E SE CAMBIA L’APPALTO? Cosa succede ai lavoratori nell’ipotesi di subentro del nuovo appaltatore

scritto da goal | 11 Aprile 2024

*di Anna Del Vecchio**

Con l’entrata in vigore della legge 122/2016 sono stati introdotti i requisiti che, nei casi di cambio di appalto, il nuovo appaltatore deve possedere affinché possa escludersi che si sia in presenza di fattispecie assimilabili al trasferimento d’azienda.

Infatti l’art. 30 ha dettato nuove regole in merito ai rapporti di lavoro dei lavoratori occupati in un appalto nell’ipotesi di subentro del nuovo appaltatore.

In particolare il nuovo testo del terzo comma dell’art. 29 del d.lgs. 276/2003, come sostituito dall’art. 30 della legge 122/2016 (Legge Europea 2015-2016), assicura l’adempimento da parte dell’Italia degli obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione Europea.

Trattasi di norma destinata, pur tra molte incertezze, a governare il quadro regolatorio afferente ai rapporti di lavoro dei lavoratori occupati in un appalto in occasione del subentro di un nuovo appaltatore. Difatti le formule utilizzate dal legislatore per identificare i requisiti di esonero dalla disciplina del trasferimento di azienda espongono gli operatori ad incertezze operative.

Per comprendere il senso e la portata della disciplina introdotta dalla legge 122/2016 sembra opportuno muovere dal testo previgente del terzo comma dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, il quale stabiliva che: "L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o

di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda". Il testo vigente della medesima disposizione stabilisce, invece, 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".

In sostanza nei casi di cambio di appalto – e di acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore – è esclusa l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. solo se:

- il nuovo appaltatore sia dotato di una propria struttura organizzativa ed operativa;
- siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa.

Se, dunque, il precedente testo escludeva, dal cambio di appalto, l'assorbimento del personale già occupato sancendo la fattibilità solo in caso di trasferimento di azienda (art. 2112 c.c.), il novello art. 30, legge 122/2016, subordina tale esclusione a due elementi sostanziali, che devono sussistere e ricorrere in concreto nella fattispecie del subentro da parte del nuovo appaltatore.

Sulla base del nuovo testo normativo, quindi, gli elementi necessari e qualificanti per escludere il trasferimento di azienda sono le qualità soggettive del soggetto subentrante e l'oggettiva discontinuità imprenditoriale. In effetti, perché non si configuri il trasferimento di azienda, l'imprenditore che subentra nell'appalto deve possedere una propria struttura sia sul piano organizzativo che operativo, affinché si possa escludere il trasferimento, oltre ai dipendenti già assegnati all'appalto, di beni e mezzi di rilevante entità utilizzati dall'appaltatore uscente.

Indice chiaro di una organizzazione autonoma e propria dell'imprenditore subentrante può trarsi dalla presenza di propri dipendenti oltre a quelli già precedentemente impiegati nell'appalto. Ulteriore elemento qualificante una struttura organizzativa propria del nuovo appaltatore è ravvisabile nell'utilizzo di beni e/o strumenti propri ai fini dell'espletamento del servizio o dell'opera commissionata, escludendosi in tal modo un mero cambio di titolarità dell'azienda.

Per quanto attiene agli "elementi di discontinuità" essi possono individuarsi in:

- impiegare i lavoratori del precedente appaltatore unitamente al proprio personale dipendente,

diversificando l'orario di lavoro su ogni dipendente andando, così, ad influire sia sul monte orario che sui turni di servizio;

- impiegare i propri dipendenti aggiungendo solo alcuni dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore al fine garantire l'esecuzione corretta dell'appalto;
- utilizzare beni e strumenti propri per l'esecuzione del servizio che, in base alle loro caratteristiche, possono incidere sui tempi di esecuzione, sul risultato e sulla qualità del servizio, ipotesi che si verificano nella

maggior parte dei cambi di appalto e nelle quali sono indubbiamente ravvisabili elementi di discontinuità idonei a rilevare la specifica identità dell'impresa subentrante.

Si ricade, dunque, nella disciplina dell'art. 2112 c.c. quando si riscontra un'identità tra le due imprese e vi è solo una variazione della titolarità; quando l'appalto è svolto non solo con organizzazione e mezzi propri dall'appaltatore subentrante e questi deve acquisire il personale già impiegato dal precedente appaltatore e garantire i livelli occupazionali anche se su questo punto emergono due interessi contrapposti ed entrambi sottoposti a tutela costituzionale:

- la libertà di iniziativa economica;
- la finalità sociale dell'iniziativa economica e la salvaguardia dell'attività lavorativa.

