

**Avvocato
Serena
Gargano**

EFFETTI DEL DURC

ASSENTE O IRREGOLARE

NEI LAVORI PUBBLICI E PRIVATI

Lucca, 27.11.2009

Benefici per le Imprese edili in possesso di DURC regolare (art. 1, DM lavoro 24.10.07)

- accesso al “mercato” degli appalti pubblici;
 - accesso al “mercato” dei lavori privati in edilizia;
 - accesso a benefici normativi e contributivi;
 - accesso a benefici e sovvenzioni comunitarie;
-

Funzione di ordine pubblico del complesso della normativa DURC è aumentare il tasso di regolarità nel settore edilizio attraverso:

- meccanismi premiali per le Imprese regolari con paralleli meccanismi punitivi per quelle irregolari (duplice risultato della indiretta maggior tutela dei diritti dei lavoratori e della maggior tutela delle Imprese “sane” dalla concorrenza sleale – cfr. Consiglio Stato, sez. V, dec. 4035 del 25.08.08);
- ampliamento dei soggetti tenuti a versare e/o “agevolare” la riscossione dei contributi insoluti a diretta maggior tutela diritti lavoratori;
- previsione di meccanismi di verifica della congruità della manodopera dichiarata a contrasto della piaga del lavoro “nero”.

CONSEGUENZE IN CASO DI DURC IRREGOLARE

APPALTI PUBBLICI

Effetti di tipo “procedimentale”

Effetti di tipo “patrimoniale”

LAVORI PRIVATI

Effetti di tipo “procedimentale”

Effetti di tipo “patrimoniale”

APPALTI DI OPERE PUBBLICHE. **Effetti del DURC irregolare sul procedimento**

Efficacia ostativa all'assunzione lavori ed alla riscossione pagamenti

ATTUALE QUADRO NORMATIVO

- D.P.R. 34/2000 - art. 17, c.1°, lett. d (sistema qualificazione esecutori opere pubbliche)
 - D.L. 210/02 conv. L. 266/02 - art. 2 (sull'emersione lavoro sommerso)
 - D.Lgs. 163/06 – cd. “Codice Lavori Pubblici” (+ futuro Reg. Attuaz. non ancora appr.)
 - D.L. cd. anticrisi 185/08 conv. L. 2/09 - art. 16*bis*, c.10°
-

Codice lavori pubblici - D.Lgs. 163/2006

artt. 38 c. 1° lett. i), c. 2° e c. 3°

art. 118 c. 2° n. 3, c. 6°, e c. 6° *bis*)

Da queste norme ne deriva che per appalti/subappalti di lavori pubblici in edilizia
il DURC regolare è indispensabile ad appaltatore e subappaltatore per:

- Autocertificazione x regolarità partecipazione gara (cfr. verifica ex DPR 445/00)
 - Aggiudicazione dell'appalto, a pena revoca affidamento (cfr.art. 2, DL 210/02)
 - Stipula del contratto d'appalto/subappalto;
 - Pagamento dei singoli SAL;
 - Collaudo e pagamento stato finale lavori.
-

Di particolare rilievo...

- **D.L. cd. anticrisi 185/2008 conv. L. 2/2009 - art. 16bis), c.10°**
prescrive che le Stazioni appaltanti pubbliche acquisiscano d'ufficio il DURC in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge
NOTA BENE: il combinato disposto di questo articolo con l'art. 90 c. 9° DLgs 81/08 (T.U. sicurezza) corretto dal DLgs 106/09 sembra estendere l'acquisizione d'ufficio anche alle P.A. concedenti titoli abilitativi x lavori privati
- **Codice Lavori Pubblici D.Lgs. 163/2006 - art. 118, c. 6°bis)**
ha conferito alle Casse Edili l'ulteriore compito di rilasciare il DURC "*comprensivo della verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa al cantiere interessato dai lavori*"
(cfr. anche progetto del Regolamento di Attuazione Cod. Lav. Pubbl.)

APPALTI DI OPERE PUBBLICHE

Effetti di tipo “patrimoniale” del DURC irregolare (a garanzia dell'effettivo soddisfacimento dei contributi insoluti):

- **Corresponsabilità solidale appaltatore – subappaltatore** per le prestazioni rese nel subappalto (Cod. lavori pubblici- art. 118 c. 6°)
 - **Blocco del pagamento SAL e Stato finale lavori** da parte della P.A. appaltante all'Impresa irregolare, con possibili azioni esecutive degli Enti creditori (idem, art. 118 c. 6°)
 - **Possibile intervento sostitutivo della P.A. appaltante** se inadempienza (retributiva e) contributiva dell'appaltatore (idem, art. 5 c. 5°)
- N.B.: le modalità e la misura dell'intervento sostitutivo della PA dovranno essere regolate nel Regolamento d'attuazione del Codice Lav. Pubbl...*

...in particolare, **l'art. 5 c. 5° Codice lav. pubbl.** prevede che il Regolamento attuativo del Codice dovrà dettare disposizioni circa:

- **Lett. s *bis*):** tutela dei diritti dei lavoratori in linea con il disposto vigente del **Capitolato gen. appalto LL. PP. (DM LLPP 145/2000)** il quale prevede la **ritenuta 0,50 % sull'importo netto lavori a garanzia dell'osservanza obblighi anche contributivi dell'appaltatore.**
- **Lett. r):** possibile intervento sostitutivo della P.A. appaltante in caso di **inadempienza contributiva dell'appaltatore**

(all'art. 196 del Progetto di Reg. attuato. non ancora approvato è previsto che il Responsabile del Procedimento richieda ed ottenga il DURC per pagare rate d'acconto e, ricevuto un DURC irregolare per inadempimenti o incongruenze, effettui trattenute dal certificato pagamento e disponga versamenti agli Enti competenti per un importo pari all'inadempienza, senza il limite dello 0,50%.

APPALTI OPERE PUBBLICHE

Mancato rispetto procedure DURC da parte delle P.A. committenti (cd. DURC “assente”)?

1) Se si riscontra l'indebita assenza della procedura di verifica regolarità del DURC, non solo il cd. secondo aggiudicatario ma anche l'Ente previdenziale può considerarsi legittimato, in quanto esponentiale di interessi diffusi al regolare svolgimento delle procedure di appalto, ad **agire innanzi al competente TAR per chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, cioè dell'assegnazione** (*dopo la stipula dell'appalto si passa sul piano civilistico...*) **per violazione di legge.**

segue: appalti opere pubbliche – Durc assente

2) In corso di esecuzione dell'appalto illegittimamente aggiudicato, **se sussiste effettiva irregolarità contributiva si producono le stesse conseguenze di tipo “patrimoniale” derivanti dal riscontro di DURC irregolare** (obbligo della P.A. appaltante di versamenti sulle ritenute 0,50%, blocco pagamento SAL, corresponsabilità solidale di appaltatore-subappaltatore).

3) È anche possibile **configurare azioni giudiziarie civilistiche contro le Stazioni appaltanti pubbliche che non abbiano applicato le procedure di legge**, con richieste di risarcimento per i danni eventualmente derivati dall'illegittima condotta P.A..

APPALTI PRIVATI DI LAVORI EDILI

Effetti di tipo “procedimentale” del DURC irregolare

- **FONTE NORMATIVA PRECEDENTE:**

D.Lgs. 494/1996 - art. 3, c. 8°

(come modificato dal D.Lgs. 276/03 – cd. L. Biagi - e dal D.Lgs. 251/04)

- **FONTE NORMATIVA ATTUALMENTE VIGENTE**

T. U. sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro

D.Lgs. n. 81/2008 - art. 90 c. 9° e 10°

come modificato dall'art. 59, D.Lgs. Correttivo n. 106 del 03.08.2009

Art. 90, D.Lgs. 81/08 T.U. sicurezza sul lavoro:

COMMI 8° e 9° Il Committente anche privato, imprenditore e non:

lett. a) deve verificare l'idoneità tecnico-professionale delle Imprese esecutrici secondo le modalità indicate nell'Allegato XVII al DLgs. n.81/08, **compresa verifica DURC sempre necessaria** anche per cantieri "minori"

lett. b) **deve trasmettere DURC regolare alla P.A. concedente, PRIMA DELL'INIZIO DEI LAVORI oggetto di PdC o DIA** (salva l'acquisizione d'ufficio da parte della P.A. concedente ex art. 16bis, D.L. 185/08...), **fermo l'obbligo del committente di comunicare il nominativo dell'Impresa appaltatrice già nella DIA** (come previsto con normativa nazionale dall'art. 23 DPR 380/01 – T.U. Edilizia)

COMMA 10° **In assenza di DURC regolare** (da sottolineare che l'inciso "*anche in caso di variazione dell'Impresa esecutrice*" è stato eliminato dal DLgs. Correttivo 106/09) **l'efficacia del titolo abilitativo è sospesa**

Avvocato
Serena
Gargano

... in particolare, art. 82 L.R. Toscana 1/05

Il proprietario (o chi ne abbia titolo) deve comunicare alla P.A. concedente
(oltre al nominativo dell'Impresa già nella DIA ai sensi dell'art. 23, TU Edilizia.):

- **comma 8°** : **prima dell'inizio dei lavori il solo nominativo dell'Impresa esecutrice** con i codici di iscrizione identificativi della posizione presso INPS, INAIL e Cassa edile
- **comma 9°** : **contestualmente ALL'INIZIO LAVORI il DURC dell'Impresa esecutrice**
contestualmente ALLA FINE LAVORI il DURC dell'Impresa esecutrice

- comma 10°** : **SANZIONI IN CASO DI MANCATA PRODUZIONE DI DURC REGOLARE**
 - **ALL'INIZIO LAVORI** "CAUSA OSTATIVA ALL'INIZIO DEI LAVORI"
(cioè per normativa nazionale la P.A. deve sospendere l'efficacia del titolo abilitativo)
 - **ALLA FINE LAVORI** "CAUSA OSTATIVA ALLA CERTIFICAZIONE DI ABITABILITÀ/ AGIBILITÀ"
(normativa regionale toscana speciale e più stringente rispetto a quella nazionale)

N.B.: questa normativa regionale è applicabile (ex art. 82, comma 11°) anche in caso di subentro di altra Impresa esecutrice nel corso dello svolgimento dei lavori

Avvocato
Serena
Gargano

DA RILEVARE...

D.L. Bersani n. 223/06 aveva introdotto all'art. 35, commi 29-34, una particolare procedura di verifica DURC anche in corso di appalti privati ed a carico dei soggetti privati coinvolti, imponendo sostanzialmente all'appaltatore di verificare *a priori* gli adempimenti contributivi del subappaltatore ed imponendo al committente imprenditore di provvedere ai pagamenti soltanto previa esibizione della documentazione di regolarità contributiva, a pena di sanzioni amministrative a carico del committente fino a € 200.000 in caso di effettiva irregolarità contributiva dell'appaltatore e/o del subappaltatore.

L'art. 3, c. 8, D.L. 97/08, ha abrogato tale procedura obbligatoria di verifica a carico dei committenti privati

Quindi, anche nel caso di irregolarità contributiva nell'ambito degli appalti privati a committenza imprenditoriale **l'unica conseguenza che incide sul "procedimento" resta la sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo.**

Avvocato
Serena
Gargano

In particolare, sulla sospensione del titolo abilitativo...

- Avendo tre anni di tempo dalla DIA per iniziare i lavori, il committente privato è tenuto a segnalare già nella DIA, ex art. 23 T.U. Edilizia, il nominativo della **Impresa incaricata** dell'esecuzione dei lavori (salva sua possibile sostituzione), ma ancora non è tenuto a trasmettere il DURC; quindi il titolo abilitativo potrebbe originariamente formarsi in modo valido pur in mancanza di DURC;
 - **Perché il titolo abilitativo possa essere EFFICACE OLTRE CHE VALIDO, prima dell'inizio dei lavori la P.A. concedente deve disporre di DURC valido relativo all'Impresa appaltatrice: pare opportuno per la P.A. segnalarlo al committente abilitato in base al principio del buon andamento della pubblica amministrazione, ma, derivando tali effetti da una previsione normativa ed in base al principio *ignorantia legis non excusat*, non si ritiene che tale segnalazione possa ritenersi obbligatoria.**
-

Avvocato
Serena
Gargano

Segue, sulla sospensione del titolo abilitativo...

Per il generale principio del potere-dovere di vigilanza in campo edilizio-urbanistico ex art. 27 T.U. Edilizia, pare opportuno che la P.A. concedente provveda a “monitorare” tramite gli organi preposti (Polizia Municipale) i lavori edili iniziati sul territorio di competenza, per verificare la completezza della documentazione a corredo della pratica (DURC compreso) e quindi la efficacia del titolo abilitativo a suo tempo concesso...

Pare opportuno che tale controllo sul territorio venga effettivamente svolto, in quanto – benché l'art. 82, c. 10°, Legge reg. Toscana 1/05 prescriba la **acquisizione di DURC regolare relativo all'Impresa esecutrice anche a fine lavori, pena il mancato rilascio del certificato di agibilità** con conseguente incommerciabilità dell'immobile - per l'eliminazione dall'art. 90 c. 10° del TU sicurezza) dell'inciso *“anche in caso di variazione dell'Impresa esecutrice”* **tale norma regionale sarebbe agevolmente eludibile** sostituendo formalmente, a ridosso della fine lavori, la Impresa esecutrice, in ipotesi irregolare nel versamento dei contributi, con altra Impresa munita di DURC regolare...

APPALTI PRIVATI DI LAVORI EDILI

Effetti di tipo “patrimoniale” del DURC irregolare (a garanzia dell’ effettivo soddisfacimento dei contributi insoluti):

- **Art. 29 c. 2° Legge Biagi** (D.Lgs 276/03 come modif. dal D.Lgs 251/04 e dalla L. Finanziaria 2007): **corresponsabilità in solido del committente imprenditore o datore di lavoro con l’appaltatore e con ognuno dei subappaltatori a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi dovuti entro il limite di 2 anni dalla cessazione appalto.**
- **Art. 35 c. 28° D.L. 223/06 cd. Bersani** conv. in L. 248/06 (non abrogato – a differenza dei successivi commi 29-34 – dall’art. 38 DL 97/08) introduttivo anche nei lavori privati, della **corresponsabilità solidale dell’appaltatore per ritenute fiscali e versamenti contributivi a cui è tenuto il subappaltatore**

APPALTI PRIVATI DI LAVORI EDILI

Mancato rispetto procedure DURC da parte della P.A. concedente il titolo abilitativo (cd. DURC “assente”)?

Se riscontra l'indebita assenza della procedura di verifica regolarità DURC e comunque la mancata sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo anche in caso di DURC assente e/o irregolare, l'Ente previdenziale, in quanto esponente di interessi diffusi al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori, è legittimato a diffidare la P.A. ad esercitare ex art. 27 D.P.R. 380/01 (TU sull'edilizia) la dovuta vigilanza in materia urbanistico-edilizia ed a richiedere l'applicazione della prevista sanzione della sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo, e – in caso di rifiuto (implicito o esplicito) della P.A. – l'Ente deve considerarsi legittimato ad agire innanzi al competente TAR impugnando il rifiuto illegittimo per violazione di legge.

E PER FINIRE, DUE QUESTIONI PARTICOLARI...

- 1) **A quali “soggetti” può essere legittimamente affidata, ai sensi della complessiva normativa DURC, l’esecuzione di opere edili?**

A) Sarebbe da ritenersi lecito l’incarico di eseguire lavori edilizi ad un lavoratore autonomo che esegua dette lavorazioni avvalendosi della collaborazione di altri lavoratori autonomi da lui coordinati? LA RISPOSTA È NEGATIVA

Infatti il committente deve verificare l’idoneità tecnico-professionale dell’esecutore ex art. 89 D.Lgs. 81/08, ivi compresi *“il possesso di capacità organizzative, nonché la disponibilità di forza lavoro, di macchine e delle attrezzature, in riferimento alla realizzazione dell’opera”*, ed il lavoratore autonomo a cui sarebbe affidati in principalità i lavori non possiede tali requisiti d’idoneità tecnico professionale.

Di più, anche i lavoratori autonomi “collaboratori” risulterebbero di fatto subordinati al lavoratore autonomo “capo” per il principio di effettività ex art. 299 DLgs 81/08, e quindi non potrebbero configurarsi quali veri “lavoratori autonomi” ex art. 89, c. 1 lett. d), D.Lgs. 81/08.

In tal caso andrebbe disposta la sospensione dell’efficacia del titolo abilitativo

...SEGUE:

B) È lecito l'affidamento dell'appalto di lavori edili ad un'Impresa immobiliare che abbia alle sue dipendenze soltanto personale tecnico-amministrativo, ma non abbia alle sue dipendenze operai edili?

Poiché l'art. 89 c. 1° DLgs 81/08 definisce la necessaria idoneità tecnico/professionale come *"il possesso di capacità organizzative, nonché la disponibilità di forza lavoro, di macchine e di attrezzature in riferimento alla realizzazione dell'opera"* e poiché l'art. 90 c. 9° DLgs 81/08 prescrive che il committente valuti l'idoneità tecnico professionale dell'Impresa *"in specifica relazione alle funzioni e/o ai lavori da affidare"*, **LA RISPOSTA DEV'ESSERE DISTINTA a seconda delle funzioni che l'Impresa deve svolgere così come previste e specificate nel contratto :**

- **se l'Impresa affidataria dovesse svolgere solo funzioni gestionali-organizzative, sarebbe ammissibile** affidare tali funzioni ad Impresa siffatta, che abbia alle sue dipendenze solo personale amministrativo, purché essa esibisca la documentazione secondo quanto richiesto dall'Allegato XVII, e con particolare riferimento all'iscrizione alla CCIAA con oggetto sociale relativo alla tipologia dell'assumendo incarico.

- **se l'Impresa fosse invece incaricata anche dell'effettiva esecuzione delle opere edili in contratto, oltre alle pur previste funzioni gestionali-organizzative, andrebbe esclusa l'ammissibilità** dell'affidamento dell'appalto ad un'Impresa siffatta.

...SEGUE:

- 2) **In materia di appalti pubblici, la P.A. che deve affidare dei lavori caratterizzati dalla massima urgenza (ad es. rimozione di materiale franato, messa in sicurezza di edificio pericolante, ecc.) è comunque tenuta, preliminarmente all'incarico, a richiedere DURC regolare all'Impresa alla quale vorrebbe affidare l'esecuzione delle opere?**

In proposito di lavori urgenti, cfr. l'art. 57 c. 2° lett. c), Cod. Lav. Pubbl:

“Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata **senza previa pubblicazione di un bando di gara** nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre (...) **c) nella misura strettamente necessaria, quando la estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti,** non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara...”.

...segue:

Dalla lettera e dallo spirito di questa norma si ritiene ragionevole dedurre che (salvi casi eccezionalissimi di ordine pubblico in cui, per prassi consolidata, ogni regola può e deve ritenersi ovviamente superabile al fine di tutelare un'interesse superiore quale la vita umana) **la normativa preveda soltanto un'accelerazione delle procedure di appalto** (qual è la mancata pubblicazione del bando di gara) **e non la loro totale abolizione *tout court*.**

Quindi deve ritenersi che, anche in casi di cd. "ordinaria" urgenza, la P.A. debba preliminarmente munirsi di DURC regolare in relazione all'Impresa a cui intenda affidare detti lavori urgenti, considerati anche:

- la possibile acquisizione d'ufficio ex art. 16 bis), c. 10°, D.L. 185/08;
- la possibilità di scegliere comunque senza ritardo, tra le Imprese idonee disponibili, l'Impresa già munita di regolare DURC;
- l'opportunità di affidare lavori urgenti, spesso tali proprio perché inaspettati e da svolgersi in contesti delicati e rischiosi, ad Imprese impegnate nella sicurezza dei propri lavoratori e quindi caratterizzate da regolarità contributiva.