

Roma, li 28 febbraio 2019

Spett.le Autorità di Regolamentazione dei Trasporti
e-mail: art@autorita-trasporti.it
p.e.c.: pec@pec.autorita-trasporti.it

Oggetto: **osservazioni all'allegato A alla Delibera n. 143/2018 del 20 dicembre 2018**

La scrivente segreteria generale FAST-Confasal a seguito di un esame della delibera n. 143/2018 presenta le proprie osservazioni al documento "Schema di atto di regolazione recante la "Revisione della delibera n. 49/2015 -Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica".

Osservazioni "Misura 21-Trasferimento del personale"

Nel dare seguito alla richiesta di osservazioni avanzata dall'Autorità si premette, in via generale, che lo schema dell'Atto di Regolazione trasmesso tradisce nelle sue linee essenziali le disposizioni di legge alle quali intende dare attuazione in tema di trasferimento del personale dal GU all'IA nell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale.

1. - Con riferimento a quanto previsto dalla Misura 21 della delibera 20 dicembre 2018 n. 143 (schema di atto di regolazione recante la revisione della delibera n. 49/2015) si osserva in sintesi quanto segue.

La relazione illustrativa di tale misura, contenuta nel punto 4.4 del Titolo II, indica espressamente quali sono le linee direttive che consentono di attuare l'orientamento legislativo sul tema. Viene infatti precisato con estrema chiarezza - a seguito di una compiuta elencazione delle disposizioni rilevanti sia della legislazione eurounitaria che di quella interna - quanto segue:

*"L'orientamento legislativo sul tema è pertanto rivolto verso la **promozione della stabilità occupazionale e l'adozione dei contratti collettivi**, nel rispetto di quanto già applicato dal GU. Tale indirizzo è ribadito, in particolare, dalla citata disposizione del d.l. 50/2017, che prevale sulla precedente legislazione in virtù*

del principio di specialità e che di fatto introduce elementi di maggiore rigidità nella disciplina della clausola sociale, ove se ne afferma:

- 1) l'applicabilità a "tutto" il personale dipendente del GU (non dirigenziale), nel rispetto delle garanzie minime di cui all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE;*
- 2) l'adozione delle condizioni del contratto collettivo nazionale di settore "e" del contratto di secondo livello o territoriale del GU".*

La finalità dichiarata dell'intervento regolativo è, quindi, quella di garantire la continuità dell'occupazione in favore di tutti i lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), cercando di trovare il giusto temperamento con la libertà di impresa dell'appaltatore subentrante, tutelata dall'art. 41 Costituzione.

Proprio per temperare la tutela garantita dalla clausola sociale con le esigenze dell'impresa subentrante senza attenuare l'efficacia dello scopo primario perseguito (che è quello di garantire l'occupazione di tutto il personale coinvolto nel trasferimento), è indispensabile attuare in concreto il quadro normativo di riferimento attraverso un negoziato con le organizzazioni sindacali stipulanti del testo unico sulla rappresentanza o firmatarie del contratto collettivo nazionale di settore, territorialmente competenti.

Occorre pertanto evitare che interessi aziendali volti esclusivamente a ridurre il costo del lavoro, senza garantire una effettiva e integrale continuità dei servizi di trasporto pubblico locale, finiscano per prevalere, alterando immotivatamente (e quindi arbitrariamente) l'equilibrio tra le norme costituzionali sopra indicate.

Le eventuali esigenze in grado di comportare una revisione del precedente assetto produttivo e occupazionale non possono pertanto essere sottratte a una duplice verifica: da un lato, quella di corrispondere a interessi effettivi di natura non esclusivamente privatistica (data la qualità del servizio oggetto dell'affidamento); dall'altro, quella di corrispondere a criteri di equità e ragionevolezza ponderabili attraverso il negoziato con le organizzazioni sindacali stipulanti del testo unico sulla rappresentanza o firmatarie del contratto collettivo nazionale di settore.

Proprio a questo fine l'art. 50 d.lgs. 50/2016 è stato modificato dal cosiddetto "*correttivo al codice degli appalti*" introducendo l'obbligatorietà delle clausole sociali, mediante la sostituzione della formula facoltizzante "*possono inserire*" con la prescrizione tassativa espressa dal verbo "*inseriscono*" avvenuta ad opera del dell'art. 33 D.Lgs. 19/4/2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). La previsione di un vero e proprio obbligo di inserimento della clausola sociale evidenzia ulteriormente l'imprescindibilità di una norma della *lex specialis* di gara volta a tutelare la

stabilità occupazionale in assenza di un'analoga previsione stabilita da un contratto collettivo nazionale.

Le norme in questione, per la parte attinente alle clausole sociali, disciplinano in effetti due ipotesi differenti.

La prima ricorre allorché l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere in caso di cambio di appaltatore è prevista direttamente dal contratto collettivo. In questa ipotesi l'amministrazione, in forza della previsione di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016, è tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbligo.

E ciò per due ragioni. La prima è lo stesso art. 30 d.lgs. 50/2016 ad obbligare la stazione appaltante ad applicare il contratto collettivo. Una applicazione temperata o limitata sarebbe quindi inammissibile. La seconda ragione attiene alla dinamica stessa della contrattazione collettiva, che costituisce il modo e il mezzo attraverso cui l'appaltatore esercita in concreto la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost.

Deve pertanto escludersi che, in presenza di una previsione di contratto collettivo che preveda l'obbligo di assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, possa ritenersi lesa la libertà di iniziativa economica dell'appaltatore subentrante o che tale libertà debba essere ulteriormente temperata con la tutela dell'occupazione.

In questo caso deve poi escludersi che l'appaltatore subentrante possa cambiare il contratto collettivo applicato ai dipendenti che deve assorbire. Ammettere tale possibilità consentirebbe l'aggiramento della previsione dell'obbligo di conservazione del posto, mediante la semplice applicazione di un contratto diverso che non preveda tale garanzia per i lavoratori.

La tematica delle clausole sociali così come affrontata dallo schema di atto in esame sembra prevalentemente rivolta a disciplinare invece quelle ipotesi nelle quali il contratto collettivo di riferimento non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti. Solo in questo caso si può porre infatti l'esigenza di un ulteriore bilanciamento degli interessi.

2. - Fatta questa premessa, riteniamo che sia indispensabile ribadire nell'atto di regolazione in primo luogo l'obbligatorietà in via generale della clausola sociale e semmai la necessità eventuale di prevedere un confronto negoziale con le organizzazioni sindacali firmatarie del testo unico sulla rappresentanza o del contratto collettivo nazionale di settore, territorialmente competenti, nelle fasi in cui fosse possibile ipotizzare soluzioni ulteriori preliminarmente alla definizione dello stesso contratto di servizio (CdS).

L'art. 33 del d.lgs. n. 56 del 2017 ha infatti modificato, come abbiamo visto, l'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016 sostituendo - con riferimento all'inserimento dei

bandi di gara di “*specifiche clausole sociali*” - la mera “*possibilità*” di tale inserimento con un vero e proprio obbligo.

Per una più immediata e comprensibile lettura delle presenti osservazioni si indicano di seguito, punto per punto, le modifiche che si propongono e le considerazioni specifiche che le sostengono.

Comma 1

L'ente appaltante (di seguito: EA) deve prevedere nella documentazione di gara l'obbligo di accettazione della disciplina della clausola sociale prevista, per via legislativa, dall'art. 48, comma 7, lettera e) del d.l. 50/2017, convertito con modificazioni della legge 21 giugno 2017, n. 96 e successivamente modificato dall'art. 9 *quater* della legge 3 agosto 2017, n. 123, nonché dal contratto collettivo di settore. Nel primo comma deve quindi essere ribadito il principio generale dell'obbligatorietà della clausola sociale. Così come è formulata, la disposizione sembra sovvertire la *ratio* della norma stabilendo in via generale che la clausola sociale è obbligatoria solo nel caso in cui i servizi da mettere a bando siano “*assimilabili*” a quelli precedenti (come specificato nel comma successivo).

Comma 2

Occorre quindi precisare che, nel caso in cui il volume dei servizi oggetto di affidamento sia sostanzialmente inferiore e/o superiore rispetto a quello oggetto del contratto di servizio (di seguito CdS) vigente, l'EA può prevedere la disciplina della clausola sociale con riferimento al solo effettivo fabbisogno di personale che il nuovo servizio richiede, da determinarsi però previa negoziazione con le organizzazioni sindacali stipulanti del testo unico sulla rappresentanza o firmatarie del contratto collettivo nazionale di settore, territorialmente competenti.

In effetti la disposizione di cui il comma 2, così come formulata, si presta a facili abusi e può di fatto completamente sovvertire la finalità di rendere obbligatoria la clausola sociale, soprattutto se già disciplinata dai contratti collettivi. Deve essere inoltre specificamente indicato cosa deve intendersi per “*volume inferiore dei servizi*” prevedendo una casistica, se possibile, tassativa.

La dizione utilizzata di servizi “*assimilabili*” è atecnica e si presta a interpretazioni eccessivamente elastiche e imprevedibili, tradendo la *ratio* della norma (obbligatorietà della clausola sociale) e riducendola di fatto a una ipotesi residuale.

Comma 3

Occorre quindi precisare che, nell'ipotesi di cui al comma che precede, la documentazione di gara deve contenere l'obbligo che il personale già operante alle dipendenze del gestore uscente, ed eccedente rispetto all'effettivo fabbisogno di personale che il nuovo servizio richiede, sia assorbito nell'organico con preferenza rispetto a soggetti terzi, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 48, comma 7, lettera e) del d.l. 50/2017, convertito con modificazioni della legge 21 giugno

2017, n. 96 e successivamente modificato dall'art. 9 *quater* della legge 3 agosto 2017, n. 123.

A tale fine:

- a) l'EA deve individuare il personale da trasferire, previa consultazione con il gestore uscente e, in caso di variazione del volume dei servizi, negoziazione con le organizzazioni sindacali firmatarie del testo unico sulla rappresentanza o del contratto collettivo nazionale di settore, territorialmente competenti, da effettuarsi, se ritenuto opportuno, nell'ambito della procedura di cui al punto 5 della Misura 4;
- b) alla luce degli esiti della predetta consultazione, e della eventuale negoziazione con le organizzazioni sindacali, il GU trasmette all'EA l'elenco di tutto il proprio personale di qualifica non dirigenziale da trasferire all'IA, indicando le informazioni di cui all'Annesso 6, Tabella 3, sezione "*Personale da trasferire*"; il predetto elenco è redatto dal GU assicurando la pertinenza del personale individuato con gli schemi di contabilità regolatoria relativa all'ultimo esercizio disponibile ed è allegato alla documentazione di gara.

L'art. 48 comma 7 lett. e) sopra citato prevede in effetti l'obbligo di assunzione di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante, con l'esclusione dei dirigenti. Quindi di norma deve passare senza soluzione di continuità tutto il personale in forza al gestore uscente. Diverse ipotesi possono essere eccezionalmente previste, in deroga alla regola generale. Ma tale previsione deve essere dettata da oggettive esigenze che giustifichino, in modo ragionevole e verificabile, la riduzione delle garanzie di tutela dei lavoratori. Solo nel caso in cui il servizio da mettere a bando sia di volume sostanzialmente inferiore, rispetto a quello originario, sarà possibile prevedere il passaggio parziale del personale, previa negoziazione con le parti sociali allo scopo di attivare gli ammortizzatori sociali ovvero di evitare favoritismi e discriminazioni (nel rispetto quindi delle direttive e delle indicazioni giurisprudenziali eurounitarie).

Il riferimento al personale "*assegnato in maniera prevalente*" ai servizi oggetto di affidamento è in ogni caso fuorviante e tradisce la chiarissima lettera della norma con una formula ambigua.

Comma 4

L'applicazione della clausola sociale deve comportare per l'impresa aggiudicataria (di seguito: IA):

- a) l'obbligo di riassorbire, senza soluzione di continuità, tutto il personale del GU individuato secondo quanto previsto ai punti che precedono;
- b) il rispetto delle condizioni normative, giuridiche ed economiche risultanti dal contratto nazionale di settore e dal contratto di secondo livello o territoriale applicato dal GU, comprese le modalità di gestione del trattamento di fine rapporto, assicurando la parità di trattamento, la non discriminazione, la certezza

della disciplina applicabile e la garanzia per i lavoratori interessati sul trattamento di fine rapporto maturato.

Nel comma 4 così come formulato non si tiene in considerazione che la previsione dell'art. 48 del DL n. 50/2017 impone che il passaggio di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante deve avvenire “...*senza soluzione di continuità*”. Deve quindi essere aggiunta tale previsione normativa nella regolamentazione in esame, considerato che quest'ultima non può derogare a una fonte di rango superiore e che la mancanza di una tale previsione può comportare la variazione delle retribuzioni a seguito del passaggio.

Comma 5

Il rispetto dei predetti obblighi deve essere assicurato dall'IA:

- a) per un periodo non inferiore ad un anno dalla data di stipula del CdS, secondo quanto previsto dall'art.3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE;
- b) ovvero, fino alla data di risoluzione o scadenza del contratto collettivo vigente di secondo livello (anche nel caso in cui l'IA non abbia aderito alle associazioni stipulanti o receda da esse) o dell'entrata in vigore o applicazione di altro contratto collettivo aziendale.

Nel comma 5 non si fa invece nessuna differenziazione tra contratto nazionale di settore e contratto di secondo livello o territoriale. Il richiamo operato alla contrattazione collettiva, senza alcuna specificazione del livello coinvolge anche l'applicazione del ccnl e il mantenimento del personale, contrariamente a quanto stabilito dalla legge n. 123/17 all'art. 9 *quater*.

Comma 6

Riguardo alla contrattazione di secondo livello devono quindi essere fatte salve eventuali negoziazioni tra le parti, compatibili con il quadro normativo di riferimento, ovvero opportuni processi di armonizzazione in caso di trattamenti differenziati, derivanti da accordi aziendali del GU e dell'IA, per specifiche qualifiche/mansioni, ipotesi di quiescenza o uscite volontarie dal servizio, sottoscrizione di specifici accordi in deroga con le organizzazioni sindacali stipulanti del testo unico sulla rappresentanza o firmatarie del ccnl di settore.

Il comma 6 è generico. Nel modo in cui è scritto sembra invertire le priorità indicate dalla più recente legislazione. Nel contesto della attuale formulazione essa riduce di fatto le garanzie a tutela del lavoro, tradendo in concreto le finalità della legge.

3. - Le osservazioni e i rilievi sopra svolti risultano in linea con quanto disciplinato dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Il testo degli artt. 33 del d.lgs. n. 56 del 2017 e 48, comma 7 lettera e) del d.l. n. 50 del 2017 (come convertito dalla legge n. 96 del 2017, successivamente

sostituito dall'art. 9 *quater* della legge n. 123/17) è estremamente chiaro e impone l'adozione di delibere prive di equivoci e rispondenti sia al tenore letterale che alle finalità di tali norme.

Allo stesso modo non possono prestarsi a interpretazioni equivocate, in via esemplificativa, le norme del contratto collettivo nazionale di lavoro degli Autoferrotranvieri-Internavigatori (Mobilità-TPL) in tema di clausola sociale.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato che è stata richiamata nell'ambito del punto B dello schema (Motivazioni alla base dell'intervento) non può non essere inserita nel contesto delle osservazioni che precedono, sia perché essa risulta espressa con riferimento a casi di specie disciplinati dal testo normativo oggi modificato, sia perché non è in alcun modo riferibile a casi nei quali la contrattazione collettiva applicata poneva regole e diritti già oggetto di verifica ad opera delle parti sociali

Analoghe considerazioni devono essere fatte con riferimento alla *“bozza di linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali”* predisposta dall'ANAC, che proprio a tale giurisprudenza si ispira prevalentemente e che, peraltro, è stata oggetto di numerosi rilievi ad opera dello stesso Consiglio di Stato in sede consultiva (cfr. punti 2. e 7.).

A tale proposito deve essere segnalato che nel parere espresso nella *“Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018”* è stato tra l'altro precisato che l'art. 50 del Codice dei contratti pone la disciplina di un istituto (la clausola sociale) in molti casi già regolato dalla contrattazione collettiva, che garantisce il rispetto e l'attuazione sia dell'art. 39 Cost. che dell'art. 12, comma 1, della Carta di Nizza.

In particolare, è stato osservato al punto 2.3 che *“... il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo dei rapporti di lavoro che le parti, ovvero i sindacati e le associazioni datoriali, hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi, e come tale, dal punto di vista del datore di lavoro, esso è parte dell'organizzazione di impresa da lui prescelta.”*.

Con la conseguenza che risulta in tali casi già assicurato proprio quel giusto temperamento tra tutela dell'occupazione (art. 35 Cost.) e libertà di impresa (art. 41 Cost.), così come in via di principio auspicato da tutta la giurisprudenza richiamata nello schema di analisi di impatto di regolazione correlato allo schema di atto posto in consultazione (recante *“Revisione della delibera n. 49/2015”*).

Lo stesso Consiglio di Stato suggerisce di riformulare le linee guida dell'ANAC sul punto *“Rapporto con i contratti collettivi”* nel seguente modo:

“Le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno

2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione della clausola sociale prevista dal contratto collettivo prescelto dall'operatore economico subentrante”.

Da ultimo, appare opportuno sottolineare che anche la giurisprudenza costituzionale nel valutare la legittimità di disposizioni di legge regionali disciplinanti il mantenimento in servizio di personale in casi di successioni di appalti in determinati servizi ha sempre fatto salva la disciplina di miglior favore contenuta nei contratti collettivi applicati.

Per quanto riguarda il settore ferroviario si osserva che il vigente CCNL Mobilità area AF è stato stipulato in data antecedente al D.l. 50/2017 convertito nella legge 96 del 2017. Vi è dubbio se il D. l. 50/2017 (art.48 c.7) preveda formale esclusione, in caso di affidamento ai sensi del RE 1370/2007, della clausola sociale a gestore che applichi CCNL differente da quello della Mobilità area AF. Ad ogni buon conto detta ipotetica esclusione della suddetta garanzia prevista dal Codice dei Contratti pubblici renderebbe evidente problematiche attinenti al passaggio diretto senza soluzione di continuità del personale da impresa applicante il CCNL Mobilità area AF ad impresa applicante diverso CCNL.

Restando a disposizione per qualsiasi confronto di merito, l'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

Il Segretario Generale
Pietro Serbassi

