

le derivanti da carenze iniziali, "contra legem", della originaria progettazione esecutiva.

C- Infine, la Sezione considera il disposto del penultimo (settimo) comma dell'art. 7 del medesimo capitolato speciale.

Questo, in relazione al suo contenuto, imporrebbe, un duplice esame: il primo, come "clausola risolutiva espressa" (ex art. 1456, cod. civ.), in connessione alla obbligazione cui accede (commi I, II, IV, V, e VI, art. 7 cap.to spec.le); il secondo, "ex se", in relazione al c.d. principio della continuità della gara, ossia il dover seguire, nella stessa seduta in cui si svolge la gara, l'aggiudicazione al migliore offerente.

Nell'immediatezza della pronuncia sulla scelta dell'Impresa concorrente è anche la garanzia della obiettività del giudizio, tale il principio.

Eccezioni, secondo la legislazione che ne occupa (anteriore alla legge n. 584 del 1977), sono l'appalto-concorso e la licitazione privata, con offerta di prezzi unitari (ex art. 5, IX comma, L.n.14 del 1973): l'uno e l'altro siste-

ma, ai fini della scelta, richiedono valutazioni di comparazione in tempi successivi alla seduta di gara.

Il Collegio richiama tale principio per mera compiutezza, che s'impone nell'esame dell'intero contesto dell'art. 7 del capitolato speciale "de quo", nel considerare che "i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in sèguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto" (ex art. 16, IV comma, L.C.G.S.) di tal che sorge questione sulla compatibilità della riferita "clausola risolutiva espressa" con il sistema della licitazione privata.

In buona sostanza - rilevata la non conformità del disposto dei commi II e V dell'art. 7, del capitolato speciale in esame, all'art. 4, I comma, del D.P.P. n. 1063 del 1962, in ordine alla decorrenza del termine per la stipulazione del contratto dopo il deliberamento - la medesima clausola appare condizionare più la nascita che il permanere del rapporto negoziale (così derogando, nel procedimento a licitazione privata - fuori della ipotesi di cui all'art. 5 della cennata legge n. 14 del 1973, che presentemente non ricorre - allo stesso principio della continuità della gara).

Tuttavia, ritiene la Sezione - ai fini dell'economia della pronuncia da rendere - di considerare la riferita clausola in connessione alla obbligazione cui accede (il dover effettuare, da parte dell'Impresa, "dopo la consegna dei lavori" attività inerente alla compiutezza della progettazione, ex art.7, I comma, cap.to spec.le) e la cui prestazione, oggetto del contratto, la Sezione ha già censurato nei termini innanzi espressi, il che involge, caducandola, la condizione apposta.

III -Espresso il proprio avviso nei termini che precedono (prima partizione) - in ordine ai principi che ineriscono alla risoluzione della questione di massima "de qua", ai sensi della legislazione vigente ed anteriore a quella relativa al campo di applicazione delle "norme di adeguamento alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea" - la Sezione si dà carico di esaminare (seconda partizione) tale normazione ai sensi della legge 8 agosto 1977, n. 584, nonché della legislazione successiva per quanto presentemente rileva.

In particolare, la Sezione stessa consi

dera le argomentazioni svolte nell'adunanza odierna dai rappresentanti dell'Amministrazione (sia del Ministero dei lavori pubblici e sia dell'Azienda) circa i nuovi principi normativi introdotti dalla menzionata legislazione - specificamente, dall'art. 12, lett. b), della legge n. 584 - che, ad avviso dei medesimi rappresentanti, "prevede" (nella determinazione dell'oggetto del contratto di appalto) "anche per la licitazione privata l'aggiudicazione non solo della esecuzione ma anche della progettazione dell'opera".

Pertanto, si impone al Collegio di dover verificare i limiti di tali riferite innovazioni, al preesistente e vigente sistema normativo che disciplina l'attività negoziale della P.A. nel settore degli appalti delle opere pubbliche, non riconducibili nell'area di applicazione delle direttive comunitarie.

Invero, l'Azienda dalla lettura del disposto della lett. b) dell'art. 12 della legge n. 584 ("in caso di appalto avente ad oggetto, oltre all'eventuale esecuzione dei lavori, la elaborazione di progetti") deduce, unitamente al principio che la preventiva compilazione del progetto a cura della P.A., quale committente, è venuto attenuandosi, l'altro,

che la medesima collaborazione (tanto è dato presumere) dell'appaltatore possa legittimamente essere assolta (ai fini di completezza della progettazione esecutiva) anche dopo la consegna dei lavori.

