

Publicato il 26/09/2022

N. 00696/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00826/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 826 del 2021, proposto da
2i Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe de Vergottini, Cesare Caturani e
Roberto Manservisi, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata
nei Registri di Giustizia, e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo
in Bologna, Via Santo Stefano n. 16;

contro

Comune di Rimini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv.to Sebastiano Capotorto, con domicilio digitale
corrispondente alla PEC indicata nei Registri di Giustizia, e domicilio fisico *ex*
lege presso la Segreteria della Sezione in Bologna, Via D'Azeglio n. 54;

per l'annullamento

- *IN PARTE QUA*, DELL'AVVISO DI RETTIFICA E PROROGA
TERMINI DEL BANDO DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO IN
CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS
NATURALE DELL'AMBITO TERRITORIALE MINIMO DI RIMINI;

- OVE OCCORRA, DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE
1/9/2021 N. 1919.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rimini;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2022 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Riferisce l'esponente che il bando originario della gara per l'affidamento in concessione del servizio in epigrafe è stato oggetto di nuove modifiche, inserite nell'avviso di rettifica e proroga termini pubblicato sulla GURI del 13/9/2021 n. 106.

B. Recrimina che, tra le novità, è stata introdotta la clausola di rinvio all'art. 2112 del codice civile, che prevede il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. Nello specifico essa statuisce che *“Si applica l'art. 2112 c.c. in quanto compatibile con il decreto 21/04/2011 e ss.mm.ii. del Ministero dello sviluppo economico e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali”*.

C. L'istanza di revoca in autotutela non ha sortito effetti.

D. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, la ricorrente censura gli atti in epigrafe, deducendo quale unico articolato motivo in diritto la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del DM 21/4/2011 n. 266, dell'art. 50 del D. Lgs. 50/2016, l'inosservanza dell'art. 3 L. 241/90, l'eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, contraddittorietà, dal momento che:

- l'art. 2112 del codice civile sancisce la continuità del rapporto di lavoro, ovvero l'assoluta ininfluenza del mutamento di titolarità sui rapporti in essere, dato il subentro del lavoratore nel sinallagma del rapporto di lavoro con tutti i relativi obblighi e diritti;

- il DM 21/4/2011, norma speciale applicabile alla gara di cui è causa, stabilisce l'interruzione del rapporto con il gestore uscente e l'instaurazione di un nuovo contratto di lavoro con il subentrante (vicenda novativa);
- in base all'art. 2112 comma 3 del codice civile 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*", laddove l'art. 2 comma 1 del DM 21/4/2011 si limita a prevedere la "*... salvaguardia delle condizioni economiche individuali in godimento, con riguardo ai trattamenti fissi e continuativi e agli istituti legati all'anzianità di servizio*";
- qualora trovasse effettiva applicazione l'art. 2112 del codice civile, il bando dovrebbe prevedere anche il trasferimento al nuovo gestore delle partite di debito relative alle quote di TFR accantonate in Azienda (e se previste, anche delle quote "*ex Fondo Gas*", di cui alla legge 6/8/2015 n. 125), con ciò ponendosi nuovamente in contrasto con il DM 21 aprile 2011 che, disponendo la risoluzione del rapporto di lavoro con il gestore uscente, ne impone la liquidazione complessiva;
- l'art. 2112 prescrive una preventiva e articolata informativa sindacale ai fini del trasferimento, mentre il DM pone solo un obbligo di consultazione (procedura semplificata);
- l'art. 2112 comma 2 del c.c. stabilisce un obbligo di solidarietà, tra il cedente ed il cessionario, per tutti i crediti che i lavoratori avevano al tempo del trasferimento e per eventuali pretese derivanti dal rapporto pregresso, certamente non applicabile alle unità trasferite a seguito di affidamento del servizio di distribuzione del gas, ostandovi l'effetto novativo sul rapporto di lavoro delineata dal DM 21/4/2011;
- la novella del bando impatta sulla possibilità di predisporre un'offerta ponderata, seria e correttamente dimensionata, per le incertezze obiettive sul trasferimento del personale e sulle condizioni economiche e contrattuali applicabili (e sugli eventuali maggiori oneri);

- non è corretto parlare di tutela più ampia in tema di licenziamenti (reintegrazione contro i licenziamenti illegittimi), alla luce dell'allegato 2 al CCNL di Settore Gas-Acqua sottoscritto dalle OOSS, per cui la disciplina del D. Lgs. 23/2015 sul licenziamento individuale – attuativa del Jobs Act – è applicabile ai lavoratori già assunti presso il gestore cedente (dunque lo scopo di tutela dichiarato non è dunque raggiungibile, con conseguente difetto di istruttoria);
- infine, dal verbale del 2/4/2021 del Comitato di Monitoraggio presso l'ATEM di Rimini sono rintracciabili valutazioni antitetiche, che riconoscono la prevalenza della norma speciale di cui al DM in tema di tutela occupazionale (e il radicale mutamento di rotta non è stato in alcun modo giustificato);
- identica clausola presso l'ATEM di Trieste è stata ritirata in autotutela dopo il ricorso al TAR (sentenza 20/7/2021 n. 227).

E. Si è costituita in giudizio l'amministrazione, chiedendo il rigetto del gravame. Puntualizza tra l'altro che la clausola gravata richiama l'art. 2112 c.c. *"in quanto compatibile"* con il DM 21/4/2011. Sostiene che quest'ultimo decreto ha introdotto una serie di misure, che vanno dal diritto alla conservazione dell'impiego sino agli ammortizzatori sociali, a tutela dei lavoratori alle dipendenze dei gestori uscenti, e che l'accertamento della compatibilità dell'art. 2112 cod. civ. con le menzionate previsioni è rimesso alla competenza del giudice del lavoro: spetterebbe a quest'ultimo stabilire se la normativa codicistica sia applicabile ai lavoratori interessati al subentro – anche a prescindere dall'inserimento della disposizione censurata – o se il DM costituisca l'unica disciplina cogente. In definitiva, la clausola avrebbe un valore soltanto prudenziale e non sarebbe lesiva delle ragioni di alcuno (non potendosi escludere che, ove dovessero effettivamente sussistere i presupposti di un trasferimento di azienda, l'art. 2112 cod. civ. potrebbe essere invocato ed applicato anche nel settore della distribuzione del gas). Infine, la determinazione n. 1919/2021 sarebbe stata preceduta, in data 31/8/2021, da

un'apposita deliberazione del "Comitato di monitoraggio" che, rettificando il proprio precedente orientamento sfavorevole del 2/4/2021, ha unanimemente approvato l'inserimento della clausola proposta dai sindacati, condividendo integralmente le considerazioni espresse, a tal riguardo, dal Comune di Rimini.

F. All'udienza del 21/9/2022 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con l'introdotta gravame, la ricorrente lamenta l'illegittimità della clausola di rinvio all'art. 2112 del codice civile, racchiusa nell'avviso di rettifica e proroga termini del bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale.

IL RITO

0. Il Comune intimato ha eccepito il difetto di giurisdizione di questo T.A.R., in quanto l'accertamento della compatibilità dell'art. 2112 del c.c. con il DM 21/4/2011 sarebbe devoluto alla cognizione del giudice del lavoro (la clausola resterebbe, eventualmente, priva di effetti senza necessità di un intervento del giudice amministrativo, e questo già alla luce della sua natura non perentoria con la formulazione sotto "*condizione di compatibilità*").

L'eccezione è infondata.

Il Collegio concorda con parte ricorrente sul rilievo che la censura investe una clausola inserita nel bando (qualificabile come atto amministrativo generale) che preannuncia la possibile operatività di norme di maggior favore per i lavoratori. Spetta al giudice ordinario la cognizione delle vicende afferenti al rapporto di impiego privato, ma il tema controverso investe la legittimità di una clausola inserita nella *lex specialis* che precluderebbe – nella prospettiva di 2I Rete Gas – l'elaborazione di un'offerta seria, appropriata e consapevole. Ne deriva la corretta investitura del T.A.R. sull'odierna lite.

IL MERITO

La pretesa avanzata è infondata.

1. Osserva preliminarmente il Collegio che, sul tema della tutela dell'occupazione prevista dall'ordinamento in caso di successione di operatori economici in un'attività appaltata, la legge non fissa un obbligo generale per l'appaltatore subentrante di garantire al personale del gestore uscente continuità occupazionale e di livelli retributivi.

1.1 Invero, le due fattispecie del trasferimento d'azienda e del “cambio di appalto” si rivelano disomogenee sul piano concettuale, con conseguenze in termini di salvaguardia dei rapporti di lavoro.

1.2 Ai fini della qualificazione dell'avvicendamento, l'art. 29 comma 3 del D. Lgs. 276/2003, nel testo risultante dalla novella di cui all'art. 30 comma 1 della L. 7/8/2016 n. 122, statuisce espressamente che *“L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda”*.

1.3 Il corretto inquadramento della vicenda modificativa assume rilevanza fondamentale, posto che l'apparato normativo sottrae l'applicazione di determinate discipline (di maggior tutela) qualora sia configurabile il “cambio di appalto” con passaggio dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore subentrante:

- licenziamenti collettivi di cui all'art. 24 della L. 223/1991 (l'art. 7 comma 4-bis del D.L. 31/12/2007 n. 248 conv. in L. 28/2/2008 n. 31 stabilisce che *“Nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a*

parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative”);

- procedure di conciliazione preventiva previste in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo [l’art. 7 comma 6 della L. 15/7/1966 n. 604, come sostituito dall’art. 1 comma 40 della L. 28/6/2012 n. 92, dispone che *“La procedura di cui al presente articolo non trova applicazione per i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all’articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92 ...”* (si tratta, ai sensi di quest’ultima norma, di licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi d’appalto ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale)];

- obbligo di versamento dei contributi previdenziali parametrati alla Nuova Assicurazione Sociale per l’Impiego (c.d. NASpI), con esonero del datore subentrante *ex art. 2 comma 34 lett. a) della L. 92/2012*, come modificato dall’art. 1 comma 164 della L. 11/12/2016 n. 232 (si tratta del cd. *ticket* di licenziamento, e si veda sul punto la circolare INPS 19/3/2020 n. 40 par. 4.1);

- computo dell’anzianità limitata all’anzianità di servizio maturata presso l’appaltatore uscente, da includere nel computo delle indennità risarcitorie da licenziamento illegittimo nel regime delle cosiddette tutele crescenti (cfr. art. 7 del D. Lgs. 23/2015).

2. Nei “cambi d’appalto”, quale tecnica di tutela alternativa all’estensione della disciplina tipica del trasferimento d’azienda, possono essere utilizzate le cc.dd. *“clausole sociali di seconda generazione”*, ossia obblighi di assunzione, con o senza soluzione di continuità rispetto al precedente impiego, derivanti da fonte legislativa o dalla contrattazione collettiva.

3. È opportuno a questo punto soffermarsi sull'art. 29 comma 3 del D. Lgs. 276/2003 vigente, il quale come già riportato dispone che l'acquisizione – da parte di un nuovo imprenditore – del personale già impiegato nell'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di essa, qualora il subentrante sia *“dotato di propria struttura organizzativa e operativa”* e *“siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”*.

3.1 In buona sostanza, sulla base del testo normativo, gli elementi necessari e qualificanti per escludere il trasferimento di azienda e l'applicazione dell'art. 2112 del c.c. (mediante una definizione “in negativo”) sono le qualità soggettive del soggetto subentrante e l'oggettiva discontinuità imprenditoriale, requisiti che devono risultare entrambi contemporaneamente sussistenti e devono essere individuati nel concreto (Corte d'Appello di Genova – 16/4/2021).

3.2 Se il primo requisito (struttura organizzativa ed operativa) risulta di più agevole interpretazione, si rivela più complessa l'individuazione degli elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa (ad esempio, ci si può interrogare sulla rilevanza della modifica dell'organigramma – con nuove figure anche di direzione e l'inserimento di ulteriori lavoratori con compiti di coordinamento – delle variazioni dell'organizzazione di turni e pause, ovvero in senso più incisivo delle modalità di erogazione del servizio e dell'utilizzo di tecnologie evolute nel processo produttivo).

3.3 Secondo il Tribunale di Velletri, sez. lavoro – 8/9/2021 è onere della parte che agisce in giudizio dedurre e provare la sussistenza, in concreto, degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. - vale a dire *«(a) l'esistenza, al momento del cambio di appalto, di un trasferimento di elementi materiali e/o immateriali già costituenti una entità economica organizzata in maniera stabile, la quale abbia conservato la sua propria identità anche dopo il trasferimento, oppure (b) l'avvenuto trasferimento, in forza al nuovo appaltatore, della maggior parte del personale già operante presso il precedente appaltatore, oppure ancora (c) la permanenza di un residuo*

dell'organizzazione del precedente appaltatore idonea ex se alla prosecuzione della impresa già svolta da quest'ultimo (Cassazione civile sez. I 09 ottobre 2009 n. 21481)>>.

4. A fronte del panorama descritto, ritiene il Collegio che il mero richiamo all'art. 2112 del c.c. non determini in capo agli aspiranti concorrenti una modifica delle clausole del confronto comparativo tale da precludere la predisposizione di un'offerta appropriata e avveduta. Il riferimento alla disposizione codicistica è effettuato in forma dubitativa *"in quanto compatibile con il decreto 21/04/2011"*, e deve essere interpretato alla luce dell'ampio quadro legislativo del quale si è dato conto nei precedenti paragrafi. In buona sostanza, la norma sul trasferimento di azienda può trovare applicazione ove sussistano i presupposti dettati dalla legge e in particolare dall'art. 29 comma 3 del D. Lgs. 276/2003: l'art. 2112 può divenire operativo ove affiorino entrambi i requisiti enunciati al par. 3, e il loro accertamento rientra – in caso di controversia – nella cognizione del giudice ordinario.

5. L'inserimento della clausola potrebbe anche reputarsi superfluo, alla luce del meccanismo dell'eterointegrazione. Quest'ultima può aver luogo con cautela (cfr. Consiglio di Stato, sez. III – 2/9/2013 n. 4364) poiché l'inserzione automatica di clausole anche ai sensi dell'art. 1339 c.c. in tanto si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti.

5.1 Peraltro, l'eterointegrazione della disciplina di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme inderogabili recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. La giurisprudenza ha chiarito che *"L'art. 2112 c.c. ha carattere imperativo e inderogabile, la disciplina in esso contenuta non va applicata solo in presenza di espressi negozi giuridici di trasferimento di azienda intercorsi fra le parti, ma anche quando l'operazione avvenga "di fatto" ed emerga da sintomatici elementi che evidenziano l'avvenuta cessione della complessa attività imprenditoriale; in tal caso è onere della parte*

che invoca l'applicazione della norma fornire prova degli indici dell'operazione posta in essere” (Tribunale di Varese, sez. lavoro – 13/9/2013).

5.2 Dall'ultima pronuncia segnalata si trae conferma della necessità di un esame in concreto dell'operazione economica posta in essere con il subentro nell'appalto, che assume rilievo a prescindere dall'esistenza o meno di un richiamo nel bando di gara.

6. In conclusione, l'introdotta gravame deve essere rigettato.

7. Le spese di giudizio possono essere compensate, per la natura interpretativa e la novità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO

