

La portata degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di gara con riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa

di Francesco Paolo Franchica*

Consiglio di Stato- Sez - Sezione AP - Sentenza 28 agosto 2020, n. 16

La decisione dell'Adunanza Plenaria in commento affronta un tema di notevole interesse, concernente l'esatta definizione del perimetro delle norme del d.lgs. 50/2016 riguardanti gli obblighi informativi gravanti sugli operatori economici, al fine, in particolare, di distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi.

L'importanza di tale distinzione risiede nelle conseguenze pratiche che ne conseguono: infatti, solo nel secondo caso sarebbe giustificata l'espulsione automatica, mentre nella prima ipotesi la stazione appaltante dovrebbe valutare se l'ommissione incida negativamente sull'integrità ed affidabilità del concorrente e solo all'esito escludere eventualmente l'operatore.

La V Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione relativa "alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016".

La questione trae origine dall'esclusione di un operatore economico, disposta per falsità dichiarativa, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/2016, in relazione alla propria cifra d'affari, per la quale l'operatore medesimo aveva fatto ricorso all'avvalimento di un Consorzio. La dichiarazione, secondo il provvedimento contestato, era inficiata da falsità nella parte in cui era stato cumulato il fatturato di una delle società consorziate, benché la stessa fosse stata in precedenza sospesa dai benefici consortili.

I giudici di Palazzo Spada hanno messo in dubbio che sia applicabile la disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata, ipotizzando, invece, che il caso possa essere ricondotto all'ipotesi dell'ommissione dichiarativa, ai sensi della lettera c) dell'art. 80, c. 5, d.lgs. 50/2016.

Sulla questione si sono registrati differenti indirizzi giurisprudenziali.

Parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha stabilito che l'art. 80, c. 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici ha carattere di "norma di chiusura", in cui gli illeciti ivi previsti hanno carattere "meramente esemplificativo", in grado di comprendere "ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata" dell'operatore economico "di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa", l'omessa dichiarazione della quale integrerebbe "in sé e per sé" l'ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara (cfr. *Consiglio di Stato, Sez. III, 29.11.2018, n. 6787; 27.12.2018, n. 7231; Sez. V, 11.06.2018, n. 3592; 25.07.2018, n. 4532; 19.11.2018, n. 6530; 03.01.2019, n. 72; 24.01.2019, n. 586, e 25.01.2019, n. 591*).

Un altro indirizzo, tuttavia, tende a limitare la portata generalizzata degli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici, anche dal punto di vista temporale (cfr. *Consiglio di Stato, Sez. V, 03.09.2018, n. 5142; 22.07.2019, n. 5171; 05.03.2020, n. 1605*), in cui si è posta in risalto l'esigenza di distinguere tra falsità ed omissione, con automatismo espulsivo limitato alla prima ipotesi (cfr. *Consiglio di Stato, Sez. V, 03.09.2018, n. 5142; 12.04.2019, n. 2407*).

L'Adunanza plenaria, dopo aver ricondotto il caso alla fattispecie prevista dalla lettera c), in quanto ha ritenuto indubbio che la consorzziata abbia effettivamente conseguito la cifra d'affari esposta dal Consorzio e ciò che rileva è se tale cifra d'affari possa cumularsi a quella delle altre consorziate ai fini della qualificazione alla procedura di gara, ha enunciato i seguenti **principi di diritto**:

1) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi

prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti; ed in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo. Ciò vale anche per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

2) La lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, invece, ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera precedente.

In conclusione, solo ove la fattispecie possa essere ricondotta alla previsione di cui alla lettera f-bis) sopramenzionata, sussiste il pieno automatismo dell'espulsione dalla procedura di gara, mentre per la lettera c) la stazione appaltante deve svolgere una valutazione di incidenza della dichiarazione sull'integrità ed affidabilità del concorrente.

**Carnelutti Law Firm