

Deliberazione n. 4/2003/L

REPUBBLICA ITALIANA

Corte dei conti

la Sezione Regionale di controllo per l'Umbria

composta dai seguenti magistrati:

Dott. Emanuele ARCANO	Presidente
Dott. Vincenzo GUIZZI	Consigliere (estensore)
Dott. Giuseppe TROCCOLI	Consigliere
Dott.ssa Maria Luisa ROMANO	Referendario (relatore)

nell'adunanza del giorno 27 novembre 2003

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni ed integrazioni;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la legge 11 novembre 2000, n. 340, ed in particolare l'art. 27;

Visto il regolamento adottato dalle Sezioni riunite della Corte dei conti con deliberazione n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000;

Visto il decreto n. 3297 del 7 agosto 2003 emesso dal Provveditore alle Opere Pubbliche per l'Umbria e trasmesso per il controllo ex art. 3, comma 1, lett. g) della menzionata legge n. 20/94;

Visto il rilievo istruttorio n. 2 del 20 ottobre 2003 nonché la risposta dell'Amministrazione in data 19 novembre 2003;

Vista la relazione del magistrato istruttore e la conseguente richiesta di esame collegiale avanzata dal Consigliere delegato con nota n. 1004 del 20 novembre 2003;

Vista l'ordinanza presidenziale del 21 novembre 2003 di convocazione della Sezione per l'odierna adunanza;

Udito il relatore, referendario Dott.ssa Maria Luisa Romano;

Uditi i rappresentanti dell'Amministrazione in persona del Provveditore Ing. Donato Carlea e del

dirigente dott. Marco Guardabassi;

Ritenuto in

FATTO

Con il decreto richiamato in premessa, pervenuto il 4 settembre 2003 ai fini del controllo ex art.3, comma 1, lett.g) della legge 14 gennaio 1994, n. 20 il Provveditore alle Opere Pubbliche dell'Umbria ha approvato la convenzione n. 3366 stipulata il 27 luglio 2003 con l'impresa concessionaria dei lavori di completamento del complesso edilizio penitenziario di Perugia, opera di natura segretata inserita nel programma straordinario aggiuntivo per l'edilizia penitenziaria adottato dai Ministri di Grazia e giustizia e dei Lavori pubblici con Decreto 28 maggio 1983 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 161 del 14 giugno 1983), in base alle leggi 12 dicembre 1971, n. 1133, 1° luglio 1977, n. 404 e 30 marzo 1981, n. 119 e successivamente aggiornato ed ampliato in virtù di numerose leggi di spesa.

La predetta opera è stata, su tali basi, avviata e condotta in regime di concessione a partire dal 1986, con la sottoscrizione di una convenzione di carattere generale (n. 2172 in data 22 dicembre 1986) concernente la progettazione generale esecutiva dell'intera opera nonché la progettazione esecutiva di dettaglio e l'affidamento dell'esecuzione di un primo stralcio di lavori fino a concorrenza dei finanziamenti allora disponibili.

La formula gestionale adottata all'epoca dall'Amministrazione, prefigurava la parcellizzazione della fase esecutiva in una pluralità indeterminata di lotti e stralci individuati, previa redazione di appositi elaborati tecnici cantierabili, non già in rapporto alla loro effettiva autonoma fruibilità (c.d. stralci funzionali) bensì per l'esigenza di diluire nel tempo la relativa spesa, attesa l'impossibilità di disporre in soluzione unica delle ingenti risorse occorrenti per il finanziamento dell'intera opera, come si evince dalla stessa convenzione generale, nella quale è espressamente prevista la facoltà di commissionare la realizzazione dell'intero programma di lavori per lotti successivi nei limiti dei finanziamenti di volta in volta assentiti.

In tale contesto si inquadrano l'affidamento del c.d. stralcio di completamento - anch'esso suddiviso in più lotti per le medesime esigenze di finanziamento ed intervenuto con le convenzioni n. 3111 del 1997 e n. 3169 del 1998, entrambe approvate con decreti ammessi a registrazione dalla Corte dei conti - nonché quello di cui al provvedimento attualmente all'esame concernente una variante progettuale di natura incrementale, dichiaratamente occasionata dall'adeguamento del manufatto alle nuove specifiche tecniche dell'edilizia penitenziaria di cui al D.P.R. 230/2000.

La progettazione e la realizzazione della variante in argomento sono state commissionate secondo uno schema operativo inveterato ed analogo a quello oggi proprio della figura dell'appalto integrato, alla impresa subentrata, per effetto di cessione di ramo di azienda, alla originaria concessionaria e divenuta titolare del rapporto di cui trattasi a detta concessionaria facente capo.

Il provvedimento all'esame presenta contenuti complessi in quanto con esso vengono disposte:

- a) l'approvazione di un ordine di esecuzione impartito all'impresa nell'agosto del 2002, in base al quale sarebbe stato assentito l'avvio immediato di un primo blocco di modifiche progettuali non incrementali allo stralcio di completamento in corso di esecuzione, diverse da quelle da ultimo approvate ancorché fondate dall'Amministrazione sulla medesima sopravvenienza normativa;
- b) l'approvazione della nuova perizia tecnica di variante già asseverata dal competente C.T.A. con voto n. 8 del 27 marzo 2003, dalla quale è scaturita una modifica complessiva dell'ultimo quadro economico dello stralcio di completamento, disponibile in ordine di tempo e cioè di quello pari a £ 49,8 Miliardi venutosi a determinare per effetto del decreto n. 2555 in data 21 aprile 1999 di approvazione della richiamata convenzione n. 3169/98, con incremento del costo globale dell'opera fino a concorrenza dei finanziamenti assegnati con D.I. 3 giugno 2002, registrato alla Corte dei conti l'8 luglio 2002 Reg. 9 - Fg. 11 (pubblicato sulla G.U. n. 221 del 20.9.2002);
- c) l'approvazione della convenzione n. 3366 stipulata il 25 luglio 2003 con l'impresa concessionaria ed avente ad oggetto l'esecuzione della variante di cui al punto b).

A ridosso dell'avvio della presente procedura di controllo con nota n. 3567 del 3 settembre 2003, inoltrata a questa Sezione ai fini del controllo sulla gestione ed acquisita d'Ufficio al presente fascicolo, il Provveditore ha reso nota l'avvenuta ultimazione di parte ben individuata dei lavori in perizia in data 31 agosto 2003, come convenuto contrattualmente con l'impresa, ribadendo come certa - in ragione dell'accertato relativo stato di avanzamento - l'ultimazione degli altri interventi entro il termine finale del 31 dicembre 2003.

Detto risultato è stato reso possibile dalla circostanza, richiamata inequivocabilmente anche nel corpo della correlata convenzione n. 3366, che con prescrizione a firma del responsabile del procedimento emessa il 4 aprile 2003, subito dopo il parere favorevole dell'organo tecnico, è stato impartito apposito ordine di immediata esecuzione dei lavori di cui trattasi.

In considerazione di quanto sopra e della necessità di acquisire elementi ulteriori in punto di fatto - in assenza dei quali non era possibile dare una corretta qualificazione all'operazione realizzata dall'Amministrazione e neppure risolvere lo snodo centrale nella vicenda dei legami intercorrenti fra la convenzione all'esame ed il rapporto già instaurato con l'impresa per effetto della convenzione originaria e di quelle perfezionate nel corso degli anni - è stato mosso apposito rilievo istruttorio.

In tale ambito sono state prospettate diverse censure e contestati all'Amministrazioni svariati profili di illegittimità.

In primo luogo, è stata stigmatizzata l'intera cronologia degli atti e comportamenti posti in essere in quanto confliggente con principi immanenti in tema di attività contrattuale della P.A. nonché elusiva della disciplina del controllo preventivo della Corte dei conti dettata dall'art. 3, comma 1, della richiamata legge n. 20/94.

Al riguardo, è stato sottolineato come l'avvio dell'esecuzione in momento antecedente sia alla sottoscrizione del contratto, sia alla approvazione di questo e della stessa variante progettuale con esso commissionata denoti un'inversione dell'iter procedimentale ordinario e delle stesse regole di forma fissate dalla normativa di contabilità pubblica riguardo all'attività contrattuale della P.A.,

nella specie priva di giustificazione alcuna. In particolare, risulterebbe violato in radice il principio posto dall'art. 19 del r.d. 2440/1923 per il quale i contratti non sono obbligatori per l'Amministrazione se non dopo l'approvazione dell'organo competente, cui fanno da riscontro le disposizioni degli artt. 107, 117 e 119 del r.d. 827/1924 che subordinano l'esecuzione delle prestazioni contrattuali all'intervenuta predetta approvazione nonché all'espletamento del controllo di legittimità della Corte dei conti, nella sua natura di "condicio iuris" sospensiva dell'efficacia degli atti che vi sono per legge assoggettati.

Il predetto principio, la cui "ratio" risiede nell'esigenza di subordinare la nascita dell'obbligazione contrattuale in capo all'amministrazione alla stessa esistenza di effettiva e sufficiente copertura finanziaria, è ribadito in materia di contratti aventi ad oggetto l'affidamento di lavori pubblici dagli artt. 337 e 338 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F, che contemplano quale ipotesi del tutto eccezionale e legata al ricorrere di oggettive e comprovate circostanze di urgenza la c.d. anticipata esecuzione.

Tali circostanze – che secondo elementari regole di logica non possono essere identificate sic et simpliciter nei consistenti ritardi che hanno connotato la fase esecutiva dell'opera in questione – non emergevano, ad avviso del magistrato istruttore, da alcun apprezzabile richiamo in atti, difettando, tra l'altro, nella specie qualsivoglia processo verbale di immediata consegna dei lavori con indicazione puntuale delle motivazioni poste a base della stessa.

Nel predetto contesto è considerato pure il riferimento, contenuto nel provvedimento, ad altro blocco di lavori eseguiti sulla base di variante-stralcio all'originario progetto di completamento senza alterazione del quadro economico iniziale, si è ritenuto necessario richiedere un quadro sinottico complessivo degli interventi e del loro stato di avanzamento all'atto dell'avvio della procedura di controllo intestata a questa Corte.

La richiesta istruttoria sopra richiamata tendeva ad ottenere – a fronte del nuovo quadro economico complessivo allegato al provvedimento – chiarimenti indispensabili circa l'oggetto dell'odierna convenzione, mediante la produzione di prospetti separati ed analitici concernenti:

- da un lato le lavorazioni già commissionate in variante, con vecchi ordini di servizio, fino a concorrenza dell'importo dell'opera posto a base della prima convenzione integrativa di affidamento del lotto di completamento a suo tempo stipulata con l'impresa (pari 49,8 miliardi di lire);
- dall'altro, la specifica delle lavorazioni oggetto della variante incrementale costituente il presupposto della nuova convenzione approvata con il provvedimento sottoposto a controllo.

Quanto sopra, anche per delimitare correttamente l'ambito della cognizione di quest'organo di controllo e per consentire di valutare natura e caratteristiche della variante proposta.

Si è ritenuto, inoltre, di eccepire all'Amministrazione come l'operazione, formalizzata mediante convenzione accessoria ed aggiuntiva a precedente convenzione generale di concessione di costruzione, abbia perpetuato l'utilizzo di una formula gestionale non conforme alla vigente normativa in materia di appalti di lavori pubblici dettata dalla legge n. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni. Per essa, infatti, la figura della concessione di sola costruzione, sia accompagnata o meno dall'affidamento all'impresa di altre attività normalmente proprie della stazione appaltante (progettazione, direzione lavori, espropri ecc.), non presenta alcuna autonomia concettuale rispetto all'appalto e, pertanto, non ha diritto di ingresso nell'ordinamento (art. 19).

In via subordinata, infine, è stata rappresentata l'esigenza di verificare, alla luce dei contenuti della variante incrementale in questione, la compatibilità dell'operato dell'Amministrazione con la disciplina dello ius variandi dettata dall'art. 25 della normativa sopra richiamata, che ne subordina l'esercizio a precisi presupposti ravvisabili in sopravvenienze di carattere oggettivo in assenza dei quali si avrebbe falsa applicazione della normativa stessa ed elusione dell'obbligo di ricorrere a nuove procedure selettive nella scelta del contraente, collocandosi la fattispecie oltre i limiti desumibili dalla medesima legge Merloni in cui è consentito il ricorso a forme di trattativa privata senza gara informale.

L'art. 24 della legge n.109/94, come modificato dal D.L. 101/95 convertito nella legge n. 216/95 nonché dalla legge n. 415/98, infatti, oltre a circoscrivere la trattativa diretta alle sole fattispecie da essa tipizzate, a nessuna delle quali appare riconducibile quella concretamente all'esame, sancisce espressamente sia il divieto di artificioso frazionamento della spesa, sia quello di assegnare in tempi successivi allo stesso soggetto affidatario di un'opera a trattativa privata ulteriori lotti funzionali appartenenti alla medesima opera.

Detta norma, d'altra parte, non appare in contrasto con quanto stabilito in materia di opere "segretate", carattere originariamente proprio di quella di cui trattasi, dall'art. 33 della legge n. 109/94 e dell'art. 82 del relativo regolamento di attuazione adottato con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, disposizioni che ribadiscono anzi la necessità in ogni caso dell'esperimento di gare informali fra imprese in possesso dei requisiti ordinari di qualificazione e della prescritta abilitazione di sicurezza.

Sono state, infine, rilevate nell'ambito del provvedimento erronee citazioni di estremi di registrazione relativi ad altri provvedimenti richiamati in premessa che non risultano, invece, mai ammessi a visto da parte di questa Sezione.

In risposta alle osservazioni sopra esposte, l'Amministrazione con nota n. 4328 del 19 novembre 2003, pervenuta in pari data e nei termini di cui all'art. 27 della legge n. 340/2000, ha fornito la minuziosa ricostruzione della storia amministrativa dell'opera, richiamandone le peculiarità e sottolineando come il frazionamento della fase esecutiva sia stato originato unicamente da esigenze di finanziamento.

Dal tenore della risposta si evince che:

- i lavori affidati con la convenzione n. 3366 del 27 luglio 2003, ancorché effettivamente avviati per effetto dell'ordine di servizio del 1°aprile 2003, erano ancora in fase di esecuzione alla data della stipula del contratto e, comunque, non ancora integralmente completati né all'atto dell'avvio del procedimento di controllo, né alla data della risposta al rilievo;

- l'anticipata esecuzione, comunque successiva all'approvazione tecnica del progetto da parte del C.T.A. che risale al 27 marzo 2003 nonché all'assegnazione dei finanziamenti occorrenti per la realizzazione degli interventi, è stata necessitata dall'esigenza di evitare ulteriori, onerose sospensioni dei lavori ed al tempo stesso da quella di assicurare continuità ad un cantiere il cui allestimento, comportando l'impiego di ingenti risorse umane ed organizzative, ha richiesto notevoli investimenti. Ad essa, inoltre, si sarebbe reso indispensabile ricorrere, attesi "i rapporti non idilliaci" intercorrenti con l'impresa;
- gli interventi oggetto dell'atto aggiuntivo consistono solo in parte in lavori di adeguamento degli edifici alle nuove norme tecniche in materia di edilizia penitenziaria accanto ai quali essi comprendono la realizzazione di un edificio da adibire ad autorimessa nonché di opere di inserimento ambientale;
- la progettazione esecutiva di entrambi gli ultimi due interventi era stata già da tempo richiesta all'impresa, nell'ambito di adeguamenti al progetto generale di massima risalenti rispettivamente al 1996 ed al 1992, con differimento nel tempo della realizzazione in attesa dei necessari finanziamenti, secondo il meccanismo al quale è stata geneticamente conformata l'esecuzione dell'intero complesso. In particolare, il progetto esecutivo dell'autorimessa, predisposto dal concessionario, è stato assentito fin dal 1997. Le opere di inserimento ambientale nel territorio circostante, poi, sono state incluse nel progetto generale su sollecitazione del Comune di Perugia e previa procedura concordata con la Regione Umbria e con il Comune stesso, al cui esame il progetto è stato sottoposto in fase di elaborazione ed in via preventiva, a far tempo dal 1992;
- non rientrano, pertanto, in convenzione le varianti - anch'esse dichiaratamente occasionate dall'adeguamento a quanto richiesto dal recente regolamento penitenziario – contenute in precedente perizia-stralcio non incrementale, approvata con decreto n. 3605 in data 23 settembre 2002 ed ancor prima oggetto dell'ordine di esecuzione emesso dal responsabile del procedimento nell'agosto 2002, che si è inteso confermare nell'ambito del decreto

all'esame. Le stesse, secondo quanto risulta dal prospetto analitico inerente allo stato di avanzamento dei lavori, sono state interamente completate.

Le precisazioni fornite non sono state ritenute sufficienti a superare i profili di legittimità contestati. Per tale ragione, la questione è stata deferita all'esame collegiale con la richiesta del magistrato istruttore n. 1003 in data 20 novembre 2003. In tale richiesta, sono state ribadite integralmente le osservazioni effettuate nel rilievo istruttorio con richiamo alle posizioni dei diversi rami della giurisprudenza. In particolare, si è insistito sulla impossibilità logica, prima che giuridica di concepire un contratto quale legittima fonte di obbligazioni nate prima ed al di fuori dello stesso come puntualizzato più volte in passato da questa Corte (vedasi, per tutte, Sezione contr. Stato, deliberazioni nn. 67/94 e 147/94). Nella stessa sede è stato, inoltre, puntualizzato come tale ipotesi, configurando una sorta di sanatoria di situazioni non conformi alle regole procedurali dell'attività contrattuale della P.A., sarebbe di per sé illegittima.

E' stato, poi, sottolineato il permanere di pretese difficoltà nell'individuazione dell'oggetto del contratto, situazione che sarebbe in contrasto con i principi civilistici in materia contrattuale. Infine, si è affermato il rilievo insuperabile del contrasto dell'operazione proposta con le disposizioni dell'art. 19 della legge Merloni e dello stesso art. 17, che vieta ogni forma di affidamento diretto a trattativa privata se non nei casi eccezionali in cui ciò è consentito dalla legge stessa (vedasi Corte dei conti, Sez. controllo Stato, deliberazioni nn. 107/95, 119/95 e 122/95).

In sede di contraddittorio orale, l'Amministrazione ha insistito sulle proprie posizioni ed ha ribadito il non ancora intervenuto completamento della fase esecutiva, precisando come tutti gli interventi in variante fossero stati considerati indispensabili dall'Amministrazione della Giustizia fin dall'avvio dell'opera e per questo inclusi nelle previsioni originarie, nonché contenuti entro i limiti del c.d. quinto d'obbligo.

Ha, inoltre richiamato a giustificazione dell'avvio anticipato dell'esecuzione, prima della conclusione della procedura di approvazione della variante, l'applicazione dell'art.11 della legge n. 741/81 e successive modificazioni.

Con riguardo ai rilevati errori materiali l'Amministrazione ha dichiarato la propria disponibilità alla rettifica immediata.

DIRITTO

Il Collegio è chiamato ad esprimersi in ordine alla legittimità di un provvedimento che, pur formalmente unitario, presenta in realtà articolazione complessa in quanto consta di ben tre proposizioni decretative dotate ciascuna di autonoma e distinta finalità. Di queste, soltanto due appaiono riconducibili "strictu sensu" nell'ambito dei confini che la vigente normativa, e segnatamente l'art. 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, traccia per il controllo interdittivo dell'efficacia. Si tratta di quella concernente l'approvazione della convenzione aggiuntiva per l'affidamento dei lavori in variante nonché dell'altra, che ne rappresenta l'immediato presupposto, volta a formalizzare l'approvazione della perizia tecnica sulla base della quale viene individuato l'oggetto del predetto contratto aggiuntivo.

Invero entrambe concorrono ad attualizzare in capo all'Amministrazione un'obbligazione pecuniaria di natura contrattuale, con effetti in tutto assimilabili a quelli propri dei provvedimenti di cui alla lett. g) della norma richiamata.

Di contro, secondo l'orientamento espresso dalla Sezione con la deliberazione n. 1/2003/L del 5 febbraio 2003 concernente altro atto connesso alla fattispecie in argomento, rimane al di fuori di tale ambito la proposizione di cui all'art. 1 del decreto all'esame che – secondo quanto più volte dichiarato dai rappresentanti dell'Amministrazione sotto la propria e diretta responsabilità – si configura come mera conferma unilaterale di precedente ordine di esecuzione del responsabile del procedimento e relativo ad altra e diversa variante non incrementale la cui realizzazione è dichiaratamente da tempo conclusa.

Sul punto si ritiene di ribadire che, attesa l'irrilevanza della variante da ultimo menzionata sul piano finanziario, la stessa è esclusiva espressione dell'esercizio di facoltà intrinseche nella precedente

convenzione, già a suo tempo ammessa a visto e registrazione, il cui corretto esercizio involge valutazioni concernenti scelte tecniche che non sono sindacabili in sede di controllo di legittimità.

Pur con tale precisazione, non si può ignorare come l'attuale configurazione di tale controllo, che si atteggia come un sindacato inscindibile sull'atto, mal si adegui all'ipotesi di atti a contenuto plurimo e, perciò, atipici e soltanto in parte rientranti fra le fattispecie annoverate dalla normativa vigente come passibili di controllo preventivo.

In questo contesto, non può non prevalere la decisione sulla questione principale che assorbe quella, eventualmente di segno diverso, concernente le determinazioni prospettate dall'Amministrazione come accessorie.

Nondimeno, nella specie, non è possibile sottacere come la volontà di sanare originari difetti di forma dell'ordine di esecuzione dell'agosto 2002 in quanto tardiva ed afferente a situazioni già esaurite, appaia inidonea a produrre effetti diversi dall'assunzione di formali responsabilità dell'organo deliberante dell'Amministrazione in ordine all'operato degli organi tecnici.

Chiarito quanto sopra, la presente procedura di controllo rimane incentrata sulla natura e sui presupposti della convenzione aggiuntiva n. 3366 approvata con il D.P. 3297 in argomento, alla quale si riferiscono le censure avanzate in sede istruttoria che il Collegio ritiene di affrontare nell'ordine in cui sono state prospettate.

E' incontestata circostanza di fatto che i lavori di cui trattasi sono stati avviati prima della stipula del contratto e quindi della sua approvazione e sottoposizione a controllo, con ordine di esecuzione emesso dal responsabile del procedimento in assenza di qualsivoglia previa autorizzazione e senza neppure l'osservanza degli adempimenti formali prescritti dall'art. 338 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F. e dall'art. 129 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 per la consegna dei lavori. La stessa approvazione del progetto è formalmente stata predisposta solo con il provvedimento all'esame, esistendo alla data dell'ordine di esecuzione solo il relativo favorevole parere tecnico.

Le modalità con le quali l'Amministrazione ha agito non appaiono in alcun modo riconducibili alla fisiologica sequenza dell'attività contrattuale tracciata dalle norme della contabilità di Stato e dalla

legislazione in materia di lavori pubblici, anche a volere tener presente come nella specie si abbia riguardo ad attività che si innesta nella fase esecutiva di un'opera in corso di realizzazione e perciò finalizzata ad affidare interventi riconducibili, tecnicamente ed a prescindere dalla relativa qualificazione giuridica, al concetto di variante.

Invero, le disposizioni dell'art. 19 del R.D. 2440/1923 nonché quelle degli artt. 107 e 117 del R.D. 827/1924, che subordinano l'obbligatorietà e l'efficacia del contratto al pieno espletamento delle procedure dell'evidenza pubblica e del controllo della Corte dei conti, ancorché con formulazione che meglio si attaglia all'ipotesi di affidamento iniziale, anche per il contesto sistematico di inserimento appaiono rivolte a garantire il corretto avvio delle procedure di spesa e la salvaguardia dei principi di copertura finanziaria e di annualità del bilancio, affermazione questa che trova riscontro in precedenti pronunce di questa giurisprudenza contabile (vedasi, per tutte, Sez. controllo Stato deliberazione n. 147/94). Analoga esigenza, perciò, non può non sussistere anche nel caso di convenzioni aggiuntive a precedente contratto che abbiano quale effetto l'attualizzazione di nuove obbligazioni pecuniarie in capo all'Amministrazione, ivi comprese quelle connesse al fenomeno delle c.d. varianti in corso d'opera che trova spazio nel settore dei lavori pubblici.

Essa recede unicamente nel caso della c.d. consegna d'urgenza disciplinata dal combinato degli artt. 337, 338 e 342 della legge sulle opere pubbliche 20 maggio 1865, n. 2248, all. F. nonché, più di recente, dall'art. 129 del D.P.R. 554/99, alla quale sembra fare riferimento l'Amministrazione nelle argomentazioni addotte a sostegno del proprio operato. Senonché, - anche a volere tacere del fatto che il ricorso alla normativa sopra richiamata, ponendosi come eccezionale, avrebbe richiesto puntuali motivazioni nonché la osservanza di precise cautele nella consegna (individuazione in contraddittorio con l'impresa dei lavori affidati e redazione di apposito processo verbale per prevenire rischi di contestazioni), adempimenti la cui assenza in concreto è sufficiente a destituire di ogni fondamento le asserzioni dell'Amministrazione - la pur realistica previsione dei possibili oneri impropri derivanti dalla sospensione del cantiere è ben lontana dall'identificarsi con l'urgenza delineata dal legislatore, che presuppone eventi imprevedibili e straordinari tali da rendere

irrimediabilmente tardivo ed inefficace il ricorso alle ordinarie procedure negoziali (in tal senso vedasi Corte dei conti, Sez. Contr. Stato, deliberazioni nn. 96/97 ed 81/98). Di essi non risulta esservi nessuna traccia in concreto, come evidenziato puntualmente nella relazione di deferimento e riportato in punto di fatto. D'altra parte, poichè il ricorso a modifiche ed integrazioni progettuali in corso d'opera non costituisce di per sé causa legittima di chiusura del cantiere già allestito, come si può argomentare "a contrariis" dall'art. 133 del D.P.R. n. 554/99, detta evenienza pone in ogni caso il problema prospettato dall'Amministrazione della assenza di apprezzabili giustificazioni per una decisione in tal senso, dalla quale effettivamente deriverebbero quantomeno oneri aggiuntivi di guardiania oltre all'assunzione di consistenti rischi di degrado degli interventi già realizzati. L'argomento, tuttavia, non può essere utilizzato per ammettere l'indiscriminato ricorso alla consegna anticipata in materia di varianti, attesa la disciplina per esse dettata dalle norme vigenti che impone – sia pure nella sua complessa formulazione non scevra da delicate problematiche interpretative – l'osservanza di un iter procedurale volto a consentire la attenta ponderazione delle scelte, specie nel caso di perizie incrementalì come quella in argomento nonché l'effettivo esperimento del controllo di legittimità della Corte dei conti la cui natura "preventiva" ne rende impossibile il riferimento a fattispecie che hanno già esaurito i propri effetti.

In tal senso, consentono di argomentare da un lato l'art. 343 della legge sulle opere pubbliche n. 2248/1865 allegato F. - che espressamente qualifica le varianti legittime come presupposto per il perfezionamento di apposito atto di sottomissione ovvero di contratto aggiuntivo - dall'altro le disposizioni degli artt. 134 e 136 del D.P.R. 554/99 e, più di recente, quelle dettate dagli artt. 10 e 11 del D.M. 145/2000 contenente regolamento del nuovo capitolato generale in materia di lavori pubblici.

Sebbene non sia agevole dal combinato di tali norme individuare come momento necessariamente propedeutico all'avvio dell'esecuzione la formalizzazione in atto aggiuntivo degli accordi raggiunti con l'impresa, non vi è dubbio, che l'approvazione da parte della stazione appaltante del progetto tecnico in variante, – giusta l'art. 134, commi 5, 9 e 11 del citato D.P.R. 554/99 - debba

fisiologicamente precedere tale avvio dell'esecuzione, che in caso contrario rimane effettuato sotto la responsabilità dei soggetti che l'hanno ordinato nonché a rischio della stessa impresa, la quale, secondo gli orientamenti della giurisprudenza civile, a fronte di regole generali e da presumersi note secondo l'ordinaria diligenza difficilmente potrebbe asserire di avere agito incolpevolmente (cfr. Cass., Sez. I, nn. 4051/1990 e 9682/1992).

Nella specie, considerate le circostanze concrete in cui l'Amministrazione ha agito, la scelta di ordinare la esecuzione dei lavori in perizia senza soluzione di continuità rispetto a quella delle commesse già assentite, risponde ad una semplice valutazione di convenienza che oltre a non potere assurgere, dunque, a parametro di legittimità dell'azione, costituisce in concreto un indice della mancata tempestiva attivazione delle procedure di legge la responsabilità della quale, in assenza di esimenti oggettive, è imputabile esclusivamente alle poco accorte scelte gestionali dell'Amministrazione.

Neppure può essere fondatamente invocato, come pretenderebbe l'Amministrazione, l'art. 11 della legge n. 741/81, come modificato dall'art. 3 della legge n. 687/84 che consentiva in generale l'immediato affidamento delle varianti sulla base dei soli pareri tecnici favorevoli ed in deroga all'iter amministrativo di perfezionamento ordinario. La norma, infatti, ormai abrogata in modo espresso dal D.P.R. 554/99, non può essere in alcun modo richiamata in vita, tra l'altro per avallare disfunzioni che anche sotto la sua vigenza avrebbero esulato dai relativi confini applicativi, da ritenersi necessariamente di stretta interpretazione e limitati alle ipotesi in cui i tempi fisiologici delle procedure amministrative avrebbero comportato oggettivi ed inevitabili ritardi. In concreto, invero, tenuto conto dell'esistenza della copertura finanziaria e dell'assenso del C.T.A., non si vede quale altra ragione impeditiva alla sottoscrizione immediata dell'atto aggiuntivo si ponesse, se non quella – richiamata del resto dalla stessa Amministrazione – della difficoltà di addivenire ad un accordo economico con l'impresa, a fronte del quale sarebbe stato consigliabile agire autoritativamente ovvero percorrere strade alternative, come pure a più riprese suggerito da questa Corte in precedenti occasioni (cfr. deliberazioni della Sezione Regionale di controllo per l'Umbria

nn. 3/2001/L e nn. 1/2003/L e 2/2003/L), anziché pervicacemente insistere nelle negoziazioni. In disparte ogni considerazione in punto di buona amministrazione nonché circa l'adeguatezza del livello di perizia e diligenza impiegato dagli organi competenti nell'effettuare le proprie valutazioni di opportunità, nel contesto sopra descritto, l'ordine di anticipata esecuzione impartito dal responsabile del procedimento in data 4 aprile 2003 costituisce un mero comportamento antecedente alla conclusione del contratto, del quale va valutata in concreto l'influenza sulla legittimità delle procedure contrattuali successivamente perfezionate.

Ritiene, a tal proposito il Collegio che l'attribuzione a tale comportamento di valenza di per sé invalidante, indipendentemente da qualsivoglia esame circa l'impatto di questo sulla successiva attività negoziale dell'Amministrazione nonché sulla possibilità giuridica di esperire i doverosi controlli e di accertare la conformità dell'operazione proposta alle regole di copertura finanziaria e di annualità del bilancio, si porrebbe in contrasto con il generale principio di conservazione degli atti giuridici travolgendone eventuali effetti sostanziali rispondenti ai fini legittimi per i quali detta attività sia stata intrapresa e sia pure irregolarmente portata a compimento.

Ad avviso del Collegio, l'anticipata esecuzione assume rilievo sintomatico di vizio della discrezionalità ogniqualvolta da essa siano scaturiti effetti che rendono "inutiliter" la successiva attività negoziale dell'Amministrazione. Ciò avviene quando il momento della sottoscrizione ed approvazione del contratto sia successivo a quello dell'integrale esecuzione delle prestazioni in esso dedotte, per modo che lo stesso lungi dal produrre l'effetto suo proprio di fonte dell'obbligazione di cui trattasi, viene invece ad assumere altra e diversa causa riproduttiva e di accertamento di una situazione di fatto aliunde venuta in essere ed ormai definitiva. In tale ultima evenienza, invero, la convenzione verrebbe ad assolvere ad una funzione di sanatoria che, evidentemente elusiva delle regole poste a presidio del corretto esercizio dell'attività contrattuale dell'Amministrazione pubblica, si porrebbe in netto contrasto con i limiti dell'autonomia negoziale ad essa riconosciuta compromettendo anche la "ratio" del controllo intestato a questa Corte. Infatti, il differimento temporale di detto controllo sottenderebbe, in realtà, un mutamento del relativo oggetto

incompatibile con la sua finalità precipua di tenere indenne l'erario in via preventiva da spese illegittimamente ordinate.

Nelle specie, le precisazioni fornite dall'Amministrazione e la circostanza dell'intervenuto perfezionamento del contratto e delle connesse procedure di approvazione, con inoltro alla Sezione per il controllo, in momento antecedente alla ultimazione dei lavori, inducono a ritenere che lo stesso abbia conservato, sia pure al limite della legittimità, integra la propria causa tipica e con essa l'attualità dell'esercizio della funzione spettante a questa Corte.

Per quanto sopra, l'attenzione del Collegio deve essere spostata sulla questione, centrale nella decisione sulla legittimità della fattispecie all'esame, della natura dell'operazione realizzata e dei parametri normativi alla stregua dei quali valutarne la conformità all'ordinamento.

E' il caso in proposito di rilevare come, indipendentemente da quanto prospettato nel provvedimento assoggettato a controllo, essa presenti contenuti misti tali da non consentirne la qualificazione giuridica in termini di variante e il riferimento alla disciplina per esse dettata. Solo in parte, infatti, gli interventi che vi rientrano – individuati in base al nuovo quadro economico prodotto in atti e alle dichiarazioni di riscontro effettuate dall'Amministrazione in risposta al rilievo istruttorio – hanno a presupposto fatti sopravvenuti imprevisi od imprevedibili che, sia pure nella varietà nei limiti fissati attualmente dall'art. 25 della legge n. 109/94, con le modifiche ad esso apportate dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101 convertito nella legge n. 216/95, nonché dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, caratterizzano l'esercizio del c.d. ius variandi. Si tratta dei lavori di adeguamento alle specifiche tecniche dell'edilizia carceraria, sui quali beninteso non è possibile in questa sede esprimere alcun giudizio di merito circa la rispondenza effettiva ai fini esposti dall'Amministrazione, ma la cui necessità appare collegata ad una tipica sopravvenienza normativa, rappresentata dal D.P.R. n. 230/00, contenente il nuovo regolamento penitenziario. Gli altri interventi (autorimessa e opere di inserimento ambientale) sono stati invece commissionati direttamente, previa redazione del progetto esecutivo da parte della stessa concessionaria, secondo

lo schema di concessione integrata che ha connotato l'intera gestione, quale lotto integrativo del progetto generale di massima in passato accantonato per carenza di finanziamenti.

Ne consegue che nella specie non solo non è possibile legittimamente invocare la normativa in tema di varianti, ma appare pure priva di pregio la puntualizzazione effettuata dall'Amministrazione in contraddittorio circa il contenimento del nuovo progetto entro i limiti del c.d. quinto d'obbligo, che tra l'altro rappresenta nella attuale disciplina dell'art. 134 del D.P.R. n. 554/99 solo l'ambito entro il quale l'impresa è tenuta a soggiacere alla imposizione delle varianti stesse alle condizioni del contratto originario ovvero ai nuovi prezzi imposti dal committente, ma non quello in cui è incondizionato l'esercizio del potere di introdurre variazioni.

E' innegabile come la scelta gestionale originaria, effettuata nel lontano 1986 e dalla quale l'Amministrazione non ha inteso mai recedere, abbia pesantemente condizionato il buon andamento della gestione stessa, al punto da impedire ad oggi il conseguimento di qualsivoglia apprezzabile risultato, per ottenere il quale si è reso necessario disporre svariati finanziamenti ulteriori rispetto a quelli inizialmente preventivati per la realizzazione dell'intera opera. Ciò è certamente imputabile alla indeterminatezza contenutistica della convenzione generale iniziale, nella quale le caratteristiche dell'opera ed i relativi costi complessivi sono stati determinati solo in via approssimativa e perciò in assenza di quei requisiti di certezza e invariabilità che la normativa vigente, almeno nella sua impostazione generale, impone oggi in modo stringente. In tale contesto di incompiutezza, la progettazione esecutiva, affidata sulla base della predetta convenzione generale alla concessionaria, è stata assoggettata ad integrazioni ed affinamenti continui, predisposti in vista ed in occasione della stipula delle singole convenzioni integrative. Ciò ha determinato da sempre la mancanza di una visione complessiva e meditata degli sviluppi della fase esecutiva nonché di una chiara prospettazione delle proprie esigenze effettive da parte dell'Amministrazione della Giustizia, destinataria dell'opera.

Nella consapevolezza di quanto sopra, pur essendo le singole convenzioni integrative momento essenziale per concretizzare la sussistenza di obbligazioni contrattuali, che non potrebbero

considerarsi validamente esistenti in assenza di parametri certi di determinazione dell'oggetto delle prestazioni reciproche delle parti, rimane assai difficile disconoscere l'esistenza di un nesso genetico e funzionale tra esse e la convenzione originaria. Detto nesso, che si spezza solo nel caso in cui le convenzioni stesse comportino la realizzazione di interventi macroscopicamente estranei alle previsioni di massima e perciò totalmente nuovi e non legati ad evenienze imprevedibili con l'ordinaria diligenza, si ripercuote sul piano del rapporto concessorio instaurato a suo tempo con l'impresa. Questo è stato, infatti, fin dall'origine formulato – giusta la convenzione n. 2172 del 1986 - come comprensivo della intera progettazione dell'opera e di tutte le modifiche ritenute necessarie dalla committente nonché estensibile alla relativa esecuzione in rapporto alle disponibilità finanziarie via, via acquisite, con la conseguenza che lo stesso ha una matrice unitaria la quale ne ha determinato la sopravvivenza anche in costanza dell'art. 19 della legge c.d. legge Merloni che ha vietato l'utilizzo della concessione di sola costruzione.

A tal proposito, mentre non vi sono dubbi circa l'illegittimità della instaurazione ex novo di un rapporto di concessione concepito nei termini sopra indicati e non remunerato almeno parzialmente dai proventi derivanti dalla gestione dell'opera da parte del concessionario, l'assunzione di analoga posizione riguardo ad opere già avviate e proseguite nel tempo secondo la formula in argomento appare certamente più problematica.

Al riguardo, esistono in seno a questa giurisprudenza contabile opposti orientamenti. Invero, ad una tesi di rigore per la quale ciascun atto e provvedimento integrativo di convenzione generale di concessione, determinando effetti sostanziali comunque novativi e di consolidazione del rapporto in corso, sarebbe soggetto alla disciplina in vigore all'atto del suo perfezionamento e perciò illegittimo ai sensi del citato art. 19 (cfr. Sez. contr. Stato deliberazioni nn. 107/95, 119/95 e 122/95), si oppone l'altro e più recente - relativo a fattispecie posta in essere nell'ambito del medesimo programma di edilizia penitenziaria in cui è inserita la realizzazione della nuova Casa Circondariale di Perugia e perciò connotato da notevoli analogie con la vicenda all'esame – di segno diverso (Sez. centr. Controllo, I collegio, deliberazione 4/2001/P).

In base ad esso, in costanza di una convenzione generale di concessione integrata sottoscritta antecedentemente alla entrata in vigore della c.d. legge Merloni e concernente un' opera funzionalmente unitaria ancorché da realizzare in modo frazionato ed in fasi successive per esclusive esigenze finanziarie, le successive convenzioni integrative non hanno autonoma efficacia sul rapporto concessorio già nato, ma ne rappresentano solo la fisiologica prosecuzione, con la conseguenza dell'applicabilità, a parametro del giudizio di legittimità, della normativa all'epoca vigente, piuttosto che di quella sopravvenuta.

Il principio espresso si attaglia con precisione alla fattispecie all'esame. Invero, la convenzione cui accede il provvedimento in epigrafe fa riferimento ad interventi già in parte giunti in passato alla fase della progettazione esecutiva e, secondo quanto formalmente dichiarato dall'Amministrazione in contraddittorio e verificato in atti, comunque contemplati nel progetto di massima del 1986, sia pure con le caratteristiche di vaghezza ad esso proprie.

Il Collegio ritiene, perciò, nel suo prudente apprezzamento, di non potersi esimere dal tener conto di tale così specifico orientamento, osservando incidentalmente come lo stesso sia stato implicitamente seguito anche in passato riguardo alle numerose convenzioni aggiuntive che si sono susseguite nell'ambito della realizzazione del Carcere di Perugia, ivi compresa quella inerente all'avvio del lotto di completamento che risale al 1997 e perciò ad epoca successiva all'entrata in vigore della nuova normativa sui lavori pubblici.

Nella situazione attuale, del resto, così come si è stratificata nel corso del tempo e nella quale l'Amministrazione ha inteso fino ad oggi perseverare, ogni diversa decisione oltre ad apparire intempestiva finirebbe per contrastare con l'unico interesse generale ormai divenuto oggettivamente prioritario – per effetto delle disfunzioni pregresse – alla sollecita definizione della vicenda, senza aprire il varco ad intuibili, ulteriori pretese della concessionaria che avrebbero impatti devastanti non solo in termini di nuovi oneri finanziari ma soprattutto in chiave di effettivo e reale soddisfacimento del fabbisogno sostanziale che ha occasionato l'avvio dell'opera e che, a tutt'oggi, appare insoddisfatto. E' evidente, infatti, che ogni ulteriore allontanamento nel tempo della consegna del manufatto sarebbe sotto questo profilo pernicioso. In questa ottica, del resto, sembra trovare logica collocazione la stessa decisione di erogare i necessari, ulteriori finanziamenti, assunta con apposito D.I. 2 giugno 2002.

Alle considerazioni sopra esposte aggiungasi che trattasi di opera finalizzata a risolvere problemi di notevole rilievo collettivo, data la delicata situazione in cui versa l'edilizia carceraria. Ciò ne giustifica la sottoposizione a regime di segretezza, come ribadito dal citato decreto interministeriale.

Vale osservare, in proposito, come le opere segretate siano oggi escluse, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 109/94 e dell'art. 82 del relativo decreto di attuazione, dall'assoggettamento a controllo preventivo di legittimità, essendo nella valutazione del legislatore prevalente l'interesse alla loro effettiva realizzazione, con possibilità di sindacato in ordine alle scelte gestionali concrete ed ai loro esiti solo in sede di controllo successivo sulla gestione. Sebbene detta normativa sia stata ritenuta costantemente dalla Sezione, non applicabile agli atti concernenti l'opera in questione, proprio per il loro legame risalente nel tempo

alla concessione originaria, nondimeno non è possibile ignorare la finalità sottesa alle norme stesse come sopra richiamata.

Rimane comunque, impregiudicata ogni valutazione sull'andamento dell'intera gestione, ivi inclusa quella del lotto di completamento, da effettuare in altri contesti.

P.Q.M.

Con integrale richiamo a quanto in motivazione, ammette a visto e conseguente registrazione il decreto in oggetto.

L'Estensore

Vincenzo Guizzi

Il Presidente

Emanuele Arcano