

Grave illecito professionale e false dichiarazioni automaticamente escludenti: l'Adunanza Plenaria n. 16/2020 ha fatto davvero chiarezza?

“L'Adunanza Plenaria fa chiarezza ...”, “L'Adunanza Plenaria si pronuncia e fa chiarezza ...”, “L'Adunanza Plenaria delimita il perimetro ...”, “L'Adunanza Plenaria definisce il perimetro ...” e via così, questi sono solo alcuni dei titoli che un qualsiasi motore di ricerca ci restituisce quando digitiamo gli estremi della pronuncia del massimo organo della giustizia amministrativa che reca il numero 16 del 2020.

L'Adunanza Plenaria, infatti, si era pronunciata sugli obblighi dichiarativi e sulle false dichiarazioni in sede di gara, affermando che tali fattispecie fossero riconducibili all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora *c-bis*)] dell'art. 80 comma 5 del Dlgs. 50/2016 ogniqualvolta fossero indirizzate all'adozione di provvedimenti da parte della stazione appaltante in tema di esclusione, valutazione o aggiudicazione; con conseguente carattere residuale della lettera *f-bis*, da applicarsi in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera *c-bis*.

I dubbi tuttavia sono rimasti ed è la stessa Plenaria a darne conferma laddove, nella seconda parte del paragrafo 18, ammette la *non agevole verifica* dell'ambito di applicazione della lett. *f-bis*, ovvero di quei casi 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 relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).***

Neppure osservando la giurisprudenza formatasi successivamente è agevolmente possibile uscire dall'incertezza.

Si prenda, ad esempio, un recente caso affrontato dal Tar Puglia Bari n. 122 del 16/01/2023, in cui l'operatore veniva escluso per avere dichiarato nel DGUE “... *di aver soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali, sia nel paese dove è stabilito, sia nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, se diverso dal paese di stabilimento ...*” mentre in realtà, alla data di compilazione dello stesso DGUE, sussisteva a suo carico una violazione definitivamente accertata pari all'importo di euro 200,00, relativo ad atti giudiziari.

In effetti, la dichiarazione resa dall'operatore era obiettivamente falsa.

Inoltre la stessa - neppure rientrando nei parametri valoriali contenuti nell'art. 80 comma 4 - risultava priva di qualsivoglia rilevanza ai fini della decisione sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; men che meno poteva dirsi idonea a turbare il corretto svolgimento della procedura.

Di conseguenza la Stazione Appaltante, sussistendo entrambe le condizioni indicate dalla Plenaria, applicava la lettera *f-bis* escludendo in via del tutto automatica il concorrente.

Il Tar Pugliese, al contrario, richiamandosi al Consiglio di Stato Sez. V n. 4209 del 01/06/2021, - a mio modesto avviso giustamente - annullava la suddetta esclusione considerato che “... **la dichiarazione non veritiera è causa di esclusione, ai sensi dell’art. 80 lett. f bis, solo quando rilevante ai fini di gara, quindi ... soltanto nel caso in cui la falsità riguardi l’insussistenza di cause di esclusione invece esistenti**”, applicando in tutta evidenza il principio - opposto a quello della Plenaria - secondo cui l’automatica esclusione deve essere disposta allorquando la falsità incida, condizionandoli, sui processi di formazione dei provvedimenti di competenza dell’amministrazione relativi all’ammissione.

In definitiva, più che un ritorno alla chiarezza permane una discreta dose di confusione in ordine al perimetro di applicazione delle lettere *c-bis* e *f-bis*.

Un dato, quest’ultimo, forse riconducibile all’approccio rinunciatorio della Plenaria, che dopo aver ampiamente chiarito la portata della lettera *c-bis*, ha ritenuto di non fornire alcun parametro in chiave di individuazione di quei casi residuali in cui la falsità - sebbene ininfluyente sui provvedimenti di gara - sia da ritenere di gravità così estrema da doversi disporre l’automatica esclusione del concorrente ai sensi della lett. f-bis; con la conseguenza, contraria ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, di riservare alle fattispecie minori se non innocue lo stesso trattamento di quelle più gravi.

O più verosimilmente derivabile dall’effettiva impossibilità (anche per la Plenaria) di configurare fattispecie di falso diverse da quelle coperte dalla lettera *c-bis*, come tali meritevoli di immediata espulsione.

Per fortuna che, con l’entrata a regime del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, la problematica dovrebbe dirsi superata.

Anche se da qui al 1° luglio 2023, per i procedimenti e i giudizi già in corso, la strada è ancora lunga.

Gianluca Ghirigatto