

PARERE N. 157 del 27/9/2012

PREC 145/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Tempor S.p.A.– “Somministrazioni di lavoro a tempo determinato”. Importo a base d'asta €350.000,00 – S.A.: C.T.M. – Consorzio Trasporti Mobilità S.p.A..

Trattenuta dello 0.50% ex art. 4 d.P.R. 207/2010 a garanzia pagamento degli oneri contributivi. Applicabilità appalti di servizi e appalti servizi di somministrazione di lavoro. Non coincidenza disposizioni art. 113 D.Lgs. 163/2006 e art. 5 co. 2 lett. c) D.Lgs. 276/2003. Netto d'imposta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 31 maggio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società Tempor S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'art. 5 del Capitolato Speciale della gara di cui in oggetto, in relazione all'applicabilità dell'art. 4 del D.P.R. 207/2010 (“*Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva dell'esecutore e del subappaltatore*”).

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 giugno 2012, non pervenivano memorie da parte della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'art. 5 del Capitolato Speciale di gara che sotto la rubrica “Pagamenti” stabilisce che “Ai sensi di quanto disposto dall'art. 4 del d.P.R. 207/2010, sull'importo netto dell'importo indicato in fattura è operata una ritenuta dello 0,50%; le ritenute saranno svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo la verifica di conformità”.

L'art. 4 cit. stabilisce che “1. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'esecutore, il subappaltatore e i soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 118, comma 8, ultimo periodo, del codice devono osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione assistenza, contribuzione e retribuzione dei lavoratori. 2. Nelle ipotesi previste dall'articolo 6, commi 3 e 4, in caso di ottenimento da parte del responsabile del procedimento del documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più

soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, il medesimo trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza. Il pagamento di quanto dovuto per le inadempienze accertate mediante il documento unico di regolarità contributiva e' disposto dai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. 3. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni e' operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformita', previo rilascio del documento unico di regolarita' contributiva".

Innanzitutto, dalla lettura della norma, e, quindi, da un punto di vista di mero diritto positivo, non è dato restringere il campo di applicazione della disposizione stessa ai soli appalti di lavori pubblici, posto che tale limitazione non è in essa contemplata, ma al contrario la norma si riferisce - come risulta nel primo comma - a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture. Conseguentemente, in ragione della regola generale "*in claris non fit interpretatio*", non è consentito all'interprete indagare oltre.

Inoltre, la ritenuta dello 0,50% ha la funzione di garantire la regolarità contributiva che verrà verificata in seguito a rilascio del certificato di collaudo o di verifica di conformità, attraverso il documento unico di regolarità contributiva. Tale garanzia non può essere confusa con la garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale prevista dall'art. 113 D.Lgs. 163/2006 che ha la funzione, normativamente prevista dall'ultimo comma dell'art. 113 stesso, di coprire "gli oneri per il mancato od inesatto adempimento" e che cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. Tale garanzia non copre la regolarità contributiva nemmeno nello specifico caso - come quello che qui ricorre - dell'appalto di servizi avente ad oggetto la somministrazione di lavoro, posto che i lavoratori, le cui prestazioni sono oggetto di somministrazione, vengono retribuiti direttamente dal somministratore che assume anche tutti gli oneri contributivi e previdenziali, limitandosi ad inviare i propri dipendenti presso l'utilizzatore che fruirà della prestazione lavorativa (L. 30/2003; D.Lgs. 276/2003). Pertanto, oggetto dell'appalto non è il pagamento della retribuzione e della contribuzione dei dipendenti, ma la prestazione di lavoro fornita dal personale messo a disposizione dal somministratore. In ogni caso, poiché l'art. 23 D.Lgs. 276/2003 stabilisce che "L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali" e, quindi la stazione appaltante potrebbe essere chiamata a corrispondere i predetti trattamenti retributivi e contributivi, la garanzia di cui all'art. 4 cit. si rende vieppiù necessaria.

Inoltre, la garanzia in esame non deve nemmeno essere considerata una duplicazione della garanzia di cui all'art. 5 co. 2 lett. c) D.Lgs. 276/2003 secondo cui "2. Per l'esercizio delle attività di cui all'articolo 20 (Somministrazione di lavoro) ...è richiesta: 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 fideiussione 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". Infatti, la disposizione non mira a garantire l'utilizzatore, che resta comunque obbligato in solido, ai sensi dell'art. 23 cit., e la cui garanzia resta quella di cui all'art. 4 cit.

L'istante pone, poi, una seconda ed ultima questione all'attenzione di questa Autorità. Afferma che la ritenuta dello 0,50% dovrebbe essere effettuata esclusivamente sul margine di agenzia, posto che l'art. 4 cit. stabilisce che "In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni e' operata una ritenuta dello 0,50 per cento". Anche questa domanda non può ritenersi fondata, posto che il legislatore facendo riferimento all'importo netto non si riferisce evidentemente all'utile di impresa, ma all'importo dovuto dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore, al netto d'imposta.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 4 d.P.R. 207/2010 trovi applicazione anche agli appalti di servizi, e, nella fattispecie, all'appalto di servizio di somministrazione di lavoro, e che la trattenuta dello 0,50% a garanzia del pagamento degli oneri contributivi non sia un duplicato delle disposizioni di cui agli artt. 113 D.Lgs. 163/2006 e 5 comma. 2 lett. c) D.Lgs. 276/2003. Inoltre, la trattenuta dello 0,50% deve operarsi al netto d'imposta dell'importo progressivo e non sul mero utile d'impresa.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito