

Spett.

Azienda Speciale

Ufficio d'Ambito Provincia di Sondrio

C.A. Direttore

Dott. Paolo Andrea Lombardi

OGGETTO: Parere in materia di stabilizzazione del personale dipendente a tempo determinato dell'Azienda

Con la presente si invia il parere affidato con determinazione n. 49 del 24 ottobre 2016, in materia di stabilizzazione del personale dipendente a tempo determinato dell'Azienda speciale "Ufficio d'Ambito" di gestione del servizio idrico integrato della Provincia di Sondrio.

Restando a disposizione per eventuali chiarimenti, porgo distinti saluti.

San Miniato, lì 21 novembre 2016

SELF

Dott.ssa Federica Caponi

SELF S.r.l.
Via IV Novembre, 57
56028 San Miniato (PI)
P. IVA e C.F. 02215860509

INDICE

Premessa	pag. 3
La stabilizzazione quale procedura assunzionale eccezionale per le p.a.	pag. 5
La disciplina della stabilizzazione contenuta nell'articolo 4 del d.l. 101/2013	pag. 9
Considerazioni conclusive	pag. 11

Premessa

Per quanto riguarda la questione presentata, relativa alla possibilità di applicare da parte dell'azienda speciale le procedure di stabilizzazione previste dal Legislatore a favore degli enti locali per gli anni 2016-2018, al fine di valorizzare le professionalità acquisite presso l'ente e ridurre il rischio di precariato, si precisa quanto segue.

Nell'ordinamento giuridico italiano l'azienda speciale, disciplinata dall'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000, è un ente pubblico economico dotato di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, chiamato a svolgere un'attività di rilevanza commerciale e appartenente alla classe degli enti strumentali.

L'appartenenza dell'azienda speciale alla categoria degli enti pubblici economici (Cass., Sez. Unite, sentenza 15 dicembre 1997, n. 12654; Cass. Sez. Unite, sentenza n. 7639/2008) comporta, fra l'altro, l'assoggettabilità alla disciplina di diritto privato per quanto attiene i rapporti di lavoro dei dipendenti (come confermato anche dalla Corte di Cassazione, S.U. sentenza 12654/1997 e dal T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza 272/1995).

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa ha da sempre qualificato le aziende speciali come enti pubblici economici, escludendo che i dipendenti di tali enti possano invocare l'applicazione del testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. 165/2001), in quanto gli enti pubblici economici non rientrano nella nozione di amministrazione pubblica.

A tal proposito, appare utile ricordare quanto chiarito dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 641/2012, in merito all'elencazione contenuta nell'art. 1, comma 2, del citato d.lgs. 165/2001, secondo cui si riferisce a *"tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali"*.

La disciplina delle aziende speciali è stata oggetto negli ultimi anni di numerose modifiche da parte del legislatore, che ha imposto stringenti vincoli nel rispetto del principio del contenimento della finanza pubblica.

La disciplina sulla regolazione dei limiti alle assunzioni per le aziende speciali è attualmente contenuta nel comma 2-bis, dell'articolo 18, del d.l. 112/2008 che, a seguito della modifica introdotta dal d.lgs. 175/2016, stabilisce che *"Le aziende speciali e le istituzioni si attengono al principio*

di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali (...) adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello”.

Tale disposizione ha avuto una portata dirompente e innovativa, in quanto ha rimesso alla discrezionalità dell'ente locale conferente di escludere o meno le aziende speciali dal rispetto dei vincoli assunzionali.

E' necessario ricordare che nel caso in cui l'ente di riferimento abbia imposto alla propria azienda l'assoggettamento a vincoli assunzionali simili ai propri, il quadro legislativo di riferimento deve essere necessariamente integrato con le disposizioni che attualmente regolano i vincoli assunzionali per gli enti locali.

La stabilizzazione quale procedura assunzionale eccezionale per le p.a.

Con il d.l. 101/2013, il legislatore ha inteso predisporre una serie di misure aventi lo scopo di disincentivare il ricorso alle forme di lavoro flessibile nella p.a. e di approntare una soluzione strutturale al problema del precariato.

Il blocco delle assunzioni nel pubblico impiego, imposto da molti anni, ha provocato una frequente utilizzazione da parte delle p.a., e dei loro organismi partecipati, di rapporti di lavoro flessibile.

La possibilità di avvalersi di contratti di lavoro flessibile nel pubblico impiego è ammessa dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001, che dispone che le p.a., per far fronte al proprio fabbisogno ordinario, assumano esclusivamente con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e possano avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal c.c. e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa solo per esigenze temporanee ed eccezionali e nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti.

Ne consegue che, secondo l'impianto legislativo, l'elemento di caratterizzazione del settore pubblico è il fabbisogno ordinario, che si concretizza, attraverso la dotazione organica, in un valore quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali ovvero delle funzioni ordinarie dell'amministrazione.

Il ricorso alle forme contrattuali di lavoro flessibile è consentito, perciò, solo a fronte di esigenze temporanee ed eccezionali, quindi solo per esigenze diverse dal fabbisogno ordinario e permanente.

L'assenza di un organico progetto di stabilizzazione dei precari da parte del legislatore hanno, però, dato luogo a un cospicuo contenzioso, portato all'attenzione sia della Corte Costituzionale, la quale ha cercato, in numerose pronunce, di fissare i parametri di costituzionalità delle leggi regionali intervenute in materia, sia della Corte di Giustizia della Comunità Europea, che ha scrutinato, invece, l'istituto della stabilizzazione sotto il profilo della rilevanza, a seguito all'avvenuta immissione nei ruoli della p.a., del servizio prestato durante il periodo del precariato, alla luce del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, sanciti dalla clausola 4 dell'accordo quadro

sul lavoro a tempo determinato, del 18 marzo 1999 e contenuto in allegato alla Direttiva del Consiglio dell'Unione europea del 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE.

Con il d.l. 101/2013 il Legislatore ha ribadito il principio in base al quale il ricorso al lavoro flessibile nella p.a. è consentito esclusivamente per rispondere a esigenze temporanee o eccezionali, riconoscendo però la facoltà alle p.a. di valutare un sistema di "inserimento, previa una procedura selettiva" nel rispetto dell'articolo 97 della Cost. di soggetti che abbiano avuto con la p.a. contratti a termine.

A tal fine, in una prospettiva di medio periodo, è stato previsto che eccezionalmente possano essere attuati processi di stabilizzazione a favore del personale non dirigenziale con contratto a tempo determinato che abbia maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze delle p.a. e, nel caso di soggetti che abbiano avuto rapporti di lavoro con le province, degli enti locali del territorio provinciale, con esclusione dei periodi maturati presso uffici di diretta collaborazione degli organi di governo.

Le pronunce della Corte Costituzionale intervenute sul tema della stabilizzazione dei lavoratori nella p.a. hanno ribadito l'indefettibilità del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle p.a., in linea con il principio di uguaglianza e i canoni di imparzialità e di buon andamento ex artt. 3 e 97 Cost., in quanto forma, generale e ordinaria, di reclutamento del personale della p.a. (C. cost., sent. 227/2013; C. cost., sent. 167/2013; C. cost., sent. 28/2013).

Ad avviso dei giudici costituzionale, un interesse pubblico alla deroga al principio del pubblico concorso, al fine di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti, può ritenersi sussistente solo a determinate condizioni.

È necessario, infatti, che la legge:

- a) stabilisca preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione;
- b) subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione;
- c) preveda procedure di verifica dell'attività svolta.

Inoltre, la Corte Costituzionale ha chiarito che i soggetti da assumere tramite tale eccezionali procedure assunzionali abbiano maturato tale esperienza all'interno della p.a. o degli enti locali della provincia, in caso di soggetti che abbiano maturato esperienze presso l'ente provinciale.

Inoltre, tale deroga deve essere limitata entro determinati limiti quantitativi per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini al pubblico impiego.

Infine, appare necessario ricordare quanto chiarito in merito anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che ha esaminato la questione alla luce del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, sanciti dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, del 18 marzo 1999 e contenuto nella direttiva del Consiglio dell'Unione europea del 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE27.

La Corte europea, premettendo l'affermazione che sulla questione la decisione definitiva spetta, comunque, al giudice di merito, ha precisato che la citata clausola 4 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di una p.a. siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte della stessa amministrazione, come dipendente di ruolo nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro (C. giust., 18.10.2012, da C-302 a C-305).

A tal proposito, si ritiene necessario evidenziare che la giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione attribuisce alla giurisdizione del Giudice Ordinario le controversie in tema di stabilizzazione. I giudici della Corte di Cassazione hanno infatti chiarito che "la disciplina di legge sottrae le procedure di stabilizzazione dal perimetro di quelle concorsuali e dalle ipotesi tipizzate di poteri autoritativi nell'ambito del lavoro pubblico, sicché le relative controversie, a differenza del personale che ha avuto accesso al pubblico impiego tramite concorso, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario" (cfr. *ex multis* Cass., Corte Cass., S.U., 2.10.2012, n. 16735). Quanto alle pronunce di giudici di merito intervenute su questo aspetto si segnalano

Trib. Roma, 5.5.2011, n. 8379; Trib. Roma, 20.1.2011, n. 832; Trib. Roma, 18.10.2010, n. 15893; Trib. Roma, 2.7.2010, n. 11790; Trib. Roma, 16.6.2010, n. 10942; Trib. Roma, 4.5.2010, n. 7731; Trib. Torino, sez. lav., 5.12.2009.

Tale competenza giurisdizionale di fatto sancisce che il lavoratore che abbia superato una procedura selettiva e abbia avuto per determinati periodi di tempo rapporti di lavoro le procedure di stabilizzazione possano qualificarsi come procedure attinenti la gestione del rapporto di lavoro, non procedure di accesso al lavoro.

Tali chiarimenti assumono particolare rilievo allorquando si discuta in merito alle esigenze assunzionali e ai rapporti di lavoro instaurati da organismi controllati dagli enti locali, che benché nel rispetto del principio di contenimento della finanza pubblica possano essere equiparate alla p.a., hanno comunque natura diversa dagli enti pubblici non economici e che per quanto riguarda i rapporti di lavoro siano assoggettati alle disposizioni privatistiche.

La disciplina della stabilizzazione contenuta nell'articolo 4 del d.l. 101/2013

Al fine di ridurre il fenomeno del precariato e, quindi, il ricorso a forme di lavoro flessibile, il legislatore nel 2013 con l'articolo 4 del d.l. 101/2013, ha previsto che gli enti locali potessero ricorrere a procedure di stabilizzazione del personale, al fine di valorizzare le professionalità acquisite dal personale precedentemente assunto tempo determinato.

La disposizione prevedeva che dal 1° settembre 2013 al 31 dicembre 2016 le p.a. potessero bandire concorsi riservati per assunzioni a tempo indeterminato a soggetti in possesso dei requisiti per le stabilizzazioni disciplinate dall'articolo 1, commi 519 e 558, della legge 296/2006 e dall'articolo 3, comma 90, della legge 244/2007 (precedente disciplina in materia di stabilizzazione del personale precario).

Inoltre, potevano stabilizzare, sempre con procedure selettive riservate, coloro che al 1° settembre 2013 avessero maturato, negli ultimi cinque anni, almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emanava il bando.

Tali procedure dovevano avvenire nel limite dei vincoli assunzionali e del 50% delle risorse disponibili per le nuove assunzioni.

Le procedure selettive potevano essere avviate per le risorse assunzionali relative al quadriennio 2013-2016, anche complessivamente considerate, in misura non superiore al 50%, in alternativa ai concorsi con riserva disciplinati dal comma 3-bis dell'art. 35 del dlgs. 165/2001.

Le graduatorie definite in esito alle medesime procedure potevano essere utilizzate per assunzioni nel quadriennio 2013-2016 a valere sulle predette risorse.

Il comma 426 della legge di stabilità 2015, in relazione al così detto blocco delle assunzioni imposto dai commi 424 e ss della stessa legge di stabilità per consentire il riassorbimento del personale soprannumerario delle province, ha prorogato al 31 dicembre 2018 il termine per attuare le stabilizzazioni, per superare il precariato, con possibilità di utilizzo di tale eccezionale procedura negli anni 2017 e 2018.

Le p.a. potranno quindi entro il 31 dicembre 2018 stabilizzare coloro che abbiano maturato tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando o presso enti locali afferenti della stessa provincia di quello che emana il bando.

A tal proposito, è necessario ricordare che il Dipartimento della Funzione pubblica, con nota n. 51991 del 10 ottobre 2016, in attuazione all'art. 1, comma 234, della legge di stabilità 2016 (legge 208/2015), ha ripristinato le ordinarie facoltà assunzionali degli enti locali di numerose regioni, tra cui la Regione Lombardia, nelle quali si è sostanzialmente completata la ricollocazione del personale soprannumerario di Città metropolitane e Province.

In virtù di tale provvedimento, gli enti locali possono riavviare eventuali processi di stabilizzazione del personale a tempo determinato, temporaneamente bloccati dall'esigenza di riordino delle province.

Tale facoltà consente pertanto agli enti locali lombardi e, quindi, anche all'azienda speciale della Provincia di Sondrio di valutare la possibilità di attuare procedure di stabilizzazione, anche al fine di ridurre i costi e i tempi delle procedure assunzionali, ma soprattutto al fine di valorizzare professionalità presenti all'interno dell'azienda.

A tal proposito, è necessario ricordare che l'azienda speciale, benché applichi ai propri dipendenti il Ccnl. del Comparto Regioni e Autonomie locali, è qualificabile come datore di lavoro privato, nei confronti del quale è possibile attuare processi di trasformazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato che rispettino determinate condizioni, tra cui possono certamente essere considerate quelle che consentono la stabilizzazione di personale.

In caso infatti in cui siano presenti in azienda soggetti che abbiano maturato almeno 36 mesi di contratti di lavoro flessibile presso la stessa o presso enti locali della provincia e che siano stati selezionati con procedure selettive, nel rispetto del principio di imparzialità e trasparenza sancito dall'articolo 35 comma 3 del d.lgs. 165/2001, cui anche le aziende speciali devono conformarsi ai sensi del citato articolo 18 del d.l. 112/2008, potranno essere stabilizzati attraverso la conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a indeterminato.

Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni sopra evidenziate, per quanto riguarda i chiarimenti richiesti, relativi alla possibilità di attuare processi di stabilizzazione a favore del personale che abbia maturato almeno 36 mesi di esperienza con contratti di lavoro flessibile, presso l'azienda o presso enti locali della provincia, si ritiene che l'azienda possa applicare l'istituto della stabilizzazione:

1. in quanto ente pubblico economico e, quindi, assoggettato giuridicamente alla possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a indeterminato;
2. in quanto tale procedura assunzionale è stata prevista dal legislatore anche a favore delle p.a. ai sensi dell'articolo 4 del d.l. 101/2013, quale procedura speciale di reclutamento, in deroga alle modalità ordinarie del concorso pubblico, al fine di valorizzare l'esperienza professionale acquisita dal personale in servizio presso le p.a.. La stabilizzazione presuppone l'espletamento di una procedura selettiva concorsuale qualora i dipendenti, che abbiano avuto contratti di lavoro flessibile presso l'amministrazione, non siano stati selezionati *ab origine* con procedure imparziali e trasparenti, non selettive;
3. per quanto riguarda i requisiti richiesti dall'art. 4 sopra citato al fine poter stabilizzare il personale con contratti a tempo determinato, si ritiene che l'applicazione tassativa e rigida delle stesse sia applicabile agli enti locali, soggetti a favore dei quali è stata disposta tale disciplina. Per quanto riguarda l'azienda speciale, si ritiene che la stessa possa ritenersi assoggettata e dare applicazione alle stesse disposizioni in maniera estensiva non essendo un ente locale destinatario di tali norme, ma ente assoggettato, latu senso, ai limiti assunzionali imposti all'ente controllante. Si ritiene quindi che l'azienda speciale possa valorizzare le professionalità maturate negli enti della Provincia che presso la stessa azienda, in quanto ente strumentale della Provincia. Inoltre, il Dipartimento della Funzione Pubblica nella Direttiva 30 aprile 2007 n. 7, relativamente alle prime disposizioni che consentivano la stabilizzazione presso gli enti locali, aveva ricordato, quale principio generale applicabile anche agli Enti Locali, la "cumulabilità" dei periodi di servizio, individuando una sorta di ordine di priorità che dà la precedenza ai dipendenti che hanno maturato il requisito temporale dei tre anni nella stessa Amministrazione

e successivamente a quelli che hanno maturato tale requisito in enti diversi. La ratio di una interpretazione di questo genere va individuata nel fatto che lo scopo, o comunque, una delle finalità della stabilizzazione è quello di non perdere l'esperienza e la preparazione di soggetti che hanno sviluppato competenze e professionalità all'interno della Pubblica Amministrazione nella sua accezione più ampia e che hanno, comunque, sostenuto già a monte delle procedure concorsuali pubbliche, in ottemperanza al dettato costituzionale dell'accesso al pubblico impiego.

Si ritiene, pertanto, che l'Azienda speciale possa attuare le procedure di stabilizzazione nei confronti dei dipendenti che hanno attualmente rapporti di lavoro a tempo determinato entro il 31 dicembre 2018. A tal fine, si ritiene che l'azienda debba indicare con proprio atto di organizzazione adottato dal CdA, nel rispetto degli indirizzi dati dall'ente, le assunzioni rispetto alle quali intende procedere alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, giustificando tale scelta con la necessità di valorizzare le professionalità maturate all'interno dell'azienda e di garantire un elevato standard qualitativo ai servizi e prestazioni svolte dalla stessa.

L'Azienda ha infatti al proprio interno personale assunto a t.d. selezionato con idonee procedure selettive, rispettose dei principi di cui all'art. 35 del d.lgs. 165/2001, dipendenti che hanno maturato una professionalità e un'esperienza lavorativa coerente con i criteri richiesti per procedere alla stabilizzazione.

E' necessario, però, a tal proposito rilevare che l'azienda, una volta attuata la stabilizzazione per le successive assunzioni di personale nel triennio 2016-2018 dovrà attuare procedure selettive garantendo l'accesso dall'esterno, nel rispetto dei principi sopra indicati.

Restando a disposizione per eventuali chiarimenti, porgo distinti saluti.

San Miniato, lì 21 novembre 2016

SELF

Dott.ssa Federica Caponi

SELF S.r.l.
Via IV Novembre, 57
56028 San Miniato (PI)
P. IVA e C.F. 02215860509