



Roma, 26 MAG 2008

**CORTE DEI CONTI**

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

N. 54/I

Al Ministero delle Infrastrutture e dei  
Trasporti

Ufficio di Gabinetto

ROMA

per il tramite del Ministro Guardasigilli

ROMA

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



*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]* IL CONSIGLIERE ISTRUTTORE  
*[Handwritten 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. 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Sulla base della nottativa da ultimo citata, detto regolamento è stato adottato su proposta di codesto Dicastero, 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 del 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 consensi 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 consensi 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'Entità 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'asserito 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'emanazione 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, atteso che l'art. 5 prevede il regolamento e non uno o più regolamenti".

3) I ripetuti pareri dei detti Organi sono stati anche formulati precedentemente alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 19-23 novembre 2007 che, tra l'altro, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, comma 2, 84, commi 2, 3, 8 e 9, nonché 98, comma 2 del codice dei contratti.

Ciò 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. 113/2007 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 sostenuto 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 permane l'asserita delle valutazioni degli Organi anzidetti ai mutamenti apportati 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 rilevate incompatibilità di talune disposizioni del codice con le direttive 17 e 18 del 2004 in quanto "non appaiono assolvere la certezza giuridica necessaria a garantire l'applicazione corretta del diritto comunitario degli appalti pubblici". La medesima si è riservata, altresì "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 attuazione, con il diritto comunitario.

Di conseguenza, appare necessario che codesta Amministrazione valuti responsabilmente i riflessi dell'attività della Commissione europea sull'esigenza



della certezza del diritto interno nella delicata materia dei contratti pubblici anche con riferimento alla finalità perseguita dal Codice di armonizzazione e di semplificazione 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 procedere 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 stesso natura di esecuzione e di attuazione, ai sensi dell'art. 17, comma 1 della legge n. 400/1988.

In altri casi, le disposizioni introdotte sembrano porsi in contrasto con norme di legge emanate 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.

Tanto premesso, 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. 3, comma 1, lett. aa) non contiene la precisazione sulla definizione di laureato come richiesto dal Consiglio di Stato;
- art. 3, comma 1, lett. s): la definizione, secondo quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, non è chiara sostituendo la medesima una disciplina anziché una definizione ed, inoltre, non appare pertinente il richiamo all'art. 132, comma 3, del codice riguardante le varianti in corso d'opera;



- art. 49: per quanto riguarda il compenso professionale ai dipendenti pubblici che effettuano validazione di progetti, appare non idonea la motivazione di cui alle premesse, in quanto la materia sembra riservata a norma primaria;
- art. 51: la previsione dell'inclusione del responsabile del provvedimento 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 espunto il comma 2 dello stesso articolo in contrasto con l'articolo 112 del codice;
- art. 63: 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 regolamento la fissazione dei criteri per la determinazione delle tariffe inerenti all'attività di qualificazione (art. 40, comma 4, lett. e), ma non prevede minimi tariffari inderogabili;
- art. 76, comma 11: la previsione secondo cui l'impresa cedente deve aspettare 5 anni dalla cessione per chiedere nuova attestazione non pare ragionevole, considerato che detta impresa potrebbe maturare i requisiti anche prima di tale termine (cfr. determinazione Autorità di vigilanza n. 11/2002);
- art. 82: al comma 6 il termine di 15 giorni è stato elevato a 30 senza motivazione ed è stato omissivo, nel testo suggerito dal Consiglio di Stato, l'ultimo periodo "in caso di inadempienza o negligenza delle SIGA 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, espresse con riferimento al precedente art. 63;



- art. 105: non risultano espunti i commi 1 e 2 i quali, anziché disciplinare i criteri di commisurazione 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. 83 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 gestione 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 1: sono state espunte le parole "a pena di decadenza", ma è stata mantenuta l'espressione "entro trenta giorni dall'avvenuta pubblicazione" e ciò in contrasto con il principio secondo cui la computatività di un termine di decadenza deve essere prescritta da norma primaria;
- art. 172, comma 1: si richiama l'osservazione relativa all'art. 171;
- art. 178, 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 stacciate, sia nel primo che nel secondo periodo, le parole "e a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze in materia di lavori pubblici", essendo state eliminate soltanto le parole "anche a riposo". Ciò risulta in contrasto con l'art. 141, comma 4, del codice che fa riferimento alla nomina dei soli collaudatori 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'innovazione in quanto spetta esclusivamente alla stazione appaltante autorizzare lavorazioni eccedenti quanto già approvato, mentre l'organo di collaudo verifica solo la conformità dei lavori eseguiti, rispetto al progetto ed al contratto;
- TITOLO XI: non è stato accolto l'invito 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 nomina primaria;
- TITOLO XII CAPO I 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 (artt. 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. 55, comma 6 e 62, comma 1, del codice e non è stato espunto 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. 572/2007 che ha annullato alcune norme del D.P.C.M. 18/11/2005, riprodotto integralmente nel testo dell'articolo. Avverso tale sentenza risultano proposti n. 4 appelli al Consiglio di Stato.



RIEVO N. DEL

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

- art. 300: l'istestazione al Ministero dell'economia e finanze della facoltà di istituire un sistema dinamico ad ambito soggettivo illimitato di acquisizione ex art. 60 del codice non trova fondamento normativo, anche per i profili di natura finanziaria, essendo tale potere affidato alle singole stazioni appaltanti;
- art. 327, comma 3: si richiamano 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 capitolato generale di appalto (DM n. 145/2000), sembra non conciliarsi, nell'armonia del sistema, con la prevista futura adozione del nuovo capitolato generale da emanarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture;

7) il testo regolamentare, sul piano formale, secondo quanto rilevato anche dal Consiglio di Stato (cit. 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, ai fini di maggiore chiarezza del quadro normativo, si osserva che nel testo 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.

Inoltre, si rileva l'assenza di numerazione dei commi di singoli articoli, nonché con riguardo alle lunghe elencazioni contenute in alcuni di essi, al fine di facilitarne 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 D.P.R.
- nelle premesse del medesimo, alla pag. 1, al secondo "VISTO", è scritta la parola "podestà" anziché "potestà";
- al secondo "RITENUTO", la parola "oggettivo" è scritta due volte;



RILEVO N.

DEL

- al primo "RITENUTO", della quarta pagina della premessa e scritto "ampollante" anziché "impollante";
- erroneamente nell'ultima premessa, dopo le parole "SULLA PROPOSTA" è stato 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 rilievo senza risposta, si procederà allo stato degli atti.

