

il "thema decidendum"- deve pronunciarsi, specificamente, sia sulla legittimità della aggiudicazione dell'appalto, a sèguito di gara a licitazione privata, alla "S.A.F.A.B." (Società Appalti e Forniture per Acquedotti e Bonifiche) S.p.A., dei lavori di costruzione dell'opera viaria in enigrafe, su cui l'Ufficio di controllo ha eccenito - nell'essenziale - la mancanza della progettazione esecutiva e sia, per quel che più rileva, sulla risoluzione della questione di massima, invocata nella presente adunanza dai rappresentanti, rispettivamente, del Ministero dei lavori pubblici e dell'Azienda nazionale autonoma delle strade (A.N.A.S.), circa i limiti del potere discrezionale della medesima Azienda di avvalersi della collaborazione dell'appaltatore ai fini della compilazione del progetto esecutivo.

Al riguardo, preliminarmente ritiene la Sezione di coordinare quanto ampiamente controdedotto alle osservazioni dell'Ufficio di controllo sia con il primo atto scritto dell'Azienda (in data 18 maggio 1985) e sia con la successiva ed articolata esposizione, svolta in adunanza, dagli stessi rappresentanti, le cui argomentazioni sono puntualmente riassunte in due memorie, nella medesima adunan-

za depositate, unendo (a quella dell'Azienda) la documentazione progettuale (in narrativa elencata), precedentemente non trasmessa per mero "disguido materiale".

Ricorda, ancora, il Collegio che in questa sede di giudizio rilevano le motivazioni che attengano unicamente alla legittimità della azione amministrativa; le considerazioni, od i profili della stessa azione, ricollegabili al merito ovvero alle valutazioni della P.A. che involgono il suo potere discrezionale, pur sempre normativamente previsto - e comunque preordinato a soddisfare il pubblico generale interesse - rendono un loro apporto di utilità solo nel conoscere se tale agire si muove nell'ambito delle scelte che la norma non derogabile consente; al di là dello stesso ambito è il vizio di legittimità.

Ciò posto, nella riferita prospettazione la Sezione ravvisa nell'ordine logico, operabile una triplice partizione nel richiamare e nel coordinare le argomentazioni tutte espresse dall'Amministrazione che -investendo alcuni peculiari presupposti di legittimità del procedimento amministrativo in esame (in particolare, la funzione del capitolato speciale di appalto, nel quadro di compiutezza della progetta

zione esecutiva) nonché i correlati riflessi della successiva e conseguente attività negoziale della P.A. - attengono alla presente pronuncia: inerisce alla prima partizione la interpretazione della legislazione anteriore alla legge 8 agosto 1977, n. 584 (recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea); alla seconda gli effetti introdotti nel preesistente sistema normativo, dalla cennata legge n. 584 (e successive modificazioni); alla terza, infine, la rilevanza (circa la ammissibilità al visto del decreto in esame) del denunciato errore di fatto, per atti originariamente non allegati al medesimo decreto, e fondata - tale rilevanza - nella supposizione che l'Ufficio di controllo aveva inteso sussistere un'attività progettuale "in fieri", anziché definitiva, per la mancanza di tale documentazione.

L'enunciata partizione risponde poi alla duplice esigenza della migliore individuazione delle motivazioni che hanno stimolato l'Amministrazione nel richiedere sia la risoluzione della questione di massima per quanto innanzi enunciato, e sia la ammissione al visto e alla conseguente registrazione del decreto in epigrafe.

In breve riassumendo, nel replicare con le controdeduzioni del 18 maggio u.s. (prima partizione), l'Azienda dichiarava, in punto di diritto - dopo aver "riesaminato il complesso normativo richiamato da codesta Delegazione (la quale aveva censurato, specificamente, la mancata progettazione esecutiva, così rilevando - in via di ipotesi - alcuni conseguenziali ed attendibili effetti, "contra legem") - che era "in corso di redazione una apposita circolare" da inviare "a tutti gli Organi, centrali e periferici, dell'A.N.A.S. con la quale verranno fissati i criteri generali e le prescrizioni che dovranno essere adottati in adempimento alle disposizioni che disciplinano la materia".

Rappresentava, altresì, la stessa Azienda di aver ordinato la sospensione delle gare in corso di pubblicazione e di svolgimento ove gli atti progettuali non fossero stati conformi alle disposizioni in materia di accertamenti geologici (cfr., Circol. Direzione Gen.le - A.N.A.S., n.139 del 14 maggio 1935).

Nell'adunanza odierna, l'Amministrazione muta la originaria interpretazione del menzionato "complesso normativo" (seconda partizione), assume una nuova interpretazione sistematica, nel più ampio quadro

dei principi desumibili dalle direttive comunitarie, come recepite dalla legge 8 agosto 1977, n. 584 (e successive modificazioni) secondo cui sarebbe prevista "la possibilità di appaltare esecuzione e progettazione dei lavori pubblici" (ex art. 12, lett. b).

"Ad adiuvandum", osserva ancora l'Azienda (memoria, pg. 8) che l'enunciato principio trae pure conforto da un esame comparato della legislazione vigente, in particolare dal decreto del Ministro dei trasporti, in data 30 gennaio 1982 (Gazz. Uff.le n. 50, del 20 febbraio 1982), emanato a seguito della legge 12 febbraio 1981, n. 17, che prevede "l'affidamento a terzi di prestazioni riguardanti sia la progettazione che la costruzione di opere concernenti l'ammodernamento ed il potenziamento della rete ferroviaria nazionale".

In conformità di tale asserita evoluzione normativa, nella materia "de qua" - che verrebbe a ricomprendere nel procedimento di gara, a licitazione privata, "l'aggiudicazione non solo della esecuzione ma anche della progettazione dell'opera" (memoria A.N.A.S, pg.8) così rendendo conforme a legge l'intero disposto dell'art.7 del medesimo capitolato speciale - l'Amministrazione su questo articolo

richiede la pronuncia della Sezione di risoluzione di questione di massima.

Infine, la stessa Amministrazione (in diverso avviso da quanto ritenuto dall'Ufficio di controllo in ordine all'esistenza dei requisiti essenziali della progettazione esecutiva, e di cui in narrativa è cenno) reputa sufficiente alla determinazione dell'opera da costruire (e quindi dell'oggetto del contratto) "che il capitolato speciale e il progetto contengano le linee essenziali dell'opera, di modo che questa, nel suo complesso risulti determinata in modo non equivoco" e, nel depositare (nell'adunanza odierna) la riferita documentazione progettuale (terza partizione), ravvisa sussistere "un progetto esecutivo sufficientemente dettagliato anche ai fini della determinazione dell'oggetto contrattuale (cfr., memoria Ministero ll.pp., pg.3).

In via consequenziale, gli enunciati principi verrebbero ad affievolire il precetto (pressochè da norma cogente - come intesa dall'Ufficio di controllo - a norma dispositiva) dell'art. 5 del regio decreto 25 maggio 1895, n. 350 che disciplina le operazioni preliminari di verifica del progetto, in relazione al terreno, da effettuare "prima che si bandiscano gli esperimenti d'asta pubblica o si apra

no le licitazioni o trattative private".

Al riguardo, la medesima Azienda, nel dare atto della inosservanza della disposizione testè richiamata, rappresenta come la stessa verifica generi talvolta difficoltà di rilievo, in relazione ai progetti di notevole impegno tecnico, "tanto che si rende auspicabile una modifica del testo dell'art. 5 del resto risalente a circa un secolo fa".

Nei termini che precedono, considera la Sezione, si pone la risoluzione della riferita questione di massima sui limiti del potere discrezionale dell'A.N.A.S. di avvalersi, in sede di progettazione esecutiva dell'opera da realizzare, della collaborazione dell'impresa appaltatrice (il che involge appunto l'esame di legittimità di tutto il cennato art. 7 del capitolato di oneri) e che viene ad assumere, nell'ordine, rilevanza pregiudiziale circa la pronuncia della medesima Sezione sugli effetti della testè acquisita documentazione progettuale, non ritualmente e tempestivamente trasmessa all'Ufficio di controllo in allegato al decreto in epigrafe con cui si approva, in uno con il progetto esecutivo dell'opera stradale da costruire, il relativo contratto con la Società appaltatrice.

II- Tanto premesso, testualmente dispone il richia

mato art. 7 del capitolato speciale di appalto:

"Subito dopo la consegna dei lavori, allo scopo di determinare con la dovuta esattezza possibile il programma delle opere da eseguire, l'Impresa dovrà effettuare, a suo carico e spese i sondaggi necessari alla determinazione della natura dei terreni".

"Entro 30 giorni dalla consegna dei lavori, l'Impresa presenterà alla Direzione dei lavori il programma dettagliato per l'esecuzione delle opere, previ accordi con la Direzione dei lavori medesima circa le modalità di esecuzione stabilite dal contratto".

"Tale programma potrà anche differire da quello predisposto dall'Amministrazione ai fini della revisione prezzi, allegato al presente Capitolato, come specificato dall'art. 41".

"Al programma sarà allegato un grafico che metterà in risalto: l'inizio, l'avanzamento mensile, ed il termine di ultimazione delle principali categorie di opere, tipo, potenza e numero delle macchine e degli impianti che l'Impresa si impegna d'impiegare, in rapporto ai singoli avanzamenti; il tutto secondo gli accordi intercorsi con la Direzione dei Lavori".

"Entro quindici giorni dalla presentazione, la Direzione dei lavori comunicherà all'Impresa l'esito dell'esame del programma suddetto; qualora esso non



abbia conseguito l'approvazione, l'Impresa, entro dieci giorni, predisporrà un nuovo programma, oppure adeguerà quello già presentato, secondo le direttive che avrà ricevuto dalla Direzione dei Lavori. Queste Direttive non autorizzano l'Impresa ad alcuna richiesta di compensi, nè ad accampare pretese di sorta".

"Il programma approvato sarà impegnativo per l'Impresa, la quale rispetterà, comunque, i termini di avanzamento mensili ed ogni altra modalità, mentre non vincolerà l'A.N.A.S. la quale si riserva di ordinare (le) modifiche in corso di attuazione, per comprovate esigenze, non prevedibili, derivanti dalla natura o dalle difficoltà del lavoro".

"La mancata osservanza delle disposizioni del presente articolo dà facoltà all'A.N.A.S. di non stipulare o di risolvere il contratto per colpa dell'Impresa con gli effetti stabiliti al settimo comma dell'art. 10 del Cap.Gen. n.1063".

"Prima di porre mano ai lavori oggetto dell'appalto, l'Impresa è obbligata ad eseguire la picchettazione completa del lavoro, indicando con opportune modine i limiti degli scavi e dei riporti in base alla larghezza del piano viabile, alla inclinazione delle scarpate, alle cunette ed ai fossi

di guardia, procedendo altresì al tracciamento di tutte le opere con l'obbligo della conservazione dei picchetti e delle modine".

Preliminarmente, nell'esaminare le riferite clausole nell'ordine innanzi tracciato, ricorda il Collegio che, per quanto presentemente ne occupa, l'art. 32 della legge 7 febbraio 1961, n. 59 (sul riordinamento dell'A.N.A.S) dispone che "si applicano per la gestione dei lavori di competenza dell'Azienda le norme in vigore per l'Amministrazione dei lavori pubblici".

La medesima Azienda, altresì, "è tenuta all'osservanza delle norme di contabilità generale dello Stato, in quanto compatibili con la presente legge" (n. 59 del 1961, e successive modificazioni).

Al riguardo, il Collegio osserva che il capitolato di oneri in esame va ricondotto nel modulo del "capitolato speciale tipo" che la pratica operativa stimola ai fini della uniformità di particolari clausole per lavori similari e che, per la gestione dei medesimi di competenza dell'Azienda, ha il dovuto riconoscimento normativo (ancorchè indiretto) nell'art. 14 (lett. m) della cennata legge n. 59 del 1961, richiedendosi sul relativo schema di tale capitolato il parere del Consiglio di amministrazione.

Anche la tipologia di tale capitolato speciale rende ragione della motivata richiesta dei rappresentanti del Ministero dei lavori pubblici e dell'Azienda della preliminare pronuncia di risoluzione, negli enunciati termini, della questione di massima.

Pertanto, in merito alla risoluzione "de qua", ritiene la Sezione (seguendo l'enunciato modulo ragionativo, e considerando la prima partizione) che non è dato prescindere - nel quadro della legislazione anteriore alla legge 8 agosto 1977, n. 584 (e per il necessario raffronto, tra quest'ultima ed il sistema precedente, nel verificarne l'invocata incidenza innovativa, come inteso dall'Amministrazione) - dal richiamare alcuni principi che presiedono, comunque, all'attività negoziale della P.A. e che si riflettono, poi, nel settore proprio delle opere pubbliche e specificamente in quelle inerenti alla viabilità (strade ed autostrade) di competenza dell'A.N.A.S.

Il che è pregiudiziale nel conoscere le condizioni di ammissibilità cui il legislatore subordina l'esercizio del potere discrezionale dell'Azienda di avvalersi della collaborazione di estranei all'apparato della stessa nell'attività di progetta-

zione esecutiva delle medesime opere.

Tanto premesso, secondo la gerarchia delle fonti - ed in conformità delle norme costituzionali che attengono al comparto della finanza pubblica che, pur in distinti profili, si riconnettono alla riferita attività negoziale della P.A.- ha prevalenza, nella materia "de qua", la legislazione sui lavori pubblici (quale "lex specialis") cui segue per espresso rinvio (e per quanto dalla medesima non direttamente disposto) quella sulla contabilità generale dello Stato (cfr., articoli 331, 336 e 350 - legge 20 marzo 1865, n. 2248, Alleg.F.).

Le norme poi di diritto comune in diverso modo si coordinano con l'enunciato sistema o perchè direttamente richiamate (cfr., art. 117- regio decreto 25 maggio 1895, n. 350), o perchè inderogabili e quel sistema completano (cfr., art.1669, cod.civ.), od infine perchè cogenti prevalgono sulle disposizioni del relativo capitolato generale (D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), ovvero su quelle dei capitoli speciali nonchè sulle clausole dei singoli contratti.

In tale prospettazione di sintesi, pur nei profili di ordine sistematico della legislazione che presiede alla disciplina dell'attività negoziale del

la P.A., e specificamente di quella del settore dei lavori pubblici, possono richiamarsi i principi che seguono: la determinazione dell'oggetto del contratto; la salvaguardia della concorrenza tra gli imprenditori, cui si riconnette e si coordina quello della parità di trattamento tra i concorrenti; ed infine, la continuità della gara (il dover seguire con immediatezza, nella medesima seduta della stessa, la aggiudicazione al migliore offerente).

Ritiene, pertanto, il Collegio che la pronuncia della Sezione sulla prima questione - di massima - debba pervenire alla richiesta risoluzione considerando le argomentazioni di cui in narrativa nel quadro degli enunciati principi (nell'ordine richiamati nei successivi punti A, B e C) e su cui l'Ufficio di controllo (ad eccezione dell'ultimo, sub C) - direttamente od in via deduttiva - ha formulato le proprie osservazioni.

A- Ciò posto, nel prendere in esame il primo degli enunciati principi, la determinazione dell'oggetto del contratto - secondo la legislazione anteriore alla legge 8 agosto 1977, n. 584 e con riferimento (per quanto attiene alla fattispecie) al sistema c.d. di esecuzione diretta (ovvero immedia

ta: in appalto, in economia) - preliminarmente, osserva la Sezione, come tale principio assuma la connotazione - nella inderogabilità - della essenzialità nel quadro della legittima gestione della finanza pubblica in ordine ai limiti di impegno della spesa.

Lo stesso art. 12, primo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello stato) secondo cui "i contratti debbono avere termini e durata certa" - come richiamato dal medesimo Ufficio di controllo - è norma di generale applicazione.

Tuttavia, considerata la estensione dell'attività contrattuale della P.A. - "forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti le varie amministrazioni ed i vari servizi dello Stato" (ex art. 36, regio decreto 23 maggio 1924, n. 827) - cui la stessa può ricorrere, il principio della determinazione dell'oggetto del singolo contratto (oltre ai cennati elementi essenziali dei "termini e durata certa") va desunto dal sistema normativo della contabilità pubblica che inerisce al settore "de quo", in uno con la legislazione di diritto comune che disciplina il riferito quadro negoziale.

Tanto premesso, la normazione sui lavori pubblici (quale "lex specialis", come innanzi espresso) detta puntuali disposizioni (o norme cogenti), particolarmente in tema sia di progettazione e sia di determinazione dei prezzi contrattuali.

In breve, il progetto (in particolare, il progetto esecutivo, che presentemente ne occupa) è l'immagine riflessa dell'opera da realizzare (opera pubblica, ovvero di lavoro pubblico, nella più lata accezione) e componente di riferimento del capitolato speciale che è parte integrale del contratto con cui l'A.N.A.S., per quanto di competenza, persegue le finalità istituzionali dal legislatore demandate (ex art. 2, L. 7 febbraio 1961, n. 59).

Il regio decreto 8 febbraio 1923, n. 422 (sulla esecuzione delle opere pubbliche, emanato a seguito della legge di delegazione 3 dicembre 1922, n. 1601) dispone che le "opere pubbliche dello Stato si eseguono in base a progetti compilati dagli uffici del Genio civile o di altri uffici tecnici governativi civili o militari ed approvati nei modi stabiliti dal presente decreto (ex art. 1, I comma).

Tale norma, nel rendere palese la competenza istituzionale della P.A. in tema di progettazione

di opere pubbliche (peraltro, già propria della medesima, quale potestà decisionale di scelta del bene da costruire, strumentale per l'interesse pubblico da soddisfare) dà compiutezza al preesistente quadro legislativo secondo cui, nella materia "de qua", appositi regolamenti devono "assicurare la regolarità dei progetti medesimi e la esattezza delle analisi e dei calcoli" (ex art. 322, L.n. 2248, Alleg.F, del 1865).

Al riguardo, quali norme regolamentari per la compilazione di progetti di opere dello Stato, che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici, devono richiamarsi il D.M. 29 maggio 1895, modificato dal D.C.P.S. 15 luglio 1947, n. 763, nonché dalla L. 10 dicembre 1981, n. 741; il regio decreto 2 marzo 1931, n. 287 (con cui si approva il regolamento sui servizi del Genio civile); ed infine il D.M. 21 gennaio 1981 (sulle norme tecniche riguardanti le indagini sui terreni, emanato in esecuzione dell'art. 1 della legge 2 febbraio 1974, n. 64).

Vanno, infine, menzionate le norme regolamentari sulla direzione, sulla contabilità e sulla collaudazione dei lavori dello Stato, di competenza del Ministero dei lavori pubblici, di cui al già cennato