

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.7140/04REG.DEC.

N. 2996 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2004

decisione

sul ricorso in appello n. 2996 del 2004 proposto da S.A.R. – AUTOLINEE RIVIERA S.P.A., in persona del Presidente e l.r. p.t., in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con le imprese ATM S.P.A., SATTI S.P.A., APM S.P.A., ACTV S.P.A., ACTM S.P.A., COPIT S.P.A., ARPA S.P.A., ACTS S.P.A., AMT S.P.A., RT S.P.A., TRANSDEV, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Bormioli ed Angelo Clarizia, presso il cui studio legale elettivamente domicilia in Roma, alla via Principessa Clotilde n. 2;

contro

PROVINCIA DI SAVONA, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Piergiorgi Alberti e Guido Francesco Romanelli, elettivamente domiciliata presso lo studio legale di quest'ultimo in Roma, alla via Cosseria n. 5;

e nei confronti di

ORFEO SOCIETÀ CONSORTILE A R.L., in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberta Ruggeri, Alessandra Guerrato Trissino, Giovanni Acquarone e Giovanni Candido di Gioia, elettivamente domiciliata presso lo studio legale di quest'ultimo in Roma, alla piazza Mazzini n. 27;

AUTOLINEE DELL'EMILIA S.P.A.,
non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 364 dell'11.3.2004/7.4.2004, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria, sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti d'appello formulati dalla S.A.R.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Savona e della Società consortile Orfeo;

Visto l'appello incidentale proposto dalla Società consortile Orfeo;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 13.7.2004 gli avv.ti Bormioli e Clarizia per l'appellante principale, l'avv. Alberti per la Provincia di Savona e l'avv. G. Acquarone e, su delega dell'avv. Di Gioia, l'avv. L. Acquarone, per la Società consortile Orfeo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con il ricorso specificato in epigrafe l'a.t.i. capeggiata da Sar – Autolinee Riviera S.p.a. (nel prosieguo “Sar”) è insorta contro il dispositivo n. 16 del 2004, con il quale il T.a.r. della Liguria ebbe a respingere l'impugnativa proposta dalla medesima società avverso gli atti della gara espletata dalla Provincia di Savona per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale (t.p.l.), urbano ed extraurbano, per una parte del territorio provinciale, definito “bacino A”.

La Sar ha altresì impugnato, deducendo motivi aggiunti d'appello, la sentenza del Tribunale ligure successivamente depositata.

Si sono costituite in giudizio la Società contortile Orfeo (in seguito “Consorzio Orfeo”) e l'amministrazione provinciale intimata.

Anche il Consorzio Orfeo ha appellato incidentalmente la sentenza in parola, riproponendo i motivi illustrati nell'omologo ricorso di primo grado.

All'udienza del 13.7.2004 parti e causa sono state assegnate in decisione.

2. È necessario premettere alla successiva esposizione alcuni brevi cenni sulla procedura di evidenza pubblica oggetto della controversia e sullo svolgimento del giudizio di primo grado.

2.1. Ai sensi delle previsioni del d.lgs. n. 422/1997 e delle disposizioni attuative della relativa legge regionale ligure (la l.r. n. 31/1998), la Provincia di Savona indisse una gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (per la durata di sei anni, prorogabile per un ulteriore triennio) in una parte del territorio provinciale (il “bacino A”), “storicamente” gestiti dalla Sar.

Alla procedura ristretta parteciparono due (dei tre) concorrenti invitati dalla Provincia alla fase di prequalificazione, ossia la suddetta Sar

(in a.t.i. con le altre imprese indicate in epigrafe) ed il Consorzio Orfeo, per conto delle consorziate Autolinee dell'Emilia s.p.a. e Saca s.c.r.l. (in seguito, rispettivamente, "Autolinee" e "Saca").

All'esito della gara, svoltasi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultò aggiudicatario del servizio di t.p.l. il Consorzio Orfeo.

2.2. A questo punto la Sar ricorse contro gli atti di gara avanti al T.a.r. della Liguria lamentando la mancata esclusione del Consorzio Orfeo e contestando le operazioni di gara, soprattutto sotto il profilo del maggior punteggio attribuito alla controinteressata; la richiesta di annullamento fu affidata ai seguenti motivi (riproposti, in secondo grado, avverso il dispositivo della sentenza inizialmente gravato):

I) violazione dell'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 158/1995 e dei punti 12 e 13 del bando, quanto alla partecipazione del Consorzio Orfeo anche per conto di Saca; eccesso di potere per violazione dell'autolimito, contraddittorietà e difetto di motivazione, essendosi ammessa l'offerta del Consorzio Orfeo pur non avendo quest'ultimo specificato quale fosse la composizione soggettiva della consorziata Saca, né avendo indicato le imprese per le quali essa partecipasse alla gara;

II) violazione dell'art. 23, comma 12, del d.lgs. n. 158/1995 e del punto 12 del bando; eccesso di potere per violazione dell'autolimito, contraddittorietà e difetto di motivazione, per non aver dimostrato il Consorzio aggiudicatario il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dalla *lex specialis*;

III) violazione del punto 12 del bando sotto altro profilo; eccesso di potere per violazione dell'autolimito, contraddittorietà e difetto di motivazione, in quanto sia Autolinee sia Saca non avrebbero comprovato il possesso dell'idoneità professionale all'esercizio della professione di trasportatore di viaggiatori su strada, di cui all'art. 6 del d.m. 20.12.1991 n. 448;

IV) violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale; eccesso di potere per violazione dell'autolimito, contraddittorietà e difetto di motivazione con violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 riguardo alle distanze minime delle fermate dai centri abitati: in quanto l'offerta dell'aggiudicataria non avrebbe garantito l'effettiva presenza di una fermata,

ad una distanza non superiore a 500 metri, dai centri abitati di Poggi, Conscente, Maccagne e Costino;

V) violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale; eccesso di potere per violazione dell'autolimita, contraddittorietà e difetto di motivazione, con violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, sotto ulteriore profilo, in ragione del mancato coordinamento dell'offerta dell'aggiudicataria con la linea Savona-Finale Ligure, appartenente al distinto e finitimo "bacino S";

VI) eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di fatti, difetto del presupposto, illogicità, violazione del principio di serietà dell'offerta e dei connessi principi di correttezza e buona fede, violazione dell'art. 25 d.lgs. n. 158/1995, con riferimento all'asserita inidoneità del progetto di qualità presentato dall'aggiudicataria (con conseguente anomalia dell'offerta di quest'ultima per la ritenuta insufficienza dei mezzi finanziari destinati all'acquisto di autobus);

VII) violazione dell'art. 25 d.lgs. n. 158/1995; violazione dei principi di serietà delle offerte e di correttezza e buona fede contrattuali, non essendosi pretesamente valutate, nella prospettiva di una corretta verifica dell'anomalia dell'offerta del Consorzio Orfeo, le prevedibili ricadute negative, in termini di contrazione della domanda dell'utenza, derivanti dall'attuazione del piano tariffario proposto dall'aggiudicataria, caratterizzato da consistenti aumenti;

VIII) violazione dell'art. 9, comma 2, della l.r. Liguria n. 31/1998 e degli atti di gara nella parte in cui lo recepiscono (punto 7 del bando); in subordine difetto di istruttoria, violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e difetto di motivazione; violazione dell'art. 25 d.lgs. n. 158/1995, per la manifesta inosservanza, nel computo delle tariffe offerte dall'aggiudicataria, del rapporto di 0,35 tra ricavi da traffico e costi operativi (al netto dei costi di infrastruttura), previsto dall'art. 9, comma 2, della suddetta legge regionale;

