

CHIARIMENTO
N. 1 del 15/01/2013

concernenti procedura Aperta di gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di prestazioni di lavoro a tempo determinato presso l'Azienda Sanitaria Locale N° 5 di Oristano.

In relazione ai quesiti appreso specificati, pervenuti a questa A.S.L., concernenti la procedura d'appalto in oggetto, si espongono i seguenti chiarimenti:

Q.1: *L'art. 2 del Capitolato Speciale prevede che: "Ai fini dell'aggiudicazione della presente gara la percentuale unica di ribasso sull'aggio unitario massimo del 3% dovrà essere applicata e calcolata sui costi orari base con profilo orario settimanale di 6 gg. lavorativi; la medesima percentuale unica dovrà essere applicata anche agli importi orari base con profilo professionale su 5 gg. lavorativi. Gli importi unitari relativi all'aggio massimo soggetto a ribasso (aliquota unica, max 3% a ribasso) sono quelli indicati nella tabella di seguito riportata e nello schema di offerta economica, allegato "A" al presente Capitolato; quelli offerti dovranno essere riportati con arrotondamento alla terza cifra decimale, per difetto se compresa tra 0 e 4, per eccesso se compresa tra 5 e 9 (es. percentuale unica aggio offerto 2,20% su costo orario base di € 14,97 determinerà aggio unitario offerto pari a € 0,33 rispetto al valore non arrotondato di 0,32934)". Dal momento che i costi orari determinati dalla stazione appaltante all'allegato 1 non ricomprendono né l'assenteismo né le festività infrasettimanali, l'aggio massimo attualmente previsto è troppo esiguo e tale da non assicurare la congruità stessa delle offerte. Pertanto, onde garantire sia i lavoratori somministrati che la stessa Amministrazione, in qualità di utilizzatore, rispetto alla corretta corresponsione delle retribuzioni, chiediamo alla stazione appaltante di voler rivedere le disposizioni di gara in questione, magari prevedendo, che le suddette voci di costo siano fatturate a parte, al loro verificarsi, in quanto indennità ad evento. In subordine, qualora l'Ente, non ritenesse condivisibili le nostre considerazioni, gli chiediamo quantomeno di indicare un dato di riferimento per l'assenteismo, cui dovranno attenersi i concorrenti in sede di formulazione delle offerte, in applicazione di quanto statuito dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (Parere n. 102/2011) e così da assicurare il rispetto del principio della par condicio dei concorrenti.*

R. 1: riguardo all'assenteismo questa Stazione Appaltante fa presente che l'art. 40 del Capitolato Speciale prevede che "...L'A.S.L. N. 5 di Oristano corrisponderà, all'Aggiudicatario, la tariffa oraria aggiudicata (composta da retribuzione oraria base (profilo orario su 6 o su 5 gg.), aggio di aggiudicazione e l'Iva dovuta per Legge, quest'ultima calcolata sull'anzidetto aggio) **per le ore effettivamente prestate....**" ; anche l'art. 41 del C.S.A. ("Fatturazione"), ribadisce che "...Le fatture dovranno essere emesse per il **numero complessivo di ore lavorative effettivamente espletate,**". Pertanto, gli eventuali oneri derivanti da tale istituto, saranno interamente a carico dell'Agenzia del Lavoro. Ai fini della formulazione dell'offerta le Agenzie concorrenti

dovranno fare riferimento ai dati inerenti alle percentuali di assenteismo dei dipendenti della ASL 5 di Oristano pubblicati sul sito aziendale www.asloristano.it, sezione trasparenza, a far data anno 2009.

Q.2: Il successivo Articolo 4 del Capitolato prevede... al sub-criterio 2, l'assegnazione fino ad un massimo di ben 20 punti sui 60 complessivamente previsti, per i "Criteri di formazione del personale" in funzione di "Iniziativa formative ultimo triennio (2009/2010/2011) in favore di personale destinato all'inserimento temporaneo nelle Aziende Sanitarie, con riguardo alle metodologie, utilizzate per le attività formative ed alla frequenza delle stesse, in relazione ai diversi livelli di professionalità richiesti nel presente appalto". Anche in questo caso vorremmo richiedere alla stazione appaltante di specificare se oggetto di valutazione saranno le metodologie formative o piuttosto, come sembrerebbe dall'attuale formulazione della *lex specialis*, le precedenti iniziative svolte dai concorrenti, in Aziende Sanitarie. In quest'ultimo caso infatti si configurerebbe l'illegittimità del criterio di valutazione in oggetto. Come ha infatti ben chiarito l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella sua Determinazione del 20 maggio 2009 n. 4, con la quale ha predisposto le linee guida in materia di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ricorrendo al criterio di cui all'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, la stazione appaltante dispone di un ampio margine di discrezionalità tecnica nella scelta dei parametri in base ai quali valutare le offerte. Questa ampia libertà di scelta dell'amministrazione non può però tradursi in una sorta di area franca sottratta ad ogni possibile sindacato, ma deve necessariamente trovare un bilanciamento, al fine di garantire in ogni caso il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi. Infatti, nel caso di specie, la stazione appaltante sembrerebbe aver operato una commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, ritenuta però illegittima dall'ormai consolidata normativa e giurisprudenza, comunitaria e nazionale, in materia di appalti pubblici. Il Consiglio di Stato, così come l'A.v.c.p., ha infatti più volte ribadito l'illegittimità dell'inserimento, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, di un requisito, quale quello delle esperienze simili già maturate nello specifico settore (ex multis C.d..S. sez. V senten. 2716/2009; A.v.c.p, Parere n. 151/2009). Inoltre il riferimento alle sole pregresse esperienze formative maturate nei confronti di Aziende sanitarie, rende le previsioni di gara ulteriormente restrittive e limitative della partecipazione, ancora una volta in violazione dei principi del favor participationis e della par condicio dei concorrenti.

R. 2: l'oggetto di valutazione relativo al parametro qualitativo di cui al sub-criterio 2 concerne le iniziative formative realizzate nell'ultimo triennio (2009/2010/2011) in favore di personale destinato all'inserimento temporaneo nelle Aziende Sanitarie, con particolare riguardo alle metodologie utilizzate per le attività formative ed alla frequenza delle stesse, in relazione ai diversi livelli di professionalità richiesti nel presente appalto; non avendo però previsto, negli atti di gara, vincoli tecnico-soggettivi di ammissione ai fini della partecipazione alla presente gara, anche le Agenzie del Lavoro che non abbiano espletato servizi analoghi a quello presente, presso Aziende Sanitarie, potranno comunque partecipare alla presente procedura. Difatti, l'oggetto di valutazione verterà essenzialmente, sulla dimostrazione, da parte delle Agenzie concorrenti, delle metodologie formative attuate da ciascuna di queste nel triennio 2009-2010-2011, con particolare riguardo alla tipologia di Personale analogo a quello previsto nel presente appalto.

Q.3: L'Articolo 31 del Capitolato "Obblighi dell'Aggiudicatario" prevede poi che "l'ASL 5 di Oristano sarà dunque esonerata da ogni responsabilità per eventuali danni, infortuni o altri eventi pregiudizievoli che per causa non imputabile alla stessa avesse a subire il Personale dell'Agenzia aggiudicataria, nell'esecuzione delle prestazioni, convenendosi a tale riguardo che qualsiasi onere è già compensato e compreso nel corrispettivo del

contratto. L'Agenzia risponderà altresì dei danni alle persone e/o alle cose che avessero a derivare per fatti ascrivibili alla stessa o ai suoi dipendenti nell'esecuzione della fornitura tenendo perciò sollevata ed indenne questa ASL da qualsiasi azione che a riguardo le venisse mossa. A tal fine si specifica che ferma restando la previsione degli articoli 20 e 26 del D. Lgs. n. 276/2003, la cui fattispecie rientra comunque nella vigente copertura assicurativa RCT/RCO stipulata dall'ASL n°5 di Oristano per lo svolgimento delle attività e prestazioni di competenza, a garanzia dei danni causati a terzi dai prestatori di lavoro (personale dipendente e non), la presente clausola costituisce ulteriore garanzia sia per i danni a terzi (persone e/o cose) sia in particolare, per i danni causati nell'esecuzione del contratto all'Azienda Sanitaria che è da considerare terzo rispetto al Somministratore. L'aggiudicatario sarà infine responsabile del buon andamento della fornitura a lui affidata. (...)*. Anche relativamente a tali previsioni vorremmo richiedere alla stazione appaltante di specificare a quali ipotesi si riferisce laddove si parla di "eventuali danni, infortuni o altri eventi pregiudizievoli", nonché di chiarire se le disposizioni in questione riguardano i dipendenti diretti della ditta aggiudicataria o invece i lavoratori somministrati. In quest'ultimo caso infatti, le previsioni della *lex specialis*, sembrerebbero riferirsi erroneamente alla disciplina generale in materia di appalto genuino di cui all'art. 1655 del C.C., ed ignorare del tutto, invece, la particolare e distinta natura contrattuale della somministrazione di lavoro a tempo determinato così come dettata dal nostro legislatore nel 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 trilaterale 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, fermo restando che il potere disciplinare compete al somministratore in qualità di datore di lavoro formale, quanto attiene però 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. . Tale previsione non comporta ovviamente che sia esclusa la responsabilità diretta e solidale del lavoratore, nei confronti del quale l'Amministrazione potrà comunque esercitare l'azione di regresso secondo le regole ordinarie della responsabilità civile ed eventualmente prevedere la stipula di apposite polizze assicurative. Nel senso di escludere però qualsiasi responsabilità per danni arrecati dal lavoratore somministrato nell'esercizio delle sue mansioni nei confronti dell'utilizzatore si veda anche la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 9 del 2007 (articolo 3), la quale, oltre a ribadire tale principio, esclude espressamente la possibilità di richiedere la stipula di polizze assicurative in capo alle agenzie di somministrazione. Tutto quanto sopra illustrato trova infatti 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 ". Occorre inoltre 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 ossequio a quanto espressamente previsto dall'art. 113 del D. Lgs. 163/2006.

R. 3: con riferimento alle ipotesi di *"....eventuali danni, infortuni o altri eventi pregiudizievoli, che per causa non imputabile alla stessa (ASL) avesse a subire il Personale dell'Agenzia aggiudicataria nell'esecuzione delle prestazioni...."* si specifica che, fatto salvo quanto previsto dagli artt. 20 e 26 del D. Lgs. N. 276/2003, qualora l'Agenzia del Lavoro arrechi un danno alla ASL (es. mancata somministrazione di lavoro su richiesta della ASL per cause imputabili alla stessa Agenzia), questa Stazione Appaltante non potrà ritenersi responsabile di eventuali danni alla stessa e/o a terzi arrecati dall'Agenzia del Lavoro; con riferimento alla *"....garanzia dei danni causati a terzi dai prestatori di lavoro...."* si fa riferimento ai lavoratori somministrati per i danni causati al di fuori delle previsioni previste dall'art. 26 del D. Lgs. N. 276/2003, al Personale dell'Agenzia per le eventuali ulteriori ipotesi così come riportato nel precedente esempio.