante di volerne chiarire la portata prescrittiva, precisando se le stesse si rivolgano ai dipendenti diretti della ApL impiegati nella gestione della commessa o, piuttosto, al personale somministrato presso il consorzio Industriale.

In quest’ultimo caso, infatti, le previsioni di gara sembrerebbero ricondurre erroneamente l’attività di somministrazione alla disciplina generale in materia di appalto genuino di cui all’art. 1655 del Codice Civile, ed ignorare del tutto, invece, la particolare e distinta natura contrattuale della somministrazione di lavoro a tempo determinato, dettata dal D. Lgs. 276/2003, oggi D. Lgs. 81/2015 artt. 30 e ss.

L’istituto specifico della somministrazione prevede infatti la stipula di due contratti distinti ma tra loro collegati: il contratto di somministrazione di lavoro, concluso tra somministratore ed utilizzatore, e il contratto di lavoro concluso tra somministratore e lavoratore, caratterizzandosi dunque come fattispecie complessa che prevede il necessario coinvolgimento di tre soggetti, il somministratore, l’utilizzatore ed il lavoratore.

Tale peculiare rapporto trilatero si contraddistingue proprio perché l’attività lavorativa viene svolta da un dipendente dell’impresa somministratrice nell’interesse di un altro soggetto che poi ne utilizza la prestazione per soddisfare le proprie esigenze produttive.

Il lavoratore, dunque, pur essendo assunto e retribuito dall’impresa somministratrice, svolge la propria attività sotto la direzione ed il controllo del solo utilizzatore.

Di conseguenza, per quanto attiene la responsabilità per danni arrecati a terzi dal lavoratore somministrato nell’esercizio delle sue mansioni, intendendosi per terzo qualsiasi soggetto diverso dal lavoratore somministrato, l’articolo 26 del summenzionato D.lgs. 276 e oggi l’art. 35 del D. Lgs. 81/2015, pongono espressamente la relativa responsabilità civile in capo al solo utilizzatore in quanto unico soggetto che effettivamente si avvale della prestazione del lavoratore e pertanto quale datore di lavoro sostanziale, in deroga alla disciplina generale di cui all’art. 2043 del c.c.

Tutto quanto sopra è stato ulteriormente riconosciuto anche dalla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 9 del 2007 (articolo 3), la quale, oltre a ribadire tale principio, di conseguenza esclude anche la possibilità di richiedere la stipula di polizze assicurative in capo alle agenzie di somministrazione.

In senso conforme si è poi più volte espressa anche la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, da ultimo nella Deliberazione n. 100 del 2012.

Tali considerazioni trovano un'ulteriore conferma nella stessa ratio giuridica sottesa all'istituto della somministrazione di lavoro a termine, esplicitata nell'art. 29 del Decreto 276 il quale, nel ribadire che si tratta di un istituto giuridico sostanzialmente difforme dal contratto di appalto di cui all'art. 1665 cc, stabiliva espressamente che "...il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Occorre infine tener presente che la stazione appaltante è comunque garantita, rispetto ad eventuali irregolarità od inadempimenti nell'esecuzione del servizio, dalla prestazione, da parte dell'aggiudicatario, della cauzione definitiva, in conformità a quanto previsto dall'art.103 del D. Lgs. 50/2016.

- Punto 17: onde poter procedere ad una corretta formulazione dell'offerta economica, anche nel rispetto del principio della par condicio di tutti i concorrenti, Vi chiediamo di voler indicare i costi orari del lavoro, cui andrà applicato il moltiplicatore unico offerto in sede di gara.

- Punto 18: Per quanto riguarda i criteri di valutazione delle offerte tecniche, di cui al Punto 18.2, Vi chiediamo di voler precisare cosa si intende al criterio 1 laddove si prevede l'assegnazione di fino ad un massimo di 12 punti sui 30 complessivi, per "la struttura organizzativa del concorrente, con particolare riguardo a quella già presente o che si intende costituire sul territorio regionale", chiarendo quale elemento sarà poi concretamente oggetto di valutazione.

La giurisprudenza e la prassi ormai consolidate in materia di appalti pubblici hanno, infatti, ormai da tempo riconosciuto l'illegittimità di elementi quali quello della "presenza territoriale" che sembrerebbe applicarsi nel caso di specie dal momento che gli stessi operano un'illecita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta (si vedano, ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191; Consiglio di Stato, n. 5181 del 12 novembre 2015; le più recenti Tar Veneto, sent. n. 30 del 19/01/2016; Tar Lazio sentenza n. 19 del 20 gennaio).

Le previsioni della Lettera d'Invito, inoltre, non sembrerebbero nemmeno giustificabili sotto un profilo di ragionevolezza, dal momento che è comunque richiesto il possesso, o l'impegno a disporre, di una sede operativa nella Regione Sardegna per tutta la durata dell'Accordo Quadro.

Ulteriori dubbi emergono poi in relazione al successivo criterio n. 6, che premia il possesso della Certificazione OHSAS 18001, dal momento che il suo eventuale possesso sarebbe comunque irrilevante rispetto al servizio di somministrazione di lavoro temporaneo, oggetto del presente affidamento.

Tale certificazione potrebbe infatti eventualmente rilevare esclusivamente ai fini della attestazione dei regimi di sicurezza applicabili al personale diretto e nona quello somministrato.

In virtù di quanto previsto in via generale prima dal D. Lgs. 276/2003 e oggi dal D. Lgs. 81/2015 all'art. 35, tutti gli obblighi in materia di sicurezza, prevenzione, protezione, sorveglianza sanitaria, etc..., sono a carico dell'utilizzatore, così come correttamente previsto anche nello stesso Capitolato di gara.

Ad ulteriore prova si consideri anche come nelle procedure per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo, come nel caso di specie, i costi da interferenza vengono stimati pari a zero (0) e non viene richiesta l'emissione del DUVRI.

Pertanto il possesso della suddetta certificazione OHSAS risulta del tutto inconferente ai fini della valutazione dell'offerta per la gestione del servizio in oggetto, dal momento che il regime della sicurezza dei lavoratori somministrati è regolato ex lege, come anzidetto.

Né tantomeno lo si può considerare un parametro ininfluyente, se si considera che prevede l'assegnazione di ben 2 punti sui 30 complessivamente attribuibili alle offerte tecniche.

Per quanto riguarda poi lo schema di contratto all'articolo 11, nonché l'articolo 24 del Capitolato, stante l'indiscussa facoltà di recesso spettante alla Amministrazione, laddove vi siano sopravvenute esigenze di pubblico interesse, chiediamo però che, in caso di esercizio, vengano comunque fatti salvi gli impegni assunti con i lavoratori somministrati, fino alla scadenza prevista dei singoli contratti di lavoro, nel rispetto degli obblighi generali di legge di cui al D.Lgs. 276/2003, oggi D. Lgs. 81/2015, e del CCNL delle Agenzie per il Lavoro”.

Risposta

(per comodità di lettura i chiarimenti vengono suddivisi con apposito elenco numerato)

1) C.d. “Clausola sociale”.

Per il presente affidamento non è previsto il ricorso all'applicazione della c.d. “clausola sociale”.

2) Punti 10.8 e 10.9 della Lettera di Invito (Spese Contratto).

Si tratta evidentemente di una formula *standard* della lettera di invito che disciplina la ripartizione delle spese del Contratto e che chiarisce che, se presenti, tali oneri saranno a carico dell'aggiudicatario dell'Appalto.

Nel caso di specie, trattandosi di un Accordo quadro che verrà stipulato senza l'ausilio di un Notaio, compresi i successivi singoli Contratti di somministrazione, verosimilmente non vi saranno spese in merito, ivi compresi gli oneri di registrazione degli atti, in quanto il Consorzio si avvale di specifiche agevolazioni tributarie.

Analogo discorso può essere svolto per *“le spese di verifica di regolare esecuzione”*.

3) Punto 10.11 della Lettera di Invito e art. 21 del Capitolato speciale (Polizza assicurativa).

Relativamente al punto in questione (polizza assicurativa RCT/RCO), prendiamo atto di quanto significato ed effettuati gli opportuni approfondimenti, si ritiene di accogliere l'osservazione formulata: mediante apposita modifica dei documenti di Gara è stata dunque stralciata dalla documentazione che dovrà essere prodotta dall'aggiudicatario *“la polizza assicurativa RTC/RCO a copertura dei danni arrecati dall'affidatario del servizio a terzi nell'ambito dell'esecuzione delle lavorazioni manuali o con l'ausilio delle macchine”*.

4) Punto 17 della Lettera di Invito (Costo orario del Lavoro).

I costi orari del lavoro cui andrà applicato il moltiplicatore unico offerto in sede di Gara sono quelli indicati, per ciascuna figura professionale prevista, dai CCNL indicati nella Lettera di Invito, da quelli previsti dal CCNL ApL e dagli oneri previsti dalle normative in materia (TFR, contributi INAIL).

Sarà cura del Consorzio, in caso di approvazione di eventuali Contratti integrativi aziendali che modifichino il costo base orario previsto dal CCNL, darne apposita e tempestiva comunicazione.

Ad ogni modo, anche al fine di evitare ogni incertezza interpretativa successiva all'aggiudicazione e/o il mancato inserimento nel costo orario del lavoro di qualsiasi voce, indichiamo di seguito, a titolo meramente esemplificativo, il costo orario omnicomprensivo di una figura professionale - Contratto FISE ASSOAMBIENTE - cui applicare il moltiplicatore unico che si intende offrire:

Operaio ascrivibile al Livello 1A del CCNL FISE ASSOAMBIENTE, da adibire all'attività di manutenzione degli impianti e delle reti):