IX) eccesso di potere per mancata predeterminazione di criteri di massima; violazione dei generali principi in tema di funzionamento e formazione della volontà degli organi collegiali; violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e difetto di motivazione, con riguardo alla valutazione del progetto di rete ed al sottoelemento "transiti sul grafo della rete dei servizi extraurbani e struttura delle linee";

- X) violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, difetto di motivazione; eccesso di potere per difetto del presupposto e travisamento dei fatti, con riferimento al progetto di qualità presentato dall'appellante;
- XI) violazione dei generali principi in tema di funzionamento e formazione della volontà degli organi collegiali; violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e difetto di motivazione determinato dal fatto che, nella valutazione del progetto di rete, la commissione avrebbe illegittimamente considerato la media aritmetica di espressioni di voto individuali;
- XII) violazione dell'art. 24, comma 1, lett. b), d.lgs. 158/1995; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto del presupposto, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza; violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, difetto di motivazione rispetto alla valutazione delle offerte economiche ed, in particolare, relativamente alle tariffe da praticarsi all'utenza;
- XIII) violazione dell'art. 3 l. 241/1990 e difetto di motivazione, per essersi attribuiti ai concorrenti punteggi calcolati mediante l'applicazione di formule matematiche così complesse da rendere praticamente impossibile la comprensione del reale *iter* logico seguito dalla commissione;
- XIV) violazione dell'art. 25 d.lgs. n. 158/1995, in quanto la commissione avrebbe dovuto escludere, per anomalia, l'offerta dell'aggiudicataria.

La ricorrente, a corredo della richiesta di annullamento degli atti impugnati, propose altresì una domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni, con vittoria delle spese di causa.

2.3. Resisterono al ricorso sia il Consorzio Orfeo sia la Provincia di Savona contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e concludendo per la reiezione del gravame.

2.4. Il Consorzio Orfeo, da parte sua, notificava un ricorso incidentale deducendo, avverso i medesimi atti di gara impugnati dalla Sar, i seguenti motivi diretti a censurare la mancata esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla ricorrente principale:

- I) violazione da parte della Sar dell'art. 17 l. n. 68/1999, per omessa produzione della dichiarazione e della certificazione ivi prevista da parte di tutte le imprese associate; violazione dell'art. 23 d.lgs. n. 158/1995 e del punto 4.1. della lettera d'invito;

II) violazione della *lex specialis* con riguardo al progetto di rete; violazione da parte della Sar delle disposizioni del capitolato d'oneri (Allegato AC p. 15, parte I) imponenti l'obbligo, sanzionato a pena di esclusione, di assicurare almeno una coppia di corse ("andata + ritorno"), in tutti i giorni feriali, per ciascun centro abitato dei Comuni (elencati nell'art. 2, 1° co., *sub* 1.a, dello stesso capitolato);

III) eccesso di potere, con riguardo al progetto di qualità, a cagione dell'inidoneità degli investimenti finanziari programmati dalla Sar (per il rinnovo del parco mezzi) a soddisfare i requisiti del pari previsti a pena di esclusione.

2.5. Il T.a.r. Ligure, con la sentenza specificata in epigrafe, dichiarò infondate tutte le doglianze formulate dalla Sar, respingendo integralmente le domande proposte con il ricorso; non fu pertanto scrutinato quello incidentale.

La società soccombente venne inoltre condannata alla rifusione delle spese di giudizio in favore delle controparti costituite.

3. La Sar, come si è detto, ha dapprima proposto appello sulla base del solo dispositivo della decisione ed, una volta conosciutane le motivazioni successivamente depositate, ha integrato e precisato, con motivi aggiunti, le critiche rivolte alla sentenza.

3.1. Si è costituita con controricorso la Provincia di Savona chiedendo la reiezione integrale dell'impugnazione.

3.2. Il Consorzio Orfeo ha ampiamente controdedotto sulle censure avversarie ed ha pure riproposto, con apposito appello incidentale, i motivi del ricorso incidentale non esaminati dal primo giudice.

4. Tanto succintamente premesso, possono ora esporsi le ragioni della presente decisione.

Il Collegio ritiene che l'impugnata sentenza del T.a.r. Ligure meriti integrale riforma: si palesano invero fondati entrambi i mezzi di impugnazione, principale ed incidentale, nelle parti in cui le appellanti stigmatizzano l'operato della commissione di gara in punto alla mancata esclusione dalla procedura delle rispettive concorrenti.

5. Delle numerose ed articolate doglianze formulate dalla Sar appare infatti pienamente condivisibile ed assorbente quella precedentemente riferita *sub*

2.2.IV), con la quale si è denunciata l'inosservanza, da parte del Consorzio Orfeo, delle distanze minime dai centri abitati imposte dalla lettera-invito e dal capitolato speciale.

5.1. A tal proposito occorre riportare il contenuto *in parte qua* della normativa di gara.

Giova quindi premettere ulteriormente in fatto che:

- a) il punto 19 del bando di gara, rubricato «Criteri di aggiudicazione», prevede come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e stabilisce che «(a) tale fine si considereranno i contenuti dell'Offerta Tecnica, che si sostanzia in un Progetto di Rete ed in un Progetto di Qualità, e dell'Offerta Economica»;
- b) le modalità di presentazione dell'offerta sono disciplinate dalla lettera di invito; in particolare, il punto 3. esige il confezionamento, a cura delle partecipanti, di quattro distinti plichi (rispettivamente relativi ai documenti di gara, all'offerta tecnica, valori delle tariffe ed all'offerta economica);
- c) il ridetto punto 3. individua poi nel “Plico B” quello destinato a contenere l'offerta tecnica;
- d) il successivo punto 4.2., dedicato appunto al “Plico B”, stabilisce che l'offerta tecnica si compone di un Progetto di Rete e di un Progetto della Qualità dei Servizi, entrambi a redigersi secondo quanto previsto nell'Allegato AC del capitolato;
- e) il capitolato, costituito da un articolato e da una serie di allegati, reca all'art. 2 alcune definizioni dei termini utilizzati nella *lex specialis*; in particolare, ai sensi della lett. e) di questa disposizione, per «invarianti di capitolato di gara dell'offerta di trasporto» si intende l'«insieme di elementi sintetici descrittivi dell'offerta di trasporto la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara» (la sottolineatura è stata aggiunta);
- f) nel secondo comma del successivo art. 7, rubricato «Percorrenza minima richiesta ed “Invarianti di capitolato di gara dell'offerta di trasporto”», si precisa che «(l)a percorrenza minima annua richiesta costituisce una delle “invarianti di capitolato di gara dell'offerta di trasporto”. Nell'Allegato AC “Specifiche per la presentazione dell'offerta tecnica” sono indicate tutte le “invarianti di capitolato di gara dell'offerta di trasporto”»; ivi ancora si ribadisce che «Il mancato rispetto anche di una sola della “invarianti di

capitolato di gara dell'offerta di trasporto" determina l'esclusione dell'offerta dalla gara"»;

g) l'Allegato AC "Specifiche per la presentazione dell'offerta tecnica", sub «Contenuti del Progetto di Rete», reca poi la disposizione maggiormente rilevante per la decisione della presente controversia; la previsione, nella parte di interesse, testualmente recita: «Il Progetto di rete ha una struttura formalizzata. Esso si compone di note descrittive, tabelle, schede ed elaborati grafici nel seguito specificati ...

