

**L'impatto delle esternalizzazioni
sull'assetto organizzativo**

MAGGIO 2021



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

DIRITTO DELL'IMPRESA | LAVORO E RELAZIONI INDUSTRIALI | 26 MAGGIO 2021

L'impatto delle esternalizzazioni sull'assetto organizzativo: l'importante è un preventivo progetto finalizzato a mantenere una struttura efficiente

L'art. 177 del codice dei contratti pubblici prevede che i soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture aggiudicate senza gara prima dell'entrata in vigore del codice medesimo, siano tenuti, entro il 31 dicembre 2021, ad esternalizzare mediante procedura ad evidenza pubblica una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro.

Per il restante venti per cento, vi è la possibilità di ricorrere a società in house (qualora si tratti di soggetti pubblici) o a controllate-collegate (qualora si tratti di soggetti privati).

La disposizione, sulla base del dato letterale, si applica a tutti i concessionari, anche privati, non selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica, al fine di recuperare a posteriori un meccanismo pro-concorrenziale che è mancato in fase di affidamento della concessione. Si tratta di un meccanismo di correzione del mercato di tipica derivazione eurounitaria per i casi nei quali, appunto, il concessionario non sia stato selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica. In tali casi, il legislatore comunitario (e, derivatamente, quello nazionale) richiede il momento di confronto concorrenziale a valle dell'atto concessorio e dunque ai fini dell'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni, appunto.

Sul fronte, concettualmente opposto, interno all'azienda del concessionario, evidentemente, è necessario tener conto delle situazioni (ricorrenti) nelle quali il concessionario si sia dotato di risorse umane rilevanti al fine di far fronte agli oneri operativi della concessione e abbia costruito una propria professionalità interna al riguardo, e dunque è necessario salvaguardare sia i livelli occupazionali sia le professionalità acquisite nel tempo. Pertanto, a tal fine di, il legislatore ha previsto, con il medesimo art. 177, l'obbligo di introdurre clausole sociali di cui all'art. 50 del codice dei contratti pubblici.

Le clausole sociali sono degli strumenti volti, appunto, a garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori nell'ambito dei contratti di appalto in caso di successione di imprenditori, stabilità che si ottiene tramite l'assunzione del personale addetto all'appalto da parte del nuovo soggetto aggiudicatario.

Le modalità concrete di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che ne beneficeranno e alle condizioni contrattuali proposte, devono essere contenute nel progetto di assorbimento che dovrà essere previsto nella documentazione di gara.

L'esigenza di salvaguardare il personale tramite la clausola sociale deve essere necessariamente contemperata con i principi costituzionali e comunitari di libertà nell'esercizio dell'attività imprenditoriale e di libertà nelle scelte economiche degli imprenditori.

A tutela dei predetti principi, il passaggio del personale non può avvenire in maniera automatica.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'obbligo di fare ricorso alle clausole sociali non deve essere inteso in termini assolutistici e il riassorbimento dei lavoratori dovrà comunque risultare in linea con l'organizzazione e l'assetto imprenditoriale del soggetto subentrante.

In sintesi, il mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà di 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.

Pertanto, l'aggiudicatario potrebbe non impiegare il personale nella sua interezza.

Alla luce di quanto sopra esposto, l'esternalizzazione delle concessioni prevista all'art. 177 avrà la probabile conseguenza di mettere a rischio l'occupazione dei dipendenti diretti delle società originariamente affidatarie dei contratti, venendosi a creare una situazione di esubero del personale, con conseguente necessità di ridurre la forza lavoro.

La gestione di tale esubero del personale non reimpiegato dovrà tenere conto dell'attuale contesto emergenziale e della normativa, dettata per farvi fronte, in tema di divieto di licenziamento.

In particolare, come noto il blocco dei licenziamenti individuali per motivi economici e collettivi è stato prorogato, sino al 31 ottobre 2021, per i datori di lavoro che usufruiscono dei trattamenti di assegno ordinario e di cassa integrazione salariale in deroga e, sino al 30 giugno 2021, per tutti gli altri datori di lavoro.

Fino alle predette date, gli imprenditori con personale in esubero a seguito dell'applicazione del predetto art. 177 non potranno che fare ricorso agli ammortizzatori sociali previsti dalla normativa di emergenza e, solo successivamente, le situazioni di eccedenza di personale potranno essere affrontate a livello di riorganizzazione.

Quindi, terminata la fase emergenziale del blocco dei licenziamenti, i datori di lavoro imprenditori che intenderanno adeguare le risorse alle effettive esigenze operative potranno utilizzare gli ordinari ammortizzatori sociali o attivare procedure di licenziamento collettivo.

Si ritiene utile, pertanto, riepilogare sinteticamente la procedura di licenziamento collettivo ponendo un particolare accento sulla fase introduttiva, di fondamentale importanza.

La procedura si attiva tramite una comunicazione alle Rsa o Rsu e alle organizzazioni sindacali, nella quale si devono precisare i motivi che hanno generato l'eccedenza di personale, i motivi per cui non è possibile evitare il licenziamento collettivo, il numero e la collocazione aziendale ed i profili professionali dei dipendenti in esubero, nonché del personale abitualmente impiegato, oltre ai tempi di attuazione.

Entro 7 giorni dall'apertura della procedura, su richiesta delle Rsa o Rsu e delle Organizzazioni sindacali, inizia l'esame congiunto della durata di 45 giorni;

Quando l'esame congiunto da esito negativo inizia un ulteriore confronto in sede amministrativa della durata di 30 giorni.

In caso di mancato accordo, al termine dei predetti 75 giorni di consultazione, il datore di lavoro avrà 120 giorni per licenziare i lavoratori dichiarati in esubero, applicando i tre criteri di scelta previsti dalla Legge: anzianità, carichi di famiglia ed esigenze tecnico produttive e organizzative.

Proprio ai fini dell'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori in esubero è di particolare importanza la lettera di apertura della procedura di licenziamento, nella quale dovranno essere indicati il numero e la collocazione aziendale ed i profili professionali dei dipendenti in esubero.

Infatti, la legge che disciplina il licenziamento collettivo fa riferimento per due volte al concetto di "esigenze tecnico- produttive ed organizzative".

Il primo richiamo al concetto di esigenze tecnico-produttive e organizzative, collegato a quello del complesso aziendale, serve per individuare l'area di applicazione dei criteri di scelta contrattuali o legali all'interno della quale procedere ai licenziamenti e, quindi, alla scelta del personale da licenziare.

Le esigenze tecnico produttive ed organizzative di cui alla prima parte sono di particolare rilevanza in quanto delimitano l'ambito aziendale in cui la scelta del datore di lavoro può essere effettuata e costituiscono una decisione organizzativa del datore di lavoro e come tale insindacabile.

Da evidenziare, altresì, che in tema di recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente (art. 30 della legge 183/2010).

Quindi, la delimitazione dei reparti o uffici all'interno dei quali applicare i tre criteri di scelta è nella piena ed esclusiva disponibilità dell'imprenditore.

Il concetto ora espresso chiarisce come sia determinante programmare e attuare eventuali riorganizzazioni interne prima di attivare una eventuale procedura di licenziamento collettivo – quindi anche prima che cessi il divieto di licenziamento - in modo da esprimere in modo chiaro quale sia l'organizzazione aziendale e la suddivisione in reparti e uffici, all'interno dei quali opereranno i criteri di scelta.

In caso contrario, l'organizzazione che risulterà all'esito del licenziamento collettivo potrebbe non essere quella idealmente voluta dall'imprenditore, in quanto il licenziamento potrebbe aver avuto l'effetto di depauperare le competenze e le professionalità senza consentire il raggiungimento di una organizzazione efficiente.

Autore: Alvise Bragadin – a.bragadin@lascalaw.com

Contatti: redazione@iusletter.com

Supplemento a IusLetter del 26/05/2021



Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

LaScala
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona