

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SARDEGNA, Sez. I, 19 ottobre 2012, n. 865 — RAVALLI *Presidente* — MANCA *Estensore* — M.M. (avv. Mureddu e Rossi) c. Comune di Domus De Maria (avv. Mastinu, Busio e Mura), E.d.M. s.r.l. (avv. Franceschi) e S.G.S. D.M. — c. s.p.a.

**Lavoro - Lavoro pubblico - Trasferimento di attività da soggetti pubblici ad altri soggetti - Rapporto di lavoro dei dipendenti - Continuazione con l'impresa subentrante - Sussiste.**

(Cod. civ., art. 2112; d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 31).

*A seguito del tendenziale assoggettamento del lavoro pubblico alla normativa e ai principi del lavoro privato, per effetto soprattutto dei decreti legislativi del 1998 (n. 80 e 387), anche la fattispecie del trasferimento di attività dalle pubbliche amministrazioni — o loro enti e aziende — ad altri soggetti, pubblici o privati, viene attualmente regolata dalle norme di diritto comune. In particolare l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolta da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture ad altri soggetti, pubblici o privati, fa rinvio all'art. 2112 c.c., con la conseguenza che il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'impresa cessante continua con l'impresa che subentra nella gestione del servizio (1).*

(*Omissis*). — Con deliberazione n. 14 del 5 aprile 2002, il Comune di Domus de Maria costituiva, al fine di gestire in *house* i servizi comunali finalizzati alla stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili, la società a responsabilità limitata “Società Gestione Servizi Domus de Maria s.r.l.”, successivamente trasformata (con deliberazione del Consiglio Comunale n. 11, del 16 giugno 2005) in società per azioni a prevalente partecipazione pubblica, con denominazione “Società Gestione Servizi Domus de Maria-Chia S.p.A.”;

(1) La nota segue a p. 218.

Con deliberazione n. 12 dell'8 settembre 2010, il Consiglio Comunale determinava il trasferimento della gestione dei servizi di igiene urbana all'Unione dei Comuni Nora e Bithia. Nel frattempo, in attesa dell'esperimento della nuova procedura di gara, il Comune di Domus de Maria dichiarava definitivamente risolto, alla data del 30 giugno 2012, il contratto in essere con la "Società Gestione Servizi Domus de Maria-Chia S.p.A."

Nelle more della nuova procedura di gara da parte dell'Unione dei Comuni, l'amministrazione comunale intimata ha deciso di avviare una procedura di gara per l'affidamento del servizio per il periodo dal 1° luglio al 31 dicembre 2012. Nel capitolato speciale di gara (art. 16) l'amministrazione aggiudicatrice ha previsto che l'aggiudicataria debba assumere, ai sensi dell'art. 6 del CCNL del settore, il personale già impiegato dalla società comunale *in house* per lo svolgimento del servizio. In allegato al c.s.a., ha altresì elencato le figure del personale con le relative qualifiche e livelli professionali, precisando e indicando anche l'impiego minimo di ciascun operatore per l'espletamento del servizio oggetto dell'appalto. In corrispondenza della figura professionale rivestita dalla ricorrente sono indicate un numero di ore pari a 12, non conformi all'orario di lavoro contrattuale stabilito nell'ambito del rapporto di lavoro tra la ricorrente e la società *in house*, pari a 36 ore settimanali.

Con il ricorso introduttivo, avviato alla notifica il 31 maggio 2012 e depositato il 6 giugno 2012, la dr.ssa M. chiede conseguentemente l'annullamento della previsione del capitolato speciale di appalto e dell'allegato 6 nella parte sopra richiamata, deducendo i seguenti motivi di diritto:

– violazione c/o falsa applicazione di legge e, segnatamente, dell'art. 31 della legge (*rectius*: decreto legislativo) 30 marzo 2001, n. 165. Difetto di istruttoria e di motivazione;

– violazione di legge e, in particolare, dell'art. 7 della l. 241/1990 per omessa comunicazione di avvio del procedimento. Eccesso di potere, per sviamento di potere e/o per manifesta ingiustizia, per difetto di istruttoria, per travisamento dei fatti;

– violazione di legge e, in particolare, dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Carezza di motivazione. Violazione dell'art. 3 della Costituzione. Disparità di trattamento ed illogicità manifesta. Sviamento. (*Omissis*)

L'oggetto della controversia riguarda l'esercizio del potere amministrativo, rispetto al quale si configura in capo al soggetto desti-

natario degli effetti una tipica situazione di interesse legittimo (anche se accanto, o meglio, sottesa a tale interesse legittimo sia riscontrabile una situazione giuridica di diritto soggettivo; configurazione che, peraltro, si ritrova anche in altre ipotesi, come per esempio nelle vicende espropriative). Soluzione che attualmente trova un decisivo riscontro normativo nell'art. 7, comma 1°, del C.P.A.), testo che correttamente definisce l'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità muovendo dalla circostanza che si tratti di controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi in relazione all'esercizio del potere amministrativo.

Ne deriva come conseguenza che la controversia in esame appartiene pacificamente alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità, e dunque (anche) alla giurisdizione esclusiva in materia di controversie relative a procedure di affidamento di contratti pubblici.

Il ricorso è, peraltro, inammissibile per il difetto di interesse a ricorrere in capo alla ricorrente, sotto il profilo, correttamente rilevato dalla difesa del Comune resistente, della mancanza di effetti lesivi discendenti dalla clausola del capitolato speciale oggetto di impugnazione con il ricorso in esame. In altri termini, gli effetti giuridici riconducibili alla previsione di cui all'art. 16 del c.s.a. (e all'allegato 6, cui la disposizione del c.s.a. rinvia) non sono idonei a produrre una lesione della situazione giuridica della ricorrente.

La clausola impugnata, infatti, dopo aver ribadito l'obbligo della aggiudicataria di assumere «il personale attualmente addetto ai servizi in oggetto» si limita a prevedere (quale elemento della «progettualità di base») «l'impiego minimo di ciascun operatore per l'espletamento del servizio richiesto».

Tale ultimo riferimento non può, tuttavia, essere utilizzato dall'impresa aggiudicataria come base giuridica idonea al fine di modificare l'orario di lavoro contrattuale del personale proveniente dalla società che in precedenza gestiva il medesimo servizio, in quanto indica esclusivamente l'impegno orario minimo del lavoratore nello svolgimento del servizio in appalto.

Né assume rilevanza il richiamo all'art. 6 del CCNL per i dipendenti da imprese e società esercenti servizi ambientali (stipulato il 5 aprile 2008 e valido anche per il periodo 1° gennaio 2011-31 dicembre 2013), che deve essere integrato dalla specifica disciplina normativa dettata per la fattispecie in questione.

Infatti, a seguito del tendenziale assoggettamento del lavoro pubblico alla normativa e ai principi del diritto del lavoro privato, conse-

guito soprattutto con i decreti legislativi del 1998 (n. 80 e n. 387), anche la fattispecie di trasferimento di attività dalle pubbliche amministrazioni – o loro enti e aziende – ad altri soggetti pubblici o privati viene attualmente regolata dalle norme di diritto comune. In particolare l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) «nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati», fa rinvio all'art. 2112 c.c. Il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'impresa cessante continua, pertanto, con l'impresa che subentra nella gestione del servizio; e tale garanzia è rafforzata, proprio, dalla previsione del mantenimento dei diritti acquisiti (cfr. comma 1° dell'art. 2112 c.c.: «... ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano»).

Ne consegue che la disposizione del capitolato, impugnata con il ricorso in esame, non ha l'idoneità a produrre effetti giuridici lesivi nei riguardi della sfera giuridica della ricorrente.

Il ricorso, in conclusione, è inammissibile per il difetto di interesse a ricorrere. (*Omissis*)

(1) **Trasferimento dei dipendenti pubblici e art. 2112 c.c.**

1. Prima di procedere all'esame della sentenza oggetto della presente nota, è necessario ripercorrere brevemente l'iter legislativo che, nello scorso decennio, ha profondamente rivoluzionato l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche concludendosi con l'approvazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

In merito va ricordato che, nel lodevole intento di perseguire il contenimento, la razionalizzazione e il controllo della spesa, il miglioramento dell'efficienza e della produttività e la riorganizzazione del settore del pubblico impiego veniva approvata la l. 23 ottobre 1992, n. 421, con cui il Governo veniva delegato ad emanare uno o più decreti legislativi che regolassero l'intera materia. In esecuzione di tale delega veniva emanato il d.lgs. n. 29 del 1993, che ha disciplinato il nuovo sistema. Tenuto conto, peraltro delle carenze ben presto manifestatesi, negli anni successivi tale decreto veniva più volte modificato in modo quasi schizofrenico. Quindi, essendo nel frattempo scaduta, la delega di cui alla citata l. n. 421/1992 veniva rinnovata con la l. n. 59/1997. A quest'ultima seguivano, prima, il d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, e, poi, il d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni») che, con successive ulteriori modifiche, ha organicamente disciplinato l'intera materia. Testo legislativo molto complesso, i cui principi fondamentali sono quelli sanciti dai commi 2° e 3° dell'art. 2, che, rispettivamente, stabiliscono che

i rapporti dei pubblici dipendenti sono disciplinati dalle norme del codice civile (art. 2082 ss.) e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (c.d. privatizzazione del pubblico impiego) (comma 2°) e che tali rapporti sono regolati contrattualmente dallo stesso d.lgs. n. 165 (c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego) (comma 3°).

Va precisato che, per effetto della riforma, è stata superata la tradizionale distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi e fra atti autoritativi e atti paritetici. Conseguentemente, anche quando la p.a. fa uso, nei confronti del pubblico dipendente, dei suoi poteri discrezionali (trasferimenti d'ufficio, sanzioni disciplinari etc.), essa non pone in essere veri e propri provvedimenti amministrativi.

In relazione alle controversie relative ai rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, facendo seguito a quanto previsto dall'art. 68 del d.lgs. n. 29/1993 e dall'art. 45 del d.lgs. n. 80/1998 ha disposto, al primo comma, la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; ivi comprese quelle concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e le indennità di fine rapporto, nonché quelle relative ai comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28 della l. n. 300 del 1970 e quelle relative alle procedure di contrattazione collettiva nazionale e integrativa.

Lo stesso art. 63 ha peraltro stabilito, al quarto comma, che restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo «*le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*».

Questa disposizione ha determinato un imponente contenzioso tuttora in atto, del quale si è avuta occasione di parlare diffusamente su questa stessa rivista (cfr. DORE, *La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato; ovvero l'ennesimo caso di devastante schizofrenia legislativa e giurisprudenziale. Si impone una norma di interpretazione autentica*, in questa *Rivista*, 2006, p. 416 ss.). Per completezza va precisato che, in base alla previsione dell'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001 sono escluse dalla contrattualizzazione alcune particolari categorie di pubblici dipendenti, quali i magistrati (ordinari, amministrativi e contabili); gli avvocati e procuratori dello Stato; il personale militare e delle forze di polizia di Stato; il personale della carriera diplomatica e prefettizia; i dipendenti di Banca d'Italia, Consob e Antitrust e, in attesa di una disciplina organica della materia (in conformità ai principi dell'autonomia universitaria), i professori e i ricercatori universitari.

2. Passando ora all'esame della vertenza definita dal Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna con la sentenza oggetto della presente nota va evidenziato che la stessa è scaturita da quattro delibere assunte da un Comune della Sardegna sud occidentale. Con la prima veniva costituita una società a prevalente partecipazione pubblica con lo scopo di gestire "in house" i servizi comunali al fine di stabilizzare dei lavoratori socialmente utili; la seconda operava il trasferimento dei servizi di igiene urbana all'Unione di alcuni Comuni della zona; con

la terza veniva risolto il contratto stipulato con la predetta società; e con la quarta veniva avviata una procedura di gara per l'affidamento del servizio, con la previsione, nel relativo capitolato, che la futura aggiudicataria avrebbe dovuto assumere il personale già impiegato nella società "in house" ai sensi dell'art. 6 del CCNL del settore. In ordine al quale venivano indicate le figure professionali, con relative qualifiche e livelli e l'impiego minimo di ogni collaboratore.

Quest'ultimo provvedimento veniva impugnato davanti al giudice amministrativo da uno dei lavoratori interessati, che lamentava la violazione dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001, degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990 e, sotto diversi profili, eccesso di potere, carenza di motivazione e disparità di trattamento.

Il Comune resisteva al ricorso eccependo preliminarmente la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, l'infondatezza del ricorso.

3. Il Tribunale adito, respingeva l'eccezione preliminare affermando che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, si verteva in materia di interesse legittimo con conseguente affermazione della giurisdizione del g.a. e, nel merito dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di interesse da parte della ricorrente non sussistendo effetti lesivi a suo carico discendenti dalla clausola del capitolato speciale allegato al capitolato speciale impugnato con il ricorso.

Ciò sulla base del disposto dell'art. 31 del già citato d.lgs. n. 165/2001 che, nel quadro della privatizzazione (*recte* "contrattualizzazione") del pubblico impiego, nel caso di trasferimento o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende e strutture ad altri soggetti, richiama il disposto dell'art. 2112 c.c., secondo cui il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti di cui godeva in precedenza.

Affermazione che, basandosi su un testo legislativo assai chiaro, pare ineccepibile.

CARLO DORE

CARLO DORE

105

*TRASFERIMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI E ART. 2112 C.C.*

*(estratto da)*

# **RIVISTA GIURIDICA SARDA**

**1-2013**

Anno XXVIII

Gennaio-Aprile - Pubblicazione quadrimestrale

**EDIZIONI AV**