Parte 1 *Nota descrittiva* contenente la specifica delle nuove linee e delle relative modalità di esercizio mediante le quali l'impresa si impegna a servire con almeno una coppia di corse (andata+ritorno) in tutti i giorni feriali tutti i centri abitati dei comuni di cui all'art. 2, comma 1, sub 1.a) del presente Capitolato, con popolazione almeno pari a 50 unità come risultante dal Censimento ISTAT 1991, compresi quelli attualmente non serviti ... Si precisa che un centro abitato si considera servito se il servizio di trasporto transita nelle sue prossimità, prevedendo una fermata a distanza non superiore a 500 metri dal principale aggregato di abitazioni del centro ... Si rileva che l'obbligo di servire con almeno una coppia di corse nei giorni feriali tutti i centri abitati con almeno 50 residenti afferisce alla deliberazione del Consiglio Regionale n.º 73 del 28/12/2001 e qualifica una delle "Invarianti di capitolato di gara dell'offerta di trasporto" ... È di seguito riportato l'elenco dei centri abitati dei comuni della provincia di Savona ricompresi nel Bacino e per i quali sussista l'obbligo di servizio, distintamente per comune di appartenenza e con la specificazione della popolazione residente: ... poggi (123), ... conscente (109), ... maccagne (54), ... costino (75) ...».

5.2. Da quanto appena riferito si evince che la normativa di gara consentiva ai singoli concorrenti di strutturare liberamente il progetto di rete del servizio nel rispetto – preteso a pena di esclusione – di alcune cc.dd. "invarianti" e che, nel novero di queste ultime, certamente rientrava anche l'obbligo inderogabile di servire tutti i centri abitati, indicati nominativamente nell'Allegato AC ed analiticamente distinti per ciascun comune rientrante nel Bacino A.

5.3. La Sar, già in sede procedimentale, ebbe a denunciare la violazione di tale invariante da parte del dal Consorzio Orfeo la cui offerta tecnica, a detta dell'appellante, risultava deficitaria per i centri abitati di Conscente, Poggi, Maccagne e Costino; tanto è vero che la commissione di gara, siccome si apprende dalla lettura del verbale della seduta tenutasi il 7.2.2003, valutò opportuno incaricare i servizi tecnici del Settore Viabilità della Provincia della verifica delle distanze esistenti tra alcuni centri abitati e le fermate di t.p.l. a questi più vicine.

5.4. A siffatta richiesta di informazioni il Settore Viabilità della Provincia di Savona, disposte le necessarie verifiche (anche «*in sito*»), rispose con una nota del 7.3.2003, nella quale si rilevava come le fermate del bus esistenti rispettassero la distanza massima prevista dalla normativa di gara nei soli comuni di Conscente, Maccagne e Costino, mentre, nel caso del centro abitato di Poggi di Leca, tali distanze (segnatamente calcolate dalle paline esistenti lungo la via Piemonte) oscillassero tra un minimo di 1.100 metri ed un massimo di 1.800 metri.

5.5. La commissione di gara, una volta ricevuta la nota provinciale summenzionata, si riunì nuovamente in data 11.3.2003 per giungere alla conclusione che l'esito degli accertamenti effettuati non inficiasse la regolarità dell'offerta tecnica del Consorzio Orfeo; tanto si legge infatti nel verbale della seduta: «La Commissione ritiene che le considerazioni del Settore Viabilità non siano tali da pregiudicare la successiva valutazione dell'offerta presentata da "Orfeo" e che si possa proseguire nella valutazione dell'offerta medesima. Infatti, sebbene le rilevazioni del suddetto Settore evidenzino un caso in cui è stata registrata una distanza superiore ai 500 metri (Poggi di Leca di Albenga), la Commissione non ritiene di poter escludere il concorrente dalla gara, perché, in ogni caso, vi è la possibilità di utilizzare (eventualmente su specifica prescrizione dell'amministrazione concedente, cui è riconosciuta tale possibilità) una fermata più vicina, oggi usata solo parzialmente». Nonostante le successive rimostranze della Sar, la commissione non si discostò più da tale posizione, ribadendola anche nei verbali delle sedute del 4.6.2003 e del 29.7.2003.

5.6. La Sar insistette nell'identica censura anche avanti al T.a.r. della Liguria.

In primo luogo la ricorrente contestò, sotto un duplice aspetto, la metodologia di misurazione seguita dall'ufficio provinciale interpellato, in quanto *a)* asseritamente consistita nell'esclusiva ricerca di riscontri di natura documentale (quale la consultazione delle cartografie esistenti e nella richiesta di dati in possesso di altri enti) invece che in una di una verifica *in loco* e *b)* comunque considerata frutto di un vero e proprio travisamento dell'oggetto dell'accertamento delegato per aver l'ufficio provinciale fatto riferimento, non già – siccome sarebbe stato pretesamente necessario alla stregua del letterale tenore della normativa di gara – all'effettiva ubicazione del principale aggregato di abitazioni dei vari centri interessati, ma ad inconferenti profili di natura giuridico-amministrativa (quali il cartello di inizio del centro abitato o la perimetrazione del centro abitato ai sensi del codice della strada).

In secondo luogo la Sar si lamentò dell'inerzia opposta dalla commissione di gara alle reiterate richieste di svolgere un ulteriore approfondimento istruttorio sull'osservanza del requisito in parola da parte del Consorzio Orfeo, nonostante le certificazioni comunali prodotte in sede procedimentale dalla ricorrente (confortate da una relazione tecnica asseverata eseguita, su incarico della stessa parte, da un libero professionista) fossero manifestamente in contrasto con le risultanze delle verifiche provinciali per le località Maccagne, Consente, Poggi e Costino.

Infine la Sar osservò come i riscontri effettuati dal Servizio provinciale, malgrado la loro asserita imprecisione, evidenziassero comunque l'incontrovertibile insussistenza della specifica invariante di gara nel caso della località di Poggi di Leca.

5.7. Il T.a.r. ligure non reputò fondate le censure articolate dalla Sar ed alle riferite argomentazioni oppose la seguente motivazione: «Con il quarto motivo la ricorrente deduce il mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria dell'invariante di gara che impone di servire, con una fermata a distanza non inferiore 500 m., una serie di centri abitati, specificamente indicati nel capitolato di gara ... La controinteressata, dal canto suo, oltre a ribadire le difficoltà di individuazione dei centri abitati stessi invoca un documento della Provincia, uno studio preliminare alla stesura del bando di gara ed alle operazioni di gara alla quale si sarebbe conformata.

Tale documento è, tuttavia, contestato dalla ricorrente la quale rileva che non essendo documento di gara non poteva essere utilizzato, se non a suo rischio e pericolo, da Orfeo.

Doverosamente chiarite le posizioni delle parti il Collegio osserva come la previsione del capitolato fosse alquanto generica ... Orbene il concetto di "*principale aggregato di abitazioni del centro*" sembra difficilmente suscettibile di incontrovertibile accertamento quante volte si abbia a che fare con centri minuscoli i quali talvolta non presentano neppure un significativo agglomerato di abitazioni, configurandosi piuttosto come case sparse. Sotto altro profilo, una volta individuato il principale aggregato di abitazioni del centro, non viene stabilito da quale punto dell'agglomerato si debba operare la misurazione se cioè dal punto dell'ideale perimetro più vicino ovvero da quello più lontano ovvero ancora individuando una sorta di centro geometrico del perimetro.

Va, infatti, rilevato che, sul punto, i documenti di gara non contengono alcun ulteriore precisazione. In queste condizioni stante la imperfetta determinazione del criterio le varianti possono essere tante quanti sono i misuratori, ne consegue che l'accertamento della Provincia non può essere sovvertito semplicemente adducendo altre e diverse misurazioni.

Sotto altro profilo, in assenza di idonee indicazioni in sede di bando o capitolato di gara, il principio della massima partecipazione impone di considerare quale punto della misurazione quello più vicino alla fermata prevista dall'offerente.

Invero, in presenza di una serie di criteri diversi tutti astrattamente compatibili con la lettera del bando impone di utilizzare il criterio che consente la più ampia partecipazione alla gara. In questo modo deve considerarsi valida l'offerta purché la fermata fosse situata almeno a 500 mt. dal punto più vicino dell'ideale perimetro che congiunge le linee esterne delle abitazioni che compongono il centro stesso.

