



DETERMINA
N. 058 DEL 19.03.2020

OGGETTO: Emergenza COVID-19 - Sospensione dei lavoratori interinali attualmente somministrati dalla Wintime SpA.

IL LIQUIDATORE

di ASM, avv. Antonio Fiumefreddo

PREMESSO

Che con determina n. 279 del 26.06.2019, ASM ha preso atto della sottoscrizione della convenzione con la Wintime SpA per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro interinale.

Che l'art. 2 della suddetta convenzione prevede che "ASM, nel corso del periodo di fornitura potrà richiedere prestazioni per l'intero importo indicato, oppure per un importo inferiore e eccezionalmente superiore, oppure potrà anche non richiederle affatto se non registra alcun fabbisogno. Quindi ASM si riserva di individuare, nell'arco di tempo stabilito, la natura e la quantità della fornitura, ovvero di non richiedere alcuna fornitura, senza che la Wintime SpA possa avanzare alcuna pretesa nei confronti di ASM."

Che l'attuale situazione emergenziale causata dalla diffusione del COVID-19 e la conseguente emanazione dei DPCM del 08, 09 e 11 marzo 2020 hanno comportato anche per ASM la sospensione di molti servizi nonché la chiusura totale dell'impianto funiviario, dei parcheggi coperto e scoperto di Mazzarò, del parcheggio Lumbi, mentre è stato lasciato aperto all'utenza esclusivamente il parcheggio Porta Catania, dove comunque l'afflusso è prossimo allo zero e anche gli uffici amministrativi hanno ridotto l'attività, prevedendo la presenza di poche unità contemporaneamente.

Che conseguentemente il numero di lavoratori attualmente somministrati dalla Wintime SpA risulta essere sproporzionato rispetto alle reali esigenze aziendali in atto condizionate da un'emergenza imprevista e impossibile da evitare.

Che con nota n. 1088 prot. ASM del 12.03.2020, ASM ha chiesto al proprio consulente legale, avvocato Giuseppe Berretta, un parere sulla possibilità di sospendere la somministrazione dei lavoratori interinali in servizio presso l'Azienda.

Che con nota assunta al n. 1123 prot. ASM del 18.03.2020, l'avvocato Berretta ha fatto pervenire il parere richiesto, allegato alla presente determina, che ammette la possibile sospensione dei lavoratori suddetti per le motivazioni ivi ampiamente e dettagliatamente illustrate.



Azienda Servizi Municipalizzati

TAORMINA

In liquidazione - Delibera Consiglio Comunale n. 36 del 22.09.2011

Che pertanto ASM ritiene di sospendere, a partire dal 21.03.2020, i seguenti lavoratori:

- Tutti i lavoratori somministrati come operatori della mobilità, attualmente in servizio presso i parcheggi aziendali e l'impianto funiviario.
- Tutti i lavoratori somministrati come operatori di esercizio in servizio presso il settore trasporto urbano, con eccezione di n. 6 unità + n. 2 meccanici.
- Tutti i lavoratori somministrati come operatori tecnici presso il settore pubblica illuminazione, con eccezione di una sola unità.
- Tutti i lavoratori somministrati come operatori tecnici presso il settore acquedotto.
- Un lavoratore somministrato come operatore qualificato d'ufficio, dei quattro in servizio presso gli uffici.

Pertanto resteranno in servizio presso ASM, le seguenti unità:

- n. 6 operatori di esercizio+ n. 2 meccanici
- n. 1 operatore tecnico pubblica illuminazione
- n. 3 operatori qualificati d'ufficio. Un'unità presso il settore amministrativo e due unità presso il settore contabilità, queste ultime due già peraltro impegnate mediante ricorso allo *smart working*.

La Wintime dovrà comunicare, prima della permanenza in servizio presso ASM dei lavoratori non sospesi, il criterio adottato per la scelta.

Visto lo Statuto di ASM.

Visto l'O.E.L.L. vigente in Sicilia

Tutto ciò premesso Determina Di

- 1) Sospendere tutti i lavoratori attualmente somministrati dalla Wintime SpA, dal 21.03.2020, lasciando in servizio le unità nel numero e per le motivazioni in premessa specificati, come di seguito riportato:
 - n. 6 operatori di esercizio+ n. 2 meccanici
 - n. 1 operatore tecnico pubblica illuminazione
 - n. 3 operatori qualificati d'ufficio. Un'unità presso il settore amministrativo e due unità presso il settore contabilità.
- 2) Trasmettere la presente determina alla Wintime SpA.



Azienda Servizi Municipalizzati
TAORMINA

In liquidazione - Delibera Consiglio Comunale n. 36 del 22.09.2011

- 3) Rendere pubblica la presente determina mediante pubblicazione sul sito aziendale www.taorminaservizipubblici.it.
- 4) Trasmettere la presente determina alla Giunta Municipale di Taormina.

Il responsabile del personale
dott. I. Maurizio Puglisi

I. Maurizio Puglisi

Il Liquidatore
avv. Antonio Fiumefreddo

Antonio Fiumefreddo

ok MediSpina
Oli

Oggetto: POSTA CERTIFICATA: Protocollo ASM 1088 - Consulenza legale nei confronti della società A.S.M. Taormina in ordine alla possibilità di sospendere l'utilizzo dei lavoratori a questa somministrati dalla Windtime S.p.A.

Mittente: "Per conto di: giuseppe.berretta@pec.ordineavvocaticatania.it" <posta-certificata@pec.aruba.it>

Data: 18/03/2020, 11:28

A: asmtaormina@gigapec.it

Messaggio di posta certificata

Il giorno 18/03/2020 alle ore 11:28:00 (+0100) il messaggio "Protocollo ASM 1088 - Consulenza legale nei confronti della società A.S.M. Taormina in ordine alla possibilità di sospendere l'utilizzo dei lavoratori a questa somministrati dalla Windtime S.p.A." è stato inviato da "giuseppe.berretta@pec.ordineavvocaticatania.it" indirizzato a:

asmtaormina@gigapec.it

Il messaggio originale è incluso in allegato.

Identificativo messaggio: opec292.20200318112800.25867.123.2.62@pec.aruba.it

— postacert.eml —

Oggetto: Protocollo ASM 1088 - Consulenza legale nei confronti della società A.S.M. Taormina in ordine alla possibilità di sospendere l'utilizzo dei lavoratori a questa somministrati dalla Windtime S.p.A.

Mittente: "giuseppe\berretta\@pec\ordineavvocaticatania\.it" <giuseppe.berretta@pec.ordineavvocaticatania.it>

Data: 18/03/2020, 11:28

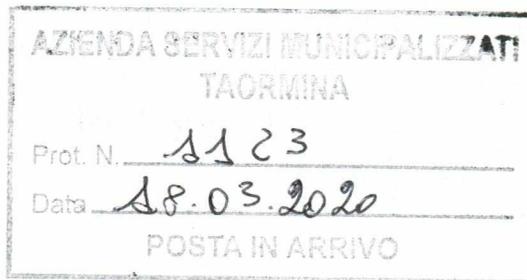
A: asmtaormina@gigapec.it

Spett.le Azienda Servizi Municipalizzati Taormina

Si trasmette, in allegato, la comunicazione in oggetto.

Distinti Saluti

Prof. Avv. Giuseppe Berretta



— Allegati: —

dati-cert.xml	1,0 kB
postacert.eml	996 kB
Parere motiva ASM . WindTime sospensione del servizio(1)-signed.pdf	725 kB

Catania, 18 marzo 2020

Spett.le Azienda Servizi Municipale Taormina
in liquidazione
P.I. 01982940833
Via Mario e Nicolò Garipoli
98039 - Taormina
asmtaormina@gigapec.it

OGGETTO: Consulenza legale nei confronti della società A.S.M. Taormina in ordine alla possibilità di sospendere l'utilizzo dei lavoratori a questa somministrati dalla Windtime S.p.A., alla luce dell'emergenza sanitaria da contagio del virus Covid-19 .

Con Pec del 12 marzo 2020 l'Azienda Servizi Municipalizzati di Taormina (d'ora in poi ASM), in persona del liquidatore *pro tempore* Avv. Antonio Fiumefreddo, chiedeva allo scrivente Prof. Avv. Giuseppe Berretta parere legale in ordine alla possibilità di sospendere l'utilizzo dei lavoratori a quest'ultima somministrati dalla società WindTime S.p.A.

Le ragioni sottese alla su indicata richiesta sono da ricondurre alla particolare condizione in cui attualmente versa la committente che, in ottemperanza agli obblighi previsti dell'art. 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emesso in data 11 marzo 2020, recante *misure urgenti di contenimento del contagio del virus Covid-19*, si è vista costretta a ridurre, ed in alcuni casi a sospendere, i servizi resi in favore della collettività con conseguente esubero di buona parte dei propri dipendenti nonché dei lavoratori ad essa somministrati dall'agenzia in oggetto individuata.

I. Sulla disciplina del lavoro somministrato.

La somministrazione di lavoro è disciplinata dagli artt. da 30 a 40 del D. Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, il cui testo novella e ridetermina i confini dell'originaria normativa contenuta nel D. Lgs. n. 276 del 2003, emanato in attuazione della legge delega n. 30 del 14 febbraio 2003 che introdusse il lavoro somministrato.

L'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2015 prevede che *Il contratto di somministrazione di lavoro è il*

contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

Ne discende che il contratto di somministrazione configura un rapporto giuridico caratterizzato dalla presenza di tre soggetti: il somministratore o agenzia, il lavoratore e l'utilizzatore i quali concludono, tra di loro, due distinti contratti.

Il primo tra questi è il cd. **contratto di somministrazione**, ossia quell'accordo in virtù del quale l'agenzia di somministrazione si impegna ad inviare i propri lavoratori all'utilizzatore che usufruirà, a sua volta, della prestazione resa dagli interinali e provvederà a corrispondere, all'agenzia, un corrispettivo economico.

Il secondo negozio è, invece, il **contratto di lavoro somministrato** redatto tra l'agenzia di somministrazione ed il lavoratore tra i quali si instaura, a tutti gli effetti, un rapporto di lavoro subordinato. Mediante tale ultimo contratto il prestatore si obbliga, nei confronti della società di somministrazione e dietro retribuzione, a svolgere la propria attività lavorativa non anche in favore della predetta agenzia bensì nei confronti dell'utilizzatore.

Non v'è chi non veda, dunque, che la disciplina in esame configura una dissociazione – cd. rapporto bicefalo - tra l'agenzia in qualità di datore di lavoro e colui che invece fruisce della prestazione lavorativa, ossia l'utilizzatore.

Ed infatti, seppure l'utilizzatore si avvale della prestazione resa dai lavoratori e detiene il potere di direzione e controllo sugli stessi, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2015, questi non può essere considerato il datore di lavoro in quanto il prestatore, in virtù del contratto di lavoro somministrato, è alle dipendenze dell'agenzia di somministrazione.

Quanto sopra risulta confermato dalla sentenza n. 21236/2014 emessa dalla Suprema Corte

di Cassazione – Sezione Lavoro con cui i giudici di legittimità affermano che *nella configurazione dell'istituto della somministrazione di lavoro si prevede che il rapporto che ne deriva sia trilaterale, coinvolgendo tre soggetti: l'agenzia di lavoro, il lavoratore e l'impresa utilizzatrice e che tale rapporto trilaterale si svolga sulla base della stipulazione di due contratti: un contratto di lavoro tra il lavoratore e il somministratore (agenzia di lavoro) e da un contratto commerciale di somministrazione tra il somministratore (agenzia di lavoro) e l'azienda utilizzatrice.*

Il Supremo Consesso continua affermando che *i due suddetti contratti, pur avendo ciascuno causa ed oggetto propri, sono funzionalmente legati per la reciproca integrazione degli interessi economici sottesi, pur prevedendo la legge, attraverso la regolamentazione della fattispecie di somministrazione, la scissione tra la titolarità giuridica e la gestione del rapporto di lavoro, che fanno capo a due distinti soggetti. Infatti, il lavoratore, anche se viene assunto dal somministratore, viene inviato a svolgere la propria attività presso l'utilizzatore (c.d. missione) e pertanto nel corso del rapporto è sottoposto alla direzione e al controllo dell'impresa utilizzatrice, pur rimanendo contrattualmente legato solo ed esclusivamente all'agenzia di somministrazione (in tal senso vedi pure Corte di Cassazione, sentenza n. 6870 dell'8 marzo 2019 e Ordinanza n. 11170 del 9 maggio 2018).*

Pertanto, ed in virtù di quanto sopra esposto, l'utilizzatore è contrattualmente vincolato solo con l'agenzia di somministrazione ed è solo con quest'ultima che deve interfacciarsi nell'eventualità in cui si verificano delle condizioni che impediscano la regolare esecuzione del rapporto giuridico dedotto, all'uopo applicando la disciplina eminentemente civilistica e non anche quella giuslavorista che interessa, invece, il rapporto contrattuale intercorrente tra agenzia di somministrazione e lavoratore.

II. Sul contratto di somministrazione redatto tra ASM e Windtime S.p.A.

La società committente ha sottoscritto con la Windtime S.p.A., in data 26 giugno 2019, il contratto di affidamento del servizio di somministrazione di lavoro a seguito

dell'aggiudicazione, da parte di quest'ultima e con determina ASM n. 192 del 16 maggio 2019, del bando di gara avente ad oggetto l'appalto del servizio in esame¹.

L'art. 1 del contratto sopra richiamato, il quale determina l'oggetto del rapporto giuridico tra le parti, prevede che *l'appalto ha per oggetto l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoratori a termine, da parte di un'agenzia di lavoro in possesso delle prescritte autorizzazioni ministeriali [...] in favore dell'Azienda Servizi Municipalizzati di Taormina e*, all'art. 2 sancisce che, *quest'ultima si riserva di individuare, nell'arco di validità del contratto in scrutinio, la natura e la quantità di fornitura, ovvero di non richiedere alcuna fornitura, senza che l'Agenzia di lavoro aggiudicataria possa avanzare alcuna pretesa nei confronti di ASM.*

Appare indubbio, quindi, che tra ASM e Windtime intercorra un contratto che ben può essere definito – ed invero così avviene all'art. 1 – come appalto di servizi, ossia quel contratto con il quale un committente – in tal caso ASM – affida ad un appaltatore – Windtime - lo svolgimento di uno specifico servizio – in specie la somministrazione di lavoratori – verso un corrispettivo in danaro, ai sensi dell'art. 1655 del codice civile.

III. Sull'emergenza da diffusione del virus Covid-19 e sulle misure eccezionali ed urgenti volte ad impedire o limitare il contagio, così come previste dal DPCM dell'11 marzo 2020.

Al fine di fornire riscontro alla richiesta di parere motivato appare opportuno, preliminarmente, precisare quanto segue.

ASM è una società che gestisce svariati servizi di interesse e funzionalità pubblici quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, trasporti pubblici urbani ed extraurbani, gestione dei parcheggi di superficie e sotterranei, della funivia Taormina-Mazzarò, delle reti

¹ Il contratto di appalto, sottoscritto dalle parti all'esito del bando di gara pubblica, è interamente regolato dal diritto civile. La fase prodromica alla sottoscrizione dell'accordo è, invece, regolata dal D. Lgs. del 12 aprile 2006 n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, il quale prevede per gli enti pubblici, le società pubbliche ovvero ad essa equiparate – cd. società partecipate – l'indizione di una apposita gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'appaltatore. Tale normativa si applica anche ad ASM essendo questa una società ad intera partecipazione pubblica atteso che, il capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Taormina.

infrastrutturali comunali (acquedotto) e della gestione degli impianti della rete di pubblica illuminazione.

Pertanto, come ogni persona fisica o giuridica esercente un'attività di pubblica utilità, è soggetta alle disposizioni restrittive ovvero limitative previste dall'art. 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato in data 11 marzo 2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale.

Com'è noto la diffusione del su indicato virus – conosciuto anche come coronavirus – è un evento tanto grave quanto straordinario ed imprevedibile che sta interessando, dal gennaio 2020, l'intera comunità internazionale tanto che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha solo di recente, ed in particolare in data 11 marzo 2020, provveduto a classificarlo come virus pandemico.

Proprio per prevenire o limitare i casi di contagio il Presidente del Consiglio dei Ministri ha varato, con il DPCM in esame, una serie di misure straordinarie ed urgenti – indicate all'art. 1 – ove è prevista la caducazione di qualsivoglia attività commerciale al dettaglio, ad eccezione dei servizi essenziali per la comunità, dei servizi per la persona e, infine, la riduzione dei servizi pubblici.

Ebbene, seppure ASM svolge un'attività di pubblico interesse non tutti i servizi da questa espletati assurgono al rango di servizi essenziali; invero, se il trasporto pubblico urbano e la manutenzione dell'acquedotto appaiono dei servizi essenziali ed ineliminabili per la collettività ciò non sono, invece, la gestione dei parcheggi della città di Taormina ovvero della funivia che collega Mazzarò con il centro cittadino.

Per tali ragioni, ed in ottemperanza ai sui indicati obblighi di chiusura, ASM ha temporaneamente chiuso il parcheggio "Porta Catania" ed ha significativamente ridotto il servizio presso il parcheggio "Lumbi" e la funivia.

Ulteriormente, i servizi pubblici essenziali, quali trasporto pubblico e manutenzione

acquedotto, seppur garantiti sono stati sensibilmente ridotti in ottemperanza al DPCM richiamato il quale impone che, i predetti vengano rimodulati al fine di garantire il servizio pubblico ma con il minor dispiego, in contemporanea, di lavoratori al fine di favorire il lavoro agile ed evitare il contatto sociale.

Per tali ragioni i lavoratori in forza presso la società ASM nonché gli interinali della Windtime in missione risultano in esubero rispetto ai servizi minimi che, attualmente, la società si trova a dover offrire alla collettività.

IV. Sulla temporanea impossibilità, per causa non imputabile e non altrimenti eliminabile dall'utilizzatore, ad adempiere agli obblighi assunti con la Windtime.

In virtù di quanto sopra esposto ASM chiedeva parere motivato al fine di sospendere, temporaneamente ed a causa degli eventi sopra individuati, la somministrazione dei lavoratori inviati in missione dall'agenzia su indicata.

Come detto al punto II, il rapporto intercorrente tra la committente e la Windtime è di tipo eminentemente privatistico e non anche giuslavorista; pertanto, ed al fine di fornire una soluzione alla richiesta avanzata dalla committente, si ritiene che al rapporto giuridico in esame debbano essere applicate le norme di cui al combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 del codice civile che regolano le conseguenze derivanti dall'impossibilità, per cause non imputabili al debitore, di eseguire la prestazione dedotta in contratto e la conseguente esenzione, in tali ipotesi, dell'obbligo risarcitorio in favore del creditore.

Ed infatti, l'art. 1256 del codice civile prevede che *l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione è divenuta impossibile* e, al comma 2, stabilisce che *se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento*.

Ne discende che il debitore è definitivamente svincolato dall'obbligazione contrattuale se la prestazione è divenuta impossibile e, inoltre, se tale impossibilità non sia riconducibile ad

un difetto della diligenza che il medesimo è tenuto ad osservare nell'adempimento della prestazione, bensì se questa è causata da un evento non altrimenti prevedibile ed eliminabile dall'azione umana.

La stessa giurisprudenza di legittimità è ormai graniticamente conforme nell'affermare che *perché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità non basta eccepire che la prestazione non possa eseguirsi, per fatto del terzo, ma occorre dimostrare la propria assenza di colpa con l'uso della diligenza spiegata per rimuovere l'ostacolo frapposto da ulteriori ed imprevedibili eventi – attribuibili o meno all'azione umana – che impediscano l'esatto adempimento* (sul punto Corte di Cassazione, sentenza n. 13142 del 25 maggio 2017).

Pertanto, affinché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero da responsabilità è necessario che il debitore provi la non imputabilità, sia dolosa che colposa, di tale evento impeditivo alla propria azione caducando, dunque, il nesso causale tra la propria condotta e l'evento stesso; tale fatto, dalla giurisprudenza definito come *factum principis*, non dovrà consistere in una mera difficoltà ma in un impedimento obiettivo, assoluto, non imputabile all'azione del debitore e non altrimenti eliminabile².

Applicando quanto sopra al caso di specie appare indubbio che l'emergenza sanitaria da diffusione del virus Covid-19 sia un evento imprevedibile e non altrimenti eliminabile da parte della società committente e che, dunque, la richiesta da quest'ultima avanzata di sospendere l'utilizzo dei lavoratori somministrati dalla Windtime sia legittimabile sotto l'egida dei limiti restrittivi, allo svolgimento dell'ordinaria attività aziendale, così come imposti dall'art. 1 del DPCM dell'11 marzo 2020.

Ed infatti, l'esito delle norme eccezionali ed urgenti varate dall'esecutivo ha determinato l'obbligo di riduzione dell'attività svolta da ASM ed il conseguente, ed ineliminabile, esubero non solo dei propri dipendenti ma anche dei lavoratori della Windtime presso la

² *Ex multis* anche Corte di Cassazione, sentenza n. 1189 del 6 marzo 2017; sentenza n. 25777 del 15 novembre 2013; sentenza n. 26830 del 14 dicembre 2011.

predetta in missione.

Appare legittimo, dunque, che ASM voglia sospendere l'utilizzazione del servizio per le ragioni richiamate senza che ciò possa determinare, in virtù della norma citata, qualsivoglia responsabilità patrimoniale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1218 del codice civile.

Ulteriormente, considerando che la pandemia che attualmente interessa la popolazione mondiale dovrebbe avere durata temporanea, si ritiene che in tal caso posso perfettamente applicarsi il comma 2 dell'art. 1256 del codice civile il quale sospende, temporaneamente, l'obbligatorietà della prestazione finché detta impossibilità perduri lasciando alle parti, alla fine dell'evento impeditivo e nell'eventualità in cui le stesse siano ancora interessate all'esecuzione della prestazione, la valutazione di interessi relativa alla prosecuzione o meno dell'accordo sinallagmatico dedotto in contratto.

I. In conclusione.

All'esito dell'analisi normativa e giurisprudenziale sin qui compiuta, ed al fine di fornire risposta alle istanze avanzate dalla committente, si ritiene che per le ragioni sopra esposte ASM possa legittimamente sospendere l'utilizzo dei lavoratori somministrati dalla Windtime S.p.A., stante l'obbligo di chiusura ovvero riduzione dei servizi espletati dall'utilizzatrice in virtù del DPCM dell'11 marzo 2020.

Tanto si doveva,

Prof. Avv. Giuseppe Berretta

Firmato digitalmente da

**GIUSEPPE
BERRETTA**

C = IT

Data e ora della
firma: 18/03/2020
11:19:05