

Ciò posto - secondo la legislazione vigente, anteriore alla legge 8 agosto 1977, n. 584, e per quanto già considerato in parte motiva circa la determinazione dell'oggetto del contratto - la Sezione concorda con l'avviso espresso dall'Ufficio di controllo (peraltro conforme alla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, in fatto richiamata) in ordine agli elementi essenziali di identificazione del progetto esecutivo (così inteso a sèguito di atto deliberativo dell'organo competente) che deve offrire "uno sviluppo particolareggiato e completo dell'opera, con tutti i dati ed i calcoli necessari alla sua concreta attuazione e cioè con l'indicazione del calcolo e della descrizione dei materiali, della loro qualità e delle modalità di costruzione" costituendo la medesima progettazione - da porre in essere "prima che si dia inizio alla procedura di appalto", ai sensi dell'art. 5 del regio decreto n. 350 del 1895 - un obbligo inderogabile della P.A..

In particolare, passando così all'esame dell'art.7 del capitolato speciale "de quo" osserva il Collegio che il primo comma, secondo cui "subito dopo la consegna dei lavori

l'Impresa dovrà effettuare, a suo carico e spese i sondaggi necessari alla determinazione della natura dei terreni" non è conforme a legge, in distinti profili.

Innanzitutto, considerato il delineato rapporto esistente (funzionale e dinamico) tra capitolato speciale di appalto e progetto esecutivo, divenendo il primo strumentale alla compiutezza del secondo, rende manifesta, del medesimo progetto esecutivo, la non definitività e la conseguente non conformità a legge.

Dovendo poi - in via di principio - le operazioni di accertamento circa la "determinazione della natura dei terreni" iniziare "dopo la consegna di lavori", la medesima disposizione contrattuale è in contrasto con la norma cogente dell'art. 5 del regio decreto n. 350 del 1895, il che inficia la legittimità delle conseguenti operazioni, in breve di tutto il contesto dell'art. 7 del capitolato speciale.

Tuttavia, dovendo in via pregiudiziale la Sezione rendere una pronuncia risolutiva di questioni di massima - specificamente in merito al contenuto dell'intero articolo 7 "de quo" - ritiene non prevalente il principio della economia di giudizio nel limitare la pronuncia stessa alle testè rilevate illegittimità.

Pertanto, il Collegio - nel proseguire l'esame degli effetti che direttamente si riconnettono alla mancata verifica del progetto esecutivo, secondo il disposto dell'art. 5 del regio decreto n. 350 - accerta ancora l'ulteriore illegittimità, per violazione del dettato del successivo art. 11 ("all'atto della consegna dei lavori") venendo meno tutte le operazioni di controllo ivi previste cui sono peraltro correlate le relative responsabilità professionali (dell'ingegnere direttore dei lavori e dell'ingegnere capo).

In particolare, non si rende operante, con la certezza normativamente prevista, il rapporto di continuità tra il momento della consegna dei lavori e la data di inizio degli stessi presupponendo - tale rapporto - la verificata e reale rispondenza della progettazione esecutiva alla situazione dei luoghi, nella compiuta accezione richiamata dal medesimo art. 5 del regio decreto n. 350, nonché dal D.M. 29 maggio 1895 e successive modificazioni.

Al riguardo, ricorda la Sezione che dalla data del verbale di consegna dei lavori decorre "il termine utile per il compimento delle ope-

re" (ex art.338, L. 11. pp. del 1865 ed ex art.10, IV comma, regio decreto n.350).

Nel riassumere, il disposto del I comma del capitolato di oneri in esame disattende non soltanto uno degli elementi essenziali del contratto, quale i "termini e durata certa" (ex art.12, I comma, L.C.G-S.), ma rimuove, in particolare, il dovuto ordine delle operazioni e delle certificazioni, conseguente alla regolare e puntuale tenuta della contabilità dei lavori (dalla situazione iniziale e nel loro divenire) e la cui strumentalità è condizione indefettibile per il successivo accertamento (nel corso dei medesimi lavori) della sussistenza di obiettive evenienze, affatto imprevedibili, che rendono legittimo il ricorrere alle variazioni od aggiunte supplementive dei lavori stessi, non previsti nell'originario progetto esecutivo (ex art.342 e 343, L.11 pp. del 1865 ed ex art.20, regio decreto n.350 del 1895).

Osserva ancora la Sezione che non è clausola di salvaguardia della finanza pubblica, o della migliore esecuzione dell'opera stessa - in disparte le rilevate censure - quella che prevede a "carico e spese" dell'impresa "i sondaggi necessari alla determinazione della natura dei terreni" non potendosi condizionare la effettiva necessità, nella qualità e

nella quantità delle ricerche geologiche (o geotecniche e simili) che s'impongono, all'alea della compatibilità con i prezzi pattuiti.

La Sezione innanzi ha rilevato che - ai sensi dell'art. 15 del D.M. del 1895 - i sondaggi devono farsi "in quel numero che a giudizio del progettista si riterrà necessario"....e "saranno spinti a quella profondità che sarà stimata sufficiente per dar ragione della forma, struttura e prezzi adottati o dei sistemi proposti per la esecuzione e stabilità dei lavori progettati".

Nè vanno sottaciute le peculiari implicazioni, per la mancata osservanza della cennata normativa (ex artt. 5 ed 11, regio decreto n. 350), in sede di collaudazione, per gli effetti (nonchè per le responsabilità) ivi previsti dall'art. 103 dello stesso decreto, e nè infine quelle di non minore rilievo nel condizionare, in buona sostanza, il piano delle espropriazioni (nel richiamare le notazioni che precedono) ad una progettazione la cui compiutezza è demandata, dopo la consegna dei lavori, alla stessa impresa a sèguito dei richiamati sondaggi (ed in pari tempo accollando l'onere, come è dato rin-

venire nel decreto in epigrafe, delle relative procedure espropriative alla medesima Società appaltatrice, ex art. 324, L.11.pp. del 1865).

Passando, infine, all'esame delle ulteriori disposizioni contenute nell'art. 7 del capitolato speciale "de quo", e che ineriscono alle componenti dell'oggetto del contratto, il Collegio considera le argomentazioni tutte svolte dall'Amministrazione in ordine, distintamente, al programma dell'ordine dei lavori nonché al programma dei lavori esclusivamente predisposto per la revisione dei prezzi contrattuali (ex art. 1, L. 10 dicembre 1981, n. 741).

Quest'ultimo, da ricondurre nel quadro della legislazione successiva alla legge n. 584 del 1977, verrà preso in esame nel successivo paragrafo per quanto attiene alla risoluzione della questione di massima che ne occupa.

In merito al primo programma, ossia "all'ordine da tenersi nell'andamento dei lavori" (ex art. 22, "Capo secondo" - D.M. del 1895), preliminarmente osserva il Collegio che il medesimo, direttamente ed indirettamente, è disciplinato, e trova puntuale riscontro, in distinte e coordinate disposizioni normative, su cui già la Sezione si è soffermata nell'esame sia del progetto esecutivo e sia del capitolo

lato speciale di appalto nonché del rapporto esistente tra questo ed il progetto esecutivo.

La rilevata non osservanza delle richiamate disposizioni (in particolare, dell'art. 5 del regio decreto n. 350 e del successivo art. 11) nell'alterare - per quanto innanzi è cenno - l'intero procedimento nella preordinata sintonia del suo divenire rende, specificamente, non conformi al dettato normativo anche i commi terzo, quarto e quinto dell'art. 7 dello stesso capitolato di oneri.

Rammenta il Collegio che, nel dare esecuzione all'art. 323 della legge sui lavori pubblici del 1865 (secondo cui il capitolato ha la funzione di descrivere "esattamente il lavoro da eseguirsi"), il relativo regolamento (il regio decreto 25 maggio 1895, n. 350) ha, tra l'altro, previsto, a sèguito della cennata verifica preliminare da attuarsi dall'ingegnere designato (cui verrà demandata la direzione dei lavori), la predisposizione di una "relazione scritta" (in ordine a tutte le operazioni di controllo svolte, e sulle risultanze di queste) a sèguito della quale l'organo direttamente preposto alla vigilanza - l'ingegnere capo - deve riferire al Gi

nistero "sul risultato delle verificazioni", e proporre "ove ne sia il caso, i provvedimenti necessari" (ex art. 5, II comma).

Prima di tale referto (dispone la medesima norma), "in nessun caso si procede all'incanto, o alla licitazione, ovvero quando si tratti di trattativa privata alla stipulazione del contratto".

Nella ipotesi della trattativa privata - osserva la Sezione per compiutezza - è da ricondurre l'appalto-concorso (introdotto nel sistema negoziale, dell'Amministrazione dei lavori pubblici, soltanto dal 1919, con il cennato decreto-legge luog.le n.107) e ciò anche per la "ratio" che presiede al già menzionato art. 4 del capitolato generale di appalto delle opere pubbliche (D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063) secondo cui "la stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro 30 giorni dalla data del deliberamento nel caso di gara o della comunicazione all'impresa dell'accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata o di appalto-concorso".

In breve, nel coordinare la dinamica operativa del sistema (che converge nel capitolato speciale di appalto), il programma dell'"ordine da tenersi nell'andamento dei lavori" - predisposto, in via di

principio, dall'impresa appaltatrice (tale è anche l'avviso dell'Azienda, cfr. memoria cit., pg.11) e verificato poi dall'A.N.A.S., in conformità dello stesso referto del dirigente tecnico (con funzioni di ingegnere capo) e quindi, tra le parti, concordato entro i 30 giorni testè richiamati - viene (il medesimo programma) inserito nel capitolato speciale (ex art.22 - "Capo secondo" - D.M.1895) quale "parte integrale del contratto" da concludere, appunto (ai sensi del cennato art. 4, del capitolato generale di appalto), nei menzionati 30 giorni.

Pertanto, nè il dettato degli artt. 5 ed 11 del regio decreto n. 350 e nè lo stesso art. 4 del capitolato generale (approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063) peraltro non derogabile - atteso il senso letterale "fatto palese dal significato proprio delle parole", di natura cogente - consentono che i commi secondo, quarto e quinto dell'art. 7 del capitolato speciale deroghino all'enunciato procedimento, normativamente previsto.

In particolare, per quel che più rileva, la disposizione secondo cui l'impresa è tenuta "en

tro 30 giorni dalla consegna dei lavori" (anzichè, nei riferiti termini, dal deliberamento ovvero dalla comunicazione all'impresa dell'accettazione dell'offerta, nel caso di trattativa privata o di appalto-concorso) alla presentazione "alla Direzione dei Lavori del programma dettagliato per la esecuzione delle opere" (ex art.7, 'II comma, cap.to speciale) contrasta con l'intero sistema.

Ad ulteriore conferma delle svolte notazioni e nel completare il quadro di attuazione del programma dei lavori (posta come intervenuta la regolare consegna dei medesimi, secondo l'art. 11, che letteralmente richiama per i conseguenti effetti il successivo art. 20, del regio decreto n. 350) lo stesso decreto del 1895 dispone che l'ingegnere capo (con il medesimo ordine di servizio con cui designa "l'ufficiale a cui è affidata la direzione dei lavori", ex art.6), "tenuto conto della relazione presentatagli sulla verifica fatta in conformità all'art. 5, dà le speciali istruzioni occorrenti a garantire la regolarità della condotta dei lavori ed a fissare l'ordine da eseguirsi nella esecuzione di essi, quando questo non sia tassativamente regolato dal contratto" (ex art. 7, stesso regio decreto n. 350/1895).

Da ciò deriva che del già preordinato "modo di eseguimento d'ogni categoria di lavoro, qualità e provenienza dei materiali", come è desumibile "dalla stima dei lavori" (da cui è rilevabile "l'importare dell'opera, applicando alle quantità risultanti dai computi metrici i prezzi unitari determinati dalle relative analisi" - ex artt. 21 e 22 - "Capo primo e secondo" - D.M. del. 1895") - il tutto previsto nel capitolato speciale, parte integrante del contratto concluso - l'ingegnere capo unicamente determinerà l'ordine di esecuzione degli stessi lavori (qualora non specificamente disciplinato nel relativo contratto) a sèguito di istruzioni da emanare certamente prima della stessa consegna dei lavori.

Tali istruzioni infatti (come riferito) devono essere impartite con lo stesso ordine di servizio con cui si designa il direttore dei lavori (ex artt. 6 e 7, regio decreto, n. 350).

Circa gli ultimi due commi (il settimo e l'ottavo) dell'articolo 7 del capitolato speciale che ne occupa, il settimo verrà di sèguito esaminato (sub lett.C) mentre l'ottavo non rileva ai fini della presente pronuncia (dispone

unicamente operazioni di tracciamento delle opere da eseguire, cfr. anche art. 10 D.P.R. n. 1063 del 1962).

Negli espressi termini - in conformità della legislazione anteriore alla legge 8 agosto 1977, n. 584 e limitatamente ai princìpi normativi che presiedono alla determinazione dell'oggetto del contratto - è l'avviso della Sezione circa le disposizioni contenute nell'art. 7 del capitolato speciale in esame.

B- Nel proseguire il delineato ordine di valutazioni, la Sezione considera l'ulteriore profilo della salvaguardia della concorrenza tra gli imprenditori, cui si riconnette quello della "par condicio", in conformità dei princìpi normativi che presiedono a tale settore della azione amministrativa e perchè questa, nel suo esercizio, non determini situazioni, o condizioni, di disparità di trattamento, pregiudizievoli alla obiettività delle valutazioni nelle scelte del migliore offerente.

E' di tutta evidenza come, nella tutela dell'uno e dell'altro principio, coincida l'interesse pubblico con l'interesse privato: salvaguardia sia del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. (ex art. 97, Cost.) e sia della valorizzazione

(peraltro stimolante) della iniziativa privata nella sua capacità produttiva (ex art. 41, Cost.).

Da tali principi muove anche la legislazione - e sin dal 1865 - sui lavori pubblici e la cui puntuale osservanza è garanzia della concorrenza imprenditoriale unitamente a quella, di non minor rilievo, della legittima ed oculata gestione del pubblico denaro.

Dalla concettuale sintesi di quanto precede, osserva il Collegio, l'Ufficio di controllo - anche se in via deduttiva (ai fini di completezza delle argomentazioni svolte circa la necessità di una progettazione esecutiva, preesistente allo svolgimento della gara di appalto) - considerava, pregiudizialmente, che la mancanza di un progetto definitivo ed analitico imponeva poi, "a posteriori", di colmare un vuoto da parte dello stesso appaltatore, a cui veniva rimessa in buona sostanza "la definizione dell'opera sia nei suoi aspetti tecnici che in quelli finanziari".

Da ciò, evidenziava lo stesso Ufficio di controllo, non era da sottacere che spesso la quantificazione dei lavori aggiuntivi diveniva

tale da non poter trascurare "l'influenza che una originaria ed unitaria previsione avrebbe avuto sull'esito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto".

In via subordinata al riferito assunto il medesimo Ufficio formulava - a sèguito dell'accertata ed originaria indeterminazione progettuale - le ulteriori perplessità sia sul permanere della sussistenza dei requisiti, secondo legge, di idoneità dell'impresa (idoneità tecnica, capacità finanziaria, attrezzatura tecnica, ex L. 10 febbraio 1962, n. 57, e succ.ve modif.ni) ad eseguire anche le maggiori e diverse opere e sia sulle eventuali violazioni della legge 8 agosto 1977, n. 584, che impone la gara internazionale per gli importi superiori ad un milione di unità di conto europee.

Nel quadro risolutivo della questione di massima in esame, circa i limiti del potere discrezionale dell'Azienda di avvalersi della collaborazione dell'appaltatore ("rectius", dell'impresa concorrente alla aggiudicazione dell'appalto, per quanto precede, sub. lett.A), qualora la medesima instauri un procedimento negoziale che ripeta quello innanzi censurato (ex art. 7, capit.spec.in esame) le osservazioni dell'Ufficio di controllo, su cui la Sezione

concorda, permangono affatto nuntuali.

Nel dare atto che negli inviti di gara si rinviene la esplicita menzione del testo del capitolato speciale "de quo", e di cui le imprese concorrenti hanno acquisito preventiva conoscenza, tuttavia il Collegio non può sottacere alcune considerazioni fattuali che si innestano in un sistema di progettazione non definito, secondo il dettato normativo.

Si rendono manifeste, con immediatezza, alcune possibili evenienze che, ad avviso della Sezione, tendono a limitare la concorrenzialità o ad alterare la "par condicio" delle imprese, a fronte di una non compiuta progettazione: una diversa conoscenza, per distinti fattori casuali, della effettiva realtà dei luoghi, dove l'opera deve costruirsi; una mancata partecipazione alla gara ovvero una partecipazione con "offerte basse in modo anomalo", e ciò in ragione della efficienza operativa e/o della serietà delle medesime imprese.

Circa la prima ipotesi, viene meno ai possibili concorrenti la conoscenza obiettiva di tutti quegli elementi che nel loro "complesso quanto nei particolari" progettuali ("gli espe-

rimenti, gli scandagli e le osservazioni" su cui è basato il medesimo progetto esecutivo) danno "quegli schiarimenti che potranno giustificare l'utilità e la convenienza del progetto e che saranno vevoli a prevenire o sciogliere dubbi che potessero presentarsi a chi avesse a giudicare del progetto medesimo sui soli documenti che lo compongono e senza speciali cognizioni della località" (ex art. 11, D.M. del 1895).

In merito alla seconda ipotesi, le "offerte basse in modo anomalo" (ex art. 5, L. 2 febbraio 1973, n. 14, ed ex art. 24 L. 8 agosto 1977, n. 584) tendono all'aggiudicazione dell'appalto " nella sicurezza che le perizie suppletive ristabiliranno poi le giuste dimensioni " (Sez. cont.enti, cit., pg. 158).

Ritiene, pertanto, la Sezione di dover condividere le riferite osservazioni dell'Ufficio di controllo in ordine ai rilevati effetti - quali ulteriori e correlate implicazioni della inosservanza di disposizioni cogenti (ex artt. 5 ed 11, regio decreto n. 350) - con le espresse motivazioni, non essendo appaganti le argomentazioni svolte dall'Amministrazione, relative ad evenienze imprevedibili in corso d'opera, distinte e non identificabili a quel-