Utilizzando tale criterio è agevole avvedersi del rispetto della distanza anche nel caso in cui la Provincia lo ha escluso, relativamente al centro abitato di Poggi di Leca d'Albenga.

In tale ipotesi, infatti, i misuratori della Provincia hanno, per loro stessa ammissione, considerato solo le fermate esistenti sulla via Piemonte di Leca

d'Albenga non considerando la fermata del Cimitero di Leca d'Albenga, fermata prevista dalla linea n. 1560004 (Alberga - Cimitero Leca) prevista dall'anagrafica delle linee di riferimento a pag. 33 del capitolato d'oneri (si cfr. capitolato d'oneri *sub* prod. 12 di Orfeo).

Infine, non può farsi a meno di rilevare come lo stesso accertamento della Provincia evidenzi come il centro in questione (Poggi di Leca d'Albenga) non sia neppure identificabile come toponimo ai sensi del codice della strada e che quindi sarebbe stato necessario riferirsi alle indicazioni presenti sulle varie vie.

Evidente si appalesa, a questo punto, l'inapplicabilità del criterio del principale aggregato di abitazioni del centro previsto dal capitolato.

Infine ad avviso del Collegio un potenziale elemento di confusione è derivato dalle indicazioni dello studio predisposto dalla Provincia.

A tal riguardo il Collegio non può escludere a priori la rilevanza di tale documento il quale da un lato è espressamente finalizzato alla redazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di TPL nei bacini "A" e "S" della Provincia di Savona e dall'altro si riferisce esplicitamente ai servizi di TPL nel periodo 2001 – 2002.

Di detto studio è fatto menzione nella deliberazione n. 142 del 9 luglio 2002 con cui è stata bandita la gara che nelle premesse esplicitamente afferma: *“Vista la propria decisione in data 02.07.2002 con la quale, sulla base dell'elaborato predisposto dalla Società Trasporti territorio Ambiente, si prendeva atto e si approvava la quantificazione delle risorse in €. 4.316.863,00 oltre IVA al 10%; la definizione della percorrenza minima di bacino ammontante a 2.279.342 veicoli*km annui e la determinazione dei corrispettivi chilometrici pari a: €.1,89 oltre IVA al 10%.*

La menzione dello studio nella deliberazione di indizione della gara costituisce anche indizio della veridicità delle affermazioni della controinteressata relativamente alla distribuzione dello stesso ai partecipanti alla gara.

Orbene, a pag. 63 dello studio si individuavano alcuni centri con popolazione superiore a 50 abitanti non serviti, tra i quali non figura nessuno dei centri oggetto di contestazione.

In conclusione, la incertezza obbiettiva del criterio indicato nel capitolato, la presenza di uno studio che poteva prestarsi a interpretazione diverse configurano una condizione di obbiettiva incertezza delle prescrizioni del capitolato di gara e della loro concreta applicazione che tali da non ritenere censurabile il comportamento della provincia che non ha escluso Orfeo.

Invero, la giurisprudenza ha, in più occasioni, richiamato l'operatività della massima partecipazione alle gare ogni qualvolta le clausole del bando siano di incerta interpretazione (C. di S., sez. V, 13 dicembre 1996 n. 1536, sez. V 25 giugno 2002 n. 3269, sez. V, 25 marzo 2002 n. 1695)».

5.8. A ben vedere le argomentazioni del primo giudice poggiano, innanzitutto, sul rilievo della pretesa oscurità, *in parte qua*, del testo della *lex specialis*: in particolare, a detta del T.a.r., l'esatta esegesi del concetto di "principale aggregato di abitazioni del centro" – termine asseritamente atecnico e non puntualmente definito dalla normativa di gara né univocamente precisabile (e dunque nemmeno incontrovertibilmente misurabile) sulla scorta di criteri oggettivi reperibili *aliunde* – nello specifico sarebbe stata resa ancor più difficile a cagione della confusione, pretesamente ingenerata nelle imprese partecipanti alla procedura, da uno studio predisposto dalla Provincia di Savona (citato altresì nella relativa deliberazione di indizione) in vista della redazione del bando della gara e tuttavia non recante menzione nel alcuna dei centri abitati in contestazione.

In presenza di siffatta incertezza obbiettiva nell'applicazione di un'essenziale invariante di gara, il primo giudice ha giudicato corretta la decisione della commissione di non escludere l'offerta del Consorzio Orfeo, opinando di poter accordare prevalenza nella fattispecie al principio della massima partecipazione.

Sulla base di siffatto divisare il T.a.r. è così pervenuto alla conclusione che l'unico criterio compatibile con il suddetto *favor participationis* fosse quello della previsione di una fermata distante non più di 500 m. dal punto più vicino dell'«ideale» linea spezzata risultante dalla congiunzione dei punti esterni corrispondenti alle abitazioni di ciascun centro; in applicazione di tale criterio, l'offerta del Consorzio Orfeo risulterebbe conforme alla *lex specialis* per tutte le località in questione, ivi compresa quella di Poggi di Leca dovendosi considerare in tal caso la

fermata del Cimitero prevista dall'anagrafica delle linee di riferimento del capitolato d'onori.

6. Le riferite motivazioni spiegate dal Tribunale genovese non sono condivisibili e richiedono analitica confutazione.

6.1. È d'uopo principiare dalla critica all'argomento della pretesa idoneità decettiva dello studio preliminare elaborato dalla Provincia di Savona.

Dalla pagine della sentenza impugnata affiora infatti l'idea che, anche qualora il Consorzio Orfeo avesse realmente violato la specifica invariante di gara, la circostanza non avrebbe potuto comunque condurre all'esclusione del medesimo dalla procedura in forza del prevalere, rispetto a tale "errore incolpevole", dell'affidamento legittimo riposto dal Consorzio sul contenuto del prefato studio (non recante, come si è accennato, l'indicazione di alcuni centri abitati nominati invece nel richiamato Allegato AC del capitolato).

Non può aderirsi a siffatta opinione per le seguenti considerazioni.

Innanzitutto il dato incontestabile dal quale occorre muovere è che lo studio succitato non ha mai fatto parte integrante della normativa di gara, né può giungersi a diverse conclusioni facendo esclusivamente leva sul generico riferimento ad esso contenuto nel preambolo della deliberazione di indizione della procedura.

Non a caso, nello stesso "Rapporto" in parola, si dà chiaramente atto della valenza meramente interna di esso quale «strumento di supporto alle decisioni» (così a pag. 1) ed, ancor più esplicitamente, si precisa che:

- «(n)onostante la particolare cura dedicata all'aggiornamento della base dati dell'ORIT ... non si può escludere la presenza di incongruenze ed errori puntuali. Le informazioni fornite non hanno pertanto valore probatorio ai fini della gara per l'affidamento dei servizi di trasporto dei due bacini» (così a pag. 9; la sottolineatura è stata aggiunta);
- con specifico riguardo al centro abitato di Poggi di Leca, che la dicitura «è posto a meno di 500 metri dalla più vicina fermata» (testualmente riportata a pag. 60 del Progetto di rete presentato dal Consorzio Orfeo) aveva «soltanto valore di indicazione, poiché la distanza è calcolata su itinerario cartografico» (v. a pag. 28).

Sotto questo profilo, dunque, a fronte di un'espressa avvertenza, rimarcata dalla stessa amministrazione indicente, circa l'estraneità del documento (comunque dichiaratamente impreciso) alla disciplina di gara, non vi è spazio alcuno per accordare tutele di sorta all'affidamento (che, peraltro, il T.a.r. presume, ma non dimostra) su di esso ingiustificatamente riposto dal Consorzio Orfeo.

Invero, nella materia degli appalti, la considerazione dell'affidamento di un partecipante può rilevare, con finalità latamente "sananti", alla condizione imprescindibile che essa risulti compatibile con la preminente protezione dei valori primari della garanzia del pari trattamento dei concorrenti e della selezione competitiva tra gli stessi (competizione che, si noti bene, attiene anche all'attento esame ed alla corretta interpretazione della *lex specialis*), tal che il bilanciamento tra i differenti valori in gioco può risolversi a vantaggio dell'affidamento, qui inteso quale particolare declinazione del *favor participationis*, nelle sole ipotesi in cui esso poggi su di un atteggiamento psichico formatosi, appunto, "legittimamente". Detto altrimenti, il principio in rassegna può esclusivamente invocarsi nei casi in cui alla genesi dell'errore, di percezione o di comprensione della *lex specialis*, nel quale sia incorso il concorrente interessato abbia causalmente contribuito il comportamento contraddittorio o ambiguo tenuto dall'amministrazione aggiudicataria.

All'evidenza, nella vicenda in esame, siffatta condizione non si è affatto verificata: la Provincia di Savona ha, dapprima, correttamente avvisato i lettori dello studio della possibile incompletezza di esso e poi, nel capitolato d'onere, ha analiticamente individuato i centri abitati da collegare con i servizi di trasporto.

6.2. Sgombrato così il campo dall'argomento fondato sulla tutela del legittimo affidamento, può passarsi a scrutinare l'altra parte della motivazione della sentenza appellata, laddove il T.a.r. ha ravvisato una violazione del dovere amministrativo di *clare loqui*; in dettaglio, il primo giudice ha censurato di oscurità il capitolato con riguardo al concetto di "principale aggregato di abitazioni", trattandosi assertivamente di nozione non esattamente determinabile alla luce dei documenti di gara.

L'assunto è destituito di fondamento.

Nella lettera d'invito, *sub* 2, si precisa che del capitolato d'oneri fanno parte integrante anche gli allegati in esso specificati; nell'indice del capitolato si elencano tutti gli allegati, ivi inclusi quelli cartografici (Allegati T1 e T2).

L'Allegato T2 è costituito da una "Tavola 2" effigiate il grafo semplificato della rete extraurbana di riferimento per i Transiti Minimi.

A tal proposito la Sar ha segnalato che la suddetta Tavola 2 riporta la precisa (ed autovincolante per la p.a.) individuazione grafica del perimetro del centro abitato di Poggi.

Sul punto si osserva incidentalmente, in risposta ad un'eccezione d'inammissibilità sollevata dal Consorzio Orfeo, che la Tavola in questione è legittimamente transitata negli atti del presente giudizio: essa infatti risulta prodotta in prime cure dalla Provincia appellata (deposito del 28.2.2003; all. n. 1) e comunque, anche qualora siffatta produzione fosse stata omessa, il Collegio non avrebbe potuto espungerla dal fascicolo di causa, trattandosi di un elaborato grafico patentemente indispensabile ai fini del decidere costituendo parte essenziale della *lex specialis* (che il primo giudice avrebbe dovuto comunque acquisire *ex art.* 21 l. tar) nonché sicuramente ammissibile alla stregua delle regole che disciplinano il *novum* in appello (non estendendosi il divieto dello *jus novorum* alle prove costituite quali i documenti che servono al giudice di appello per verificare l'esattezza della pronuncia impugnata).

Tornando ai superiori rilievi, va detto che, a tutto concedere, la perplessità ermeneutica sulla quale ha lungamente insistito il T.a.r. ligure potrebbe piuttosto concernere, non già la definizione geometrica di un perimetro che non è affatto «ideale» (come si legge invece a pag. 31 della decisione impugnata), quanto i diversi profili: *a)* dell'esatta localizzazione, all'interno delle singole località delimitate dai grafici facenti parte della *lex specialis*, del "principale aggregato di abitazioni", qualora queste ultime si presentino distribuite, nell'ambito delle singole aree, in maniera non uniforme né concentrata; e *b)* della precisa individuazione del punto rispetto al quale misurare la distanza prescritta (l'altro estremo di tale distacco è ovviamente la fermata del bus indicata dagli offerenti, per ogni centro abitato).

Anche questi dubbi tuttavia si dissolvono ad una ragionevole interpretazione della normativa di gara.

Innanzitutto occorre soffermarsi sull'oggetto della misurazione rilevante: certamente la distanza di m. 500, presa in considerazione dalla *lex specialis*, non è quella calcolabile "in linea d'aria". Non occorre invero spendere molte parole sul fatto che gli utenti di un servizio di t.p.l. sono persone che non dispongono di un proprio mezzo di trasporto e, dunque, il tratto in questione deve logicamente coincidere con il "percorso minimo pedonale" (al quale, del resto, fa espresso riferimento la succitata nota provinciale del 7.3.2003). L'esigenza obiettivamente soddisfatta dal criterio in esame è infatti proprio quella di contenere la lunghezza del tragitto necessario a raggiungere la fermata dell'autobus, partendo dal centro abitato.

La perimetrazione tracciata nella Tavola 2 fuga poi le residue difficoltà interpretative sopra evidenziate: in presenza di un centro abitato, pur collocato all'interno di essa, ma non chiaramente distinguibile come "principale aggregato", ben avrebbe potuto l'amministrazione aggiudicatrice considerare conformi al capitolato tutte le offerte in cui la distanza tra la fermata stabilita ed un qualsiasi punto del ridotto perimetro fosse pari od inferiore a m. 500.

È bene mettere in risalto che siffatto criterio è solo apparentemente simile a quello suggerito dal T.a.r.: invero, in linea generale, non sussiste alcuna certezza che tutte le abitazioni più esterne (concetto di per sé assai vago) dei vari centri abitati, oggetto del servizio, siano effettivamente ricomprese nelle aree definite dalla Tavola 2. Ne consegue che l'applicazione del criterio indicato dal primo giudice – pur volendo sorvolare sulla circostanza che esso non è, in concreto, suffragato da alcun idoneo riscontro istruttorio - avrebbe potuto condurre ad esiti di volta in volta differenziati a seconda dei parametri utilizzati, a monte, per selezionare i vertici delle linee spezzate delimitanti le singole località.

Il criterio in parola non è stato rispettato dal Consorzio Orfeo nel caso del centro abitato di Poggi di Leca.

Sicuramente, come riconosciuto dallo stesso T.a.r. (a pag. 31 della motivazione), la violazione denunciata dalla Sar sussiste per la fermata esistente sulla via Piemonte di Leca d'Albenga.

Ad avviso del Collegio il primo giudice ha invece errato nel considerare conforme al requisito di gara l'altra fermata sita in prossimità del cimitero di Leca di Albenga.

Sul punto il giudizio del T.a.r. appare doppiamente fallace.

In primo luogo si ribadisce che le argomentazioni del Tribunale non sono sorrette da alcun riscontro probatorio.

Il giudice territoriale ha infatti dato per acquisito il dato metrico relativo a questa seconda fermata, senza tuttavia chiarire quali emergenze processuali conducessero ad una conclusione sicuramente non confortata dal riferito tenore della nota provinciale sia dalla perizia di parte prodotta dalla Sar.

Al cospetto di tali contraddittorie risultanze il T.a.r., invece di approdare apoditticamente ad esiti non verificati (e, per quanto si è detto sopra, nemmeno univocamente verificabili), non avrebbe potuto esimersi dal disporre un ulteriore ed apposito accertamento istruttorio.

Opina però il Collegio che non sia questo il principale errore di giudizio insito nel ragionamento decisorio del T.a.r. (dacché il giudice d'appello dispone degli strumenti necessari per rimediare alle eventuali lacune istruttorie del primo processo).

Si è già detto infatti che, secondo la sentenza impugnata, la fermata da prendersi in considerazione, nel caso di Poggi di Leca, fosse quella prevista dalla linea contraddistinta dal codice n. 1560004 (Albenga-Cimitero Leca).

Il primo giudice ha quindi mostrato di condividere l'avviso espresso dalla commissione giudicatrice nel verbale della seduta dell'11.3.2003. Il T.a.r. tuttavia non si è avveduto degli occulti vizi logici di quella determinazione amministrativa: lo stesso organo di gara non mancò infatti di rilevare contestualmente come allora l'uso della fermata sostitutiva in questione fosse, in realtà, soltanto parziale, tanto che ne poté ipotizzare un utilizzo più intenso soltanto a seguito di un'eventuale, futura, «specifica prescrizione dell'amministrazione concedente».

In altri termini la commissione di gara ha evidentemente ritenuto, pur non essendosi chiaramente espressa in tal senso, che la Provincia di Savona avrebbe potuto richiedere al Consorzio Orfeo di prevedere una fermata obbligatoria nei pressi del Cimitero di Leca in un'epoca successiva all'intervenuta aggiudicazione, ovverosia in sede di predisposizione del Programma di esercizio secondo quanto previsto dall'art. 9 del capitolato d'onori (laddove esso dispone: «1. I servizi di trasporto sono esercitati in base ad un Programma di esercizio predisposto dall'impresa affidataria dei servizi di trasporto in forma coerente con il Progetto di Rete dalla stessa formulato. 2. Sono consentite modifiche al Programma di esercizio in esecuzione del contratto, nei modi e alle condizioni di cui agli artt. 8, 9, 10 dello Schema di contratto di servizio. 3. L'Ente affidante ha facoltà di richiedere l'attivazione di linee a carattere temporaneo finalizzata a sperimentare l'eventuale loro stabile inserimento, anche in termini sostitutivi di altre linee, nel Programma di esercizio, alle condizioni di cui all'art. 12 dello Schema di contratto di servizio»).

Le precedenti considerazioni rendono del tutto manifesta l'irrilevanza, ai fini del mantenimento in gara del Consorzio Orfeo, della possibile sostituzione configurata dalla commissione (ed anche dal T.a.r.), pena il plateale *vulnus* della *par condicio* concorsuale.

Il meccanismo disciplinato dal citato art. 9 del capitolato d'onori concerne infatti le vicende successive all'aggiudicazione del servizio e pertiene, dunque, alla gestione delle eventuali sopravvenienze contrattuali afferenti al rapporto tra p.a. appaltante ed aggiudicataria, non già al distinto e prioritario (in senso logico e cronologico) profilo del rispetto, in sede di presentazione delle offerte da parte delle concorrenti, delle "invarianti di capitolato".

Ne consegue che la commissione non avrebbe certamente potuto accordare rilievo *ex ante*, a giustificazione dell'omessa previsione da parte del Consorzio Orfeo di un requisito indefettibile dell'offerta tecnica, alla circostanza che la normativa di gara contemplasse la potestà della Provincia di Savona di specificare dettagliatamente, in un momento posteriore all'avvenuta aggiudicazione, il Programma di esercizio (in modo da renderlo il più possibile aderente alle esigenze delle collettività interessate); essa

piuttosto, una volta preso atto della mancata indicazione di una fermata “obbligatoria” in quel di Poggi di Leca (ossia, di una coppia di corse in tutti i giorni feriali), avrebbe dovuto sicuramente escludere la relativa offerta tecnica giacché in contrasto con la *lex specialis*.

Così non è stato.

Il doveroso accoglimento *in parte qua* dell’appello della Sar conduce all’inevitabile annullamento degli atti impugnati e, pertanto, il Collegio può esimersi dallo scrutinio degli ulteriori mezzi di gravame dedotti dall’appellante principale.

7. Siffatto esito processuale non esaurisce però l’intero *thema decidendum* oggetto del contenzioso. Se in primo grado il T.a.r., dopo aver dichiarato l’infondatezza dell’impugnativa proposta dalla Sar, ha potuto prescindere dal sindacare i motivi del ricorso incidentale del Consorzio Orfeo, non altrettanto è consentito al giudice di appello in presenza di un’omologa impugnativa recante le identiche doglianze formulate in prime cure.

Avendo infatti concorso alla gara in parola soltanto le due appellanti, ciascuna di esse nutre, non rilevando la natura principale od incidentale dei gravami rispettivamente proposti, un pieno interesse all’esame delle critiche rivolte alla decisione impugnata giacché l’accoglimento dell’appello della Sar potrebbe non risolversi necessariamente, sul piano amministrativo, nella consequenziale aggiudicazione della gara allorquando anche la partecipazione alla procedura dell’appellante principale si rivelasse viziata alla stregua delle censure dedotte dal Consorzio Orfeo (che conserva dunque l’interesse strumentale, indubbiamente meritevole di tutela, all’eventuale ripetizione dell’intera procedura di gara, onde potervi nuovamente prendervi parte); quanto testé considerato giustifica, appunto, il mancato esame preliminare, da parte del Collegio, dell’appello incidentale in argomento.

7.1. Tre sono le lagnanze sottoposte dal Consorzio Orfeo al giudizio della Sezione:

I) violazione, da parte della Sar, dell’art. 17 l. n. 68/1999, a causa della mancata produzione della dichiarazione e della certificazione ivi prevista per ciascuno dei legali rappresentanti delle imprese associate nella relativa a.t.i.; comunque violazione dell’art. 23 del d.lgs. n. 158/1995 e del punto 4.1. della lettera d’invito;

II) violazione della *lex specialis*, con riguardo al Progetto di Rete, per avere la Sar disatteso le disposizioni del capitolato d'oneri (Allegato AC, p. 15, parte I) dirette ad assicurare, a pena d'esclusione, il collegamento di tutti i centri abitati dei Comuni di cui all'art. 2, 1° co., *sub* 1.a. del capitolato d'oneri medesimo, con (almeno) una coppia di corse (andata+ritorno) nei giorni feriali;

III) eccesso di potere, con riguardo al Progetto di Qualità, mercé l'asserita inidoneità degli investimenti programmati dalla Sar (per il rinnovo del parco mezzi) a soddisfare i requisiti di vetustà richiesti a pena di esclusione.

7.2. Il Collegio, esaminati i motivi surriportati, ritiene fondato (nei limiti di seguito precisati) ed assorbente il primo di essi, relativo alla dedotta insufficienza della documentazione presentata dalla Sar rispetto a quanto puntualmente prescritto dal punto 4.1. della lettera d'invito (recante l'analitica elencazione dei documenti di gara da inserire nel "Plico A").

A tal proposito giova premettere che l'ultimo periodo del punto succitato recita testualmente: «La mancata presentazione di anche uno solo dei documenti anzidetti ... nei modi sopra indicati comporta l'esclusione dalla gara» e, poche righe sopra, la stessa previsione impone la produzione di una dichiarazione attestante l'osservanza, da parte del soggetto concorrente, delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

La prescrizione, sebbene non corredata dall'espressa specificazione dei precetti di rango primario applicati, rinvia chiaramente all'art. 17 della l. n. 68/1999 che, rubricato «Obbligo di certificazione», dispone: «Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione».

In alcune precedenti occasioni la Sezione si è occupata *ex professo* dell'adempimento prescritto dalla norma in rassegna, (costituente "requisito di partecipazione" e non mera "condizione di aggiudicazione"), segnalandone l'importanza ai fini della promozione e della tutela dinamica

del valore dell'integrazione dei disabili nel mondo del lavoro (in tema, si veda, soprattutto, Cons. St., sez. V, 6.7.2002, n. 3733).

7.3. È a dirsi poi che la censura spiegata del Consorzio Orfeo si incentra sulla pretesa inidoneità della dichiarazione resa dalla Sar (che, si ricorda, capeggia un nutrito raggruppamento) perché:

- a) resa, non singolarmente da ciascuna impresa appartenente all'a.t.i., ma unicamente dal legale rappresentante della capogruppo mandataria, come tale non investito, soltanto in forza del mandato collettivo speciale, del potere di attestare il rispetto del requisito da parte di tutte le mandanti;
- b) non supportata dal certificato, ugualmente menzionato dall'art. 17 l. cit..

7.4. Per una compiuta disamina della censura è d'uopo descrivere analiticamente, in via preliminare, la dichiarazione *ex lege* n. 68/1999 versata in atti dalla Sar (doc. 10): essa consiste in un documento, datato 19.12.2002 e composto di un unico foglio - recante l'intestazione «Dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa ai sensi della legge 4 gennaio 1968, n° 15» - a firma del legale rappresentante della Sar («ed in tale qualità in possesso di mandato collettivo speciale di rappresentanza del Raggruppamento Temporaneo di Imprese di cui la SAR s.p.a. è azienda mandataria»), dal seguente testuale tenore: «dichiara che tutte le aziende componenti il Raggruppamento Temporaneo di Imprese hanno ottemperato agli obblighi di assunzione dei disabili come previsto dall'art. 3 della Legge 12 marzo 1999 n° 68 ...».

7.5. La Sar, sul punto, si è difesa rilevando come la suddetta dichiarazione dovesse ritenersi valida a comprovare l'ottemperanza di tutte le imprese partecipanti al raggruppamento alle norme della l. n. 68/1999, in quanto pienamente conforme all'art. 47, 2° co., delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (ed alla *lex specialis* che puntualmente lo richiama al punto 12. del bando) laddove la norma del testo unico, con disposizione corrispondente a quella del previgente art. 2, 2° co., 1° per., del d.p.r. 20.10.1998, n. 403, stabilisce che «La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare

anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza».

L'argomento principalmente addotto dalla Sar si fonda, in particolare, sull'interpretazione dell'espressione normativa «dichiarazione resa nell'interesse proprio»: ad avviso dell'appellata incidentale, la disposizione assegnerebbe piena efficacia certificativa alla “dichiarazione resa ‘anche’ nell'interesse proprio”.

Detto altrimenti la Sar, essendo a conoscenza del sicuro rispetto della normativa sul lavoro dei disabili da parte di tutte le imprese della compagine da essa guidata, ben avrebbe potuto autodichiarare (quale «soggetto concorrente») tale “fatto”, per i fini e gli effetti del secondo comma dell'art. 47, mediante un'unica dichiarazione.

7.6. La tesi difensiva appena esposta (che rielabora e sviluppa l'identica soluzione patrocinata dalla commissione di gara nella seduta del 31.1.2003) non coglie nel segno.

È utile premettere alla successiva esposizione che, in linea generale, l'art. 17 l. n. 69/1999 non esige che la dichiarazione del legale rappresentante, anche qualora accompagnata da un'autocertificazione che tenga luogo di quella altrimenti rilasciata dagli uffici competenti (certificazione menzionata dallo stesso art. 17), sia resa nelle forme sostitutive dell'atto notorio, non potendosi infatti interpretare in senso così rigoroso il verbo “attestare” utilizzato dalla norma; tuttavia, nella fattispecie sottoposta al giudizio della Sezione, la dichiarazione a norma dell'art. 47, 2° co., d.p.r. n. 445/2000, secondo quanto postulato dalla stessa tesi difensiva poco sopra riferita, risultava obiettivamente indispensabile per avere la Sar allegato la conoscenza di fatti relativi a terzi.

Tanto preliminarmente osservato, possono quindi svilupparsi le argomentazioni che sorreggono il convincimento del Collegio.

Il documento prodotto dall'appellata incidentale, nella parte concernente le imprese del raggruppamento diverse dalla Sar, non integra un'efficace dichiarazione sostitutiva di atto notorio giacché carente dei requisiti formali indefettibilmente necessari ai fini della giuridica “attestazione di veridicità” di quanto dichiarato.

L'art. 47 in fatti va letto in combinazione con il precedente art. 38; tuttavia, per coglierne appieno le valenze precettive, occorre considerare altresì, in via di interpretazione sistematica, il disposto dei successivi artt. 75 e 76.

A tal fine occorre muovere dalla considerazione fondamentale che il Legislatore, fin dal lontano 1968, ha previsto la facoltà dei cittadini di forgiare autonomamente attestazioni connotate da una certezza legale privilegiata, senza alcuna mediazione di una pubblica autorità legittimata ad emanare atti fidefacenti.

Nondimeno la previsione di tale facoltà è sempre stata accompagnata dalla previsione di opportune cautele, consistenti in accorgimenti formali intesi a rafforzare l'autoresponsabilità del dichiarante: questi infatti, da un lato, deve essere pienamente consapevole della gravi conseguenze dell'eventuale accertamento della falsità di quanto dichiarato e, dall'altro lato, è comunque obbligato a comprovare esattamente la sua identità in modo da eliminare preventivamente ogni dubbio sulla paternità di un ipotetico mendacio.

In origine, questo duplice obiettivo era conseguito attraverso la prescrizione di un'apposita autenticazione della sottoscrizione del dichiarante (art. 20 l. n. 15/1968); in seguito il Legislatore, a partire dalla legge n. 241/1990 (art. 18) e soprattutto, con le leggi di riforma amministrativa succedutesi dal 1997 in poi, all'insegna di una maggior fiducia nei cittadini ed animato dall'intenzione di snellire sensibilmente i pesanti adempimenti burocratici imposti da numerosi procedimenti, ha promosso il ricorso a tali istituti di semplificazione, stimando alternativamente sufficiente - ai fini del conferimento del crisma della "certezza" alle dichiarazioni sostitutive formate dai privati - o che esse fossero sottoscritte in presenza del dipendente addetto a riceverle o, in tutti gli altri casi, che alle stesse fosse "unita" una copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore.

Così dispone infatti attualmente l'art. 38, 3° co., del d.p.r. cit..

Quanto appena considerato chiarisce che l'allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata di un valido documento di identità, lungi dal costituire un vuoto formalismo, costituisce piuttosto un

fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare (per di più, con la surricordata valenza di monito), non tanto (*melius*, non soltanto) le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica.

In altre parole la dichiarazione sostitutiva del privato formata a norma degli artt. 38 e 47 d.p.r. n. 445/2000, è un documento con lo stesso valore giuridico di un atto di notorietà: segue da ciò che se il sottoscrittore dichiara il falso sarà punibile per falsità in atti.

Così dispone infatti l'art. 76 d.p.r. cit. che, nella parte di interesse, recita: «1. Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia. 2. L'esibizione di un atto contenente dati non più rispondenti a verità equivale ad uso di atto falso. 3. Le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 ..., sono considerate come fatte a pubblico ufficiale».

La mendace dichiarazione sostitutiva *ex art. 47* integra dunque il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico previsto e punito dall'art. 483 c.p. («Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni»).

A questo punto deve rimarcarsi come la condotta tipica, penalmente sanzionata, sia esclusivamente quella tassativamente delineata dal combinato disposto della previsione codicistica e dell'art. 76 d.p.r. n. 445/2000, tal che nessuna responsabilità penale potrà mai sorgere qualora il dichiarante, pur avendo sottoscritto una falsa attestazione, non abbia tuttavia rispettato le forme stabilite dagli artt. 47 e 38 del testo unico, tra le quali rientra essenzialmente l'adempimento consistente nell'onere di unire alla dichiarazione la copia fotostatica del documento di identità.

Ribaltando i termini della conclusione appena rassegnata, può tranquillamente affermarsi che l'effetto di "certificazione" di quanto affermato dal privato può scaturire da una dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio nei soli casi in cui essa, laddove mendace, sia astrattamente

suscettibile di condurre alla punizione del dichiarante a norma dell'art. 483 c.p., ovvero sia idonea a garantire, attraverso quel minimo ineludibile di formalità rappresentato dalla produzione della copia del documento di identità, la provenienza soggettiva.

Nelle dichiarazioni sostitutive dunque il collegamento esistente tra il profilo dell'efficacia amministrativa dell'attestazione proveniente dal cittadino e quello della responsabilità penale del dichiarante si presenta come assolutamente inscindibile, giacché l'impegno consapevolmente assunto dal privato a "dire il vero" costituisce l'architrave che regge l'intera costruzione giuridica degli specifici istituti di semplificazione: è evidente infatti che, in questa parte, il sistema amministrativo collapserebbe laddove l'ordinamento non presidiasse il rispetto di tale "patto" di reciproca e leale collaborazione tra cittadini e p.a. con adeguate sanzioni (anche di natura penale).

Non può dunque condividersi, tanto meno nella materia dei pubblici appalti, l'opinione, talora sostenuta anche in giurisprudenza (ma non da questa Sezione; v. Cons. St., sez. V, 1°.10.2003, n. 5677), secondo cui l'omessa allegazione del documento di identità integrerebbe una mera irregolarità della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà come tale suscettibile di emenda. Deve invece opinarsi che la dichiarazione formalmente difforme dal modello tipico delineato dagli artt. 38 e 47 d.p.r. n. 445/2000 non possa mai tener luogo dell'atto alternativo pubblicistico poiché, in tal caso, la mancata instaurazione di un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore, comporta la radicale improduttività di qualunque effetto giuridico di "certezza".

Non inficia quanto sopra esposto l'argomento incentrato sulla previsione dell'art. 75 d.p.r. cit. (che prevede la decadenza dal beneficio in caso di dichiarazioni non veritiere): innanzitutto perché anche tale disposizione si riferisce alle dichiarazioni di cui all'art. 47 (così l'art. 71), ma soprattutto perché la questione nodale non è stabilire se, in concreto, la dichiarazione resa dalla Sar corrispondesse, o meno, al vero (anzi, sul punto, può quietamente soggiungersi che non sono emersi dubbi di sorta circa la "storica" veridicità della stessa) quanto se essa, nella parte relativa alle altre

imprese del raggruppamento, fosse o meno efficace e, quindi, se essa costituisse idoneo adempimento di quanto prescritto al punto 4.1. della lettera d'invito.

7.7. I principi appena esposti vanno ora calati nella fattispecie dedotta in contenzioso: alla dichiarazione resa dall'appellata incidentale (doc. 10 in atti) non è "unita" alcuna copia fotostatica di un documento di identità del dichiarante e, dunque, essa, quantunque valida ai fini dell'art. 17 l. n. 68/1999 limitatamente alla posizione della sola Sar, non poteva invece considerarsi atta a comprovare lo specifico requisito dell'ottemperanza agli obblighi imposti dalla ridetta legge per le altre imprese partecipanti all'omonimo raggruppamento; né la commissione di gara avrebbe potuto invitare d'ufficio l'appellata incidentale a "regolarizzare" il documento, sollecitando il dichiarante (ad esempio, a norma dell'art. 71, 3° co., d.p.r. n. 445/2000 o dell'ultimo periodo del punto 12. del bando di gara) a produrre la copia in parola, dacché una condotta amministrativa del genere ipotizzato avrebbe costituito una grave violazione dell'obbligo del pari trattamento dei concorrenti: per quanto si è sopra osservato infatti, ciò avrebbe comportato l'estensione dell'efficacia "certatoria" della dichiarazione agli altri componenti dell'a.t.i., ma in tal modo l'amministrazione avrebbe illegittimamente consentito di integrare la documentazione contenuta nel "Plico A" in una parte essenziale, rimediando così ad un onere di parte presidiato invece dalla *lex specialis* con la comminazione della sanzione espulsiva.

7.8. Occorre da ultimo soffermarsi sull'esatta interpretazione dell'avverbio «unitamente» utilizzato nel terzo comma dell'art. 38 d.p.r. n. 445/2000.

La presentazione unitaria della dichiarazione sottoscritta e della copia del documento di identità non significa necessariamente coesione fisica tra le due elementi documentali: invero, sebbene quest'ultima modalità appaia preferibile perché in grado di fugare in radice qualsiasi dubbio circa l'effettiva insorgenza del legame giuridico sopra descritto, nondimeno essa non è imposta dal dettato normativo.

Il requisito dell'"unità" deve quindi ritenersi soddisfatto ogniqualvolta possa stabilirsi un nitido collegamento tra il documento e la singola dichiarazione. La copia del documento può pertanto accedere anche

ad una dichiarazione internamente articolata e contenutisticamente strutturata; quel che tuttavia deve sempre emergere con assoluta certezza (ad esempio, mediante un richiamo nel testo della stessa dichiarazione o attraverso l'apposizione di un contrassegno) è l'imprescindibile corrispondenza soggettiva tra dichiarante e persona autovincolatasi al dovere di veridicità, penalmente sanzionato.

Le conclusioni appena rassegnate seguono a mo' di corollario da quanto sopra esposto in tema di legame *quoad effectum* tra responsabilità penale e valore amministrativo della dichiarazione sostitutiva. Diversamente opinando, non vi è chi non veda come la comminazione della sanzione penale potrebbe essere facilmente elusa inserendo artatamente, in un qualunque punto di un fascicolo documentale (particolarmente se di grandi dimensioni), un documento d'identità in maniera tale da non evidenziare alcuna incontrovertibile relazione di complementarietà rispetto ad una specifica attestazione.

7.9. Le superiori considerazioni portano il Collegio a ritenere che la dichiarazione versata in atti, con distinto riguardo alla "prova" del possesso dello specifico requisito da parte delle imprese facenti parte del raggruppamento capeggiato dalla Sar, fosse (e sia) un documento privo di qualunque idoneità dimostrativa, trattandosi di un atto giuridico non in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge.

La documentazione presentata dalla Sar pertanto, siccome condivisibilmente denunciato dal Consorzio Orfeo, manca (o, *rectius*, se ne deve rilevare la nullità *in parte qua*) delle dichiarazioni *ex lege* n. 68/1999 degli altri legali rappresentanti delle imprese partecipanti al raggruppamento.

8. Anche l'appello incidentale del Consorzio Orfeo merita dunque accoglimento nei limiti sopra indicati, con assorbimento delle altre doglianze.

9. La circostanza che la Sar, al pari del consorzio concorrente, dovesse essere esclusa dalla procedura esonera il Collegio dallo scrutinio della

domanda di risarcimento dei danni (poiché evidentemente infondata) riproposta con l'appello principale.

10. L'accoglimento di entrambe le impugnazioni comporta l'annullamento degli atti impugnati ed, in assenza di altre imprese partecipanti alla procedura, la pronuncia sortisce l'esito consequenziale della ripetizione della gara.

11. Nella reciproca soccombenza delle parti si ravvisa un giustificato motivo per l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie gli appelli, principale ed incidentale, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie i ricorsi, principale ed incidentale, proposti in primo grado e conseguentemente annulla gli atti di gara.

Compensate integralmente tra le parti le spese del doppio giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 13.7.2004 con l'intervento dei Signori:

Emidio Frascione	- Presidente
Rosalia Maria Pietronilla Bellavia	- Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	- Consigliere
Cesare Lamberti	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere rel. est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 4 novembre 2004

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale