

## **Parere n.102 del 09/06/2011**

### **PREC 27/11/S**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Azienda Ospedaliera G. Brotzu – Procedura aperta per il servizio di fornitura in somministrazione di lavoro temporaneo per l'azienda ospedaliera G. Brotzu – Importo a base d'asta €1.000.000,00 - S.A.: Azienda ospedaliera G. Brotzu

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 31 gennaio 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda Ospedaliera G. Brotzu ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alle censure mosse dall'agenzia per il lavoro Tempor spa alla *lex specialis* disciplinante la procedura in epigrafe indicata.

Quest'ultima ha censurato: a) la richiesta del possesso di una polizza assicurativa RCT/RCO di cui al punto 1, lett. m) del disciplinare di gara, ritenendola in contrasto con quanto disposto dall'art. 26 D.L.gs. n. 276/2003 e dalla circolare n. 9/2007 del Dipartimento della Funzione Pubblica; b) il requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando di gara – presentazione di un elenco relativo ai servizi identici resi in strutture sanitarie pubbliche o private – ritenendolo ostativo e limitativo della concorrenza, atteso che le agenzie di somministrazione di lavoro forniscono risorse umane, a prescindere dalle mansioni che queste ultime sono concretamente chiamate a svolgere; c) il criterio di valutazione dell'offerta tecnica, limitatamente alla presentazione di un programma formativo a beneficio dei lavoratori somministrati, da eseguirsi fuori dell'orario di lavoro ed a totale carico dell'aggiudicatario, in quanto ritenuto illogico e poco chiaro, non avendo precisato la stazione appaltante le aree alle quali verranno destinati i lavoratori, né le loro mansioni, né se l'analisi dei fabbisogni debba essere fatta *ex ante* o *ex post* rispetto all'espletamento del servizio. Secondo la società, inoltre, la formazione dei lavoratori somministrati è di competenza dell'utilizzatore, e, quindi il relativo onere non può essere traslato sull'agenzia, atteso che il D.Lgs. n. 267/2003 riconosce al lavoratore somministrato un trattamento analogo a quello che godono i dipendenti e impone all'utilizzatore di rimborsare al somministratore tutti gli oneri da quest'ultimo sostenuti a favore del lavoratore. La Tempor spa, infine, richiama il vademecum sulla formazione dei lavoratori somministrati, che – a suo dire – prevede limiti strettissimi alla possibilità di effettuare ore di formazioni eccedenti il normale orario di lavoro e consente al somministratore di finanziare gli interventi formativi mediante l'utilizzo di appositi fondi, ma non di sostenerne direttamente gli oneri; d) gli artt. 3 e 10 del capitolato speciale di appalto, in quanto, da un lato, la stazione appaltante nel fornire i costi orari del lavoro per singola categoria professionale non ha considerato l'incidenza connessa al c.d. "assenteismo", ossia il costo di tutte quelle ore di assenza (malattia, infortunio, permessi, maternità, ferie), che seppure obbligatoriamente retribuite, non prevedono una prestazione lavorativa e, dall'altro, ha precisato che pagherà alla ditta aggiudicataria

il corrispettivo dovuto solo per le ore effettivamente lavorate. Così facendo, secondo la Tempor spa, la stazione appaltante ha posto a carico esclusivo del somministratore il costo delle ore non lavorate.

Successivamente con nota del 21.12.2010 l'Azienda ospedaliera ha comunicato alla Tempor spa che in accoglimento delle osservazioni di cui alla predetta lettera a) avrebbe modificato il disciplinare di gara, mentre per il resto ha confermato le disposizioni della *lex specialis*. Quanto alla capacità tecnico-professionale, la stazione appaltante ha fatto presente che la richiesta del requisito censurato è giustificata dalla particolarità del servizio appaltato ed è funzionale alla puntuale esecuzione dello stesso. Quanto agli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, la stazione appaltante ha specificato che ha inteso considerare ed apprezzare le eventuali attività formative svolte dalla società di somministrazione a favore dei lavoratori che di norma vengono assegnati a vari utilizzatori, fermo restando che, se l'Azienda avesse programmato interventi formativi, avrebbe esteso la partecipazione a tali corsi a tutti i propri lavoratori. Quanto al rischio di assenteismo, la stazione appaltante ha precisato che il servizio appaltato dovrà assicurare, senza eccezione alcuna, la copertura delle ore di lavoro richieste e, pertanto, non è ammissibile l'ipotesi di assenza da parte di lavoratori in somministrazione e nulla sarà dovuto per le ore non prestate.

Con nota del 21.12.2010 la Tempor spa ha replicato alla stazione appaltante, ritenendo non soddisfacenti le argomentazioni di quest'ultima. In particolare la società ha sottolineato che in caso di aggiudicazione il somministratore deve garantire la continuità della prestazione, mentre l'ente appaltatore ha l'obbligo *“di corrispondere al somministratore il rimborso di tutti i costi che lo stesso deve sostenere per il lavoratore sostituito”*.

A seguito dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, la Tempor spa si è riportata alle osservazioni già svolte nelle precedenti note.

### *Ritenuto in diritto*

Al fine di risolvere le questioni controverse, giova preliminarmente ricostruire la figura giuridica del contratto di somministrazione di lavoro. Quest'ultimo conosce una specifica disciplina nel D.lgs. n. 267/2003 e ss. mm., il quale chiarisce innanzi tutto che il lavoratore, pur sottoscrivendo il proprio contratto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato con un'agenzia di somministrazione, presta la propria attività lavorativa presso un altro soggetto, l'utilizzatore, che a tal fine stipula il contratto di somministrazione con l'agenzia. Il lavoratore somministrato, quindi, sebbene sia inserito funzionalmente all'interno della struttura dell'amministrazione, trova nell'agenzia di somministrazione il suo formale datore di lavoro. Come sottolineato dalla circolare n. 9/2007 del Dipartimento della Funzione Pubblica, *“l'elemento tipizzante del contratto di lavoro è costituito dalla dissociazione dei poteri del datore di lavoro. Infatti il comma 2 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre n. 276 stabilisce 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”. L'evidenziata “dissociazione” di poteri tra utilizzatore e somministratore comporta, ovviamente, numerose peculiarità che si riverberano direttamente sul rapporto di lavoro”*. Ad esempio l'art. 21, lett. i) del citato decreto legislativo dispone che tra le clausole del contratto di somministrazione deve esservi anche quella che riconosce in capo all'utilizzatore l'obbligo di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro, il successivo art. 23 prescrive che al lavoratore somministrato sia riconosciuto un trattamento

economico e normativo non deteriore rispetto a quello dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni alle dipendenze dell'utilizzatore.

Venendo al caso in esame, l'istante censura la *lex specialis* sotto diversi profili. In relazione alla prima doglianza concernente i requisiti tecnico-professionali, occorre osservare che il bando di gara, al punto III.2.3), prevede che i concorrenti presentino: "*dichiarazione sostitutiva di certificazione, ai sensi del DPR 445/2000, attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 42 comma 1 lett. a) D.Lgs. 163/06: elenco servizi identici resi in strutture sanitarie pubbliche o private prestati nell'ultimo triennio con indicazione di importi, date e destinatari*".

L'art. 42, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 elenca diversi documenti che comprovano la capacità tecnica e professionale del concorrente: in particolare quest'ultima può essere dimostrata anche con la presentazione dell'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi (se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente). Il successivo comma impone alla stazione appaltante di precisare nel bando di gara o nella lettera d'invito quali dei documenti e requisiti indicati nel comma precedente devono essere presentati o dimostrati.

Al riguardo l'Autorità ha già ricordato (parere n.114 del 16.6.2010) che secondo la Corte di Giustizia europea è illegittimo l'operato della stazione appaltante, che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria – riprodotta nel citato art. 42 – al fine di dimostrare il possesso dei requisiti in esame (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (non tipologicamente ulteriori, ma) più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878), purché siano rispettati i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità. In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso (cfr. Avcp parere n.114 del 16.6.2010).

Ciò posto, si osserva che il requisito censurato è conforme ai canoni di ragionevolezza e coerenza rispetto all'oggetto del contratto. Atteso, infatti, che l'appalto da affidare concerne il servizio di somministrazione di lavoro temporaneo a favore dell'Azienda Ospedaliera, la stazione appaltante ha richiesto ai concorrenti di dimostrare la pregressa esperienza proprio nel settore di riferimento, ossia quello sanitario. E' evidente che tale specifica esperienza è funzionale alla migliore esecuzione dell'appalto e, quindi, alla tutela dell'interesse pubblico.

Quanto alla seconda censura, concernente gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, si osserva che la tesi della Tempor spa, secondo cui l'onere formativo dei lavoratori in somministrazione ed il relativo costo ricadrebbero solo sull'utilizzatore risulta infondata in fatto ed in diritto, non trovando riscontro né nel D.Lgs. n. 273/2003, né nel vademecum citato dalla stessa Tempor né nella circolare n. 9/2007, che in realtà non affronta la questione qui in esame.

Il citato decreto legislativo dispone che i soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro sono tenuti a versare ad un fondo bilaterale appositamente costituito un contributo pari al quattro per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti per l'esercizio dell'attività di somministrazione (art. 12). Tali risorse, prevede la norma, sono destinate ad interventi di formazione e riqualificazione dei lavoratori. Il vademecum del Forma.Temp, Fondo per la

formazione professionale dei lavoratori temporanei, sottolinea che le Parti Sociali hanno individuato quattro aree formative per il settore: formazione di base, formazione professionale (specialistica-qualificante), formazione on the job (in affiancamento sul posto di lavoro) e formazione continua (strumento per sostenere l'aggiornamento e adattamento professionale dei lavoratori in somministrazione), con il quale sostenere lo sviluppo professionale dei lavoratori, prevedendo anche momenti di bilancio e orientamento professionale. In tal modo, sostiene il vademecum, si è cercato di responsabilizzare *“da un lato le Agenzie per il lavoro verso una pianificazione degli interventi formativi, dall'altro gli stessi lavoratori verso la loro partecipazione alla costruzione di percorsi professionalizzanti. Principio portante del sistema varato da Forma.Temp è quello della attestazione e successiva certificazione degli interventi formativi quale strumento volto a garantire ai lavoratori coinvolti l'acquisita formazione anche in previsione di nuovi interventi formativi di consolidamento”*, proprio per tale ragione tutti i corsi finanziati da Forma.Temp sono a titolo gratuito e non prevedono quote di alcun genere a carico dei partecipanti.

Dalla specifica disciplina di settore risulta, quindi, che le agenzie di somministrazione sono tenute a prevedere interventi formativi a favore del personale in somministrazione indipendenti ed ulteriori rispetto a quelli che saranno eventualmente svolti dall'utilizzatore. Conseguentemente la stazione appaltante ben può valutare il piano formativo dell'agenzia nell'ambito dell'offerta tecnica, e prevedere che il relativo costo rimanga a carico del concorrente, trattandosi di attività formativa, che prescinde dal rapporto di somministrazione e dall'utilizzazione dei lavoratori presso l'Azienda Ospedaliera. Si osserva, inoltre, che la stazione appaltante nell'indicare il costo orario per ogni qualifica professionale richiesta ha tenuto conto della disciplina dettata dall'art. 12 del D.Lgs. n. 276/2003 e, difatti, ha precisato che il costo orario è comprensivo, tra l'altro, della quota del quattro per cento destinata al fondo di formazione di cui al citato art. 12 (art. 3 capitolato speciale). In tal modo, quindi, risulta che la stazione appaltante ha già previsto di contribuire a sostenere gli interventi di formazione di cui trattasi, si ripete, ulteriori e distinti rispetto a quelli che eventualmente programmerà l'Azienda Ospedaliera.

Ciò posto si rileva che, come evidenziato dalla Tampor spa, la stazione appaltante ha disciplinato il criterio in esame – ma lo stesso si può dire a proposito del criterio relativo alle Proposte migliorative – in termini assolutamente generici, finendo così col violare i principi di pubblicità, trasparenza ed effettiva concorrenzialità. Sul punto appare decisiva la sentenza del 24 gennaio 2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si ribadisce che *“tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici”*.

A ben vedere ciò non si riscontra nella procedura concorsuale di che trattasi, in quanto la stazione appaltante ha indicato solamente che *“sarà oggetto di valutazione la descrizione dei singoli strumenti formativi (analisi del fabbisogno formativo, tipologie delle attività formative, soggetti coinvolti, sistema di monitoraggio, ipotesi di contenuti e la loro articolazione nell'ambito di attività formative messe a disposizione del personale in somministrazione)”*, ma non ha specificato il peso da attribuire ai singoli elementi su citati nell'ambito del punteggio massimo attribuibile alla formazione del personale. Né tale attività può essere legittimamente compiuta dalla Commissione di gara, stante la previsione dell'art. 83, comma 4, del Codice dei Contratti pubblici, che *“sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei*

*criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (...). In sintesi e conclusivamente può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, elencati a titolo esemplificativo dalla lett. a) alla lett. n), precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi (...). La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. La direzione verso la quale giurisprudenza e legislatore si sono mossi è stata, dunque, quella di restringere al massimo, per quanto possibile, gli spazi di libertà valutativa delle offerte da giudicare con il metodo del criterio economicamente più vantaggioso. Da non sottacere, peraltro, la successiva abrogazione della disposizione che alla Commissione affidava la sola definizione dei cd. criteri motivazionali (TAR Lazio Roma, Sez. II quater, n. 987 del 2.2.2011).*

Si osserva, infine, che la documentazione di gara in merito agli elementi di valutazione dell'offerta tecnica appare contraddittoria, in quanto il capitolato speciale all'art. 4 contempla come voci valutabili: - tempestività nella proposizione e sostituzione del personale (10 punti), - formazione del personale (25 punti), - proposte migliorative (25 punti), mentre nel disciplinare di gara è prevista anche la descrizione del sistema organizzativo aziendale, alla quale però non viene attribuito alcun punteggio. Al fine di evitare possibili conflitti interpretativi e controversie sul punto, la stazione appaltante avrebbe dovuto indicare in maniera univoca gli elementi di valutazione ed il loro relativo punteggio, ma ciò non è avvenuto nel caso in esame.

Quanto alla terza doglianza, concernente la modalità di formulazione dell'offerta economica in relazione al rischio di impresa derivante da possibili assenze del lavoratore, si richiama la deliberazione n. 42 del 23 marzo 2011 dell'Autorità, la quale, dopo aver indicato le peculiarità dell'istituto della somministrazione del lavoro e gli obblighi contrattuali delle parti, fissati dagli artt. 23 e 21 del D.Lgs n. 276/2003, ha ritenuto che *“quanto al rapporto tra somministratore ed utilizzatore nelle ipotesi in cui sussista una causa di sospensione, in assenza di un'ulteriore specifica previsione normativa si possono condividere le conclusioni della dottrina, secondo la quale esso può essere liberamente disciplinato dal contratto di somministrazione. Pertanto, all'esito dell'esame della legislazione che disciplina la materia, si ritiene che nulla osti a che il rischio di assenteismo sia posto a carico dell'agenzia, la quale comunque può considerare questo elemento ai fini del calcolo della tariffa da offrire.* D'altra parte, al fine di agevolare la formulazione dell'offerta, ben potrebbe la stazione appaltante indicare un dato approssimativo relativo alle assenze dalla stessa registrate negli anni precedenti.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la previsione di cui al punto III.2.3) del bando di gara è conforme alla disciplina di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006;

- le modalità di valutazione degli elementi dell'offerta tecnica non risultano conformi all'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006;

- le disposizioni degli artt. 3 e 10 del capitolato speciale di appalto sono conformi alla specifica disciplina di settore che regola il contratto di somministrazione di lavoro.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito