

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 239**

**del 5.11.2008**

**PREC 326/08/L**

Oggetto: istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006, presentata dal Comune di Cellarengo (AT) - Lavori di costruzione nuovi loculi e cellette ed alcune opere di manutenzione straordinaria al Cimitero comunale -

Importo euro 100.897,09.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 19 maggio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale il Comune di Cellarengo ha rappresentato la questione insorta con la società aggiudicataria provvisoria Termoclima s.r.l., in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in fase di gara, che ha determinato la sospensione del procedimento di aggiudicazione definitiva.

Nello specifico, la S.A. istante ha riferito che la Termoclima s.r.l., nel trasmettere la documentazione richiesta ai fini della predetta verifica, ha comunicato di essere stata destinataria - successivamente all'aggiudicazione provvisoria dei lavori in oggetto -

di un avviso di avvio del procedimento per l'adozione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con la P.A. ed alla partecipazione a gare pubbliche, ai sensi dell'art. 36bis del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006.

Ciò in conseguenza della precedente adozione nei confronti della società medesima, da parte della competente Direzione Provinciale del Lavoro di Asti in esito ad una ispezione, di un provvedimento di sospensione dei lavori, motivato con formulazione del seguente tenore letterale *“impiego di personale in calce indicato non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura pari al 100% (n. 1) del totale dei lavoratori regolarmente occupati dalla Ditta medesima nella citata unità produttiva all'atto dell'ispezione (n. 1)”*.

In considerazione di quanto sopra, la S.A. ha chiesto se è possibile procedere all'aggiudicazione definitiva a favore della Termoclima s.r.l. in pendenza del richiamato procedimento di cui all'art. 36bis del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la società Termoclima s.r.l. ha sostenuto che il Comune istante avrebbe potuto comunque procedere legittimamente all'aggiudicazione definitiva in suo favore ed alla conseguente stipula del relativo contratto di appalto dei lavori in oggetto, evidenziando che:

- il provvedimento di sospensione dei lavori disposto nei suoi confronti dalla competente Direzione Provinciale del Lavoro di Asti, prodromico all'adozione del provvedimento interdittivo, ancorchè revocato a seguito della regolarizzazione del lavoratore e del pagamento della sanzione amministrativa, era stato successivamente oggetto di impugnazione ed il ricorso era ancora pendente dinanzi alla competente autorità giudiziaria;
- il provvedimento interdittivo alla contrattazione con la pubblica amministrazione non era stato ancora adottato nei suoi confronti dal Ministero delle Infrastrutture, nonostante le fosse già stato comunicato l'avviso di avvio del procedimento.

*Ritenuto in diritto*

L'art. 38, comma 1, lett. m), del D.Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.Lgs n. 113/2007, prevede quale causa ostativa alla partecipazione alle procedure di gara l'esistenza in capo al concorrente, tra l'altro, di *“provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”*.

Tali provvedimenti interdittivi alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche vengono adottati, così come previsto dall'art. 36-bis richiamato (ora trasfuso, con modificazioni, nell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008), dai competenti uffici del Ministero delle Infrastrutture, successivamente alla comunicazione da parte del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del provvedimento di sospensione dei lavori, disposto dal proprio personale ispettivo nei casi in cui, nel cantiere edile soggetto a verifica, venga riscontrato l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura superiore al 20% del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere, ovvero reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale.

Dal tenore della richiamata normativa si evince che, affinché possa determinarsi l'esclusione dalla procedura di gara, non è sufficiente la pendenza del procedimento di cui all'art. 36bis del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006, ma è necessario che vi sia stata l'adozione, nei confronti del concorrente, di un provvedimento interdittivo da parte del Ministero delle Infrastrutture.

Nel caso di specie, dalla documentazione in atti risulta che nessun provvedimento interdittivo è stato ancora adottato nei confronti della Termoclima s.r.l., e si ritiene, pertanto, che nulla osta - sotto tale profilo - all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del relativo contratto di appalto.

Tuttavia, si evidenzia che l'infrazione commessa dalla Termoclima s.r.l., che ha condotto al provvedimento di sospensione dei lavori da parte dell'Ispettorato del Lavoro di Asti, successivamente revocato e oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, può costituire causa ostativa all'aggiudicazione definitiva in relazione all'ipotesi di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. e), del D.Lgs. n. 163/2006, che si riferisce agli operatori economici *“che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

L'Autorità si è più volte soffermata su tale requisito di partecipazione - si vedano le determinazioni n. 13/2003 e n. 4/2006 - precisando che compete alla stazione appaltante l'accertamento, di natura discrezionale e comportante l'obbligo di motivazione, della esistenza e della gravità della violazione commessa e sostenendo che l'espressione *“debitamente accertate”* non può essere letta nel senso di *“definitivamente accertate”*, ma sta ad indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore e che la *“gravità”* vada desunta dalla specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dell'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro). Si precisa, altresì, come rilevato nel parere n.

138/2008, che la stazione appaltante è legittimata ad effettuare le suddette valutazioni anche in presenza di un ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso gli accertamenti effettuati dagli Organi agli stessi deputati.

Il Comune di Cellarengo dovrà, pertanto, verificare - sulla base di un apprezzamento di natura discrezionale - se l'infrazione commessa dalla società Termoclima s.r.l. presenti i requisiti che il suddetto art. 38, comma 1, lett. e), richiede, al fine di stabilire se, nel caso di specie, sia configurabile l'ipotesi ostativa alla conclusione del contratto di appalto ivi contemplata.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. m,) del D.Lgs. n. 163/2006 si configura solo in presenza di un provvedimento interdittivo, adottato dal Ministero delle Infrastrutture, ai sensi dell'art. 36-bis, comma 1, del D.M. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248;

- spetta alla S.A. verificare se l'infrazione commessa dalla società Termoclima s.r.l., che ha condotto alla sospensione dei lavori, ai sensi dell'art. 36-bis del D.M. n. 223/2006, si configuri quale causa ostativa, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. e), del D. Lgs. n. 163/2006.

#### **I Consiglieri Relatori**

Piero Calandra

Alfredo Meocci

#### **Il Presidente**

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12.11.2008