**LE FALSE DICHIARAZIONI**

Il mio intervento si incentrerà innanzi tutto sulla portata ricostruttiva e chiarificatrice della recente decisione dell’Adunanza Plenaria in materia di obblighi dichiarativi; di seguito svilupperò una rapida disamina delle applicazioni che dei principi fissati in sede nomofilattica ha fatto la giurisprudenza in questi primi mesi; ancora mi interrogherò sulla piena satisfattività, dal punto di vista sistematico, della soluzione ermeneutica fornita dalla sentenza n. 16/2020; infine proverò a fornire una chiave di lettura delle conferenti disposizioni normative parzialmente alternativa rispetto a quella elaborata dall’Adunanza Plenaria.

1. La decisione n. 16/2020

La pronuncia dell’Adunanza Plenaria ha avuto il grande merito di fare chiarezza sulla *vexata quaestio* delle conseguenze sanzionatorie ricollegate alla violazione degli obblighi dichiarativi cui sono astretti, nelle procedure evidenziali, gli operatori economici concorrenti, addivenendo alla composizione di un risalente contrasto fra opposti orientamenti rinvenibili nella giurisprudenza del giudice d’appello.

Nell’ordito motivazionale di particolare rilievo risultano

1. la sottolineatura della differenza ontologica fra la nozione di falsità (riferibile alle sole circostanze suscettibili di essere accertate mediante l’antinomia naturalistica vero/ falso), rispetto ai concetti di informazioni reticenti, fuorvianti, omesse;
2. la applicazione del principio al caso sottoposto all’esame della Plenaria, il quale non riguardava una dichiarazione qualificabile come falsa, ma inerente un dato oggettivamente opinabile, e cioè la possibilità di ricomprendere, nella cifra d’affari complessiva allegata dal consorzio stabile ausiliario del concorrente, anche il fatturato di una impresa temporaneamente sospesa dall’organismo consortile a causa della scadenza della SOA;
3. la enucleazione delle differenti tipologie di condotte illecite contemplate dalla lettera cbis) dell’art. 80 comma 5, per quanto accomunate dalla loro idoneità ad alterare il processo decisionale della SA relativamente alla esclusione, selezione, aggiudicazione della gara;
4. la affermazione che, in presenza di informazioni *false e fuorvianti,* ovvero nel caso di omissione di informazioni comunque *dovute per il regolare svolgimento della procedura selettiva,* debba escludersi ogni automatismo espulsivo, dovendo sempre la SA procedere alla valutazione dell’incidenza del fatto (nella sua materialità e rilevanza giuridica) ad incidere sul giudizio di *affidabilità ed integrità dell’OE;*
5. la conferma della impossibilità che la valutazione sulla affidabilità ed integrità del concorrente venga effettuata in sede contenziosa dal giudice in via surrogatoria rispetto alla SA, ostandovi tanto la inconfigurabilità di spazi di giurisdizione di merito del GA *in subjecta materia*, quanto il dettato dell’art. 34 comma 2 cpa che vieta al giudice amministrativo di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati;
6. la individuazione di una parziale sovrapposizione fra l’ambito applicativo della previsione di cui alla lettera cbis) con la fattispecie contemplata dalla successiva lettera fbis, la quale punisce la presentazione, *nella procedura di gara in corso ..*di *documentazione e dichiarazioni non veritiere;*
7. la composizione della possibile antinomia fra le due norme, realizzata dall’AP mediante l’applicazione del criterio di specialità, ai sensi dell’art. 15 preleggi, in forza del quale la previsione della lettera cbis troverebbe prioritaria operatività in ragione della presenza dell’elemento *specializzante* consistente nella finalità decettiva della presentazione di informazioni false, fuorvianti o del tutto mancanti (con obbligo per la SA di verificare sempre l’incidenza sulla affidabilità ed integrità dell’OE), mentre la disposizione di cui alla lett. fbis avrebbe portata generale, ma residuale, essendo la sua applicazione limitata a quelle ipotesi (non agevolmente verificabili in concreto) nelle quali l’informazione fornita sia falsa in sé, pur non avendo l’obiettivo di alterare il processo decisionale della SA (nel qual caso soltanto opererebbe il meccanismo dell’automatismo espulsivo).

I principi di diritto fissati dalla AP possono così sintetizzarsi:

* le informazioni false finalizzate ad alterare il processo decisionale della SA sono riconducibili all’ipotesi della lettera cbis, comportando per la SA il dovere giuridico di svolgere la valutazione sulla affidabilità ed integrità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo;
* analogamente è a dirsi per le informazioni dovute, ma non fornite dal concorrente, relativamente ad obblighi dichiarativi incidenti su affidabilità ed integrità dell’OE;
* la ipotesi contemplata dalla lett. fbis (il cui accertamento comporta invece automatismo espulsivo) ha carattere residuale, trovando applicazione in tutte le ipotesi di falso non rientranti nel perimetro di operatività della lett. cbis.

1. La giurisprudenza successiva

Le numerose decisioni in materia di obblighi dichiarativi successive alla pronuncia dell’Adunanza Plenaria risultano avere fatto corretta applicazione dei principi fissati in sede nomofilattica, così realizzando il risultato della composizione del conflitto giurisprudenziale che aveva indotto la Sezione V a sollevare il quesito interpretativo.

Il minimo comune denominatore di queste sentenze, rese in grado di appello, va rinvenuto nella definizione della controversia in forza dei principi fissati dalla AP, sopravvenuti rispetto alla fase di introduzione del giudizio; buona parte delle decisioni dei giudizi di primo grado oggetto di gravame risultano infatti essere state riformate in quanto fondate sull’applicazione di meccanismi espulsivi automatici con riferimento alla omissione di dichiarazioni dovute.

Limitando la disamina al solo anno in corso, si segnalano

* Cons. Stato n. 307/21, interessante perché annulla la decisione assolutoria della SA in riferimento alla mancata dichiarazione della pendenza di giudizi penali a carico di soggetti rilevanti, ritenendola insufficientemente motivata: come infatti i provvedimenti di esclusione fondati pedissequamente sulle risultanze del processo penale non superano il vaglio del sindacato giurisdizionale perché la SA deve apprezzare autonomamente se la condotta contestata incida sull’affidabilità ed integrità dell’OE, analogamente la decisione della SA di ritenere irrilevante la vicenda penale (peraltro non dichiarata) solo perché l’accertamento in quella sede non risulta definitivo deve essere annullata per le medesime ragioni;
* Cons. Stato n. 393/21, analoga alla precedente, annulla il provvedimento della SA che ritiene irrilevante la mancata dichiarazione di un sequestro penale disposto a carico del legale rappresentante dell’OE, senza tuttavia assolvere all’onere fissato dalla AP di valutare plausibilmente l’incidenza dell’evento sull’affidabilità ed integrità del concorrente; interessante perché qualifica la relazione fra le due disposizioni (cbis e fbis) come di *specialità reciproca,* valorizzando con riferimento alla prima la sua natura di norma di chiusura del sistema del grave illecito professionale, in cui rientrano tutte le condotte, non tipizzabili *ex ante,* ascrivibili all’OE suscettibili di incidere sulla sua affidabilità professionale;
* Cons. Stato n. 789/21 ha annullato la decisione della SA di escludere automaticamente l’OE che aveva omesso di dichiarare una pregressa risoluzione contrattuale, facendo piana applicazione dei principi fissati dalla Plenaria, e fissando puntualmente l’obbligo conformativo cui avrebbe dovuto assolvere la SA per ottemperare la sentenza, consistente appunto nel necessario apprezzamento della vicenda in tutte le sue componenti per valutare l’integrità ed affidabilità del concorrente, *e solo in conseguenza di un giudizio negativo, adeguatamente motivato, escluderla dalla procedura di gara;*
* Cons. Stato n. 1542/21, definendo una vicenda caratterizzata dalla reciproca contestazione di due ipotesi di *falsità* dichiarativa, inerenti rispettivamente da un lato una situazione di irregolarità contributiva ex comma 4, dall’altro la omessa menzione di un rinvio a giudizio nei confronti di un soggetto rilevante ex comma 3, ha trattato in maniera opposta i due casi: con riferimento alla irregolarità contributiva ha confermato l’esclusione, in quanto l’agenzia fiscale aveva ammesso alla rateizzazione l’OE successivamente alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione; ha invece annullato la decisione espulsiva nei confronti dell’altro OE, imponendo alla SA di apprezzare l’incidenza della pendenza del giudizio penale su integrità ed affidabilità dell’OE;
* infine, Cons. Stato n. 2355/21 risulta anch’essa pedissequamente applicativa dei principi fissati dalla AP in termini di esclusione di qualsiasi effetto espulsivo automatico nel caso di dichiarazioni reticenti a proposito di pendenze penali a carico di soggetti rilevanti ex comma 3; anche qui fissazione puntuale e dettagliata della condotta conformativa per l’attività di ottemperanza della SA, consistente nella rinnovazione della valutazione dell’incidenza dei fatti oggetti di indagine penale su affidabilità ed integrità dell’operatore economico.

Di rilievo la circostanza che in nessuna delle pronunce richiamate, né in altre esaminate successive alla pubblicazione della AP, risulta essere stata fatta applicazione della ipotesi di cui alla lett. fbis), norma che dunque risulta non soltanto residuale, ma anche priva di uno spazio applicativo effettivo e concreto.

1. La soluzione della AP può ritenersi definitiva?

Il principale pregio della soluzione elaborata dalla AP va rinvenuto nella tendenzialmente generalizzata esclusione di un effetto espulsivo automatico per le varie ipotesi di inosservanza del concorrente agli obblighi dichiarativiimposti dalla legge e dalla disciplina di gara; la reiterata affermazione del principio - in forza del quale tutte le ipotesi di informazioni *non veriditiere* riconducibili all’ambito di applicazione della lettera cbis) (perché false, fuorvianti, o totalmente mancanti) non consentono mai alla SA di adottare meccanicamente la misura espulsiva, imponendole per converso sempre di valutare l’idoneità della condotta reticente o decettiva del concorrente ad incidere sulla sua affidabilità/integrità professionale – determina l’effetto di relegare l’evenienza della esclusione automatica per questa tipologia di illeciti a casi limite, difficilmente configurabili anche a livello di esempi.

Di fatto la stessa AP non è stata in grado di enucleare effettivi spazi applicativi per la fattispecie declinata dalla lettera fbis); prendendo le mosse dalla ritenuta indistinzione contenutistica fra le nozioni di *informazioni* e *falsità* da un lato (lettera cbis), e quelle di *dichiarazioni/documentazione* e di *non veridicità* (lett. fbis),la sentenza risolve il rapporto fra le due disposizioni secondo il criterio della continenza, della parziale sovrapposizione cioè fra i perimetri applicativi delle due clausole, propendendo per la risoluzione della antinomia attraverso il canone della specialità.

Questa opzione ermeneutica, se, come detto, rende praticamente irrealistica la possibilità per una SA di comminare l’esclusione automatica per violazione degli obblighi dichiarativi ad opera del concorrente, lascia tuttavia irrisolto l’interrogativo della configurabilità di uno spazio applicativo effettivo per una norma di legge (appunto la lett. fbis) che, seguendo i dettami della AP, rimarrebbe praticamente inattuata, dato che non si danno in natura informazioni sottoposte alla SA non finalizzate alla adozione di poteri decisionali su ammissione, selezione, aggiudicazione; in altri termini, data l’indistinzione, il concorrente potrebbe essere escluso automaticamente solo se presentasse false informazioni del tutto eccentriche rispetto allo svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

1. Una proposta alternativa

Fermo il condiviso obiettivo di circoscrivere a casi limite le ipotesi di esclusione automatica per violazione degli obblighi dichiarativi da parte del concorrente, si potrebbe prospettare una lettura comparata delle due norme, parzialmente differente rispetto alla AP, che ne valorizzi una relazione di reciproca complementarietà piuttosto che di alternatività.

In effetti, innanzi tutto dal punto di vista semantico non appare del tutto condivisibile la ritenuta indistinzione fra le nozioni di *informazioni* e di *dichiarazioni* rinvenibili nelle due disposizioni, dato che la seconda espressione sembra evocare la presentazione di informazioni alla SA secondo formalità vincolate e giuridicamente impegnative (si pensi ad es. a quelle da rendere ex dpr n. 445/2000); ed ancora il concetto di *falsità* contenuto nella lett. cbis non appare del tutto coincidente con quello di *non veridicità* di cui alla lett. fbis, il quale sembra più ampio ricomprendendo anche ipotesi di dichiarazioni reticenti, incomplete, e finanche decettive, non compiutamente rappresentative cioè della situazione di fatto o di diritto.

Ma è soprattutto sul piano teleologico che la soluzione della AP non appare completamente appagante, perché foriera di un paradosso applicativo.

Seguendo la logica sottesa al criterio della specialità, si avrebbe infatti che una condotta oggettivamente molto grave (come appunto la presentazione di informazioni false, fuorvianti, inesatte, mancanti, che perseguano l’obiettivo di condizionare il corretto esercizio del potere decisionale da parte della SA) non potrebbe mai comportare l’effetto espulsivo automatico, essendo sempre necessaria la valutazione dell’incidenza di quella condotta sull’affidabilità dell’OE; mentre al contrario la formulazione di dichiarazioni non veritiere, ma prive di finalità decettiva, determinerebbe *ipso facto* l’esclusione dalla gara.

Si potrebbe allora ritenere alternativamente che il legislatore abbia inteso delineare due differenti ambiti applicativi per le due norme.

La prima (cbis) si occuperebbe della presentazione di qualsivoglia informazione falsa, fuorviante, incompleta, mancante, sanzionando la condotta solo se effettivamente in grado di alterare il processo decisionale della SA in relazione alle misure da assumere per il corretto espletamento e svolgimento della procedura selettiva e solo all’esito di una verifica in concreto della incidenza sulla affidabilità dell’OE.

La seconda (fbis) avrebbe un distinto ambito di operatività, riferendosi alle ipotesi, oggettivamente più gravi, della presentazione di autocertificazione non veritiera, cioè di dichiarazione munita di una speciale valenza giuridica (assistita anche dalla assunzione della responsabilità penale da parte del sottoscrittore), la cui incompletezza, erroneità, inesattezza dovrebbe determinare *ex se* l’effetto espulsivo dalla procedura selettiva: questo perché la non veridicità di una autocertificazione presentata ad una PA non determina solo l’alterazione del regolare corso della procedura selettiva, ma incide più in generale sul valore certatorio delle dichiarazioni in oggetto; del resto, la legge generale sul procedimento (art. 21) sanziona con la perdita dei benefici conseguiti il responsabile della presentazione di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni nell’ambito di autocertificazioni ex dpr n. 445.

Un punto di equilibrio per assimilare sul piano delle conseguenze sanzionatorie le due fattispecie potrebbe peraltro rinvenirsi nella introduzione nella prassi delle SA di una generalizzazione dell’obbligo di effettuare una apposita disamina di ciascuna fattispecie prima di adottare la misura espulsiva: come cioè nella ipotesi della lettera cbis la SA, accertata la falsità, mancanza o decettività delle informazioni fornite, sarà sempre tenuta a stabilire, con autonoma motivazione, se la condotta contestata sia in grado di ingenerare un grave illecito professionale a carico del concorrente, minandone l’affidabilità o l’integrità; allo stesso modo potrebbe ritenersi che, anche nella più grave evenienza di una *autocertificazione non veritiera,* la SA debba comunque indagare se il mendacio, l’omissione, la incompletezza contenute nella autodichiarazione abbiano ad es. determinato l’ingiusto conseguimento di un beneficio per il concorrente, nel qual caso l’esclusione costituirà vero e proprio atto dovuto, mentre negli altri casi residuerebbe comunque un margine di discrezionalità nell’apprezzamento della sanzione da applicare.