

Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni

Circolare n. 9 del 1 agosto 2007

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
Segretariato generale
Roma

Alle Amministrazioni dello Stato
anche ad ordinamento autonomo
Loro Sedi

Al Consiglio di Stato
Ufficio del Segretario generale
Roma

Alla Corte dei Conti
Ufficio del Segretario generale
Roma

All'Avvocatura generale dello Stato
Ufficio del Segretario generale
Roma

Alle Agenzie
Loro Sedi

All'ARAN
Roma

Agli Enti pubblici non economici
(tramite i Ministeri vigilanti)
Loro Sedi

Agli Enti pubblici

(ex art. 70 del D.Lgs n. 165/01)
Loro Sedi

Agli Enti di ricerca
(tramite i Ministeri
vigilanti)
Roma

Alle Istituzioni universitarie
(tramite il Ministero
dell'Università e della ricerca)
Roma

Alle Camere di Commercio Industria Agricoltura e Artigianato
(tramite il Ministero dello Sviluppo Economico)

Alla Scuola Superiore della Pubblica
Amministrazione
Roma

e p. c. Alla Conferenza dei Rettori delle Università italiane

All'Unioncamere

Alla Conferenza dei Presidenti delle Regioni

All'ANCI

All'UPI

OGGETTO: somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni.
Determinazione dei costi del personale in somministrazione.

Premessa

Le pubbliche amministrazioni ricorrono sempre più di frequente a contratti di somministrazione a tempo determinato in considerazione del favor dimostrato dal legislatore verso tale tipologia contrattuale a seguito della modifica apportata all'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 dal decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4, convertito dalla legge 9 marzo 2006, n. 80.

Ciò considerato appare opportuno fornire i necessari indirizzi alle pubbliche amministrazioni che stipulano tali contratti, in particolare per quanto concerne la corretta individuazione del costo dei singoli lavoratori, l'imputazione degli obblighi risarcitori per danni causati dal lavoratore somministrato e gli obblighi di sicurezza.

Preliminarmente si ricordano sinteticamente le caratteristiche del contratto di somministrazione.

Il contratto intercorre fra l'amministrazione utilizzatrice e l'agenzia di somministrazione mentre l'unica relazione contrattuale che coinvolge direttamente il lavoratore somministrato è costituita dal rapporto di lavoro subordinato che si instaura fra questi e l'agenzia, rapporto che può essere a tempo determinato o indeterminato e che non rileva ai fini della somministrazione ad una pubblica amministrazione.

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.

In primo luogo l'articolo 22, comma 5, del decreto citato chiarisce che i lavoratori somministrati non sono computati nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, ad eccezione di quelle relative alle materie dell'igiene e sicurezza del lavoro.

Si ricorda, inoltre, che il lavoratore somministrato, sebbene sia inserito funzionalmente all'interno della struttura dell'amministrazione, trova nell'agenzia di somministrazione il suo formale datore di lavoro.

1. Trattamento economico dei lavoratori somministrati: il principio di parità di trattamento.

Per quanto concerne il trattamento economico spettante ai lavoratori somministrati l'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo n. 276 del 2003 stabilisce che i medesimi hanno diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. La norma, dunque, afferma un principio di assoluta parità di trattamento non solo economico, e cioè concernente il trattamento retributivo erogato, ma anche normativo, concernente cioè la disciplina che regola nel suo complesso il rapporto di lavoro. E ciò con l'evidente *ratio* di evitare ogni forma di sfruttamento del lavoratore da parte delle agenzie di somministrazione o delle imprese utilizzatrici.

Quanto al significato di "trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore" occorre precisare che la parità di trattamento deve essere connessa non ai singoli aspetti della retribuzione, bensì all'insieme del trattamento stesso. Mutuando i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di individuazione dei trattamenti di miglior favore (nell'ambito della problematica del raffronto tra la disciplina legale e collettiva inderogabile ed eventuali accordi collettivi o individuali), può affermarsi che il carattere più o meno favorevole dell'una o dell'altra disciplina deve essere accertato con riferimento non già al solo trattamento economico globalmente previsto od alle singole clausole del contratto, bensì alla disciplina complessiva dei singoli istituti contrattuali.

Nella determinazione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione dei programmi concordati tra le parti o collegati alle attività dell'amministrazione (si veda al riguardo quanto previsto dall'articolo 23, comma 4, prima parte) e dei trattamenti relativi al rapporto, quali l'orario, le ferie, la malattia ecc., le amministrazioni dovranno fare riferimento alla disciplina contrattuale per esse applicabili. Vanno, inoltre, espressamente estesi i servizi sociali ed assistenziali di cui beneficiano i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, con esclusione di quelli il cui godimento sia condizionato all'adesione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio (articolo 23 comma 4, seconda parte).

La tutela del lavoratore somministrato è inoltre garantita, sul piano della effettività, attraverso la previsione della natura solidale della obbligazione retributiva e contributiva sancita dall'articolo 23, comma 3. Tale norma è rafforzata dalla previsione di cui all'articolo 21, comma 1, lettera K, che sancisce che nel contratto di somministrazione l'utilizzatore debba assumersi espressamente l'obbligo di versare direttamente al lavoratore il trattamento economico nonché di versare i contributi previdenziali dovuti in caso di inadempimento del somministratore, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Il principio della solidarietà comporta che l'amministrazione, indipendentemente dallo schema di ripartizione degli obblighi tra il somministratore e l'utilizzatore, stabilito dalla disciplina sulla somministrazione, può essere direttamente chiamata dal lavoratore somministrato a rispondere in caso di inadempimento del somministratore, salva ovviamente la possibilità di rivalsa sul

somministratore - debitore principale. Inoltre, la chiara formulazione dell'articolo 23, comma 3, esclude che l'amministrazione possa opporre al lavoratore che eserciti nei propri confronti il credito retributivo o previdenziale la necessità di provare l'inadempimento dell'agenzia di somministrazione (c.d. *beneficium excussionis*), dovendosi, in mancanza di espressa previsione legislativa, applicare la regola generale sulla solidarietà passiva di cui all'articolo 1292 c.c..

Alla luce di quanto evidenziato appare opportuno che le amministrazioni utilizzatrici inseriscano nel bando di selezione dell'agenzia e nel capitolato speciale d'appalto strumenti che consentano all'amministrazione utilizzatrice di verificare la regolarità e la correttezza dell'erogazione dei trattamenti retributivi e dei versamenti contributivi, sempre in considerazione della responsabilità solidale prima richiamata.

2. Costo del lavoro e determinazione del prezzo del contratto di prestazione di servizi

Per quanto concerne il costo del personale in somministrazione occorre evidenziare la necessità che le amministrazioni procedano ad una sua esatta individuazione nella fase precedente alla stipula del contratto con l'agenzia di somministrazione. Ciò in quanto tale elemento costituisce il parametro indispensabile ad una corretta valutazione economica delle offerte presentate, ma anche al fine di circoscrivere la scelta fra quelle agenzie che sono effettivamente in grado di fornire il servizio richiesto senza pregiudizio per i lavoratori somministrati.

La stima del costo avviene attraverso una puntuale individuazione delle voci retributive spettanti alle singole posizioni (area o categoria e posizione economica), da ricoprire, con riferimento alle disposizioni contrattuali vigenti, tenendo conto anche delle voci accessorie che sono stabilite nei contratti integrativi delle singole amministrazioni. Rispetto a tali ultime voci occorre individuare una media annua di tutte le remunerazioni in relazione alla quale stabilire il prezzo da stipulare con l'agenzia di somministrazione e, conseguentemente, la retribuzione effettiva da corrispondere ai lavoratori, anche in considerazione della natura solidale della obbligazione retributiva e contributiva sancita dalla legge e in precedenza sottolineata.

Il calcolo può essere effettuato secondo il seguente schema:

1. voci derivanti dall'applicazione del contratto collettivo di categoria (retribuzione oraria, ex festività, permessi retribuiti, ferie, tredicesima mensilità, ratei trattamento fine rapporto, oneri assicurativi contributivi, ecc..), tenuto conto che la base per la contribuzione previdenziale deve essere calcolata non sulla base del contratto collettivo applicato dall'ente utilizzatore, bensì su quello delle agenzie per il lavoro;

2. voci derivanti dall'applicazione di contratti decentrati integrativi (ad esempio: servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, compensi incentivanti la produttività);
3. voci previste direttamente dalla normativa che disciplina il contratto di somministrazione e che rappresentano degli oneri di costo aggiuntivi rispetto ai lavoratori diretti (articolo 12, commi 1 e 2, decreto legislativo n. 276 del 2003).

Al riguardo dovrà tenersi conto dei possibili scostamenti dal costo, individuato con le modalità sopra evidenziate, dovuti ai rinnovi contrattuali. In caso contrario il prezzo convenuto con l'agenzia di somministrazione dovrà essere aggiornato, secondo quanto disposto dall'articolo 115 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Pertanto, sarà necessario considerare la possibilità di modificare il prezzo contrattuale sia in ragione dei mutamenti del costo del lavoro, legati ai miglioramenti contrattuali, prevedendone un costante aggiornamento, che in ragione della revisione del margine d'agenzia prevista dalla disposizione sopra richiamata la quale impone a tutte le pubbliche amministrazioni che contrattano con i privati di inserire nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa la previsione di una clausola di revisione del prezzo.

3. Responsabilità per danni causati dal lavoratore somministrato

Per quanto concerne la responsabilità per danni si ricorda che i lavoratori somministrati sono dipendenti dell'agenzia e, pertanto, non appare possibile che ai medesimi siano affidati compiti di gestione di strutture, intendendosi con ciò anche il coordinamento di personale dipendente dell'amministrazione o compiti di rappresentanza dell'amministrazione.

Infatti l'articolo 28 della Costituzione stabilisce che: *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici”*. La disposizione è diretta a garantire al cittadino una adeguata tutela dei diritti ad esso riconosciuti quando sia in rapporti con la pubblica amministrazione, costituendo tale garanzia un interesse preminente dell'ordinamento, prevedendo, dunque, l'attribuzione di una responsabilità diretta in capo all'amministrazione per gli atti compiuti dai funzionari, sotto il profilo penale, che è sempre personale, sotto il profilo civile, ed amministrativo, cioè in caso di violazione di obblighi amministrativi cui l'ordinamento collega l'irrogazione di sanzioni amministrative.

Nel caso in cui il funzionario adotti atti in violazione di diritti la responsabilità civile viene estesa all'amministrazione. La dottrina prevalente, ed una consolidata giurisprudenza ritengono che la responsabilità per fatto proprio del pubblico funzionario costituisca una forma di responsabilità diretta della pubblica amministrazione in forza del rapporto di immedesimazione organica che intercorre

fra i due soggetti, in quanto la prima agisce per mezzo dei secondi. Ne risultano collegate, dunque, le diverse tipologie di responsabilità civile contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale, nonché la responsabilità patrimoniale e quella contabile, quali tipologie di responsabilità interna del funzionario nei confronti dell'amministrazione.

Per quanto attiene al tema della responsabilità per danni arrecati a terzi dal lavoratore somministrato nell'esercizio delle sue mansioni, intendendosi per terzo qualsiasi soggetto diverso dal lavoratore somministrato e dalla pubblica amministrazione utilizzatrice l'articolo 26 del decreto legislativo, che si applica anche alle pubbliche amministrazioni, pone la relativa responsabilità civile in capo all'utilizzatore in quanto si avvale della prestazione del lavoratore, e pertanto quale "datore di lavoro sostanziale", in deroga alla previsione generale contenuta nell'articolo 2049 del codice civile. Ciò non comporta, tuttavia, che sia esclusa la responsabilità diretta e solidale del lavoratore ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, nei confronti del quale l'amministrazione può esercitare l'azione di regresso secondo le regole ordinarie della responsabilità civile.

Ciò considerato le amministrazioni potranno, a garanzia della responsabilità amministrativa e contabile, stipulare apposite polizze assicurative. Conseguentemente deve ritenersi esclusa la possibilità di richiedere la stipula di tali polizze assicurative in capo alle agenzie di somministrazione e, pertanto, la medesima non può essere valutata quale requisito per l'accesso alle procedure di gara.

4. Sicurezza e dotazione dei mezzi di prevenzione.

Per quanto concerne gli obblighi inerenti la sicurezza e la salute del lavoratore questi sono ripartiti fra agenzia e utilizzatore, secondo la previsione contenuta nell'articolo 23, comma 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003. La norma stabilisce che gli obblighi di formazione e di informazione gravano sul somministratore che è il "formale datore di lavoro", salva diversa ed espressa pattuizione nell'ambito del contratto di somministrazione, che può dunque prevedere che tali obblighi siano direttamente posti a carico dell'utilizzatore. L'utilizzatore ha inoltre l'obbligo di informare e garantire i lavoratori per quanto riguarda la sorveglianza medica e i rischi specifici, oltre che di dotarli dei relativi dispositivi di protezione individuale ove adottati per gli altri lavoratori. Sarà comunque l'amministrazione utilizzatrice a rispondere in caso di violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi.

Al riguardo le amministrazioni provvederanno ad inserire negli atti di gara una specifica clausola che espressamente declini la duplice responsabilità sulla sicurezza come sancito dall'articolo sopra richiamato.

IL MINISTRO
PER LE RIFORME E LE INNOVAZIONI
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE