

Pubblicato il 04/01/2021

**N. 00062/2021 REG. PROV. COLL.**  
**N. 03713/2020 REG. RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3713 del 2020, proposto da Ministero dell'interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, 12;

*contro*

S.P.M. s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Albanese Perforazioni s.r.l. e lo Studio Geoven di Venosini Andrea, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Gabriele Di Paolo e Dover Scalera, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Dover Scalera in Roma, al viale Liegi, 35/b;

*nei confronti*

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;  
*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sez.*

*I, n. 84/2020, resa tra le parti*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.P.M. s.r.l., di Albanese Perforazioni s.r.l. e dello Studio Geoven di Venosini Andrea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti appellate l'avvocato Di Paolo Gabriele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con bando spedito alla GURI il 6 aprile 2018, il Ministero dell'Interno – Dipartimento dei Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile indiceva una procedura aperta per l'affidamento di *“Indagini, relazione geologica, relazione geotecnica e rilievo planoaltimetrico del lotto della futura Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco del Molise con sede nell'area del Comando dei Vigili del Fuoco di Campobasso”*, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex artt. 83 e 95 comma 3, lett. b), d.lgs. n. n. 50 del 2016, per un importo a base d'asta pari ad € 52.499,92.

All'esito della valutazione delle offerte, con decreto in data 10 aprile 2019, comunicato con pec in pari data, l'Amministrazione resistente aggiudicava in via definitiva l'appalto al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra S.P.M. s.r.l., Albanese Perforazioni s.r.l. e lo Studio Geoven di Venosini Andrea, con invito a far pervenire, anteriormente alla data di stipula del contratto, la documentazione di cui all'art. 103 d.lgs. n. n. 50 del 2016, tra cui *“un certificato o dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28.12.2000 n. 445 attestante l'assenza di procedimenti penali in corso”*.

Acquisita la documentazione, la stazione appaltante rilevava che dalla stessa era emersa l'esistenza di procedimenti penali in corso a carico dei soggetti costituenti il raggruppamento temporaneo di cui era stata omessa la dichiarazione, che la inducevano a disporre la revoca dell'aggiudicazione.

2.- Con rituale ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo per il Molise, il raggruppamento impugnava la misura di autotutela, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c)* e lett. *f-bis)*, del d.lgs. n. n. 50 del 2016, della *lex specialis* della gara, del disciplinare ed allegato modello DGUE e delle Linee guida approvate con D.M. n. 3 del 18/07/2016, nonché carenza di motivazione e difetto di istruttoria.

Per il ricorso: *a)* in base alla documentazione di gara, doveva intendersi richiesto alle imprese partecipanti solo di dichiarare l'eventuale esistenza, a proprio carico, di illeciti penali definitivi: cosicché l'aver omesso di dichiarare l'esistenza di illeciti penali oggetto di procedimenti ancora in corso non poteva considerarsi una falsa dichiarazione, né costituire una valida ragione per revocare l'aggiudicazione già disposta; *b)* era stata, inoltre, omessa l'attivazione del c.d. *soccorso istruttorio*, che ben avrebbe potuto consentire di regolarizzare e la integrazione del DCGUE; *c)* il provvedimento impugnato si era limitato ad operare un generico rinvio alle risultanze dei controlli effettuati dopo l'aggiudicazione e senza ulteriore specificazione delle ragioni che ne avevano giustificato la revoca, anche in considerazione delle non gravità delle riferite pendenze penali: essendo, con ciò, mancata una autonoma valutazione della gravità delle violazioni penali suscettibili di considerazione ai sensi dell'art. 80 comma 5 del d. lgs n. n. 50 del 2016.

3.- Nella resistenza del Ministro dell'Interno, con sentenza n. 84/2020 il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso, ritenendo: *a)* che il modello di DGUE allegato al disciplinare di gara, nel richiedere ai concorrenti di dichiarare, ai sensi dell'art. 80 del Codice di Contratti, le condanne penali eventualmente riportate, nulla riferiva con riferimento ai procedimenti penali in corso: e solo con la comunicazione della aggiudicazione definitiva, avvenuta in data 10 aprile 2019, la stazione appaltante aveva richiesto, per la prima volta, la presentazione di un certificato o una dichiarazione sostitutiva attestante l'assenza di procedimenti penali in corso, dalla quale erano emerse le evidenziate pendenze; *b)* che, per tal via, non poteva ritenersi integrata

alcuna falsità dichiarativa, essendosi la concorrente pienamente attenuta alle indicazioni fornite nei modelli di gara; c) che neppure poteva ritenersi maturato alcun illecito professionale, non potendo essere sanzionata un'impresa che avesse reso una dichiarazione in conformità a quanto richiesto dalla stazione appaltante.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Ministro dell'Interno impugna la sentenza, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2020 la causa è stata riservata per la decisione.

## DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con unico, articolato motivo di doglianza, l'Amministrazione lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 80, commi 5, lett. c) e lett. *f-bis*), e 103 del d.lgs. n. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 47 del d.P.R. 21 dicembre 2000, n. 445 e dell'art. 57, par. 4 e 101 della direttiva 2014/24/UE, oltre ad eccesso di potere sotto plurimo profilo. A suo dire, la decisione impugnata sarebbe ispirata, in nome di un malinteso *favor participationis*, da una lettura formalistica e restrittiva della disciplina normativa delle cause di esclusione, finendo per imporre alla stazione appaltante l'instaurazione di un rapporto negoziale con soggetti che non avrebbero offerto idonee garanzie circa la loro affidabilità, onorabilità e professionalità, alla luce della incontestata emergenza della non dichiarata pendenza di procedimenti penali a carico. Per giunta, si tratterebbe di decisione intrinsecamente contraddittoria, in quanto, da un lato, non mette in discussione la facoltà della stazione appaltante di ordinare, prima della stipula del contratto ed in applicazione dell'art. 103 d.lgs. n. n. 50 del 2016, la produzione di idonea documentazione ma, dall'altro, svilirebbe la portata di tale potere, negando la possibilità di disporre l'esclusione dei concorrenti in caso di esito negativo del contratto e della verifica (in base alla sola

circostanza che si trattasse di documentazione non richiesta *ab initio* dalla documentazione di gara).

Inoltre, per l'appellante Amministrazione non avrebbe potuto revocarsi in dubbio il mancato assolvimento dei puntuali obblighi dichiarativi da parte della aggiudicataria appellata: obblighi (aventi ad oggetto l'allegazione di ogni circostanza od elemento utile ai fini della valutazione di affidabilità rimessa alla stazione appaltante) cui la stessa avrebbe dovuto ritenersi astretta indipendentemente dal concreto tenore della *lex specialis* di procedura, trattandosi di doveri *recta via* riconducibili alla previsione di cui all'art. 80, comma 5 d. lgs. n. n. 50 del 2016.

3.- Il motivo non può essere accolto.

3.1.- Importa osservare che, in ordine regime delle dichiarazioni omissive, reticenti, fuorvianti o propriamente false rese dagli operatori economici in sede di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica si è pronunciata, di recente, l'adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. 28 agosto 2020, n. 16), che ha formulato principi di carattere generale in ordine all'interpretazione delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. n. 50 del 2016.

In particolare, la decisione, optando per una impostazione di carattere "sostanzialistico", ha affermato i seguenti principi di diritto:

a) la falsità di informazioni, rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e 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, dopo le modifiche introdotte dal d.-l. n. 135 del 2018, lettera *c-bis*] dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti;

b) in conseguenza di ciò, la stazione appaltante è sempre tenuta a svolgere la concreta valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, *senza che si possa configurare alcun automatismo espulsivo*;

c) alle conseguenze ora esposte conduce anche 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;

d) la lettera *f-bis*) dell'art. 80, comma 5, del Codice ha, invece, carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora *c-bis*)] della medesima disposizione.

Tali conclusioni discendono dalla premessa che, rispetto all'ipotesi della falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera *f-bis*), quella relativa alle “*informazioni false o fuorvianti*” presenta un “*elemento specializzante*”, dato dalla loro idoneità a “*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*” della stazione appaltante, per il che, ai fini dell'esclusione *non è sufficiente che l'informazione sia falsa*, ma anche che la stessa sia diretta a ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara.

Ne consegue che, in presenza di dichiarazioni “fuorvianti” (anche *di carattere omissivo*, come nel caso di specie) si rivela imprescindibile una valutazione “*in concreto*” della stazione appaltante, come per le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c), ed ora articolate nelle lettere *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dal d.l. n. 32 del 2019.

In particolare, la stazione appaltante non può (a mera presa d'atto della riscontrata omissione), disporre senz'altro l'estromissione della concorrente, ma deve volta a volta accertare e stabilire: *a*) se l'informazione (fornita od omessa) sia effettivamente falsa o fuorviante; *b*) se, in tal caso, la stessa “*fosse in grado di sviare le proprie valutazioni*” (trattandosi, con ciò, di omissione “rilevante”); *c*) se il comportamento tenuto dall'operatore economico “*incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*” (trattandosi, allora, di omissione “significativa”).

Qualora tale valutazione sia, in concreto, mancata (avendo la stazione appaltante attivato un meccanismo di estromissione automatica), la medesima valutazione non può essere effettuata dal giudice amministrativo, a ciò ostando il principio della separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm. (secondo cui il giudice non può pronunciare “*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”).

3.2.- Tradotte nel caso di specie, le riassunte coordinate inducono, anzitutto, ad escludere che l'omissione dichiarativa imputabile alle odierne appellate potesse rientrare tra le “falsità ad esclusione automatica” di cui alla lett. *f-bis*) dell'art. 80, comma 5-*bis*: trattandosi, a tacer d'altro, di reticenza giustificata dalla ambiguità della documentazione di gara (e venuta ad emergenza solo all'esito della richiesta di documentazione conseguente alla disposta aggiudicazione), la sua rilevanza postulava di essere vagliata, come si è detto, all'esito di un concreto riscontro: *a*) della sua effettiva attitudine decettiva (sul piano soggettivo); *b*) della sua sintomaticità, quanto al giudizio di integrità, serietà ed affidabilità del concorrente (sul piano obiettivo).

L'omissione di tale vaglio, rimesso – per quanto chiarito – all'esclusiva responsabilità della stazione appaltante – rende l'esclusione del raggruppamento appellato illegittima e giustifica – sia pure alla luce del più articolato supporto motivazionale di cui si è dato conto – la decisione assunta dal primo giudice, che ne ha disposto l'annullamento.

4.- Alla luce delle considerazioni esposte, l'appello deve essere integralmente respinto.

La complessità e l'incertezza delle questioni esaminate, che ha richiesto, nei sensi chiariti, l'intervento nomofilattico dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO