

U.O.C. Servizio Provveditorato

tel. 0817062563/fax 0817062321

mail: provveditorato@ospedalideicolli.it

prot. n. **1285** del **30.09.2014**

A tutte le

Imprese interessate

Oggetto: Procedura aperta per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro.

A seguito di alcune richieste e segnalazioni di imprese interessate alla partecipazione alla gara in oggetto si provvede a fornire i correlati chiarimenti:

- a) In primis vorremmo innanzitutto richiedere all'Amministrazione se, per il presente affidamento, si farà applicazione della c.d. "*clausola sociale*", di cui all'art. 31 del rinnovato CCNL delle ApL, in base alla quale si prevede il re-impiego di personale già in forze presso l'utilizzatore, in virtù di un eventuale precedente appalto.

Relativamente all'appalto in argomento si farà applicazione della clausola sociale citata.

- b) **Articolo 1 del Capitolato Speciale d'Appalto – Oggetto:**
La *lex specialis* di gara, laddove elenca le figure professionali che potranno essere richieste all'aggiudicatario, prevede anche quella del "medico anestesista".
Poiché la somministrazione della figura professionale di medico sembrerebbe contrastare col dettato normativo generale, di cui all'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, in base al quale non è possibile ricorrere alla somministrazione per figure direttive e dirigenziali, chiediamo alla stazione appaltante di voler chiarire ed eventualmente precisare le ragioni che giustificano il ricorso al lavoro in somministrazione per il caso di specie.

Si conferma, in attesa di un approfondimento sulla questione sollevata, l'indicazione di capitolato che non impedisce la partecipazione del concorrente alla gara.

- c) **Articolo 7 del Capitolato Speciale d'Appalto – Deposito cauzionale provvisorio e definitivo - assicurazione:**
Le norme di gara stabiliscono che l'Agenzia aggiudicataria dovrà costituire anche una polizza assicurativa RCT/RCO per un importo con massimale unico non inferiore a € 1.500.000,00 a copertura dei danni causati dai lavoratori interinali.
Le previsioni di gara sembrerebbero, però, 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.
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, pone 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. ha l'obbligo di ricondurre i lavoratori in somministrazione alla analoga disciplina prevista per i propri lavoratori diretti.

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 ha escluso categoricamente 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 che dal recentissimo Parere dell'ANAC del 01.09.2014, in allegato.

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, stabilisce 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"*.

Ove mai fosse, codesto Ente potrebbe essere legittimato a richiedere di essere garantito per eventuali danni arrecati dal solo PERSONALE DIRETTO del Somministratore, nell'esercizio dell'attività resa in diretta dipendenza della esecuzione dell'appalto.

Si esonera l'impresa aggiudicataria dal costituire una polizza assicurativa RCT/RCO per un importo con massimale unico non inferiore a €1.500.000,00 a copertura dei danni causati dai lavoratori interinali.

d) **Articolo 11 del Capitolato Speciale d'Appalto – Criterio di aggiudicazione:**

Al punto 1, laddove si disciplinano le modalità di valutazione dell'elemento prezzo, le norme di gara stabiliscono che il moltiplicatore offerto debba ricomprendere anche il rischio assenteismo. Tale previsione contrasta però con il dettato normativo generale in materia di somministrazione di lavoro temporaneo, di cui all'art. 21 comma 1 lett. i) del D. Lgs. 276/2003, il quale prevede espressamente che l'utilizzatore assuma l'obbligo di rimborsare al somministratore tutti gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti in favore dei prestatori di lavoro, tra cui rientrano necessariamente anche gli oneri relativi all'assenteismo del personale somministrato.

Come precedentemente accennato infatti, quello in oggetto non costituisce un appalto genuino disciplinato dal Cod. Civ., in cui l'Appaltatore assume su di sé il rischio d'impresa, ma un istituto contrattuale ben diverso, in cui l'ApL si limita a mettere a disposizione dell'utilizzatore delle risorse che quest'ultimo poi provvederà ad inserire nella propria struttura ed ad impiegare, sotto il proprio potere direttivo, sulla base delle proprie necessità.

Di conseguenza gli oneri relativi all'assenteismo, dal momento che costituiscono una componente di costo, al loro verificarsi, dovrebbero essere rimborsati all'Agenzia, al pari di ogni altro onere retributivo e/o previdenziale.

Inoltre le previsioni di cui all'art. 11 del Capitolato sembrerebbero contrastare anche con quanto stabilito, sempre nella *lex specialis*, al successivo articolo 12, laddove si prevede espressamente che *"L'A.O. corrisponderà all'Agenzia (...) un rimborso costituito dalle retribuzioni dei lavoratori e di tutte le voci stipendiali quali ratei di tredicesima, contributi sociali, contributi INAIL, TFR, ratei di ferie, ecc. calcolati sulla base di quanto previsto dal CCNL come applicato nell'A.O. e commisurato alle effettive esigenze che saranno di volta in volta contenute nella richiesta di utilizzo del lavoratore da parte dell'A.O. e, per ogni ora ordinaria prestata, un*

corrispettivo calcolato applicando il moltiplicatore offerto al costo orario desunto dallo stipendio base, oltre IVA calcolata sul solo margine di intermediazione dell'Agenzia . Il sistema del rimborso a pié di lista implica che al prestatore del servizio saranno restituite esattamente le spese sostenute per la retribuzione e voci correlate, cos' come risultanti dalla documentazione probatoria."

Ne deriva che il costo dell'eventuale assenteismo, in quanto facente parte inscindibile del costo del lavoro effettivamente sostenuto dal Somministratore, non può che essere ricondotto nell'ambito del criterio di rimborso, così come previsto per tutti gli altri istituti contrattuali. Ove ciò non fosse, ci si troverebbe di fronte a due fattispecie negative:

a) che l'Ente, stante il riconoscimento del margine di agenzia che debba tener conto dell'eventuale rischio di assenteismo, potrebbe sopportare un onere maggiore rispetto a quello effettivamente sostenibile per effetto del rimborso del solo costo effettivo, atteso, ad esempio, che in caso di malattia superiore ai tre giorni, il costo effettivo si riduce notevolmente per effetto dell'intervento integrativo a carico degli Enti previdenziali, oppure in assenza totale di assenteismo.

A titolo di esempio, si supponga che un lavoratore sia assente per malattia per complessivi 5 giorni consecutivi.

Ne deriva che l'incidenza dell'assenteismo compreso nel margine compenserebbe, progressivamente, gli interi cinque giorni di assenza imponendo all'Ente di pagare una prestazione piena, assimilabile a 5 giorni di lavoro ordinario, mentre nel caso di rimborso dei costi sostenuti l'Ente rimborserebbe al Somministratore i costi interi per i primi tre giorni, e ridotti per i due giorni successivi.

b) l'inserimento del rischio di assenteismo nel margine, porta ad equiparare un costo esente da IVA al margine di profitto che, invece, come noto è l'unico elemento, nel settore della somministrazione, imponibile all'imposta sul valore aggiunto

Sempre a tal riguardo, al fine di giungere ad una corretta formulazione dell'offerta economica, chiediamo alla stazione appaltante di precisare se le festività infrasettimanali, eventualmente ricadenti nel periodo di missione, devono considerarsi ricomprese nel costo orario del lavoro oppure andranno ri-fatturate a parte, all'Ente, al loro verificarsi, in quanto indennità ad evento.

Si conferma l'indicazione di capitolato.

e) Articolo 12 del Capitolato Speciale d'Appalto – Prezzo del servizio e modalità dei pagamenti:

Le previsioni del CsA stabiliscono che “ (...) Il costo orario di riferimento è quello di cui alla precedente tabella e sempre e solo su questo si applica il moltiplicatore anche nel caso di variazioni del trattamento del lavoratore”.

Orbene non si comprende come tale previsione possa essere rispettata lì dove, dovendo applicare una percentuale di maggiorazione (altrimenti definita moltiplicatore) per aggio di agenzia su un costo pari a 100,, si possa mantenere invariato il valore assoluto del margine applicando la medesima percentuale ad un valore più alto; sarebbe quindi opportuno, ai fini del rispetto del principio enunciato da codesto Ente (invarianza del valore assoluto e rimborso dei costi effettivamente sostenuti) che il margine di agenzia venisse espresso non in misura percentuale, ma in valore assoluto (x,xx € da applicarsi ad ogni ora di lavoro effettivamente prestato)

Ulteriori perplessità emergono laddove si prevede che *“Ai fini della determinazione del compenso presunto spettante all'agenzia per l'intera durata del contratto si utilizzerà il moltiplicatore unico offerto, il costo orario desunto dallo stipendio base di ciascuna categoria professionale come indicato nella precedente tabella e il corrispondente numero massimo di ore.”*

In tale previsione si richiede di chiarire se il margine di agenzia debba essere applicato a tutte le ore di lavoro prestato oppure l'Ente abbia inteso porre un limite al numero delle ore su cui calcolare il margine.

A titolo esemplificativo, e atteso il fatto che il personale con mansioni sanitarie operante in turni, per effetto degli stessi potrebbe prestare attività ordinaria per un numero di ore superiore o inferiore alle 156 mensili, si chiede di sapere se in caso di ore superiori alle 156, il margine possa essere applicato anche alle ore eccedenti (definite ordinarie) e alle ore eccedenti straordinarie. In altri termini si richiede di conoscere se il margine debba essere calcolato in ragione di tutte le ore effettivamente prestate, siano esse ordinarie o straordinarie o eccedenti il limite di 156..

Chiediamo inoltre all'Ente di voler chiarire anche la previsione di cui al successivo capoverso, dove si stabilisce che *“Sarà obbligo dell'Agenzia produrre certificazione, completa di prospetto,*

che attesti l'avvenuto pagamento del trattamento economico complessivo, suddiviso per retribuzione oraria fondamentale e, in via eventuale, accessoria, corrispettivo del servizio ed IVA, ed il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali in favore del lavoratore" precisando, nello specifico, cosa si intende per "retribuzione oraria fondamentale". e più precisamente quale tipo di certificazione debba essere prodotta a dimostrazione dell'avvenuto pagamento della retribuzione fondamentale ecc. ecc.

Si confermano le indicazioni di capitolato.

Gli elementi per il calcolo del margine di agenzia sono costituiti da due parametri fissi ed immutabili (costo orario vigente e offerta della ditta) e uno variabile (n. di ore ordinarie effettuate).

La soluzione proposta dal concorrente non consente la comparazione delle offerte.

Il margine di agenzia varia al solo variare delle ore ordinarie effettuate senza alcun limite.

Relativamente all'ultima parte del quesito si precisa che l'impresa assegnataria dell'appalto deve produrre all'atto della richiesta di pagamento tutta la documentazione giustificativa (cedolini paga, versamenti contributivi, corrispettivo del servizio calcolato secondo i parametri fissati, ecc.).

f) **Articolo 15 del Capitolato Speciale d'Appalto – Periodo di prova del lavoratore - Penali:**

Dal momento che la lex specialis prevede già delle penali ben precise per eventuali ritardi nell'avvio e/o nella sostituzione dei lavoratori, chiediamo alla stazione appaltante di voler rivedere ed eliminare l'ulteriore previsione per cui "Agli importi delle penali sopra indicati saranno aggiunti anche gli oneri derivanti da: maggiori spese per acquisizione del servizio sul libero mercato; oneri di natura organizzativa (...); danni di immagine e di percezione all'esterno della qualità dei servizi forniti dall'Azienda; minori introiti".

In particolare chiediamo che sia limitata la portata generale del ricorso al libero mercato e che, in alternativa, si precisi che i maggiori oneri sono quelli eventualmente sostenuti in ragione del coinvolgimento dei concorrenti successivi in graduatoria.

Mentre invece riteniamo gli ulteriori danni (immagine etc...) già ricompresi nell'ammontare delle varie penali.

Si confermano le prescrizioni del capitolato.

g) **Articolo 17 del Capitolato Speciale d'Appalto – Contratto e spese:**

Onde poterne correttamente tener conto in sede di formulazione dell'offerta, chiediamo alla stazione appaltante di chiarire perché utilizza la dicitura "ogni contratto" e poi successivamente si parla, invece, di contratto al singolare.

Vi chiediamo inoltre di voler indicare, anche in via presuntiva, le modalità di stipula previste e l'ammontare di tali costi di stipula.

La dicitura "ogni contratto" è corretta con "Il contratto". La modalità di stipula è quella pubblica amministrativa. Per tale forma non sono previsti costi di stipula.

h) **Articolo 18 del Capitolato Speciale d'Appalto – Risoluzione contrattuale:**

Ferma restando l'indiscussa facoltà di recesso spettante all'Amministrazione, laddove vi siano sopravvenute esigenze di pubblico interesse, chiediamo però che, in caso di esercizio, vengano fatti salvi gli impegni assunti con i lavoratori somministrati, fino alla scadenza prevista dei singoli contratti di lavoro, nel rispetto degli obblighi di legge che il D.Lgs. 276/2003 ed il CCNL delle ApL pongono a carico del somministratore.

L'art. 18 del capitolato non prevede elementi contrari agli obblighi di legge citati.

- i) Con riferimento alla gara di cui all'oggetto, stiamo a richiedere urgente chiarimento in merito alla corretta interpretazione di compilazione dell'offerta economica in riferimento al MOLTIPLICATORE DI GARA.

Come a voi noto, la gara indetta da questa Stazione Appaltante 2 anni fa ha prodotto le seguenti offerte delle APL partecipanti:

APL "A" moltiplicatore 0,051 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 0,5%

APL "B" moltiplicatore 1,0799 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 7,99%

APL "C" moltiplicatore 1,09 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 9%

APL "D" moltiplicatore 1,09872 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 9,872%

APL "E" moltiplicatore 1,7723 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 77,23%

APL "F" moltiplicatore 1,89 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 89%

APL "G" moltiplicatore 1,9413 corrispondente ad una percentuale di ricarico del 94,13%

Pertanto le offerte hanno espresso un differenziale tra lo 0,5% ed il 94% di RICARICO SUL COSTO DEL LAVORO.

E' del tutto evidente che le risultanze di gara furono il frutto di DIVERSE E NON UNIVOCHE INTERPRETAZIONI sulle modalità di applicazione del moltiplicatore offerto.

Al fine di scongiurare ancora una volta differenti interpretazioni e a fronte di indicazioni discordanti dei documenti di gara, stiamo a richiedere a quale base di calcolo debba essere applicato il moltiplicatore offerto; e pertanto:

a) Si richiede cortese conferma che il MOLTIPLICATORE DI GARA non POSSA IN OGNI CASO essere inferiore a 1. Moltiplicando per l'appunto il costo del lavoro, moltiplicatori inferiori a 1 genererebbero un ribasso sul costo del lavoro (es: costo € 12,12 Moltiplicatore 0,051 = TARIFFA € 0,618).

b) Si richiede cortese conferma che il moltiplicatore debba essere applicato ai costi di cui alla all'art.12 "prezzo del servizio e modalità dei pagamenti" TAB. PAG. 7 colonna "costo orario di riferimento per il calcolo" e che pertanto la tariffa offerta per l'ora ordinaria sarà dato dal prodotto aritmetico fra i costi ivi riportati MOLTIPLICATI PER IL MOLTIPLICATORE OFFERTO IN SEDE DI GARA.

Qualora sia corretta l'interpretazione di cui alla lettera "b" il moltiplicatore offerto dalle APL partecipanti dovrà tener conto, e pertanto essere comprensivo di tutta la CONTRIBUZIONE dovuta ai lavoratori.

In questo senso si sottolinea che, ricollegandoci ai risultati della vecchia procedura, sarebbero di fatto INAMMISSIBILI le offerte presentate con moltiplicatori fino all'APL "D" poiché insufficienti alla copertura dei costi della contribuzione dovuta ai lavoratori.

La natura del moltiplicatore di cui alla procedimento in questione è chiaramente indicata nel capitolato.

L'affermazione della presenza di indicazioni discordanti appare non corretta; d'altronde non sono indicate le parti della documentazione di gara contrastanti fra loro.

Il moltiplicatore non è comprensivo della contribuzione dovuta ai lavoratori, pertanto deve essere inferiore a 1 (con riferimento alla precedente procedura citata l'APL che ha correttamente interpretato l'indicazione di capitolato è la "A").

La tabella di cui all'art. 12 del capitolato serve a determinare il solo compenso spettante all'agenzia per l'attività di intermediazione comprensiva delle seguenti voci (ricerca e selezione del personale, attività di formazione, sostituzione del personale, spese a qualsiasi titolo e compenso spettante all'Agenzia, assicurazione per danni causati da lavoratori interinali (ora eliminata vds. precedente lett. c)), rischio assenteismo).

- j) Si richiede infine, se l'agenzia aggiudicataria sarà autorizzata alla cessione del credito (nella forma pro soluto o pro solvendo) secondo quanto prescritto dall'art. 117 del D.Lgs 163/2006 codice dei contratti pubblici di lavori servizi, forniture.

L'Agenzia aggiudicataria potrà essere autorizzata alla cessione del credito. Il creditore cedente dovrà infatti chiedere, in deroga al principio generale, il consenso all'Amministrazione. Tale consenso integra una condizione di efficacia della cessione stessa. Il soggetto cedente, in occasione della notifica della cessione, inoltrerà all'Azienda una richiesta di accettazione espressa della del credito per consentire di effettuare una prima verifica in capo al soggetto cedente. Qualora quest'ultimo risulti non inadempiente l'Azienda comunicherà ai contraenti l'espressa accettazione e, al momento del pagamento, effettuerà la verifica in capo al soggetto cessionario.

- k) ... La scrivente società che oggi chiede di partecipare in RTI, pur avendo i requisiti, ritiene che solo in questo modo potrebbe gestire in maniera adeguata il servizio e limitarne il relativo rischio, stante la presenza di una sola filiale in loco, già oberata, nonché l'esposizione finanziaria dovuta ai ritardi nei pagamenti.

Occorre premettere che, secondo quanto indicato dal disciplinare di gara, la regola generale è quella che non permette la partecipazione in R.T.I. di due o più imprese che siano in grado di soddisfare singolarmente il requisito della capacità economica e finanziaria secondo il livello minimo richiesto dal bando, pena l'esclusione dalla gara del R.T.I. così composto.

L'eccezione è quella che consente la partecipazione in RTI di due sole imprese, le quali, pur in grado di soddisfare singolarmente il requisito della capacità economica e finanziaria secondo il livello minimo richiesto dal bando, giustifichino la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione.

Il disciplinare di gara precisa anche che il RTI non può essere costituito da più di due imprese in grado di soddisfare singolarmente il requisito e che allo stesso RTI possono comunque associarsi una o più imprese che non siano in grado di soddisfare singolarmente il requisito.

Il disciplinare, in conformità con le indicazioni dell'AVCP contenute nella determinazione n. 4 del 10.10.2012, prevede che le giustificazioni attengano alla necessità di riunirsi in RTI e che le stesse saranno ritenute idonee se non si limitano ad una mera autocertificazione ma si basano su precisi e dimostrati elementi in grado di avvalorare la tesi delle associate quali, ad esempio, l'opportunità commerciale di partecipare in RTI tenuto conto del valore, della dimensione, della tipologia e del grado di difficoltà di realizzazione del servizio oggetto del presente appalto e dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare mezzi a disposizione, ecc.).

Pertanto mere indicazioni di situazioni particolari sono da ritenersi giustificazioni non idonee della necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo, se le stesse non sono corredate da precise e dimostrate circostanze.

- l) In relazione al capitolato segnaliamo che il periodo di prova da CCNL Agenzia di somministrazione lavoro (nuovo art. 33) è stato modificato rispetto a quanto da voi statuito all'art. 15.

Se quanto statuito contrasta con una norma imperativa, si ritiene applicabile quest'ultima.

- m) Art. 18 si chiede in caso di recesso di far salva la naturale scadenza dei contratti, stanti il diritto del lavoratore a prestare la sua opera fino alla predetta.

Vds. risposta a precedente lett. h).

**Il Dirigente Responsabile
dell'U.O.C. Servizio Provveditorato
f.to dott. Francesco Saverio Paolillo**

f.to FB