

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali

AG32/2010

23 settembre 2010

Oggetto: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - servizi di somministrazione di lavoro - corretta interpretazione degli articoli 75 e 113 del D.Lgs. n. 163/2006 Istanza di parere - Interpello n. 487.

In esito a quanto richiesto con nota n. 25/1/0012041 del 9 luglio u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 23 settembre 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesto Ministero ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità - per le valutazioni di competenza - un'istanza di interpello formulata dall'Associazione Alleanza Lavoro (Associazione di categoria delle Agenzie di Lavoro) in ordine al combinato disposto dell'art. 5, comma 2, lettera c) del D.Lgs. n. 276/2003 con gli articoli 75 e 113 del D.Lgs. 163/2006, con relativo schema di risposta elaborato dallo stesso Dicastero.

L'Associazione istante chiede, in particolare, se un'interpretazione sistematica delle norme sopra richiamate, possa condurre a ritenere assolto l'obbligo del versamento della cauzione definitiva previsto dall'art. 113 del Codice, mediante deposito delle somme contemplate nell'art. 5, comma 2, lettera c) del D.Lgs. 276/2003.

Al riguardo, nello schema di risposta redatto dal Ministero del Lavoro, viene chiarita la differente funzione assegnata dal Legislatore alle garanzie in parola - quelle contemplate nel Codice, legate all'esecuzione di contratti pubblici, quella prevista dall'art. 5 del D.Lgs. 276/2003, richiesta invece per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività propria delle Agenzie di somministrazione - concludendo, quindi, per il mantenimento dei distinti ambiti applicativi delle medesime.

Il suindicato orientamento appare condivisibile.

Occorre rilevare, infatti, che il D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e s.m., contenente l'attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla legge 14 febbraio 2003 n. 30, disciplina (tra l'altro) il regime di autorizzazione per i soggetti che svolgono attività di somministrazione di lavoro, di intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale (artt. 4 e seguenti) e regola l'istituto della somministrazione di lavoro (artt. 20 e seguenti), sanzionando l'intermediazione abusiva e non autorizzata (art. 18, 27 e 28).

Come si evince dalla disciplina recata dal citato D.Lgs. 276/2003 [peraltro illustrata nelle circolari del Ministero istante n. 7/2005 e n. 7/2008; quest'ultima dedicata alle modifiche recate dalla Legge n. 247/2007], la somministrazione di lavoro, si caratterizza per il coinvolgimento di tre soggetti: il lavoratore, l'utilizzatore, il somministratore. Per effetto di tale contratto, concluso quindi tra somministratore ed utilizzatore, i lavoratori somministrati rimangono alle dipendenze di quest'ultimo, ma le loro prestazioni sono rivolte a favore dell'azienda utilizzatrice. Gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi e assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, sono a carico del somministratore, sebbene entrambi i soggetti sono in solido responsabili per i trattamenti retributivi e previdenziali dovuti al lavoratore. La norma in esame statuisce inoltre che il somministratore deve essere un soggetto all'uopo autorizzato e, pertanto, assegna tale ruolo alle Agenzie per il lavoro che, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 276/2003, devono essere iscritte in apposito albo (articolato in cinque sezioni) presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Ai fini di tale iscrizione e con precipuo riferimento alle attività di cui all'art. 20 del medesimo decreto legislativo (somministrazione di lavoro), l'art. 5, comma 2, lett. c) richiede alle Agenzie "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".

Le somme contemplate in tale ultima disposizione, è evidente, sono richieste alle Agenzie per il lavoro ai (soli) fini dell'iscrizione nell'albo di riferimento e con il precipuo scopo di garantire i "crediti dei lavoratori impiegati e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali". Tale deposito, assolve - dunque - alla funzione primaria di garanzia dei crediti retributivi e contributivi dei lavoratori.

Diversa è, invece, la finalità assegnata dal legislatore alle garanzie previste nel D.Lgs. n. 163/2006.

Come noto, infatti, la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del Codice garantisce la serietà dell'offerta e, dunque, la correttezza del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara. Dispone, infatti, il comma 6 della norma de qua che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ...". Detta garanzia rappresenta, dunque, (salvo prova di maggior danno) una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.

La cauzione definitiva invece - contemplata nell'art. 113 del Codice - copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e viene, dunque, prestata a garanzia di tutte le obbligazioni - anche accessorie - del contratto d'appalto. Pertanto tale garanzia copre anche gli inadempimenti derivanti dall'inosservanza delle norme e delle prescrizioni dei contratti collettivi, nonché la violazione di quelle disposizioni poste a tutela, protezione sicurezza, assistenza ed assicurazione dei lavoratori (come anche precisato nel nuovo regolamento attuativo). E' quanto può evincersi anche dalla determinazione dell'Autorità n. 7/2004, a tenore della quale "la garanzia de qua garantisce, dunque, l'adempimento di tutte le obbligazioni dedotte in contratto e perciò anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'Amministrazione è comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale".

Occorre sottolineare, peraltro, che l'ammontare della cauzione definitiva è strettamente legato alle condizioni di aggiudicazione, in quanto calcolato in base all'importo contrattuale ed al ribasso offerto in sede di gara, secondo il meccanismo indicato nel comma 1 dell'art. 113 del Codice; disposizione che definisce analiticamente anche le modalità di presentazione della garanzia stessa.

La descrizione che precede mostra, dunque, che le garanzie previste dal D.Lgs. n. 163/2006 sono strettamente collegate al procedimento di scelta del contraente e di esecuzione dei contratti pubblici ed analiticamente disciplinate dalla normativa di settore, la quale non sembra contemplare deroghe in materia.

Caratteristiche simili (settorialità, specificità, inderogabilità) si rinvengono anche per la garanzia di cui all'art. 5, comma 2, lett.c) del D.Lgs. 276/2003 che, come visto, è espressamente richiesta alle Agenzie di lavoro ai fini dell'iscrizione nell'albo ministeriale di riferimento ed assolve la precipua e preminente funzione di garanzia dei crediti dei lavoratori.

Si tratta in definitiva di ambiti operativi ben distinti che sembrano escludere - ex lege - l'estensione di una delle garanzie nell'ambito applicativo delle altre.

Si ritiene, pertanto - con ciò concordando con il Ministero interessato - che la prestazione della garanzia ex art. 5, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 276/2003 non possa assolvere alla funzione espletata dalla cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice, trattandosi di istituto operante in un settore differente da quello dei contratti pubblici e con finalità distinte e separate da quelle previste per le garanzie contemplate nel D.Lgs. n. 163/2006.

A differenti conclusioni non si perviene ove si ritenga che l'appalto in questione (servizi di somministrazione di lavoro) rientri tra i servizi ricompresi nell'Allegato IIB e, dunque, soggetto alla disciplina di cui all'art. 20 del Codice.

Infatti, anche se ai sensi della suindicata disposizione, per tali servizi trovano applicazione le sole disposizioni del Codice ivi richiamate (fatto salvo il disposto dell'art. 27), ciò non toglie tuttavia che le garanzie in argomento restino disciplinate in maniera differente e che l'una non possa sostituire l'altra.

A ciò si aggiunga che la stazione appaltante può comunque prevedere, negli atti di gara, l'applicazione di disposizioni del Codice ulteriori rispetto a quelle previste nell'art. 20. L'Autorità ha più volte affermato tale principio, statuendo, in particolare che la stazione appaltante è tenuta comunque ad applicare, nell'aggiudicazione dei servizi ricompresi nell'Allegato IIB, anche le norme del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, sebbene non richiamate nell'art. 20 dello stesso decreto legislativo, siano state espressamente inserite nel bando o comunque negli atti di gara, poiché in questo caso la P.A. si "autovincola" al rispetto delle stesse norme (in tal senso, deliberazioni n. 4/2010, n. 36/2009, n. 10/2009, n. 7/2009).

Avv. Giuseppe Busia