Divisorio orario mensile	164,67
Ore settimanali	38
Mensilità aggiuntive (13ma, 14ma)	2
Paga base	€ 1.421,69
E.D.R.	€ 10,33
Indennità aggiuntiva mensile	€ 30,00
Totale	€ 1.462,02
Retribuzione oraria diretta	€ 8,88

cui vanno ad aggiungersi i ratei relativi alle mensilità aggiuntive (€ 1,48), ferie, ROL ed ex festività (€ 0,80), gli oneri di cui al TFR, gli oneri INPS (30,08%), FormaTemp (4,00%), Ebitemp (0,20%), permessi sindacali (€ 0,10) ed INAIL (5,30%) **CHE PORTANO IL COSTO DI ORA ORDINARIA SU CUI APPLICARE IL MOLTIPLICATORE CHE SI INTENDE OFFRIRE ALL'IMPORTO DI € 16,47.**

Resta inteso che, fermo il moltiplicatore unico offerto, saranno oggetto di separata fatturazione e calcolate in base agli effettivi giorni/ore di lavoro, le ulteriori voci di costo orario:

- **Indennità sostitutiva mensa e raggiungimento posto di lavoro (€ 0,48 per ora lavorata, comprensiva di oneri INPS, Formatemp ed Ebitemp);**
- **Maggiorazioni previste dall'art. 20 del CCNL FISE ASSOAMBIENTE per lavoro straordinario, notturno e festivo (anche infrasettimanale) da applicare sulla retribuzione oraria diretta (€ 8,88) oltre ai corrispondenti oneri INPS, Formatemp ed Ebitemp.**

5) Punto 18.2 della Lettera di Invito (Territorialità).

In ordine al chiarimento da Voi richiesto, rimandiamo a quanto già autorevolmente sostenuto da ANAC: l'Autorità, infatti, con propria Deliberazione n. 42/2011, peraltro nell'ambito dell'esame di una segnalazione formulata proprio da Codesta Società, ha stabilito che *“quanto alla presenza di sedi dell'Agenzia nella Provincia di Milano (nel caso di specie, si tratterebbe di sedi nella Regione Sardegna) - secondo la stazione appaltante elemento idoneo per valutare l'offerta, in quanto un maggior numero di sedi si traduce nella possibilità di reperire personale più facilmente e con maggior celerità - si ritiene che detto criterio possa ritenersi non discriminatorio”*.

Il criterio in parola (*“Capacità tecnica: verrà valutata sotto il profilo quantitativo e qualitativo la struttura organizzativa del concorrente, con particolare riguardo a quella già presente o che si intende costituire sul territorio regionale”*) permetterà alla Commissione di Gara di valutare concretamente la capacità della concorrente di fornire al Consorzio il personale eventualmente necessario: è dunque di intuitiva evidenza che un'Impresa maggiormente radicata e strutturata sul territorio sotto tutti i profili avrà più possibilità, viste anche le problematiche derivanti dall'insularità della Sardegna, di soddisfare le esigenze di personale dell'Ente.

6) Possesso della Certificazione OHSAS 18001.

A parziale accoglimento dell'osservazione formulata, in luogo o in alternativa della certificazione in parola, è stata modificata la documentazione di Gara al fine di ammettere la possibilità di soddisfare tale requisito anche mediante l'adozione di manuali, politiche e procedure in linea con le linee guida UNI-INAIL. Il possesso di tale requisito potrà essere autocertificato con le modalità di legge ai sensi dell'art. 46 e 47 del DPR 445/2000, in sede di Offerta tecnica e comprovato con l'invio di tutta la relativa documentazione a richiesta del Consorzio.

7) Recesso del Consorzio.

Si conferma nel caso di specie la possibilità del recesso del Consorzio.

E' però necessario effettuare un distinguo.

Infatti, se dall'Accordo quadro non deriva per l'aggiudicatario alcuna obbligazione economica, venendo in questo fissati solamente i termini e le condizioni per eventuali futuri singoli Contratti di appalto, è evidente che il recesso o la risoluzione dell'Accordo da parte dell'Ente non comporterà alcun indennizzo a favore dell'Impresa.

Qualora invece ad essere risolto unilateralmente da parte dell'Ente sia il/i singolo/i Contratto/i di appalto - per il/i quale/i l'aggiudicatario abbia assunto degli impegni contrattuali con i propri dipendenti - troveranno applicazione gli art. 23 e 24 del Capitolato di Appalto.

Se la risoluzione/recesso è per fatto dell'Agenzia, ovviamente nessun indennizzo è dovuto alla stessa, salvo il pagamento delle prestazioni effettivamente espletate fino al giorno della risoluzione, dedotte le eventuali penalità e le spese sostenute nonché gli eventuali danni subiti dall'Ente.

Viceversa se il recesso è per fatto dell'Ente (art. 24) troveranno applicazione i riferimenti normativi indicati negli atti di Gara, rispettivamente l'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, e dell'art. 1, comma 13, del D.L. n. 95/2012, convertito con L. n. 135/2012, prevedendo entrambi l'obbligo di indennizzo a carico del Consorzio: al fine di dirimere qualsiasi dubbio interpretativo in merito, soprattutto in ordine alla quantificazione dell'indennizzo, si richiama a tal scopo l'art. 109, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, il quale stabilisce che *"(....) la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque tempo previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite"*.