

2° CORSO SUBENTRO E GESTIONE DEI SERVIZI

1°

Modulo

Il personale e la clausola sociale

Avv. Bruno Bitetti

Roma – 05/06/2023



Associazione per il governo regionale,
locale e urbano della mobilità sostenibile



in collaborazione con

Con il patrocinio di

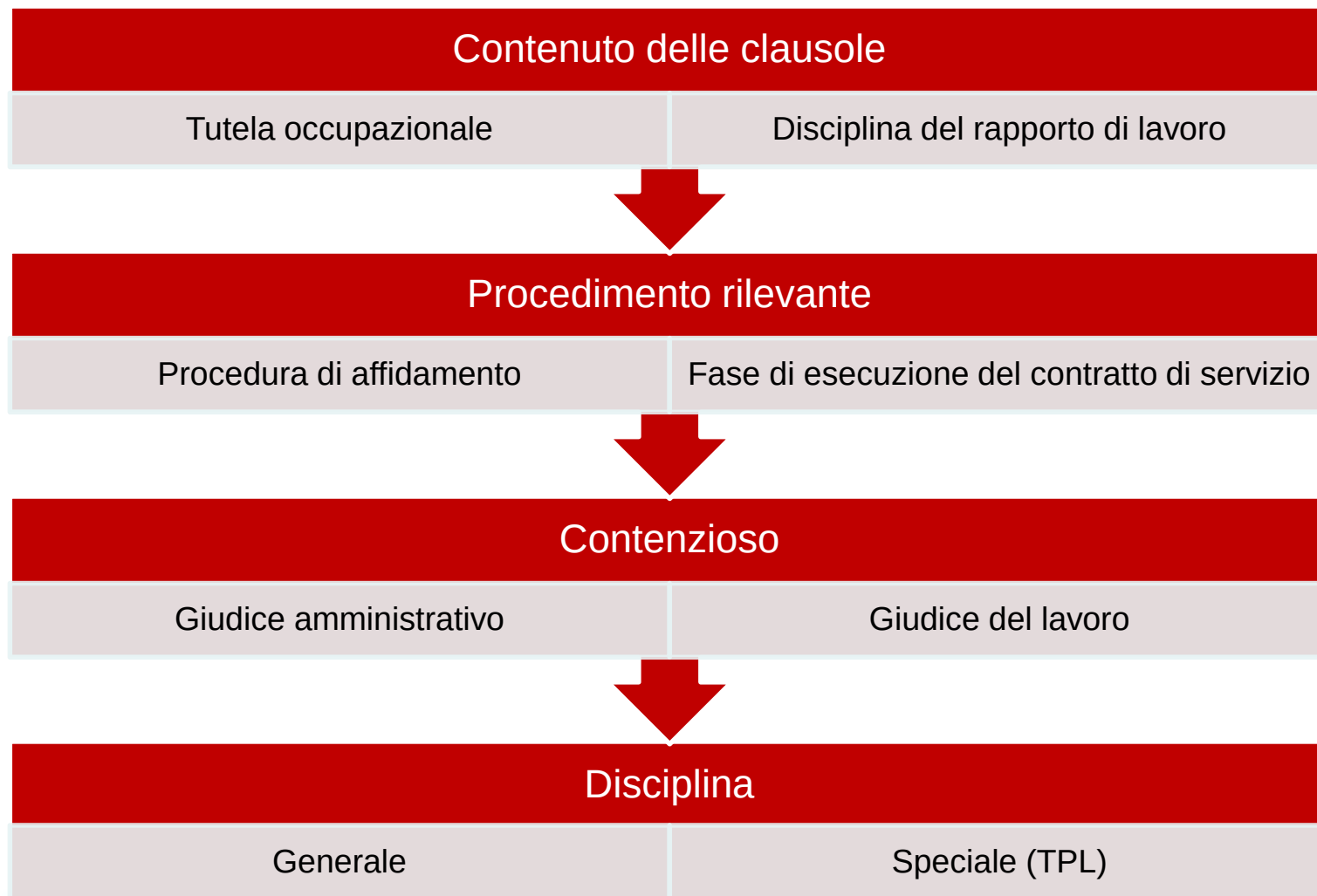
Si ringraziano per il loro importante contributo



PROVINCIA
DI COSENZA



I diversi profili di analisi



Indice di trattazione

Le novità della disciplina generale

- il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)
- la disciplina dei servizi pubblici locali (d.lgs. 201/2022)
- Il G.A. ed il filtro della tutela della concorrenza e della libertà d'impresa

La disciplina di settore

- dal Reg. UE 1370 all'art. 48 D.L. 50/17
- La Misura 21 della Delibera ART 154/2019
- Il G.A. e le peculiarità del TPL

Clausole sociali e aspetti giuslavoristici

La clausola sociale e riflessi sul subentro

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale nel nuovo codice dei contratti

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale (art. 57):

«1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, **devono contenere** specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, **la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore**, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, **di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare [...]**».

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale nel nuovo codice dei contratti

Ambito oggettivo

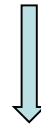
- Tutti gli appalti e le concessioni di lavori e servizi (esclusi servizi di natura intellettuale)

Efficacia

- Obbligo di inserimento della clausola
- Requisito necessario dell'offerta

Contenuto

- Stabilità occupazionale
- Applicazione CCNL (nazionali e territoriali di settore – tenendo conto di quelli stipulati dalle associazioni più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito sia strettamente connesso all'attività oggetto del contratto svolta dall'impresa anche in maniera prevalente)
- Stesse tutele economiche e normative per i subappalti



- Vizio del bando che non prevede la clausola
- Esclusione del concorrente che non si conforma alla clausola del bando

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale nel nuovo codice dei contratti

Relazione illustrativa del CdS al Nuovo Codice

- Il Vecchio art. 50 «veniva interpretato dalla giurisprudenza nel senso che l'obbligo di prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole sociali investiva solo gli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi ad alta intensità di manodopera. [...] Con la l. n. 120 del 2020, di conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 16 n. 76 del 2020, [...] è stato previsto [...] "all'articolo 36, comma 1, le parole: "Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50" sono **sostituite** dalle seguenti: "Le stazioni appaltanti **applicano** le disposizioni di cui all'articolo 50"". Prima di tale modifica l' inserimento della "clausola sociale" risultava obbligatoria per i contratti sopra soglia, mentre per i contratti al di sotto delle soglie comunitarie era prevista come una mera facoltà. [...]»
- L'applicazione delle clausole sociali resta esclusa **solo** per i servizi di natura intellettuale. L'articolo, coerentemente con il criterio della delega, **fa riferimento espresso ai contratti collettivi nazionali e territoriali di settore ed elimina il riferimento legislativo all'art. 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015**. Specifica che le clausole sociali debbano garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale: differenze tra il Vecchio e il Nuovo Codice

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi (art. 50):

«1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale (art. 57):

«1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, **la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore**, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare [...]».

Le novità della disciplina generale

Schema bando tipo Anac (in consultazione)

Prescrizioni rilevanti contenute nel Bando tipo:

- «2.1. DOCUMENTI DI GARA. La documentazione di gara comprende: [...] i) ... e in caso di applicazione della clausola sociale *l'elenco del personale da riassorbire*»;
- «9. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E/O CONDIZIONI DI ESECUZIONE L'aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale (o dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore) di cui al punto 3, *oppure un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto. Ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, e a garantire l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*»
- «16. OFFERTA TECNICA. [...] [Se prevista la clausola sociale relativa alla stabilità occupazionale] Ai fini del rispetto della clausola sociale sulla stabilità occupazionale di cui al punto 9, **il concorrente allega all'offerta tecnica un progetto di assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale**

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale nel decreto servizi pubblici locali (d.lgs. 201/2022)

Art. 4

- Le disposizioni del decreto: (i) si applicano a tutti i SIEG di livello locale; (ii) integrano le normative di settore; (iii) prevalgono su di esse;
- Salvo che non siano previste nel presente decreto specifiche **norme di salvaguardia e prevalenza della disciplina di settore**

Art. 32

- per applicazione dell'art. 20, nonché dei titoli II, IV e V, **si tiene conto anche della vigente disciplina di settore**

Art. 20

- Applicazione delle clausole sociali «***secondo la disciplina in materia di contratti pubblici***»

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale negli arresti del G.A.: il limite della libertà d'impresa

... nella stabilità occupazionale

- «la clausola sociale di cui al citato art. 50 deve essere interpretata nel senso che «l'**obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa** e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto e nel senso che essa **non comporta «alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato** dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo» (Cons. Stato, Sez. III, 4 aprile 2022, n. 2459).

...nelle facoltà dell'appaltatore in fase di esecuzione del contratto

- «La c.d. clausola sociale inserita nei bandi delle gare di appalto va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art. 41 della Costituzione: per cui – fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze – **il nuovo gestore del servizio può collocare alcuni in altri contratti da esso eseguiti (e anche ricorrere agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero), quando nell'organizzazione prefigurata per il servizio in contestazione, gli stessi risultino superflui.** La clausola sociale funge quindi da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo **non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro** rispetto al precedente gestore, così ottenendo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento» (TAR Veneto, Sez. I, 21 aprile 2023 n. 531; cfr altresì Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973)

Le novità della disciplina generale

La clausola sociale negli arresti del G.A.: il limite della libertà d'impresa

... nella interpretazione «elastica» e non «rigida» della clausola

«Per tali ragioni la clausola va **formulata e intesa in maniera elastica e non rigida**, rimettendo **all'operatore economico concorrente** **finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati** dal precedente aggiudicatario. Solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con **la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto...**

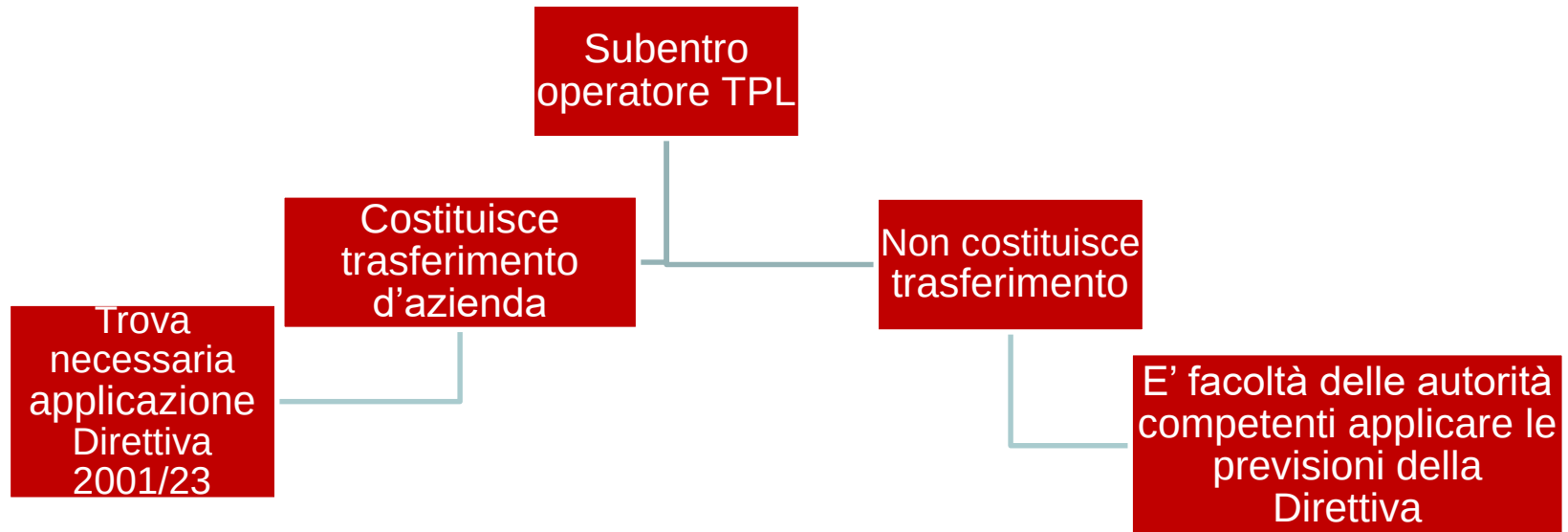
...sulla scorta di tale lettura della clausola sociale questa va intesa in termini di flessibilità: **la stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente**; né, d'altro canto, l'elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa» (Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2806)

... è inidonea a generare un effetto automaticamente e rigidamente escludente

«...alla clausola sociale **non può essere attribuito “un effetto automaticamente e rigidamente escludente” e non può pertanto essere intesa “nel senso di comportare un obbligo assoluto per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa** in quanto l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente deve essere temperato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa» (Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2021, n. 7922)

La disciplina di settore

Il Reg. 1370 e la clausola sociale (art. 4, parr. 4bis-6)



La disciplina di settore

Il Reg. 1370 e la clausola sociale (art. 4, parr. 4bis-6)

- Par. 4bis – Nell'esecuzione dei contratti di servizio gli operatori rispettano gli obblighi applicabili nel settore del diritto sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale e dai contratti collettivi
- Par. 4 ter - La direttiva 2001/23 si applica al cambiamento dell'operatore se tale cambiamento costituisce un trasferimento di impresa ai sensi di tale direttiva
- Par. 5 - Fatta salva la normativa Ue e nazionale, compresi i ccnl, le autorità competenti possono imporre all'operatore prescelto di garantire al personale precedentemente assunto i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della direttiva
- Par. 6 - Laddove sia prescritto il rispetto di taluni standard sociali, i documenti di gara e i contratti di servizio pubblico individuano il personale interessato e ne precisano in modo trasparente i diritti contrattuali e le condizioni alle quali si ritiene che i dipendenti siano vincolati ai servizi"

La disciplina di settore

L'art. 48 D.L. 50/2017

Con riferimento alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale l'Autorità di regolazione dei trasporti detta regole generali in materia di:

...e) in caso di **sostituzione del gestore a seguito di gara**, previsione nei bandi di gara del **trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti**, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale **applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime disciplinate all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio**, del 12 marzo 2001. Il trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente che transitano alle dipendenze del soggetto subentrante è versato all'INPS dal gestore uscente

Condizioni ed elementi principali della clausola:

- E' applicabile ai subentri a seguito di gara;
- Rigidità della clausola di garanzia dei livelli occupazionali («trasferimento di **tutto il personale dipendente**», salvo i dirigenti);
- «**Trasferimento senza soluzione di continuità**» pare escludere il licenziamento con successiva riassunzione;
- Applicazione della **contrattazione del gestore uscente** e mantenimento delle garanzie minime ai sensi dell'art. 3, par. 3 direttiva 2001/23

La disciplina di settore

La Misura n. 21 della Delibera ART 154/2019

La Delibera 154/2019 introduce una disciplina della **c.d. clausola sociale** certamente più dettagliata di quella di cui alla precedente misura 8 (delibera 49/2015).

L'EA deve prevedere nella documentazione di gara apposita disciplina in merito alla clausola sociale, a tutela del personale del gestore uscente impiegato nello svolgimento del servizio da affidare, nel rispetto delle regole generali adottate dall'Autorità ai sensi dell'art. 48, comma 7, del d.l. 50/2017, come specificate nella misura 21.

Elementi di peculiarità : a) **“assimilabilità” dei servizi rispetto al CdS vigente; b) effettivo fabbisogno.**

- La mancata accettazione (espressa) della clausola sociale è **causa di esclusione dell'offerta** dalla procedura di gara.

- La disciplina della clausola sociale deve essere riportata nel Contratto di servizio, che specifica altresì i diritti e gli obblighi relativi al personale trasferito dal gestore uscente; a tale fine, la documentazione di gara e il CdS devono prevedere:

- a) che l'inadempimento degli obblighi previsti nella clausola sociale in corso di esecuzione del contratto rileva come **causa di risoluzione del rapporto**;

- b) apposite e congrue penali e clausole risolutive.

La disciplina di settore

Il TAR Lazio riconosce le peculiarità del TPL (n. 2732/2019)

Le peculiarità della normativa di settore e la sua prevalenza su quella generale...

«La giurisprudenza invocata dalla ricorrente secondo cui l'assorbimento dei dipendenti del precedente gestore deve essere garantito nei limiti della compatibilità con l'organizzazione aziendale prescelta dall'operatore per l'esecuzione del servizio, **concerne gare per l'affidamento di servizi diversi da quello di trasporto pubblico locale...**

A livello di normazione statale, senz'altro alla specie applicabile, attesa l'esigenza di una regolamentazione il più possibile uniforme in materia di appalti per la gestione del trasporto pubblico, l'art. 48, comma 7, lett. e), del d.l. n. 50 del 2017, espressamente richiamato nella lex specialis di gara, conferisce all'Autorità di Regolazione dei Trasporti il potere di dettare regole generali, "in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara"...

La normativa – statale e regionale – in esame **comporta il riconoscimento al personale dipendente già adibito al servizio oggetto di appalto presso il gestore uscente di tutti i diritti che sono di regola previsti per il caso di cessione d'azienda.** Infatti, nel passaggio alle dipendenze del nuovo gestore del medesimo servizio di trasporto pubblico locale non deve sussistere alcuna soluzione di continuità ed inoltre devono applicarsi gli stessi contratti collettivi, ai diversi livelli, che già si applicavano in precedenza al personale

Trattandosi di norma speciale, in base al brocardo "lex specialis derogat generali", essa prevale, nell'applicazione, sulle norme generali in materia, quindi anche su tutte quelle alle quali fa espresso rinvio la menzionata norma regionale...

La disciplina di settore

Il TAR Lazio riconosce le peculiarità del TPL (n. 2732/2019)

L'art. 48 resiste alle censure di legittimità costituzionale e compatibilità con il diritto comunitario...

«...deve affermarsi la legittimità costituzionale delle norme che, con riferimento al trasporto pubblico locale, **prevedono la clausola sociale con l'ampiezza sopra vista**. Tale clausola si giustifica, infatti, **in ragione della necessità di tutelare il lavoro, valore avente rilevanza costituzionale, al quale in questo periodo storico può legittimamente attribuirsi prevalenza rispetto alla libertà di iniziativa economica** di cui all'art. 41 Cost., che ne resta parzialmente scalfita».

«Quindi, per l'ipotesi di aggiudicazione di un servizio di trasporto pubblico locale, viene attribuita ai singoli Stati membri - e conseguentemente alle Autorità – la facoltà di applicare la clausola sociale nella sua massima ampiezza, fino a comprendere l'assunzione di tutto il personale impiegato per fornire i servizi oggetto dell'appalto con i medesimi diritti previsti per l'ipotesi di trasferimento d'azienda. Infatti, come sarà meglio esplicitato in prosieguo, la direttiva 2001/23/CE, alla quale la norma citata del Regolamento CE fa rinvio, concerne il ravvicinamento della legislazione degli Stati membri in materia di tutela dei diritti di lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

In modo strettamente correlato alla suindicata facoltà, detto Regolamento impone un obbligo di informazione, negli atti di gara, nei confronti degli operatori del mercato concorrenti»

Clausole sociali e aspetti giuslavoristici

Clausola sociale e aspetti giuslavoristici

In caso di:

Subentro **con trasferimento** di azienda o ramo di azienda



- Art. 3 Dir. 2001/23/ CE
- Art. 48 D.L. 50/2017
- Art. 2112 c.c.
- Art. 26 All. A R.D. 148/1931 (per le imprese autoferrotranviarie)
- Art. 29 D. Lgs. 276/2003
- Clausola sociale da CCNL (es. artt. 7 CCNL 14.12.2004 e 16 CCNL 28.11.2015)

In caso di:

subentro a seguito di gara **senza trasferimento** di azienda



- Art. 48 D. L. 50/2017 (che richiama l'art. 3 Dir. 2001/23/CE)
- Art. 29 D. Lgs 276/2003
- Art. 26 All. A R.D. 148/1931 (per le imprese autoferrotranviarie)
- Clausola sociale da CCNL (es. artt. . artt. 7 CCNL 14.12.2004 e 16 CCNL 28.11.2015)

In caso di:

Subentro a qualsiasi titolo (ma non gara e senza trasferimento di azienda) del gestore del servizio



- Art. 29 D. Lgs. 276/2003
- Art. 26 All. A R.D. 148/1931 (per le imprese autoferrotranviarie)
- Norme di legge regionale su subentro nuovo gestore
- Clausola sociale da CCNL (es. artt. 7 CCNL 14.12.2004 e 16 CCNL 28.11.2015)

Clausola sociale e aspetti giuslavoristici

a. Subentro e disciplina del trasferimento d'azienda o ramo

Art. 3 n. 3 Dir. 2001/23/CE:

«3. Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo.

Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno».

Art. 2112 c.c.: *«Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*

In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.

Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276»

L'art. 2112 c.c. – che regola nell'ordinamento nazionale la fattispecie – va interpretato e applicato alla stregua delle previsioni dell'art. 3 n. 3 Dir. 2001/23/CE.

Clausola sociale e aspetti giuslavoristici

a. subentro e disciplina del trasferimento d'azienda o ramo

Art. 48 comma 7 lett. e) D.L. 48/2017:

*«Con riferimento alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale l'Autorità di regolazione dei trasporti detta regole generali in materia di: [...] e) in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, previsione nei bandi di gara del trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, **applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime disciplinate all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001.** Il trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente che transitano alle dipendenze del soggetto subentrante è versato all'INPS dal gestore uscente».*

- **L'art. 48 comma 7 lett. e) D.L. 50/2017 – norma speciale da applicarsi all'affidamento con gara dei servizi di trasporto pubblico locale o regionale - impegna la stazione appaltante ad applicare le garanzie minime previste dall'art. 3 n. 3 Dir. 2001/23/CE.**
- **L'art. 2112 c.c. impegna al passaggio di tutto il personale in caso di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda (la disciplina applicabile ai dirigenti è sotto questo profilo quantomeno dubbia).**

b. subentro a seguito di gara senza trasferimento di azienda

L'art. 48 comma 7 lett. e) D.L. 50/2017 – norma speciale da applicarsi all'affidamento con gara dei servizi di trasporto pubblico locale o regionale - impegna la stazione appaltante ad applicare le garanzie minime previste dall'art. 3 n. 3 Dir. 2001/23/CE:

- Passaggio di tutto il personale (ad esclusione dei dirigenti);
- Applicazione del CCNL di settore e del contratto collettivo territoriale e/o aziendale applicato dal gestore uscente per almeno un anno dal subentro

L'art. 26 All. A R.D. 148/1931 – per le imprese autoferrotranviarie soggette al regio decreto – si applica in quanto compatibile con la normativa speciale successiva.

Non si applica l'art. 2112 c.c.

Clausola sociale e aspetti giuslavoristici

c. Subentro a qualsiasi titolo (ma non gara e senza trasferimento di azienda) del gestore del servizio

- Art. 48 D.L. 50/2017 reca una espressa limitazione applicativa in caso di gara e, pertanto, non trova applicazione nella fattispecie
- Si applica l'art. 26 All. A R.D. 148/1931 il quale rinvia alle disposizioni dell'autorità competente e reca un generale principio di mantenimento delle condizioni applicate ai lavoratori
- La potestà per le autorità competenti di disciplinare le modalità ed i contenuti della clausola, discende anche dall'art. 4, par. 5 del Reg. 1370/2007

La posizione della CGUE sugli indici rilevatori di un trasferimento azienda:

per determinare se siano soddisfatte o meno le condizioni per l'applicabilità della direttiva in materia di trasferimento d'impresa occorre "prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano (v. Corte di Giustizia, 9 settembre 2015, C-160/14, Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri, punto 26; Corte di Giustizia, 18 marzo 1986, C-24/85, Spijkers, punto 13; Corte di Giustizia, 19 maggio 2002, C-29/91, Redmond Stichting, punto 24; Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C-13/95, Siizen, punto 14; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, C-340/01, Abler e a., punto 33):

- il tipo d'impresa o di stabilimento in questione,
- la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili,
- il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento,
- la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore (soprattutto negli appalti *labour intensive*)
- il trasferimento o meno della clientela,
- il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività

L'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi" (v. Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C-13/95, Siizen, punto 18; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal e a., punto 31; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, Hidalgo e a., punto 31).

La clausola sociale nella giurisprudenza giuslavoristica

Corte Appello Roma, Sez. Lav., n. 180/2023: quando la successione nell'appalto configura trasferimento di azienda

La successione nell'appalto integra il trasferimento d'azienda laddove emerga una sostanziale continuità tra la struttura organizzativa ed operativa dell'appaltatore subentrante e quella dell'appaltatore uscente, cioè quando vi sia identità d'impresa tra l'attività del primo e quella del secondo, con mera mutazione della titolarità della stessa. Nello specifico, poi, l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri varia in funzione dell'attività esercitata o in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, tanto che quando un'entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali significativi, la conservazione della sua identità non può dipendere dalla cessione di tali elementi sicché, nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori - costituente parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore all'attività - può corrispondere ad un'entità economica (Corte di giustizia sez. VI, 24 gennaio 2002, Temco Service Industries SA; 14 aprile 1994, Schmidt; 11 marzo 1997, Süzen cit.; 10 dicembre 1998, Hernández Vidal).

Clausole sociali e riflessi sul subentro

A) ATTIVITA' PROPEDUTICA ALL'AVVIO DELLA GARA - RICOGNIZIONE

Ricognizione e individuazione del personale del GU al quale sarà applicata la clausola sociale anche mediante consultazione del GU e delle OOSS

1. Richiesta dell' E.A. al GU di compilazione del prospetto di informazioni rilevanti (Annesso 6, Tab. 3)
2. Trasmissione a cura del GU dell'elenco compilato con le informazioni richieste;
3. Coinvolgimento delle OOSS nel procedimento di consultazione pubblica al fine di esternare il criterio di definizione della clausola sociale che verrà esplicitata nella documentazione di gara

B) CONTENUTI DEGLI ATTI DI GARA

- Indicazione delle informazioni di cui all'Annesso 6 Tab. 3 (personale da trasferire) in apposito Allegato
- Previsione dell'obbligo di rilevare il personale indicato in elenco e previsione di specifica causa di esclusione dell'offerta in caso di mancata accettazione di tale obbligo

C) CONTENUTI DEL CONTRATTO DI SERVIZIO

- Specificazione dei diritti attribuiti ai lavoratori e dei conseguenti obblighi in capo all' IA
- Definizione di apposita condizione risolutiva in caso di gravi violazioni delle previsioni in materia di clausola sociale per come definite nella documentazione di gara
- Definizione di un apparato sanzionatorio (penali) per specifici inadempimenti

LA RICOGNIZIONE DEL PERSONALE

- il GU trasmette l'elenco del personale interessato in coerenza con gli obblighi in materia di contabilità regolatoria che impongono la segregazione per contratto di servizio (PEFs e Annesso 3 – Delibera 154/2019)

Autorità di Regolazione dei Trasporti

Annesso 3

Elenco del personale in servizio	CdS 1			CdS 2			CdS x		
	1	2	...	1	2	...	1	2	...
Nr. matricola									
Data di assunzione									
Sede di lavoro									
Categoria di attività									
Livello professionale/area professionale									
Figura professionale/qualifica									
Eventuali inidoneità									
Abilitazioni possedute									
Parametro/posizione retributiva									
Tipologia di contratto (tempo indeterminato /determinato/ altro)									
Tempo pieno/parziale (indicare percentuale)									
Scadenza (se applicabile)									
Trattamento economico: costo complessivo annuo									
Ore anno servizio effettivo									

E' opportuno in fase di ricognizione del personale, acquisire le informazioni relative ai ratei di **ferie/permessi residui** del personale e di un prospetto informativo sui **contenziosi pendenti** con il personale in essere.

La clausola sociale e riflessi sul subentro

Problematiche da affrontare

1. Attività di verifica di coerenza in capo all'EA dei contenuti del prospetto trasmesso dal GU con le risultanze della contabilità regolatoria

EA deve dotarsi di competenze che siano in grado di consentire lo svolgimento dell'attività di verifica/controllo dei contenuti del prospetto trasmesso, di richiedere integrazioni o chiarimenti al GU

2. Verifica sulla assimilabilità dei servizi. Se i servizi del contratto in scadenza «**non sono assimilabili**» a quelli oggetto di affidamento, la misura 21 dispone che l'applicazione della clausola sociale vada «mitigata» e applicata nei limiti **dell'effettivo fabbisogno di personale**

Quando i servizi non sono assimilabili ?

In linea generale, se i servizi oggetto di affidamento sono superiori rispetto a quelli del contratto in scadenza, non v'è una incompatibilità di massima con la disciplina della clausola sociale.

Più problematica è la situazione in cui i servizi oggetto di affidamento sono sostanzialmente **diversi o inferiori quantitativamente** a quelli del contratto in scadenza.

Nella Relazione istruttoria alla Delibera 154/2019 ART individua alcuni criteri per giungere alla valutazione di «assimilabilità»:

- Volume di produzione;
- le relazioni O-D interessate;
- le modalità organizzative;
- le condizioni qualitative di esecuzione e gli OSP ad essi correlati

ART specifica che deve trattarsi di «**variazioni sostanziali di tali aspetti**» e che in ogni caso resta in capo alla discrezionalità dell' EA la valutazione in concreto della loro incidenza

Problematiche da affrontare

2. Verifica sulla assimilabilità dei servizi (continua...)

Laddove l'EA giunga alla conclusione della «non assimilabilità» dovrà :

- determinare **autonomamente** il fabbisogno di personale muovendo dall'analisi del programma di esercizio, della contrattazione in essere presso il GU e secondo stime (es. costo standard);
- determinare i criteri per **l'individuazione del personale in eccesso**, al fine di comporre l'elenco del personale coperto dalla clausola sociale da allegare tra i documenti di gara;
- tale ultimo percorso è evidentemente tra i più delicati e controversi e si ritiene debba essere affrontato anche con le OOSS (si tratta di uno dei punti nei quali non si rinviene nelle misure di regolazione alcuna indicazione).

3. Definizione dei lotti e allocazione del personale

Laddove il servizio oggetto del contratto in scadenza debba trovare una sua ripartizione o suddivisione in lotti nel nuovo affidamento, residua l'ulteriore problematica dell'allocazione del personale del GU ricadente in un unico contratto di servizio, ai singoli lotti di affidamento.

- Anche su questa attività le misure di regolazione non sembrano fornire utili indicazioni.
- Non è sufficiente, infatti, il richiamo alla contabilità regolatoria che consente – al massimo – di attribuire il personale ad uno o più contratti esistenti;
- Si tratta di questione rilevante non soltanto per i concorrenti (ai fini delle necessarie informazioni per l'offerta) ma anche per il personale, poiché determina la futura sede di lavoro e il futuro datore di lavoro

3. Definizione dei lotti e allocazione del personale

Possibili strade:

- Richiedere al GU in sede di ricognizione del personale **anche le residenze di servizio**;
Tuttavia in alcuni casi l'informazione non è in grado di sciogliere il nodo dell'assegnazione al lotto

- Per il **personale viaggiante** richiedere al GU la linea o le linee sulle quali vengono adibite le singole unità di personale

Nella prassi il gestore spesso utilizza il personale promiscuamente nell'ambito dei diversi servizi assegnati, quindi la richiesta di informazioni deve tendere ad ottenere anche un criterio di quantificazione dell'impiego sulle diverse linee

- Sul personale indiretto può tenersi conto delle residenze di servizio in rapporto all'attribuzione dei servizi ai lotti

Anche a valle dell'applicazione dei diversi criteri potrebbe residuare la necessità di attribuire diverse unità di personale su diversi lotti anche se si trovano in condizioni «assimilabili», il tal caso sarebbe opportuno condividere il criterio nella consultazione con le OSS

4. Le modifiche all'elenco del personale

- I contenuti dell'elenco personale sono aggiornati alla data della consultazione (o di un eventuale suo aggiornamento);
- Dalla data di formazione dell'elenco fino all'avvio del servizio, ci sono inevitabilmente delle vicende che incidono sull'organico del gestore uscente (pensionamenti, dimissioni, licenziamenti, nuove assunzioni...);
- Il lasso temporale che separa la formazione dell'elenco dall'avvio dei servizi è solitamente molto lungo (in alcuni casi, si tratta di anni, ma ad ogni modo il periodo minimo è di 6-7 mesi)
- *Quid iuris* in riferimento alle variazioni intervenute nelle more dell'avvio dei servizi?

La clausola sociale e riflessi sul subentro

4. Le modifiche all'elenco del personale (continua...)

- a) l'elenco di gara costituisce il riferimento per la formazione delle offerte e dei PEF dei concorrenti
- b) Resta fermo l'obbligo dell' IA di dare applicazione alle previsioni della clausola sociale anche per il personale di nuova assunzione, nei limiti del turn over e dell'inquadramento e del trattamento economico massimo del personale sostituito (Rel. Istruttoria Delibera 154/2019).

WARNING !

L'ART qualifica un limite rispetto agli obblighi dell' IA , lasciando intendere che la stessa non sarebbe tenuta a dare applicazione alla clausola.

Si ritiene non corretta questa posizione. La clausola è infatti invocabile direttamente dal lavoratore nei confronti dell' IA e prevede il passaggio senza soluzione di continuità nel rapporto.

IA pertanto di fronte alle richieste (o alle azioni) del lavoratore sarà comunque tenuta a dare esecuzione alla clausola sociale e richiederà all'EA il ristoro del maggior costo sostenuto

La clausola sociale e riflessi sul subentro

Suggerimenti e previsioni nei contratti di servizio:

Naturalmente il CdS dovrà contenere le previsioni indicate nella misura 21 della Delibera 154/2019 (obbligo per IA di dare applicazione alla clausola, condizione risolutiva, penali)

E' altresì opportuno prevedere nel contratto:

- l'obbligo dell'IA di trasmettere periodicamente una rendicontazione sulla composizione **dell'organico aziendale** impiegato per l'esecuzione dei servizi, comprensivo delle residenze di servizio, nonché dell'indicazione per il personale viaggiante e diretto, dei singoli servizi cui sono adibiti (al fine di avere una base di dati più dettagliata in vista della eventuale diversa allocazione dei lotti della futura gara);
- In caso di **utilizzo promiscuo**, l'IA dovrà quantificare e ponderare l'utilizzo del personale sui diversi servizi esplicitando il driver utilizzato (km, ore/uomo, turni...);
- In vista del successivo subentro prevedere l'obbligo dell' IA di aggiornare periodicamente EA sull'evoluzione dell'organico e attuare il solo **turn over nel rispetto dei limiti** previsti nella Rel. Istruttoria ART, sanzionando con il risarcimento del danno subito dall'EA l'eventuale violazione.



STUDIO MASSIMO MALENA

www.massimomalena.it