Proprio perché i due interessi sono contrapposti ed entrambi tutelati e non vi è alcuna normativa in proposito, essi sono sottoposti a negoziazione tra i soggetti coinvolti nel cambio di appalto. I due interessi sono praticamente negoziati con le clausole sociali.

Per quanto riguarda gli appalti pubblici con l'entrata in vigore dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016, c.d. *"Codice Appalti"*, è stato introdotto, per gli affidamenti di contratti di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera1 la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire delle clausole sociali specifiche volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale coinvolto.

Ed è lo stesso Codice Appalti a dettare, all'art. 3, comma 1, *lett. qqq*) una prima definizione di *"clausole sociali"* per tali indicando quelle «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a

benefici di legge e agevolazioni finanziarie».

Ma è solo con le modifiche al d.lgs. 50/2016 introdotte dal successivo d.lgs. 56/2017, c.d. *"Decreto Correttivo"*, che si è passati da una mera facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, la clausola sociale ad un obbligo per le stesse di inserirla nei bandi e nelle lettere di invito alle gare.

Vi è da dire che la norma lascia comunque un'ampia possibilità e discrezionalità alla stazione appaltante di modulare il contenuto della clausola sociale in sede di definizione della disciplina di gara, permettendo al committente una scelta libera e discrezionale in merito a quali obblighi porre a carico del gestore subentrante. Il processo di delineazione dell'istituto della clausola sociale, volto a colmare l'originaria lacuna legislativa, si è poi da ultimo arricchito con alcuni recenti interventi:

- l'art. 1 del d.l. 76/2020, *"Decreto Semplificazioni"*, come convertito dalla legge 120/2020, che ha esteso la previsione delle clausole sociali anche nei c.d. *"contratti sotto-soglia comunitaria"*;
- l'art. 47 del d.l. 77/2021, convertito dalla legge 129/2021, che ha introdotto alcune misure finalizzate a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, rimettendo ancora una volta l'obbligo della loro implementazione ai bandi di gara relativi ai contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR.
- l'art. 57 del d.lgs 36/2023 (Nuovo codice Appalti) che stabilisce che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti 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. Il MIT ha precisato che la norma prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, tutte le specifiche clausole sociali volte a tutelare la stabilità occupazionale, la parità di genere, le pari opportunità generazionali, l'inclusione lavorativa.

Il regime della clausola sociale richiede, dunque, un bilanciamento tra più valori, tutti di rango costituzionale, ossia il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., nonché dall'art. 16 della Carta di Nizza e il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost. e dall'art. 15 della Carta di Nizza.

In tale contesto, la giurisprudenza – per lo più amministrativa – ha più volte analizzato l'incidenza che le forme di tutela occupazionali potessero avere nella sfera giuridica dell'appaltatore. In particolare, se, in forza dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti potessero imporre all'imprenditore subentrante la riassunzione di tutto il personale impiegato sull'appalto dall'appaltatore uscente.

Il Consiglio di Stato, con plurime pronunce ha chiarito come le clausole sociali debbano essere interpretate «in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario», anche perché 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 contemperato 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»2.

Da quanto sopra ne consegue che, a fronte di una clausola sociale inserita in un bando di gara, non sia possibile configurare un obbligo generale e indiscriminato di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, dovendo piuttosto tale obbligo essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.

In altri termini è richiesta una ponderazione tra il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

L'interpretazione così data alla clausola sociale a livello nazionale si pone in conformità anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha assunto una posizione contraria rispetto alla imposizione di obblighi generalizzati di riassunzione del personale utilizzato nell'appalto cessato, che determinerebbe una ingiustificata limitazione dei principi di concorrenza e di libera circolazione dei servizi.

Tuttavia se la clausola sociale non può comprimere l'autonomia imprenditoriale3, non può nondimeno essere esercitata fino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori, spingendosi fino al punto da legittimare politiche aziendali di *dumping* sociale4.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza è stato recepito anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) che ha approvato le Linee Guida n. 135 recanti «La disciplina delle clausole sociali», laddove viene ribadito come la

clausola sociale debba essere letta conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, poiché, in difetto, la stessa risulterebbe lesiva della concorrenza, nonché limitativa della libertà d'impresa.

Inoltre, viene chiarito come le stazioni appaltanti che inseriscono la clausola sociale debbano prevedere nei bandi una serie di informazioni sul personale dell'impresa uscente volte a consentire ai concorrenti di presentare un'offerta consapevole che tenga conto degli eventuali costi del riassorbimento del personale. Le clausole sociali, quindi, sono inserite nei contratti di cessione di appalto e, in linea generale, servono a vincolare il nuovo datore di lavoro alla tutela dei diritti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto. In alcuni casi anche alla riassunzione o all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore.

Infatti la stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleghi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto.

La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale e, quindi, manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara6.

Nei casi di contratti di tipo privato le clausole sociali non

hanno una disciplina legislativa ben definita. Per quanto riguarda l'imprenditore, in alcuni casi possono comprimere l'apertura dei mercati scoraggiando potenziali nuovi concorrenti, dal momento che potrebbero essere vincolati ad assumere tutti i lavoratori già impiegati nell'appalto imponendo costi del personale non rimessi alle sue scelte imprenditoriali e comprimendo la sua libertà d'impresa.

Per quanto riguarda il lavoratore si deve garantire la continuità lavorativa, anche se la legge non prevede il riassorbimento o la riassunzione automatica del lavoratore da un datore di lavoro all'altro.

Quindi, nel caso di cessione d'appalto gli interessi tutelati dalla clausola sociale sono:

- la continuità occupazionale;
- la tutela delle esigenze aziendali dell'appaltatore uscente e di quello subentrante.

Riassumendo, la clausola sociale non può imporre al nuovo appaltatore scelte incompatibili con i suoi interessi aziendali e l'impresa uscente non deve automaticamente rinunciare ai lavoratori per i quali

ha interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro fermo che l'impresa subentrante non è vincolata al riassorbimento o alla riassunzione dei lavoratori, ma è vincolata solo per i lavoratori:

- necessari alla prosecuzione dell'attività economica dell'appalto oggetto della cessione;
- il cui rapporto di lavoro con l'appaltatore uscente è interrotto.

In estrema sintesi, la clausola sociale dev'essere regolata nel senso di tutelare i lavoratori che perdono il lavoro a causa della cessione d'appalto, disponendo la riassunzione o il riassorbimento nel caso siano licenziati dal vecchio

appaltatore e siano necessari per la prosecuzione dell'attività economica dell'appalto oggetto della cessione.

La riforma normativa in oggetto non può, peraltro, prescindere da un confronto con quelle che sono le previsioni risultanti da specifici contratti collettivi nazionali, quali espressione dell'incontro della volontà e determinazione delle parti sociali, in relazione alla disciplina propria del cambio appalto ivi espressamente contemplata.

Non può, infatti, non darsi atto che la vigente contrattazione collettiva, come ad esempio nel settore della vigilanza nonché in quello delle imprese di pulizia e dei servizi integrati, configura il cambio appalto quale ipotesi riconducibile ad una cessazione del rapporto di lavoro con l'impresa cessante ed una assunzione ex novo alle dipendenze del nuovo appaltatore, così escludendo la configurabilità di un trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 c.c. con passaggio senza soluzione di continuità dei lavoratori alle dipendenze del nuovo soggetto titolare dell'appalto.

Trattandosi di disposizione oggetto di condivisione e concertazione tra le parti coinvolte, sia sotto il profilo della rappresentanza dei datori di lavoro che dei lavoratori, non può dubitarsi dell'effettiva intenzione delle parti medesime, coinvolte più del legislatore negli aspetti concreti che ineriscono alle diverse vicende che possono interessare il rapporto di lavoro, di negare i tratti caratterizzanti un trasferimento / cessione di azienda alla ipotesi del cambio appalto.

La contrattazione intervenuta dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina in materia di successione degli appalti di cui al già richiamato terzo comma dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 e ricettiva degli elementi previsti per escludere la

configurabilità di un trasferimento di azienda in ipotesi di cambio di appalto, non contraddice quanto sopra esposto.

In particolare:

– il Ccnl delle agenzie di sicurezza sussidiaria non armata (Aiss), all'art. 94, stabilisce che *"… non ogni successione sull'appalto può essere assimilata a cessione di azienda o ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. ma solo quella che abbia luogo tra imprese aventi struttura e modalità operative tra loro pienamente compatibili … tenuto altresì conto che la cessione di appalti di servizi non è regolata allo stato da leggi statuali, ma solo da specifiche clausole contrattuali collettive";*

- il Ccnl attività ferroviarie e il Ccnl Ferrovie dello Stato, all'art. 16, punto 2.3, comma 4, prevede l'estensione della disciplina di cui al d.lgs. 23/2015 (Jobs Act) e, quindi, delle norme applicabili in caso di licenziamento "*ai lavoratori che hanno instaurato un rapporto di lavoro nel settore a partire dalla data di entrata in vigore del citato D.Lgs.*"; clausola che, in quanto riferita all'ipotesi di licenziamento, prefigura anch'essa uno schema diverso da quello tipico del trasferimento di azienda;
- il Ccnl metalmeccanici (industria) e il Ccnl metalmeccanici (cooperative), rispettivamente all'art. 10 e all'art. 9bis, stabiliscono che: "*L'azienda uscente non è tenuta al pagamento del preavviso… nonché la sua indennità sostitutiva ai lavoratori assunti dall'impresa subentrante*"; previsione, anche questa, che presuppone, quindi, la cessazione del rapporto con l'impresa uscente, attraverso il licenziamento del dipendente, e un'assunzione ex novo presso l'appaltatore subentrante;
- il Ccnl commercio – Confesercenti, nella disposizione "Cessazione e cambio di appalto", prevede che l'assunzione del personale dell'appaltatore uscente in capo all'appaltatore subentrante avvenga "*senza*

applicazione delle procedure per la riduzione del personale di cui alla legge n. 223/1991”, risultando idoneo e sufficiente procedere con un licenziamento individuale plurimo.

Appare chiaro che qualora si applichi un Ccnl ove non viene prevista la c.d. “clausola sociale”, ove non c’è una norma di legge che lo imponga e non c’è un bando pubblico che lo preveda, stando al tenore letterale della norma, non potrà che trovare applicazione l’art. 2112 c.c.

La questione maggiore, però, si pone per il datore di lavoro cedente che viene a trovarsi in organico lavoratori impegnati su quell’appalto che il nuovo appaltatore non intende assumere in virtù della omissione della clausola sociale nel Ccnl applicato. Anche se l’art. 2112 c.c. tutela il lavoratore impiegato sull’appalto è anche vero che ciò, presumibilmente, potrà avvenire solo instaurando un contenzioso.

Il datore di lavoro, in tal caso, non potrà che procedere alla risoluzione del rapporto per giustificato motivo oggettivo.

La Cassazione7 ha peraltro affermato che, in caso di cambio di appalto, l’azienda che subentra, a prescindere dalla clausola di salvaguardia, non è obbligata ad assumere il dipendente dell’impresa uscente, se lo stesso è privo della necessaria attitudine professionale.

Da tutto quanto possiamo desumere che le modifiche introdotte, rispetto al vecchio testo consistono, essenzialmente, in due nuovi criteri che “salvano” l’appalto: “l’autonoma struttura organizzativa e produttiva” e gli “elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”. Si tratta di criteri che debbono sussistere insieme e che, al di là delle parole andranno coniugati “nel concreto” dando,

probabilmente, in caso di contenzioso giudiziario, luogo ad interpretazioni non univoche.

Al momento, però, si può affermare che se non si è in presenza di una vera e propria autonomia imprenditoriale, tale da consentire di onorare con le nuove risorse il contratto acquisito, se rispetto al precedente appaltatore, non sono presenti elementi di effettiva discontinuità non si potrà parlare di cambio di appalto, ma di successione e di piena applicazione dell'art. 2112 c.c. che riguarderà tutti i dipendenti in forza presso l'azienda cessionaria, ivi compresi quelli assunti negli ultimi mesi con lo scopo di "gonfiare" gli organici in quanto si ha il fondato sospetto di dover perdere l'appalto.

Da ciò discende che, ad esempio, in caso di cambio di appalto, il rapporto inizia ex novo con il nuovo imprenditore con la possibilità di un diverso trattamento contrattuale ed una possibile diversa tutela in caso di licenziamento, mentre, nella seconda ipotesi, si ha il mantenimento di tutte le prerogative scaturenti dalla prosecuzione del rapporto, senza soluzione di continuità, con il nuovo datore.

In conclusione, l'intervento normativo di cui si è discusso non induce a ritenere che si verta in una situazione di stravolgimento dei precedenti assetti normativi, bensì di mero chiarimento, sotto i profili di un possibile – non necessario – trasferimento di azienda in fattispecie di cambio di appalto, fermo restando che non si può escludere la configurabilità di un trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. laddove si assista semplicemente ad un mutamento nella sola titolarità dell'azienda interessata dal cambio di appalto.

**Odcec Napoli*

1 laddove il costo della manodopera è pari almeno al 50%

dell’importo totale del contratto

2 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2023, n. 2806

Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2023, n. 2806

3 cfr. Cons. di Stato, sez. III, n. 142/2019

4 Cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 3885/2019

5 v. ANAC, delibera n. 114 del 13 febbraio 2019

6 L’esclusione, viceversa, non è fondata nell’ipotesi in cui l’operatore

economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la

propria organizzazione d’impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 3. 5.3

L’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei

rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni

appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità

della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l’articolo 108, comma 3,

del Codice dei contratti pubblici.

7 Cass. ordinanza n. 22212 del 14.07.2022