

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il CONTRIBUTO DEI COMPONENTI dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Approfondimento sul contratto di somministrazione nelle pubbliche amministrazioni anche sulla base degli interventi operati dal decreto legislativo n.24 del 2 marzo 2012 <http://www.dplmodena.it/leggi/24-2012%20DLvo.pdf> relativo all'attuazione della direttiva 2008/104/CE, sul lavoro tramite agenzia interinale pubblicato sulla G.U. n. 69 del 22/03/2012¹.

L'Unione Europea ha scelto lo strumento della direttiva al fine di armonizzare i diversi ordinamenti degli Stati membri così da promuovere il completamento del mercato interno attraverso un miglioramento della vita e delle condizioni dei lavoratori nella Comunità europea; «Ciò avverrà mediante il ravvicinamento dei diversi ordinamenti in tali condizioni, soprattutto per quanto riguarda forme di lavoro come lavoro a tempo determinato, contratto di lavoro a tempo parziale, contratto mediante un'agenzia di lavoro interinale e il lavoro stagionale» (v. considerando 2 della direttiva). Secondo l'Unione il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche al bisogno dei dipendenti di conciliare vita professionale e vita privata e può validamente contribuire alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione e integrazione nel mercato del lavoro (v. considerando 11 della direttiva).

Il decreto 276 del 2003 e successive modifiche, con particolare riguardo a quelle introdotte dal recente decreto legislativo del 2 marzo 2012, n. 24 disciplina, tra l'altro, la materia del contratto di somministrazione di lavoro applicabile, entro determinati limiti e vincoli, anche alla pubblica amministrazione. Infatti, anche se l'art. 1, comma 2 del predetto d.lgs. n. 276 escluda espressamente le pubbliche amministrazioni e il loro personale dall'applicazione della disciplina della c.d. "legge Biagi", il successivo articolo 86, comma 9, del medesimo decreto ha previsto espressamente che la somministrazione di lavoro trova applicazione anche alla P.A. limitatamente ai contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Si tratta di una delle norme c.d. di raccordo che consentono quindi l'applicazione di molti istituti della legge alla pubblica amministrazione.

Si ricorda che le politiche di contenimento della spesa per il personale nella P.A. previste dalle varie leggi finanziarie ma anche dai recenti interventi in tema di spending review, in cui rientra la riduzione delle assunzioni a tempo indeterminato, hanno determinato il ricorso all'utilizzo sempre più frequente dei contratti di somministrazione di lavoro temporaneo o di altre forme flessibili di reclutamento in considerazione del favore dimostrato dal legislatore verso tali tipologie contrattuali anche a seguito delle diverse modifiche apportate all'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e nonostante i vari interventi legislativi sui limiti di spesa.

Il provvedimento in commento estende il livello di tutela dei lavoratori somministrati, anche attraverso l'introduzione della definizione del contratto di lavoro somministrato, il

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0009:0014:IT:PDF>

riconoscimento di condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori somministrati non inferiori a quelle di lavoratori occupati presso l'utilizzatore, l'introduzione di un più chiaro ed esaustivo apparato sanzionatorio.

Rispetto alle altre forme flessibili di impiego, quali il contratto a termine o i contratti di formazione e lavoro, la somministrazione di lavoro, di norma, non richiede l'effettuazione delle procedure selettive pubbliche e neppure la formazione iniziale del lavoratore e permette di acquisire rapidamente risorse umane già formate per fronteggiare situazioni contingenti.

Se si guardano i dati del Conto Annuale – degli anni 2008, 2009 e 2010, si evidenzia come nella Pubblica Amministrazione il personale utilizzato con contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato è aumentato del 15,1% e i settori maggiormente interessati sono stati gli Enti appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale e gli Enti pubblici non economici che nel 2010 sono arrivati a raddoppiare le unità annue già impiegate nel 2009, derogando di fatto ai limiti imposti (di norma il 7%) dai rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro.

Le recenti modifiche introdotte nella materia dal d.lgs. n. 24/2012, da un lato, rappresentano un adempimento previsto dalla normativa comunitaria e nazionale² dall'altro, introducono alcuni elementi di novità, chiarimenti e di approfondimento della disciplina vigente.

Su questa materia come sul complesso delle forme flessibili di reclutamento, l'Ufficio Studi tornerà ad occuparsi al momento della concreta attuazione delle recenti riforme del lavoro.

L'articolo 2 del d.lgs. n. 24/2012, nel modificare l'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, conferma la natura contrattuale del rapporto di somministrazione che ha come oggetto la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato e determinato, ai sensi dell'articolo 20 del medesimo d.lgs, a seguito dell'esito di una procedura ad evidenza pubblica, quindi di una specifica gara finalizzata all'individuazione di un'Agenzia di somministrazione per la realizzazione di un determinato servizio.

Quando si parla di somministrazione ci si riferisce alla stipula di due distinti contratti:

1) un contratto di lavoro stipulato tra il somministratore e il lavoratore che è disciplinato dal d.lgs. n. 368/2001 e successive modifiche (ci si trova nell'ambito del contratto di lavoro a termine);

2) un contratto di somministrazione, stipulato tra l'utilizzatore e il somministratore di natura tipicamente commerciale di prestazioni di servizi il cui oggetto è costituito dalla fornitura di prestazioni lavorative.

Si è di fronte ad una fattispecie complessa o a formazione progressiva che prevede il coinvolgimento di tre soggetti: il somministrato, l'utilizzatore e il lavoratore. In seguito a questo contratto l'Agenzia di somministrazione si obbliga a mettere a disposizione dell'utilizzatore uno o più lavoratori, suoi dipendenti, che sono inseriti nella struttura organizzativa dell'amministrazione utilizzatrice svolgendo la propria attività nell'interesse di questi. La prestazione lavorativa così effettuata presenta i tipici contenuti del lavoro

² Direttiva 2008/104/CE del Parlamento e del Consiglio europeo del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale e recepita dalla legge comunitaria 4 giugno 2010, n. 96, recanti disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria per il 2009, e in particolare gli articoli 1 e 2 e l'allegato B.

subordinato, con il conseguente esercizio del potere direttivo da parte dell'utilizzatore nei confronti del lavoratore somministrato, anche se questi rimane dipendente dell'Agenzia di somministrazione.

Il lavoratore somministrato:

1. svolge, per tutta la durata della somministrazione, la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (art. 20, comma 2, d.lgs. n. 276/2003);

2. non è calcolato nella dotazione organica dell'utilizzatore per l'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo poiché lo stesso lavoratore non è dipendente dell'amministrazione-utilizzatrice;

3. è inserito funzionalmente all'interno della struttura dell'amministrazione ma l'agenzia di somministrazione è il suo formale datore di lavoro.

Il presupposto per il ricorso a tale contratto, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, è individuato "*nelle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*".

L'articolo 36 del d.lgs. n. 165/2001, disciplinando le forme flessibili di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, afferma che il ricorso a tali forme d'impiego di manodopera deve essere il risultato di un'attenta analisi condotta sugli effettivi fabbisogni di personale per sopperire a esigenze funzionali organizzative temporanee ed eccezionali presenti presso la stessa amministrazione, compatibilmente con i costi da sostenere nel rispetto dei limiti e dei vincoli di bilancio argomenti molto importanti se si pensi agli stringenti vincoli sulla spesa pubblica previsti dalle recenti normative

L'articolo 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 ha previsto che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, nonché per le esigenze temporanee indicate dalle clausole dei vigenti CCNL. Rispetto alla normativa precedente ex legge n. 196/1997, ora abrogata, è venuto meno il limite del ricorso alla somministrazione di lavoro solo per far fronte a esigenze di carattere temporaneo o eccezionale. Il decreto n. 276 afferma che per l'utilizzo della somministrazione è sufficiente che sussista una ragione di carattere oggettivo, cioè una ragione effettiva e comprovante, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore.³

L'articolo 4, comma 1 lettera c), del d.lgs. n. 24/2012, nell'aggiungere all'articolo 20 il comma 5-*quater*, ha previsto una deroga alle suindicate ragioni di utilizzo del contratto di somministrazione a tempo determinato nelle ulteriori ipotesi individuate dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro. I CCNL, nei diversi comparti del pubblico impiego, possono disciplinare tutti i casi in cui la somministrazione può essere utilizzata per fronteggiare specifici fabbisogni temporanei riguardanti determinate professionalità. L'articolo 2 del CCNL del 14/9/2000, ad esempio, relativo al personale appartenente al Comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali ha previsto che i contratti di

³ Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 7 del 22/2/2005

fornitura di lavoro temporaneo possono essere stipulati dalle Regioni e dagli enti locali per consentire la temporanea utilizzazione di professionalità non previste nell'ordinamento dell'amministrazione ovvero in presenza di eventi eccezionali e motivati non considerati in sede di programmazione dei fabbisogni o per la temporanea copertura di posti vacanti, per un periodo massimo di 60 giorni e a condizione che siano state avviate le procedure per la loro copertura; ovvero per l'acquisizione di profili professionali non facilmente reperibili o comunque necessari a garantire standard definiti di prestazioni, in particolare nell'ambito dei servizi assistenziali

Nel comparto degli enti pubblici non economici l'articolo 35 del CCNL stipulato in data 14/2/2001 ha previsto che la somministrazione di lavoro può essere utilizzata per particolari fabbisogni professionali connessi all'attivazione ed all'aggiornamento di sistemi di controllo di gestione e di elaborazione di manuali di qualità e carte dei servizi nonché per soddisfare specifiche esigenze di supporto tecnico nel campo della prevenzione e sicurezza degli ambienti di lavoro, purché l'autonomia professionale e le relative competenze siano acquisite dal personale in servizio entro e non oltre quattro mesi.

Nel comparto degli enti di ricerca, l'articolo 22 del CCNL stipulato in data 21/2/2001 (normativo 1998 - 2001 economico 1998 - 1999) ha stabilito che il ricorso al lavoro temporaneo deve essere fatto nel rispetto dei divieti posti dalla vigente disciplina legislativa, per soddisfare esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica, o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità di reclutamento ordinario, previste dallo stesso D. Lgs. n. 165/2001 e deve essere improntato all'esigenza di contemperare l'efficienza operativa e l'economicità di gestione.

Di norma nei vari contratti, è previsto che il numero dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo non possa comunque superare il tetto del 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso l'ente, arrotondato, in caso di frazioni, all'unità superiore. Diventa quindi fondamentale per ogni amministrazione procedere ad un'attenta analisi dei fabbisogni e l'individuazione delle professionalità da coprire attraverso questa tipologia di lavoro flessibile.

Le amministrazioni pubbliche per la stipula del contratto di somministrazione con l'Agenzia di somministrazione devono agire nel rispetto dei principi generali che regolano l'azione amministrativa e quindi dei principi che regolano il procedimento amministrativo. Innanzitutto, ai sensi dell'articolo 19, comma 1 lett. e) del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni, il citato codice non si applica ai contratti pubblici concernenti contratti di lavoro. Ai contratti di somministrazione si applica l'articolo 27 del citato d.lgs. n. 163/2006, secondo cui l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del citato codice, tra cui rientrano quelli concernenti i contratti di lavoro, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Il citato principio di economicità può essere subordinato, ai sensi dell'articolo 2, comma 2 del d.lgs. n. 163 ed entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal medesimo codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze

sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Nelle procedure di evidenza pubblica, le amministrazioni dovranno porre la massima attenzione su due importanti elementi:

- i requisiti di ammissione dei concorrenti. Essi devono favorire la più ampia partecipazione di concorrenti, così che l'offerta sia individuata nell'ambito di una significativa platea di imprese, e tale di individuare le Agenzie più affidabili e in grado di assolvere in modo efficace il delicato compito di selezionare ed inviare soggetti che, anche se temporaneamente, saranno direttamente inseriti nell'organizzazione e nei processi lavorativi della stessa amministrazione. Anche in questa procedura il principio dell'ampia partecipazione dei soggetti interessati deve essere salvaguardato.

- i criteri di valutazione delle offerte che aiutino a scegliere, tra le Agenzie selezionate, quella che avrà formulato la migliore proposta sia dal punto di vista gestionale e tecnico, sia da quello economico; di norma è utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; si ricorda che il costo del lavoro non può essere oggetto di ribasso d'asta, o meglio l'offerta migliore è determinata al netto delle spese relative al costo del personale (art. 81, comma 3 bis del codice dei contratti, introdotta dal decreto sviluppo (art. 4, comma 2, dl n. 70/2011 convertito in l. 106/2011), sia impiegato dall'Agenzia, sia da utilizzare

Esistono però alcuni aspetti problematici da segnalare.

a. individuazione precisa delle finalità e specificazione dell' oggetto del contratto, della durata del contratto e della altre norme compresa l'eventuale risoluzione per cause imputabili all'Agenzia rappresentati dal servizio di somministrazione che dovrà comprendere anche l'attività di ricerca, selezione, formazione e sostituzione del personale da parte dell'Agenzia di somministrazione;

b. il criterio di aggiudicazione potrà privilegiare il contenuto economico dell'offerta ovvero l'esperienza maturata dall'aggiudicatario o entrambi criteri o altri ancora;

c. l'indicazione del prezzo a base d'asta che potrà essere parametrato alle ore di lavoro da svolgere;

d. divieto di ricorrere alla scelta nominativa del lavoratore in quanto ciò contrasterebbe con i principi generali del concorso pubblico; trattandosi di un procedura di evidenza pubblica si dovrebbero seguire regole pubbliche. Non sempre però questo elemento è attuato visto che si preferisce da parte di molte amministrazioni l'indicazione nominativa del lavoratore.

L'articolo 21 del d.lgs. n. 276 nel prevedere che il contratto di somministrazione di manodopera deve essere stipulato in forma scritta, afferma il medesimo contratto deve, altresì, contenere i seguenti elementi :

- il numero dei lavoratori da somministrare;

- la data di inizio e la durata del contratto di somministrazione, fatta salva la facoltà di rinnovo che deve essere prevista nel medesimo bando;

- le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento; il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;

- la durata della **missione** del lavoratore, nuovo termine introdotto dal d.lgs. n. 24/2012. La missione è definita come quel periodo durante il quale, nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro, il lavoratore dipendente da un'agenzia di somministrazione lavoro è messo a disposizione di un utilizzatore e opera sotto il controllo e la direzione dello stesso;

- l'assunzione dell'obbligo da parte dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili al lavoratore e da parte del somministratore di pagare direttamente al lavoratore il trattamento economico, e il versamento dei contributi previdenziali; assunzione dell'obbligo da parte dell'utilizzatore, in caso d'inadempimento del somministratore, di pagare direttamente il trattamento economico e il versamento dei contributi previdenziali al lavoratore, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Con il dlgs 24/2012 sono state introdotte quindi le definizioni di "missione " (periodo durante il quale il lavoratore è messo a disposizione di un utilizzatore) e "condizioni di base di lavoro e di occupazione " (in vigore presso l'utilizzatore), mutuata dalla direttiva comunitaria (articolo 2).

In particolare l'articolo 2 del d.lgs. n. 24/2012, aggiungendo al comma 1 dell'articolo 2 del medesimo d.lgs. n. 276, la lettera a-ter), introducendo il concetto di "*condizione di base di lavoro e d'occupazione*" del lavoratore somministrato, lo ha definito come quel trattamento economico, normativo e occupazionale che riguarda il medesimo lavoratore, previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso un utilizzatore, ivi incluse le seguenti specifiche materie:

1. l'orario di lavoro, il lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi;

2. la retribuzione;

3. le tutele nei confronti delle lavoratrici madri in stato di gravidanza e in periodi di allattamento, dei figli e dei bambini e dei giovani nonché della parità tra uomini e donne ivi incluse le disposizioni in materia di non discriminazione.

Con particolare riguardo alla retribuzione, la stima del costo del personale somministrato rappresenta l'elemento base e il parametro indispensabile per una corretta valutazione

economica delle offerte presentate, ma anche al fine di circoscrivere la scelta tra quelle Agenzie che sono in grado di assicurare il servizio richiesto senza pregiudizio per i lavoratori somministrati. La stima del costo del lavoro avviene attraverso una puntuale individuazione delle voci retributive spettanti alle singole posizioni da ricoprire, con riferimento alle disposizioni contrattuali vigenti, nonché tenendo conto anche delle voci accessorie che sono stabilite nei contratti integrativi delle singole amministrazioni.

Pertanto, al contratto di somministrazione di lavoro, per tutta la durata del periodo durante il quale il lavoratore dipendente da un'agenzia di somministrazione lavoro fornisce la sua prestazione lavorativa sotto il controllo e la direzione di una pubblica amministrazione, trovano applicazione le vigenti disposizioni legislative e contrattuali di comparto in materia di trattamento giuridico ed economico in favore del personale dipendente della medesima amministrazione pubblica utilizzatrice del lavoratore somministrato. Al medesimo lavoratore si estenderanno tutte le diverse forme di tutele e i diritti che sono riconosciuti ai dipendenti della medesima amministrazione pubblica, senza alcuna eccezione e distinzione.

Tale posizione è confermata dall'articolo 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 così come modificato dall'articolo 7 del d.lgs. n. 24/2012, secondo cui per tutta la durata della missione presso un utilizzatore, i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a condizioni di base e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Le violazioni di detta disposizione producono, ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs. n. 43 che ha aggiunto il comma 3-bis all'articolo 23 del d.lgs. n. 276, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250. La normativa, dunque, ribadisce il principio di assoluta parità di trattamento non solo economico, concernente l'insieme di tutti gli aspetti della retribuzione, ma anche giuridico che attiene alla disciplina che regola nel suo complesso il rapporto di lavoro.

Anche la Contrattazione collettiva nazionale nel pubblico impiego ha affrontato tale problematica. Infatti, l'articolo 4 del CCNL Quadro del 9.8.2000 ha previsto che i lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo, qualora partecipino a programmi o a progetti di produttività presso l'amministrazione, hanno titolo a partecipare all'erogazione dei connessi trattamenti economici accessori, secondo le previsioni dei contratti collettivi dei diversi comparti. La contrattazione collettiva decentrata integrativa, in relazione alle caratteristiche organizzative delle amministrazioni, determina specifiche condizioni, criteri e modalità per la corresponsione di tali trattamenti accessori.

In merito, la Circolare n. 9 del 1 agosto 2007 del Dipartimento della funzione pubblica ha individuato tutti gli elementi di calcolo del costo del lavoro cui va aggiunto il margine d'Agenzia che costituiscono entrambi il prezzo e la valutazione complessiva dell'offerta.

Il costo del lavoro del lavoratore somministrato deve essere calcolato considerando le seguenti voci derivanti dall'applicazione del CCNL, dal CCNL integrativo e dalla normativa che disciplina il medesimo contratto di somministrazione:

1. retribuzione oraria, tredicesima mensilità, ratei tredicesima, ex festività, permessi retribuiti, ferie, ratei trattamento fine rapporto, oneri assicurativi contributivi. Gli oneri contributivi sono calcolati sulla base del CCNL applicato all'agenzia per il lavoro;

2. trattamento economico accessorio, la produttività, il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto e altre voci derivanti dall'applicazione di contratti decentrati integrativi;

3. oneri di costo aggiuntivi previsti dalla normativa che disciplina il contratto di somministrazione. Ad esempio, quelli previsti dall'articolo 12, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 276;

4. possibili scostamenti del costo dovuti a rinnovi contrattuali.

Limitatamente al punto 4), il prezzo dell'offerta alla medesima Agenzia dovrà essere aggiornato prevedendo nel contratto una clausola di revisione dei prezzi in ragione dell'aumento del costo del lavoro legato ad aumenti contrattuali. Al riguardo, l'articolo 115, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 ha previsto che: *"Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi"*.

Il contratto di somministrazione concluso in assenza di forma scritta e posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, è nullo ai sensi dell'articolo 21, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003.

Nell'ipotesi in cui risultino violate le condizioni e i limiti di ricorso alla somministrazione di lavoro si verifica la fattispecie della somministrazione illegittima e irregolare che è prevista, ai sensi dell'art. 27, comma 1, decreto legislativo n. 276 del 2003, nei seguenti casi:

1) contratto di somministrazione concluso da un soggetto non autorizzato e privo dell'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, inclusa la specificazione della sezione dell'Albo cui l'Agenzia è iscritta;

2) contratto di somministrazione stipulato fuori dalle ragioni di carattere organizzativo, tecnico e produttivo o sostitutivo;

3) ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato intervenuto in violazione dei limiti quantitativi individuati dalla contrattazione collettiva;

4) contratto di somministrazione privo dell'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare ad esso relativi ovvero qualora nell'esecuzione del contratto i lavoratori in somministrazione risultino in numero maggiore rispetto a quanto indicato nel contratto;

5) contratto di somministrazione privo dell'indicazione dei rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;

6) contratto di somministrazione privo dell'indicazione della data di inizio e della durata;

7) contratto di somministrazione privo dell'indicazione specifica e puntuale della esigenza che legittima il ricorso alla somministrazione di lavoro ovvero nell'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione intervenga per soddisfare un'esigenza diversa da quella individuata nel contratto di somministrazione.

Nel caso di somministrazione di lavoro che non rispetti i vincoli e i limiti stabiliti dalla suindicata normativa, il lavoratore, ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, può agire in giudizio davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro per ottenere la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore dal momento dell'inizio della somministrazione.

Tale disposizione non è applicabile al settore pubblico poiché l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione nonché il diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Tra le diverse sanzioni previste al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

L'articolo 7 del d.lgs. n. 24 nell'introdurre il comma 7- *bis* all'articolo 23 del d.lgs. n. 276/2003, ha previsto a carico dell'utilizzatore l'obbligo di informare i lavoratori dipendenti del somministratore dei posti vacanti presso lo stesso utilizzatore, affinché possano aspirare a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato. Il successivo comma 8 del medesimo articolo 23, parzialmente modificato dal comma 1 *lett. c)* dell'articolo 7 del d.lgs. n. 43, sancisce la nullità di ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione.

L'analisi di questa disciplina farebbe ritenere la non applicabilità di tale normativa nell'ambito della pubblica amministrazione in quanto, com'è noto, l'accesso agli impieghi pubblici avviene mediante la stipulazione di un contratto di lavoro previo superamento di una selezione pubblica aperta a chiunque in possesso dei requisiti richiesti, ai sensi dell'articolo 97 Cost. e degli articoli 35 e 36 del d.lgs. n. 165/2001 e successive modifiche e integrazioni. Tale dubbio è sciolto dal successivo comma 2 dello stesso art. 2 del d.lgs. n. 24/2012 il quale, in merito a quanto sopra rappresentato, richiama la previsione di cui all'articolo 35, comma 3, lettera a) del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano al principio dell'adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione. Di conseguenza, l'eventuale assunzione presso l'utilizzatore/pubblica amministrazione, del lavoratore somministrato potrà avvenire esclusivamente previo superamento di una procedura di selezione pubblica nel rispetto del citato articolo 35 del d.lgs. n. 165 e dei principi enucleati dalle varie pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia.

L'articolo 6 del d.lgs. n. 24/2012 ha aggiunto al comma 3 dell'articolo 22 del d.lgs. n. 276/2003, il comma 3-*bis* secondo cui le assunzioni di personale da parte dell'Agenzia del lavoro possono essere effettuate anche con rapporto di lavoro a tempo parziale, in applicazione del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 e successive modificazioni e integrazioni, in quanto compatibili con le disposizioni del medesimo decreto n. 276. La norma è interessante e rappresenta un altro elemento a favore dell'applicazione della disciplina alle pubbliche amministrazioni che possono procedere a procedure di reclutamento anche in regime di part-time. Nulla è cambiato in materia di somministrazione a tempo determinato il

cui rapporto di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro continua ad essere soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 e successive modifiche che si trovano anche nella recente legge di riforma del mercato del lavoro .

L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del lavoratore è riservato al medesimo somministratore ed è esercitato sulla base delle comunicazioni che saranno inviate dall'utilizzatore e che costituiranno la base della relativa contestazione.

Anche nel caso in cui il lavoratore fosse adibito a svolgere mansioni superiori o comunque mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto, l'articolo 23, comma 6, del d.lgs. n. 276 prevede l'obbligo, a carico dell'utilizzatore, di informare per iscritto il somministratore, il quale provvederà ad aggiornare il trattamento economico del lavoratore. Nel caso in cui l'utilizzatore non avesse adempiuto l'obbligo di comunicazione, lo stesso risponderà in via esclusiva per le differenze.

Con riferimento ai diritti sindacali, il prestatore di lavoro ha diritto ad esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente dell'utilizzatore.

In materia di obblighi inerenti la sicurezza e la salute del lavoratore, l'articolo 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 stabilisce che gli obblighi di formazione e informazione gravano sul somministratore, salva diversa ed espressa pattuizione nell'ambito del contratto di somministrazione. L'utilizzatore informa direttamente il lavoratore nel caso in cui lo stesso svolga mansioni che richiedano una sorveglianza sanitaria o comportino rischi specifici. Il medesimo utilizzatore osserva nei confronti del lavoratore somministrato degli obblighi di protezione previsti nei confronti propri dipendenti e ne risponde nel caso di violazione nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 81/2008.

Un accenno merita la questione dei c.d. limiti di spesa, in particolare l'articolo 9, comma 28⁴, del decreto legge n. 78/2011 ha posto, a decorrere dall'anno 2011, un limite di spesa al ricorso del contratto di somministrazione rispetto a quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze con la Circolare n. 33/2011 ha chiarito che per le amministrazioni che nell'anno 2009 non hanno sostenuto spese per le finalità di cui al già citato articolo 9, il limite del 50 per cento della spesa è computato con riferimento alla media sostenuta per le stesse finalità nel triennio 2007-2009.

⁴si afferma che "A decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, gli enti pubblici non economici, gli enti di ricerca, le università e gli enti pubblici di cui all' articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni e integrazioni, fermo quanto previsto dagli articoli 7, comma 6, e 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001 e successive modificazioni e integrazioni,la spesa per personale relativa a contratti di formazione lavoro, ad altri rapporti formativi, alla somministrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'articolo 70, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni ed integrazioni, non può essere superiore al 50 per cento di quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le disposizioni di cui al presente comma costituiscono principi generali ai fini del coordinamento della finanza pubblica ai quali si adeguano le regioni, le province autonome, e gli enti del Servizio sanitario nazionale. Il mancato rispetto dei limiti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale".

Vi è da aggiungere che nel settore pubblico l'utilizzo del contratto di somministrazione, è stato rigidamente limitato a determinate ipotesi che possono ritenersi residuali rispetto al fatto che la normativa vigente nella pubblica amministrazione, in materia di forme flessibili di lavoro, ha privilegiato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò è chiaramente affermato dall'articolo 36 del d.lgs. n. 165/2001 il quale prevede che: "*Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*".

Da una parte, il decreto legislativo n. 276/2003 che ha introdotto una nuova disciplina in materia di contratto di somministrazione lavoro oggetto di molteplici e successive modifiche ed integrazioni fino a quelle stabilite dal d.lgs. n. 24/2012, resta pur sempre, il quadro di riferimento generale anche per la pubblica amministrazione che deve utilizzarlo entro i limiti anche di spesa e i vincoli posti dalla speciale disciplina applicabile esclusivamente al settore pubblico costituita dal citato articolo 36 del d.lgs. n. 165/2001. Si ricorda che il testo unico sul pubblico impiego da un lato, ha formulato un principio di carattere generale con cui è riaffermato il modello *standard* del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e dall'altro ha affermato la necessità sull'uso corretto, rigoroso e giustificato delle forme flessibili di lavoro nella P.A. per fronteggiare esigenze eccezionali e straordinarie, tra cui la somministrazione di lavoro a tempo determinato.

Anche la recente riforma del mercato del lavoro, tra le sue finalità ha l'obiettivo di favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili, ripresenta la funzione predominante del lavoro subordinato a tempo indeterminato e si pone l'obiettivo, tra l'altro, di limitare l'uso improprio e strumentale delle forme flessibili di lavoro oltre all'attivazione di procedure per il monitoraggio del sistema della flessibilità in entrata e in uscita. (art. 1 comma 2 e ss. Legge 28/6/2012, n.92). Infine si ricorda che il comma 8 dello stesso articolo prevede che il ministro della pubblica amministrazione individui con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, le modalità di armonizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro contenuti nella riforma alla pubblica amministrazione.