

Avvalimento e Durc dell'ausiliaria irregolare: no alla regolarizzazione

4 Maggio 2018

La stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di Durc irregolare dell'impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi, ha l'obbligo di richiedere la sostituzione dell'impresa ausiliaria e non la sua regolarizzazione.

Lo ha chiarito il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2527 del 26 aprile 2018 con la quale ha accolto l'appello presentato per la riforma di una precedente sentenza di primo grado che aveva rigettato il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva di una gara.

I fatti

Effettuato l'accesso ai documenti, la seconda classificata (appellante in secondo grado) veniva a conoscenza che nella fase di verifica dei requisiti precedente l'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante aveva constatato la situazione di irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria di cui la vincitrice si era avvalsa per i requisiti di capacità finanziaria e tecnica, nonché la qualificazione SOA per la categoria OG1 Classifica VIII, e per questo aveva richiesto la regolarizzazione.

La decisione del TAR

In primo grado i giudici del TAR hanno rigettato il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva. Secondo la ricorrente, la stazione appaltante non avrebbe potuto richiedere all'aggiudicataria di attivarsi per la regolarizzazione del Durc presentato dall'ausiliaria, ma avrebbe dovuto escluderla dalla procedura

Secondo il TAR, l'invito alla regolarizzazione da parte della stazione appaltante sarebbe corretto perché fondato sulla circostanza che l'irregolarità contributiva si riferiva agli anni 2012-2013, per i quali era già stato emesso un Durc positivo negli anni 2015 - 2017, onde la società era in buona fede nel ritenere di non essere debitrice di somme; né poteva porsi a suo carico un onere di monitorare la situazione contributiva, specie in relazione ad annualità per le quali non poteva sospettare di trovarsi in situazione di irregolarità.

La conclusione del TAR sarebbe dunque che *"un operatore economico non può subire le deleterie conseguenze legate alla perdita dell'aggiudicazione di un appalto pubblico (...) a causa dell'emissione di un d.u.r.c. negativo fondato su pretese unilaterali dell'istituto previdenziale, non risultati da atti amministrativi o sentenze inoppugnati"*.

La decisione del Consiglio di Stato

Ribaltando la tesi di primo grado, i giudici di Palazzo Spada hanno accolto il ricorso confermando che se la stazione appaltante, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di Durc irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione. Ma anche che l'obbligo di immediata esclusione vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa

ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi. L'art. 89, comma 3, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”*.

La disposizione costituisce una novità del nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016, recependo la previsione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE per cui: *“L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”* con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione di cui all'art. 80.

[sentenza-cds-26.04.2018-2527](#)