Illecito professionale: analizzati gli effetti del falso reso dal concorrente

5 Ottobre 2020

Negli appalti pubblici, **la falsità di informazioni rese** dal concorrente sull'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, **è riconducibile all'ipotesi prevista dall'illecito professionale**, che richiede una valutazione **sulla loro idoneità a sviare le valutazioni** della stazione appaltante o di incidere integrità e affidabilità del concorrente.

Di contro, **è solo residuale l'ipotesi di automatica espulsione per falsa dichiarazione** che richiede una situazione di fatto per la quale possa porsi l'alternativa logica vero/falso.

È quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito l'**esatta configurazione dell'omessa dichiarazione**, da parte della concorrente ausiliata, **riguardante la temporanea interruzione del rapporto consortile tra una consorziata e il Consorzio Stabile ausiliario** (*cfr.* sentenza 28 agosto 2020 n. 16, rimessa dalla sez. V con ord. 9 aprile 2020, n. 2332).

Nel caso specifico **la stazione appaltante aveva ritenuto** di poter applicare l'esclusione automatica prevista ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *f-bis)*, del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, e, quindi, **di non dover svolgere alcuna valutazione di incidenza sull'integrità ed affidabilità del concorrente**, prevista nel caso di grave illecito professionale di cui alla (allora) lettera *c)* dello stesso articolo (ora *c-bis per effetto delle modifiche di cui al DL 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55*).

Al riguardo, l'Adunanza Plenaria censura anzitutto la valutazione della stazione appaltante, perché **la dichiarazione sulla cifra d'affari dell'ausiliario non può essere di per sé considerata falsa**.

Infatti, non è contestabile che la consorziata abbia conseguito la cifra d'affari esposta dal Consorzio, ma la valutazione di **carattere giuridico relativa alla persistente validità del rapporto consortile** – anche dopo la delibera di sospensione della consorziata, priva di un'attestazione SOA – **al fine di ammetterne eventualmente il cumulo in capo al Consorzio della cifra d'affari** realizzata.

La necessità di interpretare le norme giuridiche dell'art. 47 del codice dei contratti, concernente la qualificazione dei consorzi stabili, o i patti consortili, **esclude – secondo** l'Adunanza Plenaria – **l'ipotesi di falsità** prevista ai sensi della *lett. f-bis)* citata, **predicabile solo rispetto una situazione di fatto** per la quale possa porsi l'alternativa logica vero/falso, *vale a* dire una dichiarazione per la quale si possa predicare che *«la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura»* (è stata quindi esclusa, ad es., l'applicabilità di tale fattispecie escludente – Cons. St., Sez. V, n. 5627/2020 – nel caso di discordanza tra il dato formale e quello sostanziale di un importo economico indicato nell'offerta tecnica).

Diversamente, **l'illecito professionale** di cui alla *lett. c)* [***ora c-bis)***], non presuppone alcuna situazione fattuale per la quale si possa porre immediatamente l'alternativa vero/falso, ma che **l'informazione potenzialmente falsa** sia **diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara**.

Sotto tale profilo, l'Adunanza Plenaria valorizza l'importanza degli **obblighi dichiarativi posti a**

carico dei concorrenti, che si estendono ad «*ogni dato o informazione comunque rilevante*», poiché **strumentali rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante**.

Quest'ultima, infatti, deve **stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante**; **se** inoltre la stessa **era in grado di sviare le proprie valutazioni**; ed infine **se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità**. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo **se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti**, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

La citata *lett. c)*, presuppone quindi **una valutazione sulla integrità e affidabilità del concorrente**, senza alcun automatismo espulsivo, **e qualora manchi tale valutazione**, in ragione del principio di separazione dei poteri, **non può essere rimessa al giudice amministrativo** (*cfr.* art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui il giudice non può pronunciare «*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»).

Di contro, **laddove tale valutazione sia stata svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità** rispetto a valutazioni di carattere discrezionale, per cui l'amministrazione rimane la sola che può fissare «*il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*» (*cfr.* Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312).

Il sistema così descritto, ricorda l'Adunanza Plenaria, ha carattere completo e **coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale**, consistente nella commissione di «*gravi illeciti professionali*» tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con «*mezzi adeguati*», ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

Ne consegue che, a fronte di un potenziale conflitto di norme potenzialmente concorrenti ossia quelle contenute nelle *lett. c)* e *f-bis)*, deve applicarsi **il criterio di specialità** (art. 15 delle preleggi), **dando prevalenza alla lettera *c)*** [***ora c-bis)***], caratterizzata dall'elemento specializzante di informazioni false o fuorvianti finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «*sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» e concretamente idonee ad influenzarle (come osservato dal Consiglio di Stato, nella suddetta sent. n. 627/2020, ciò esclude che l'illecito possa applicarsi in ragione di un elemento ritenuto irrilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio).

Coerentemente, secondo l'Adunanza Plenaria, l**'ambito di applicazione della lettera *f-bis)* rimane confinata alle ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false**, **senza alcun margine di opinabilità**, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione suddetti o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).

Traslando le considerazioni ora svolte al caso di specie, la Stazione Appaltante avrebbe potuto/dovuto verificare l'ipotesi di illecito di cui alla lett. *c)*, constatando l'irrilevanza della cifra d'affari della consorziata contestata ai fini del raggiungimento dal requisito di capacità economico-finanziaria minimo previsto dal bando di gara.

In conclusione, a parere dell'ANCE, è apprezzabile l'orientamento suddetto che, in funzione visione teleologica dei motivi di esclusione, ne escludono l'applicazione laddove si riconosca la *dichiarazione/informazione contestata come* «*priva di qualsivoglia rilevanza sia […] ai fini della gara, sia ai fini dell'integrità e affidabilità del RTI aggiudicatario» dell'aggiudicatario (cfr. Cons. St.* sent. n. 627/2020).