



26 MAG 2008

CORTE DEI CONTI

CORTE DEI CONTI  
UFFICIO DI CONTROLLO  
SUGLI ATTI DAI MINISTERI DELLE  
INFRASTRUTTURE ED ASSETTO DEL  
TERRITORIO

N. 54/1

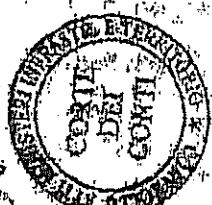
Al Ministero delle Infrastrutture e dei  
Trasporti  
Ufficio di Gabinetto

ROMA

per il tramite del Ministro Giacchetti

ROMA

In ordine al provvedimento entro indicato si comunicano le osservazioni di questo  
Ufficio.



b) IL CONSIGLIERE ISTRUTTORE  
*[Signature]*

OGGETTO: D.P.R. 28/01/2008 (G.d.c. 1722/2008)

Regolamento di esecuzione del codice degli appalti pubblici.

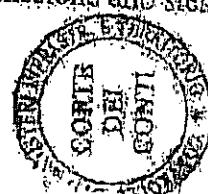
OSSERVAZIONI DELL'UFFICIO DI CONTROLLO:

Con l'atto in oggetto indicato, ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400 è stato emanato il regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, previsto dall'art. 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Sulla base della normativa da ultimo citata, detto regolamento è stato adottato su proposta di codesto Dipartimento, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ed acquisito quello del Consiglio di Stato, di concerto con i Ministri per le politiche europee, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per i beni e le attività culturali, dello sviluppo economico, dell'economia e delle finanze, sentito il Ministero dei trasporti.

Dall'esame degli atti emergono le seguenti osservazioni:

- 1) In relazione agli atti di concerto previsti dall'art. 5, comma 4, del codice dall'estratto nel verbale della seduta del Consiglio dei Ministri del 13 luglio 2007 risulta che il medesimo approva lo schema di regolamento e che con la delibera di approvazione "si intendono acquisiti i concetti delle Amministrazioni competenti". Ora, come ha evidenziato il Consiglio di Stato (cfr. paragrafo 3.c) sul testo regolamentare integrato e corretto dal *ius superveniens*, andavano acquisiti i concetti obbligatori previsti dall'art. 5 del codice, che, attesa l'importanza del testo, devono essere espressi in forma scritta direttamente da parte dei singoli Ministri competenti;
- 2) i pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato sono stati resi prima dell'assortito adeguamento del testo regolamentare alle modifiche apportate al codice dei contratti con il decreto legislativo 31 luglio 2007 n. 113. Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel parere espresso in data 15 settembre 2007, ha rilevato in modo specifico il mancato adeguamento dello schema di regolamento al decreto legislativo n. 113/2007 prima della sua trasmissione allo stesso Organo consultivo per l'emissione del parere.



Il medesimo, nel prendere atto della scelta fatta dal Governo, ha evidenziato che il codice ha imposto "l'esercizio unitario della potestà regolamentare, attestò che l'art. 5 prevede il regolamento e non uno o più regolamenti";

- 3) i rispettivi poteri dei due Organi sono stati anche formulati precedentemente alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 19-12-2007 che, tra l'altro, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, comma 2, 84, cenni 2, 3, 8 e 9, nonché 98, comma 2 del codice dei contratti.

Già posto, si esprimono perplessità, in punto di diritto, sulla regolarità di siffatto procedimento, atteso che il testo regolamentare esaminato dai suddetti Organi non tiene conto della novella legislativa introdotta dal decreto legislativo n. 118/2007 e della sentenza n. 401 della Corte Costituzionale.

Sotto tale aspetto, non rilevano le affermazioni contenute nella Relazione illustrativa al testo regolamentare, in base alle quali l'Amministrazione ha sostenuito di essersi adeguata alla novella legislativa ed alla sentenza, poiché l'adeguamento non è in realtà avvenuto per tutte le disposizioni regolamentari ed, inoltre, perché permangono l'asserita delle valutazioni degli Organi presieduti ai risultamenti appurati al testo normativo;

- 4) occorre segnalare che la Commissione europea con nota n. C(2008)0108 del 31/01/2008 ha avviato una procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato, nei confronti dello Stato italiano, in riferimento alle elevate incompatibilità di talune disposizioni del codice con le direttive 17 e 18 del 2004 in quanto "non appaiono assicurate la certezza giuridica necessaria e garantire l'applicazione corretta del diritto comunitario degli appalti pubblici". La medesima si è riservata, ulteriori "di verificare la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina che sarà stabilita dal Regolamento di esecuzione del Codice".

Da ciò discende la possibile illegittimità di talune disposizioni regolamentari derivanti dalla incompatibilità delle norme del codice, di cui il regolamento costituisce alterazione, con il diritto comunitario.

Di conseguenza, appare necessario che l'amministrazione valuti responsabilmente i riflessi dell'infrazione della Commissione europea sull'estensione

appalti pubblici



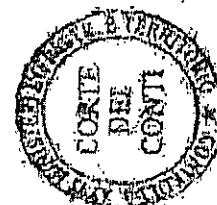
della certezza del diritto interno nella delicate matrice dei contratti pubblici anche in riferimento alla finalità perseguita dal Codice di armonizzazione e di applicazione delle relative discipline. A tal fine, il regolamento potrebbe essere rivisitato anche con riferimento ad iniziative normative in corso per l'adeguamento alle disposizioni comunitarie;

- 5) nell'ambito della procedura seguita per l'emanazione del regolamento, non è dato riscontrare che sia stato sentito il Ministero degli affari esteri in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture da eseguirsi in territori di Stati esteri in attuazione dell'art. 5, comma 6 del codice;
- 6) dopo le osservazioni di carattere generale che precedono, questo Ufficio di controllo osserva che in numerosi casi il regolamento sembra contenere disposizioni che non trovano fondamento nelle norme legittimanti del codice le quali, com'è noto, attribuiscono al regolamento stessa natura di esecuzione e di attuazione, ai sensi dell'art. 17, comma 1 della legge n. 400/1986.

In altri casi, le disposizioni introdotte sembrano porsi in contrasto con norme di legge esistente anche a seguito della novella legislativa anzidetta (legge n. 113/2007) ed in altri ancora il testo regolamentare non ha recepito le osservazioni degli Organi consultivi senza adeguata motivazione.

Tutte queste, in particolare, si espone quanto segue:

- non risulta sia stato sentito il Ministero degli affari esteri per le finalità di cui all'art. 5, comma 6 del codice (cooperazione allo sviluppo);
- l'art. 6, comma 1, lett. aa) non contiene la precisazione sulla definizione di lavoro come richiesto dal Consiglio di Stato;
- art. 3, comma 1, lett. s): la definizione, secondo quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, non è chiara costituendo la medesima una disciplina anziché una definizione ed, inoltre, non appare pertinente il richiamo all'art. 132, comma 3, del codice riguardante le variazioni in corso d'opera;



RILEVON.

DET.

- art. 49: per quanto riguarda il compenso professionale ai dipendenti pubblici effettuando valutazione di progetti, appare non idonea la motivazione di cui alle preesistenze, in quanto la materia sembra riservata a definita primarietà;
- art. 51: la previsione dell'inclusione del responsabile del procedimento nella commissione giudicatrice si pone in contrasto con l'art. 84, comma 4 del codice;
- art. 57: al comma primo, dopo le parole "il soggetto" non è stata aggiunta la parola "esterno" o non è stato esposto il comma 2 dello stesso articolo in contrasto con l'articolo 112 del codice;
- art. 69: per la commissione consultiva prevista dall'art. 40 del codice dovrebbe trovare applicazione l'art. 29, comma 4 del Decreto-Legge n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006, per la soppressione degli organi consultivi poiché, secondo quanto ritenuto dal Consiglio di Stato (cfr. parere n. 260/1999), tale normativa è applicabile anche alle Autorità indipendenti;
- art. 70: i minimi tariffari sembrano non coerenti con il citato decreto-legge n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006, e non trovano base legislativa nel codice che demanda al regolatore la fissazione dei criteri per la determinazione delle tariffe imeriti all'attività di qualificazione (art. 40, comma 4, lett. a), ma non prevede minimi tariffari indeterminati;
- art. 76, comma 11: la previsione secondo cui l'impresa corrente deve aspettare 5 anni dalla cessione per ottenere nuova attestazione non pare ragionevole, considerato che l'attuale impresa potrebbe maturare i requisiti anche prima di tale termine (cfr. determinazione Autorità di vigilanza n. 11/2002);
- art. 83: al comma 6 il termine di 15 giorni è stato elevato a 30 senza motivazione ed è stato omesso, nel testo suggerito dal Consiglio di Stato, l'ultimo periodo: "in caso di inadempienza o negligenza delle SICIA si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 6, comma 11 del codice";
- art. 104, comma 2: si richiamano le osservazioni in merito alla sopravvivenza della commissione di cui all'art. 192, comma 5 del codice, esposte con riferimento al precedente art. 69;

Bollo pubblico appalti dei trasporti



- art. 105: non risultano espresse i commi 1 e 2 i quali, anziché disciplinare i criteri di comunicazione del prezzo in caso di appalto a corpo e a misura, disciplinano i presupposti. L'inclusione al comma 3 degli scavi archeologici deve trovare collocazione nella parte relativa ai lavori su beni culturali; nella rubrica dell'articolo è richiamato un articolo della legge n. 109/1994 non più vigente;
- art. 115: il comma 1, lett. i) non è stato adeguato all'art. 143 del codice;
- art. 120, comma 1, secondo periodo: la previsione è priva di copertura legislativa (cfr. art. 84 del codice);
- art. 129, comma 3, ultimo inciso: l'esclusione delle concessioni dal sistema di garanzia globale appare in contrasto con l'art. 129 del codice che si riferisce in generale all'esecuzione di lavori. A tale proposito non sembra idonea la motivazione espressa nelle premesse che unifica la fase della realizzazione dei lavori con quella della guadagno che, viceversa, ha una sua autonomia;
- art. 146, comma 1: non risulta adeguato all'art. 5, comma 5, lett. r) del codice come modificato dal decreto legislativo n. 113/2007 in tema di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore;
- art. 151: la previsione di un compenso aggiuntivo per i dipendenti pubblici difetta di una previsione legislativa che lo consenta (cfr. osservazione sull'art. 49);
- art. 171, comma 3: sono state espresse le parole "a pratica di decaduta", ma è stata mantenuta l'espressione "entro trenta giorni dall'avvenuta pubblicazione" e ciò in contrasto con il principio secondo cui la comunicazione di un termine di decadenza deve essere prescritta da norma primaria;
- art. 172, comma 1: si richiede l'osservazione relativa all'art. 171;
- art. 176, comma 1, lett. g): la previsione della spesa per l'assicurazione dei dipendenti non sembra possa essere posta a carico dell'Amministrazione pubblica, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti (cfr. anche le osservazioni sull'art. 57). Inoltre, non appare conforme alle regole di contabilità pubblica far gravare sul fondo spese ed oneri delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto non pertinenti con conseguente incidenza sulla finanza pubblica;



- art. 216, comma 7: non sono state stralciate, sia nel primo che nel secondo periodo, le parole "e i dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze in materia di lavori pubblici", essendo stato eliminato soltanto lo parola "anche a riposo". Ciò risulta in contrasto con l'art. 141, comma 4, del codice che fa riferimento alla norma nel solo collaboratori in servizio della stazione appaltante. In tale ottica, anche l'ultimo periodo appare non conforme a legge;
- art. 228, comma 1: non può essere consentita l'interventazione in quanto spetta esclusivamente alla stazione appaltante autorizzare lavorazioni eccedenti quanto già approvato, mentre l'organo di controllo verifica solo la conformità dei lavori eseguiti rispetto al progetto ed al contratto;
- TITOLO XI: non è stato accolto l'aperto del Consiglio di Stato di riunire la normativa sui beni culturali in questa parte;
- art. 241, commi 2 e 3: il potere del responsabile del procedimento di ridurre i livelli di definizione progettuale e di ammettere la progettazione esecutiva non trova fondamento nella normazione primaria;
- TITOLO XII CAPO II non contiene la disciplina anche per i servizi e forniture, in contrasto con la previsione di cui all'art. 5, comma 6 del codice che prevede una disciplina unitaria;
- CAPO II (arti. da 258 a 262) contiene disposizioni non fornite di copertura legislativa e, pertanto, avrebbe dovuto essere eliminato, così come prescritto dal Consiglio di Stato;
- art. 277: non è stato aggiornato alle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 113/2007 agli artt. 65, comma 6 e 62, comma 1, del codice e non è stato esposto secondo le indicazioni del Consiglio di Stato;
- art. 289, comma 1: non sono stati stabiliti i limiti e le condizioni come richiesto dall'art. 36, comma 2, del codice;
- art. 297: il testo è stato formulato alla luce della sentenza del Tar Lazio n. ST2/2007 che ha annullato alcune norme del D.P.C.M. 18/11/2005 riprodotto integralmente nel testo dell'articolo. Averso valutazione risultano proposti n. 4 appelli al Consiglio di Stato.



(Sezione IV) che, alla data di redazione del parere da parte del Consiglio di Stato, non risultava ancora depositata;

- art. 300; l'intestazione al Ministro dell'economia e finanze della facoltà di esecuzione si sistema dientro ad ambito soggettivo il limite di acquisizione ex art. 60 del codice non trova fondamento normativo, anche per i profili di natura finanziaria, essendo il potere affidato alle singole stazioni appaltanti;
  - art. 327, comma 3: si ricordano le osservazioni contenute nel commento al precedente art. 216, anche per contrasto con i principi del trattato CE;
  - art. 357: la prevista abrogazione di alcuni articoli del capitolo generale di appalto (DM n. 145/2000), sembra non conciliarsi nell'armonia del sistema, con la prevista futura approvazione del nuovo capitolo generale da emanarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture;
- 7) il testo regolamentare, sul piano formale, secondo quanto rilevato anche dal Consiglio di Stato (cfr. pag. 69), presenta numerose inosservanze ai criteri dettati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla redazione degli atti normativi (Circolare 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92).

In tale ambito, al fin di maggiore chiarezza del quadro normativo, si osserva che dal visto all'esame, nella rubrica degli articoli, si richiamano disposizioni normative non più vigenti anziché i corrispondenti articoli del codice di cui il regolamento costituisce attuazione.

Moltre, si rileva l'assenza di numerazione dei comuni di singoli articoli, anche con riguardo alle lunghe elencazioni contenute in alcuni di tali, al fine di facilitare la lettura.

Con l'occasione, si fa presente che sussistono numerosi errori materiali, di seguito indicati a titolo esemplificativo:

- \* non risultano numerate le pagine del DPR;
- \* nelle premesse del medesimo, alla pag. 1, al secondo "VISTO", è scritta la parola "potestà" anziché "potestà";
- \* al secondo "RITENUTO", la parola "oggetto" è scritta due volte;



COSE DEI CONTI - Ufficio di controllo degli atti dei ministeri delle infrastrutture e dei servizi pubblici

Roma, 20 aprile 1970

DEL

- \* al primo "RITENUTO", della quarta pagina delle premesse anziché "impalante";
  - \* ugualmente nell'ultima premessa, dopo le parole "SULLA PROPOSTA scritto "Ministero dei trasporti" anziché "Ministro dei trasporti";
  - \* la numerazione delle pagine del testo regolamentare inizia dalla pagina 22.
- Si avverte che, decorso trenta giorni dal presente avviso senza risposta, si procederà allo stato degli atti.