Asseriscono, infatti, i rappresentanti dell'Amministrazione che la disposizione "de qua" ricomprende nell'oggetto del contratto di appalto - da aggiudicare pur a licitazione privata (similmente al contratto con la "S.A.F.A.B.", di cui in enigrafe) - la progettazione e la relativa esecuzione dell'opera.

Ciò posto - attesa la rilevanza della questione in ordine agli effetti che l'Amministrazione riconnette alla disposizione dell'art. 12, lett.b), della legge n. 584 (così da mutare l'inderogabilità dei princìpi innanzi esposti che presiedono al settore dell'attività negoziale della P.A. nella esecuzione delle opere pubbliche) - ritiene la Sezione di considerare se, pur nelle linee essenziali, gli stessi princìpi della normazione comunitaria ed il conseguente sistema legislativo nazionale di adeguamento, rendano ammissibile siffatta interpretazione.

In particolare, il Collegio deve esaminare

re a quale principio innovatore, o comunque di generale applicazione, vada ricondotto il medesimo art.12, lett. b), nel quadro delle direttive comunitarie che disciplinano i sistemi di gara e che, pur in distinte modalità (ex art. 8 L. 584), consentono alle "amministrazioni aggiudicatrici" ("lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico", ex art. 1 lett. b - direttiva C.E.E. n. 71/305 del 26 luglio 1971) di avvalersi della collaborazione imprenditoriale nell'attività di progettazione secondo i principi desumibili della stessa normazione comunitaria.

La Sezione, in una sua precedente pronuncia, ha già ricordato che la finalità delle direttive comunitarie e della conseguente legislazione nazionale di adeguamento è di disciplinare, uniformemente, nei singoli Stati membri, la materia demandata (secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato) alla Comunità, "così da evitare qualsiasi discriminazione tra le imprese appartenenti all'area comunitaria" (Sez. cont. Stato, 1451, 21 maggio 1984).

Si rappresentava ancora in detta pronuncia, richiamando la stessa giurisprudenza costituzionale (in particolare, tra le altre, Corte cost. n.183,

18 - 27 dicembre 1973), che è dato inferire la prevalenza del diritto comunitario a fronte di quello nazionale - così il sussistere di una presunzione di conformità della legislazione interna al diritto comunitario - atteso che il Trattato istitutivo della C.E.E. (del 25 marzo 1957, ratificato e reso esecutivo con legge 14 ottobre 1957, n. 1203) trova fondamento nell'articolo 11 della Carta costituzionale che consente all'Italia di stabilire, con trattati, limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni.

In tale quadro normativo di ordine costituzionale, che lo stesso Giudice delle leggi ha recentemente ribadito - rilevando ulteriori profili di adeguamento della legislazione nazionale a quella comunitaria (Corte cost., n. 170, 5-6 giugno 1984) - vanno intesi i due principi di cui agli artt. 2 e 5 delle "disposizioni generali" (titolo I) della direttiva n. 71/305.

Invero, la legge 8 agosto 1977, n. 584, dà attuazione - ai sensi dell'art. 139 del medesimo Trattato - alle direttive del Consiglio della C.E.E., nn. 71/304 e 71/305 del 26 luglio 1971

vincolanti per tutti gli Stati membri.

Con la prima direttiva (n.71/304) si dispone, in particolare, la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici mentre con la seconda (n.71/305) si coordinano le relative procedure ai fini dell'aggiudicazione degli stessi appalti.

Da ciò, deriva il primo principio secondo il quale "nell'aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le loro procedure nazionali, adattate alle disposizioni della presente direttiva" (ex art.2).

A questo, si coordina l'altro principio per cui "sono soggette alle disposizioni concernenti le procedure aperte, previste nella presente direttiva (artt. da 10 a 13, 16, 20 e da 23 a 29), le procedure nazionali secondo le quali ogni imprenditore interessato può presentare un'offerta", mentre sono soggette alle "procedure ristrette" (disciplinate dalla medesima direttiva - artt. da 10 a 12, 14 e 15, 17, 18 e da 20 a 29) quelle "nazionali secondo le quali soltanto gli imprenditori invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare offerte" (ex art.5).

Dalla lettura degli enunciati principi è mani

festò che il legislatore comunitario ha inteso privilegiare "in subiecta materia" la legislazione nazionale a cui, peraltro, si impone lo adeguarsi alle direttive stesse recanti disposizioni di comune indirizzo, e ciò in relazione alla "par condicio" che deve instaurarsi tra tutte le imprese dell'area comunitaria ed a cui essenzialmente si ispirano, nella loro organicità, le norme del Trattato (Sez. cont. Stato, 1451, cit.).

Pertanto, la normazione comunitaria ha previsto di mantenere in vita sia le procedure di gara nazionali e sia i sistemi di aggiudicazione degli appalti adeguando (le prime ed i secondi, quale indirizzo uniforme di coordinamento) le legislazioni dei singoli Stati membri, "ai principi seguenti: divieto delle prescrizioni tecniche di effetto discriminatorio, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione dei criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente l'osservanza di tali principi" (preambolo, dirett. n. 71/305).

Peraltro, si raccomanda che "il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudica-

zione degli appalti"...."deve risnettare per quanto possibile le procedure e la prassi in vigore in ognuno degli Stati membri" (stesso preambolo).

Nella sintesi, la stessa giurisprudenza costituzionale riconosce "il principio secondo cui i due ordinamenti sono distinti ed al tempo stesso coordinati" (Corte cost., n. 183/1973 e n. 170/1984).

Così richiamati gli enunciati principi di normazione comunitaria e giurisprudenziali la Sezione deve verificare - in relazione alle conclusioni cui è già pervenuta, in conformità della legislazione nazionale anteriore a quella di adeguamento alle stesse direttive comunitarie (n.71/304 e n.71/305) - quali delle intervenute mutazioni possano interessare la risoluzione della questione di massima in esame e specificamente i limiti del potere discrezionale della P.A. di avvalersi della collaborazione dell'impresa nella fase di progettazione esecutiva, nonché entro quale spazio temporale la medesima collaborazione deve essere adempiuta.

In tale verifica si colloca la disposizione della lett. b) dell'art. 12 della legge n. 584.

Tanto premesso, il Collegio seguendo l'ordine dei richiamati principi - l'art. 2 della dirett.n.71/305 - rileva, innanzi tutto, che il le

gislatore nazionale, nel darne attuazione, ha disposto che "gli appalti per lavori pubblici, d'importo superiore ad 1.000.000 di unità di conto europee, IVA esclusa, da aggiudicarsi dallo Stato, dalle aziende autonome e dagli enti pubblici"...."sono aggiudicati col sistema degli incanti, della licitazione privata o dell'appalto-concorso"...."in base ad uno dei seguenti criteri: a) quello del prezzo più basso"...."b) quello della offerta economicamente più vantaggiosa"....(ex artt.1,9 e 24, Legge n. 584 e successive modificazioni ed integrazioni, ex artt.1,2 e 29, dirett.n.71/305).

Rilevata, pertanto, la esclusione del sistema della trattativa privata, vanno richiamati in ordine: ai procedimenti di gara gli articoli 4 e 8; ed ai sistemi di aggiudicazione gli artt.9 e 24, tutti della stessa legge n. 584 (e successive modificazioni).

L'art. 8, in particolare (di attuazione dell'art.11, dirett.n.71/305), prevede due distinti procedimenti di gara: l'uno, l'"appalto concorso"; l'altro, "quando il bando di gara lasci ai concorrenti la possibilità di presentare varianti al progetto".

In merito al primo - dovendo la pronuncia inere al "petitum", nei termini testè richiamati - la Sezione rinvia a quanto innanzi considerato (sub.prg.II).

Va comunque precisato che pur nel sistema dell'appalto concorso, operante nell'area delle direttive comunitarie, le "prestabilite norme di massima" (ex art. 4, L.C.G.S.) - da predeterminare dall'amministrazione committente, ai fini della presentazione del progetto tecnico da parte delle imprese - devono contenere la rappresentazione di tutte quelle prescrizioni tecniche previste dall'art. 7 (richiamato dal precedente art. 5, I comma) della medesima legge n. 584.

Circa il secondo procedimento, si prevedono ulteriori modalità di collaborazione da parte delle imprese concorrenti nel presentare (anzichè un proprio ed originale progetto tecnico, come nell'appalto-concorso) una progettazione di variazione - o comunque una rielaborazione progettuale - a fronte di quella originaria della P.A. committente.

E' questo un procedimento più articolato e dinamico di collaborazione, tra la P.A. e le imprese, che considera la possibilità di adeguare, con maggiore rispondenza, le effettive esigenze della

Amministrazione (che già dispone di una propria progettazione) - nel quadro di rispondenza del migliore impiego delle risorse ("costi / benefici") - con la più efficiente concorrenzialità delle medesime imprese (in relazione alla loro esperienza, capacità economica e finanziaria, nonché tecnico-operativa).

Una particolare applicazione di tale modulo di collaborazione nella fase progettuale, tra P.A. ed impresa - "per gli appalti riguardanti la progettazione e la costruzione di un complesso di alloggi nel quadro della edilizia residenziale pubblica" - è prevista dall'art. 4 della legge "de qua" in esame, in coerenza al dettato dell'art. 6 della stessa direttiva n. 71/305.

Passando, quindi, a considerare i sistemi di aggiudicazione, gli artt. 9 e 24, dispone il secondo - come innanzi richiamato - un duplice modulo di selettività dei concorrenti, puntualmente disciplinato dalla stessa direttiva comunitaria (ex art. 29): il prezzo più basso ovvero l'offerta più vantaggiosa.

In merito alle aggiudicazioni degli appalti, seguendo "unicamente il prezzo più basso" (ex org.1, art. 29, dirett.), il legislatore nazionale

ha previsto come disposizione di adeguamento, il sistema della licitazione privata secondo il procedimento dell'art.1, lett.a), nonché dell'art.5 della legge 14 febbraio 1973, n. 14 (ex art.24, lett.a - L.n. 584 ed ex art.2, L.8 ottobre 1984, n. 687); rimangono, pertanto, escluse dal campo di applicazione della normazione comunitaria le altre procedure disciplinate dalla medesima legge n. 14 del 1973.

Circa il secondo modulo di aggiudicazione, "dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (ex prg.1, art. 29, dirett.), questa assume la puntuale finalità selettiva - secondo la direttiva comunitaria - nella ipotesi di valutazione comparata degli elementi variabili normativamente previsti ("il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico", ex art. 29 direttiva n. 71/305).

Infine, l'art. 9, I comma, dispone che gli appalti disciplinati dalla presente legge sono "aggiudicati col sistema dei pubblici incanti, della licitazione privata o dell'appalto-concorso".

Ne deriva, anche per i principi di indirizzo generale, in sede comunitaria, già richiamati - essendo il procedimento di aggiudicazione conseguente al procedimento di gara - che nella ipotesi del prezzo

più basso (ex art. 24, lett. a - L. n.584 e succ.ve modif.ni) il sistema di aggiudicazione si identifica con quello vigente ed applicabile fuori del campo della normativa comunitaria.

Per quanto attiene al modulo previsto dall'art. 24, lett.b), della medesima legge, l'aggiudicazione seguirà le prescrizioni del bando di gara nella ipotesi di valutazione degli elementi variabili (espressi mediante coefficienti numerici) innanzi richiamati.

Per compiutezza, osserva la Sezione - nell'esame dell'art.9, I comma, "de quo" - che la "possibilità di presentare varianti al progetto", prevista dal precedente art.8, accentua la già esistente analogia tra i due sistemi - la licitazione privata e l'appalto-concorso, l'una e l'altro a "procedura ristretta" - venendo meno l'elemento essenziale della distinzione, nella scelta dei concorrenti, quello della discrezionalità estendendosi questa (connotazione propria del sistema dell'appalto concorso, fuori dall'area di applicazione della normativa comunitaria) alla licitazione privata.

Consegue che, nelle fattispecie disciplinate dalla legge n. 584, il "nomen iuris" - licitazione privata ed appalto-concorso (in disparte le ipote-

si dell'art. 24, lett. a - già richiamate) - perde l'originario segno distintivo di tal che lo stesso legislatore (dovendo identificare l'uno e l'altro sistema) richiama - "in caso di appalto concorso o di lavori da aggiudicare ai sensi dell'art. 24, primo comma, lett. b), della legge 8 agosto 1977, n.584" - il testo normativo (ex art. 1, II comma, L. 10 dicembre 1984, n. 741).

Ciò posto, la Sezione considera l'ulteriore principio - l'art.5 della stessa dirett. n. 71/305 - le cui disposizioni di adeguamento si rinvencono, in particolare, negli artt. 9 (commi II,III e IV), 10, 11 e 12 della legge n. 584 (e successive modificazioni ed integrazioni).

Specificamente, gli artt. 9 e 10 ineriscono all'invio dei bandi di gara all'Ufficio delle pubbl.uff.li delle Comunità europee, per la pubblicazione nella Gazz.Uff.le delle medesime Comunità, nonché alla perentorietà dei termini circa gli inviti e le domande di partecipazione alle gare di appalto; il successivo art. 11 (integrato dall'art. 10 della legge n. 687 del 1984) indica la necessità della conoscenza della qualità dei singoli dati (od elementi) - nella individuazione dell'appalto da aggiudicare - e da ricomprendere nel bando di gara, con