

**Avvocato
Serena
Gargano**

**LA PATOLOGIA DELLA PROCEDURA DURC:
**EFFETTI PATRIMONIALI E PROCEDIMENTALI
IN CASO DI DURC ASSENTE O IRREGOLARE
NEGLI APPALTI PUBBLICI E PRIVATI****

Parma , 17.05.2011

**Avvocato
Serena
Gargano**

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;

Avvocato
Serena
Gargano

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. Cons. Stato, sez. V, dec. n. 4035, 25.08.08);
- ampliamento dei soggetti tenuti a versare e/o “agevolare” l’incasso dei contributi insoluti a diretta maggior tutela dei diritti dei lavoratori;
- previsione di meccanismi di verifica della congruità della manodopera dichiarata a contrasto della piaga del lavoro “nero”.

Avvocato
Serena
Gargano

QUALI EFFETTI IN CASO DI DURC IRREGOLARE?

APPALTI PUBBLICI

Effetti di tipo
“procedimentale”

Effetti di tipo
“patrimoniale”

APPALTI PRIVATI

Effetti di tipo
“procedimentale”

Effetti di tipo
“patrimoniale”

APPALTI DI OPERE PUBBLICHE

Effetti del durc irregolare sul procedimento

Efficacia ostativa ad assunzione lavori e 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 convertito in L. 266/02 - art. 2** (quale strumento per l'emersione del lavoro sommerso, prescrizione obbligatoria di regolarità contributiva per le appaltatrici pubbliche, "pena la revoca dell'affidamento" – previsione di convenzioni per il rilascio di DURC)
- **D.Lgs. N. 163/2006, cd. "Codice dei Contratti Pubblici"**
- **D.L. cd. anticrisi n. 185/08 convertito in L. 2/09 - art. 16 bis), c.10°**
- **D.P.R. 207 del 05.10.10, cd. "Regolamento attuativo Cod. Contr. Pubbl."**
(entrata in vigore prevista per il 9 giugno 2011)

Avvocato
Serena
Gargano

Codice contratti 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*)

Reg. attuaz. del codice contr. pubb. - D.P.R. 207/2010

- art. 6 c. 3° e c. 4°

Da tali norme si ricava 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 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.

N.B.: le P.A. aggiudicatrici devono richiedere DURC anche nel caso in cui tra stipula e SAL o tra due SAL interconrrano più di 180 giorni.

Di particolare rilievo...

- D.L. 185/08 convertito in L. 2/09 - art. 16bis), c.10°
- Reg. attuazione 207/2010 – art. 6 c. 3°

le Stazioni appaltanti pubbliche devono acquisire **D’UFFICIO** il **Documento di Regolarità Contributiva** quando è richiesto ex lege

NOTA BENE: il comb. disp. con l’art. 90 c. 9° D.Lgs. 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 già conferito alle Casse Edili il compito di rilasciare il DURC “**comprensivo della verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa al cantiere interessato dai lavori**”

Avvocato
Serena
Gargano

APPALTI DI OPERE PUBBLICHE

Effetti di tipo “patrimoniale” del DURC irregolare
(a garanzia dell’effettivo incasso dei contributi insoluti ed a diretta tutela dei lavoratori “sostanziali beneficiari” dei contributi)

- **Corresponsabilità solidale appaltatore – subappaltatore** per le prestazioni rese nel subappalto (Cod. lavori pubblici - art. 118 c. 6°)
- **Blocco dei pagamenti SAL e Stato finale lavori** da parte della P.A. committente all’Impresa irregolare, con possibili successive azioni esecutive degli Enti creditori (*idem*, art. 118 c. 6°)
- **Intervento sostitutivo della P.A. appaltante** se inadempienza (retributiva e) contributiva dell’appaltatore (*idem*, art. 5 c. 5°), ora regolato in dettaglio nel Regolamento d’Attuazione Cod. Contratti 207/2010, artt. 4 (e 5)

...in particolare, **l'art. 5 c. 5° Cod. contratti prevedeva che** il Regolamento dettasse disposizioni su **lett. s bis**): tutela dei diritti dei lavoratori in linea con il disposto 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. in caso di inadempienza contributiva

- **L'art. 4, Reg. Attuazione 207/2010** stabilisce ora
- **comma 2°)** quando il RUP ottiene un DURC irregolare che segnali inadempienze contributive, deve trattenere dal certificato pagamento e **disporre DIRETTAMENTE versamenti agli Enti interessati, comprese Casse Edili, per importi pari all'inadempienza;**
- **comma 3°)** in ogni caso dev'essere effettuata sull'importo netto prog. lavori una ritenuta 0,50% svincolabile in sede di liquidazione finale dopo certificato di collaudo e previo rilascio di DURC

APPALTI OPERE PUBBLICHE

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

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

Avvocato
Serena
Gargano

segue: DURC assente in caso di appalto pubblico

2) Se, in corso di esecuzione dell'appalto illegittimamente aggiudicato, **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 e Stato finale, corresponsabilità solidale appaltatore-subappaltatore).

3) Sarebbe 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.

Avvocato
Serena
Gargano

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. Legge Biagi, e dal D.Lgs. 251/04)

- **FONTE NORMATIVA ATTUALMENTE VIGENTE**

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

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

così come modificato dall'art. 59, D.Lgs. correttivo n. 106/2009

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

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

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

lett. b) **deve trasmettere regolare DURC alla P.A. concedente, PRIMA DELL'INIZIO LAVORI OGGETTO DI DIA** (*salva l'acquisizione d'ufficio da parte della P.A. concedente ex art. 16bis, D.L. 185/08...*), **fermo l'obbligo di comunicare il nominativo dell'Impresa appaltatrice già in DIA** come previsto dall'art. 23 DPR 380/01 – TU Edilizia

C. 10° **In assenza di DURC regolare** (N.B. l'eliminazione dell'inciso "*anche in caso di variazione dell'Impresa esecutrice*" in DLgs. correttivo 106/09) **l'efficacia del titolo abilitativo è esplicitamente sospesa.**

Avvocato
Serena
Gargano

DA RILEVARE...

Il D.L. Bersani n. 223/06 aveva introdotto all'art. 35, c. 29-34, una particolare procedura di verifica DURC anche in ambito privato a carico degli imprenditori coinvolti, imponendo all'appaltatore di verificare *a priori* gli adempimenti contributivi dei subappaltatore ed **imponendo al committente privato imprenditore di pagare il corrispettivo all'appaltatore soltanto previa esibizione di documentazione** attestante la regolarità contributiva di appaltatore e subappaltatori, **a pena di sanzioni amministrative fino a € 200.000 a carico del committente che non avesse osservato tali modalità di pagamento** se poi si fosse effettivamente riscontrata l'irregolarità contributiva di appaltatore/ subappaltatore.

L'art. 3, c. 8°, D.L. 97/08, ha abrogato tale obbligatorio procedimento di verifica a carico dei committenti privati imprenditori, e quindi, anche in caso di irregolarità contributiva nell'ambito degli appalti privati a committenza imprenditoriale, **la sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo resta l'unica conseguenza incidente sul "procedimento"**.

Avvocato
Serena
Gargano

specificando, sulla sospensione del titolo abilitativo...

- Potendo iniziare i lavori entro tre anni dalla DIA, il committente anche privato non imprenditore è tenuto a segnalare già nella DIA, ex art. 23 T.U. Edilizia, il nominativo dell'Impresa incaricata dell'esecuzione dei previsti lavori (salva sua possibile sostituzione), ma non è ancora tenuto a trasmettere il DURC, quindi originariamente IL TITOLO ABILITATIVO POTREBBE FORMARSI IN MODO VALIDO PUR IN MANCANZA DI DURC;
- Affinché il TITOLO ABILITATIVO POSSA ESSERE EFFICACE OLTRE CHE VALIDO, prima dell'inizio dei lavori la P.A. concedente deve entrare in possesso di regolare DURC relativo all'impresa appaltatrice (*opportuno per la P.A. segnalarlo al committente abilitato per il principio del buon andamento della P.A., ma, derivando tali effetti da una previsione normativa, per il principio "ignorantia legis non excusat" deve concludersi che la segnalazione non possa essere considerata obbligatoria per la P.A.*)

Avvocato
Serena
Gargano

Potere-dovere di vigilanza della Pubblica Amministrazione

In forza del generale principio di potere-dovere della P.A. di vigilare in campo edilizio-urbanistico ex art. 27 T.U. Edilizia, **l'Ente pubblico concedente dovrebbe provvedere a "monitorare" periodicamente** tramite gli organi preposti (Polizia Municipale, Ispettorato del Lavoro, ecc.) **i lavori edili iniziati sul territorio di sua competenza per poter verificare la completezza della documentazione a corredo della pratica (compreso il DURC) e quindi la perdurante efficacia del titolo abilitativo** concesso all'epoca della DIA o del rilascio PDC...

A conferma, v. l'art. 90 c. 10° TU Sicur. Lavoro, secondo cui, per consentire la prevista sospensione del titolo abilitativo in caso di assenza e/o irregolarità DURC, *"l'organo di vigilanza comunica l'inadempienza all'Amministrazione concedente"...*

APPALTI PRIVATI DI LAVORI EDILI

Effetti di tipo “patrimoniale” del DURC irregolare
(a garanzia dell’effettivo incasso dei contributi insoluti ed
a diretta tutela dei lavoratori “sostanziali beneficiari” dei contributi)

- **Art. 29 c. 2°, Legge Biagi** (D.Lgs 276/03 modif. da D.Lgs 251/04 e da L. Finanz. 2007): corresponsabilità solidale di COMMITTENTE IMPRENDITORE O DATORE DI LAVORO con l’appaltatore e con ogni subappaltatore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi dovuti entro il limite di due anni dalla cessazione appalto.
- **Art. 35 c. 28°, cd. Decreto Bersani** (D.L. 223/06 conv. in Legge 248/06) non abrogato – a differenza dei commi 29-34 – dall’art. 38 D.L. 97/08): introduce in ambito privato la corresponsabilità solidale dell’appaltatore per le ritenute fiscali ed i versamenti contributivi cui è tenuto il subappaltatore

Avvocato
Serena
Gargano

APPALTI PRIVATI DI LAVORI EDILI

Violazione procedure DURC da parte di P.A. concedente
il titolo abilitativo (cd. DURC “assente”)?

Se è riscontrata l'indebita assenza della procedura di verifica di regolarità DURC o comunque in mancanza di sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo in caso di DURC assente e/o irregolare, **la Cassa Edile**, in quanto esponente di interessi diffusi al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori, è legittimata a diffidare la P.A. ad esercitare ex art. 27 T.U. Edilizia la dovuta vigilanza in materia urbanistico-edilizia ed a richiedere l'applicazione della prevista sanzione della sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo; in caso di illegittimo rifiuto (implicito o esplicito) della P.A., l'Ente previdenziale deve ritenersi titolato ad agire innanzi al TAR impugnando tale rifiuto per violazione di legge.

Avvocato
Serena
Gargano

IN CONCLUSIONE, ALCUNE QUESTIONI PARTICOLARI...

- 1) **A quali “soggetti” può essere legittimamente affidata, ai sensi della complessiva normativa DURC, l’esecuzione di opere edili?**
- A) **È lecito l’appalto di lavori edilizi ad un lavoratore autonomo che esegua dette lavorazioni coordinando altri soggetti autonomi da lui incaricati?**

LA RISPOSTA È NEGATIVA

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 affidatario dei lavori non possiederebbe tali requisiti d’idoneità.

Di più, anche i lavoratori autonomi “collaboratori” risulterebbero di fatto subordinati al lavoratore autonomo che risulterebbe quale “datore di lavoro” dei primi in forza del principio di effettività *ex art. 299 D.Lgs. 81/08*, e non sarebbero configurabili quali “lavoratori autonomi”

In tal caso, la P.A. dovrebbe sospendere l’efficacia del titolo abilitativo

Avvocato
Serena
Gargano

...segue questione 1):

B) Lecito l'appalto di lavori edili ad un'Impresa immobiliare che abbia alle sue dipendenze solo personale tecnico-amministrativo, ma non 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...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 "in specifica relazione alle funzioni e/o ai lavori da affidare", **LA RISPOSTA È DISTINTA a seconda delle funzioni che l'Impresa deve contrattualmente svolgere :**

- se l'Impresa affidataria deve svolgere solo funzioni gestionali-organizzative, sarebbe ammissibile affidare tali funzioni ad Impresa 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 in contratto, oltre alle pur previste funzioni gestionali-organizzative, **andrebbe esclusa l'ammissibilità dell'affidamento dell'appalto edilizio ad un'Impresa siffatta.**

2) La P.A. che deve appaltare lavori pubblici in via di urgenza (ad es. rimozione di frana, demolizione di edificio pericolante, ecc.) è egualmente tenuta, preliminarmente all'incarico, a verificare la sussistenza di DURC regolare in capo all'Impresa a cui vorrebbe affidare l'esecuzione delle opere urgenti?

Si consideri l'art. 57 c. 2° lett. c), Cod. Lav. Pubblici:

“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...”.

Avvocato
Serena
Gargano

...segue questione 2):

Da tale norma pare ragionevole dedurre che (salvi casi eccezionali di ordine pubblico in cui, per prassi consolidata, ogni regola deve ritenersi superabile al fine di tutelare un'interesse superiore paradigmato dalla vita umana) in tali fattispecie sia prevista solo un'accelerazione delle procedure di appalto (mancata pubblicazione del bando di gara) e non la loro totale abolizione.

Si deve quindi ritenere che, salvi i casi di EFFETTIVA EMERGENZA, l'Ente Pubblico debba commissionare anche i lavori urgenti ad Impresa in condizione di regolarità contributiva e munita di DURC, considerati anche:

- la possibile acquisizione DURC d'ufficio ex art. 16 *bis*) c. 10°, DL 185/08;
- la possibilità di scegliere senza ritardo, tra le Imprese idonee disponibili, quell'Impresa già munita di regolare DURC;
- l'opportunità di affidare lavori urgenti, spesso tali perché da svolgersi in situazioni e contesti rischiosi, ad Imprese oggettivamente impegnate nella tutela dei lavoratori e caratterizzate da regolarità contributiva.

Avvocato
Serena
Gargano

3) Qual è il periodo di validità del DURC?

Cfr. sentenza TAR Puglia, sez. III, n. 2304 del 16.10.09:

l'art. 7 del DM 24.10.07 stabilisce la validità mensile del DURC esclusivamente per la fruizione delle agevolazioni normative e contributive;

l'art. 39 septies) DL 273/2005 convertito in Legge 51/06 stabilisce che il DURC ha validità trimestrale per quanto riguarda il settore degli appalti privati;

nulla è esplicitamente disposto sul periodo di validità generale del DURC nella fattispecie degli appalti pubblici;

Secondo il TAR Puglia 2304/09, vista la manifesta lacuna della normativa di secondo grado (DM 24.10.07 emanato in esecuzione della delega ex art. 1 c. 1176°, L. 296/06) per garantire le esigenze di una disciplina massimamente uniforme, nei settori pubblico e privato deve ritenersi applicabile l'art. 39 septies) cit. che dispone "Il DURC ex art. 3 c. 8°, DLgs 494/96 ha validità di tre mesi"

Validità trimestrale confermata anche da Circ. 35/2010 Ministero del Lavoro

Nota Bene: Tale conclusione è da intendersi applicabile al caso di DURC rilasciato su Banca Dati Nazionale (BNI) per partecipare a gare d'appalto, ma non riguarda i DURC richiesti in fase esecutiva del singolo cantiere al fine di ottenere il pagamento di SAL, poiché tali DURC si "spendono" solo nella singola procedura

4) Le P.A. concedenti e/o appaltanti possono accettare il DURC rimesso dalle Imprese interessate, anziché acquisirlo d'ufficio?

Ciò deve ragionevolmente ritenersi possibile perché:

- consente alle Imprese, rendendole “parte diligente”, di velocizzare l’acquisizione dei documenti necessari ad ottenere i pagamenti di SAL e Stato finale lavori, ecc., anche nella eventualità di inerzie spesso imprecisate che rallentino l’acquisizione d’ufficio del Documento su richiesta dell’Ente;
- la norma non stabilisce il divieto per Cassa Edile di rilasciare il DURC alle Imprese interessate direttamente richiedenti, ma solo l’obbligo delle P.A. di acquisire il DURC d’ufficio.

Avvocato
Serena
Gargano

5) Alle Società a partecipazione pubblica, anche parziale, è applicabile la stessa normativa prevista per le P.A. appaltanti / concedenti?

Secondo la disciplina stabilita dal vigente Codice LL.PP. – cfr. art. 3 c. 25° e sgg., ed art. 32 sulle Amministrazioni Aggiudicatrici ed altri Soggetti Aggiudicatori - la normativa codicistica, compresa quella relativa alla disciplina DURC, si applica ai contratti affidati non solo da P.A. o Concessionarie di lavori pubblici, ma anche:

- **dai cd. organismi di diritto pubblico** (istituiti, anche in forma societaria, per soddisfare in modo specifico esigenze di interesse generale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da Enti pubblici);
- in ogni caso anche in occasione di **“lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”**.