

Bandito definitivamente il falso innocuo dalla contrattualistica pubblica?

Nota a commento della determinazione dell'Avcp n. 1 del 2012

di **Francesco Tramontana**

1. Inquadramento del problema

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha recentemente rinnovato le proprie linee esegetiche in tema di requisiti di ordine generale per l'affidamento di commesse pubbliche. Si tratta dell'ennesimo tassello di una meritoria azione di ausilio per le stazioni appaltanti, che ha il pregio di racchiudere in forma sintetica in un unico documento, il più delle volte preliminarmente posto in consultazione degli operatori per raccogliere eventuali rilievi e osservazioni, le principali tesi ermeneutiche in materia. Così, alle determinazioni n. 16/23 del 5 dicembre 2001 e n. 13 del 15 luglio 2003, il 12 gennaio 2010 seguì la determinazione n. 1, che in maniera davvero esaustiva diede conto, a quasi quattro anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, delle tematiche (e dei possibili profili interpretativi) riguardanti i requisiti di ordine generale declinati dall'articolo 38 del codice. Adesso,

soprattutto a seguito delle importanti novelle introdotte dal recepimento nel codice della direttiva ricorsi ⁽¹⁾, l'Autorità ha aggiornato il prontuario, emanando la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012 ⁽²⁾, recante "Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici".

Come già avvenuto in quelli che lo hanno preceduto, il documento passa in rassegna minuziosamente tutti i requisiti di ordine generale elencati dall'articolo 38 del codice, soffermandosi sui temi che, sulla scorta della più recente giurisprudenza e delle difficoltà emerse nella prassi applicativa, meritano maggiore attenzione. Tra questi, il tema del c.d. "falso innocuo", la cui rilevanza è più volte emersa dall'applicazione della lettera c) del comma 1 dell'art. 38. Com'è noto, questa disposizione vieta di

“ La determinazione n. 1 dell'AVCP, 16 maggio 2012 passa in rassegna minuziosamente i requisiti di ordine generale elencati dall'art. 38 del codice: tra questi, il tema del c.d. "falso innocuo" ”

partecipare alle gare ai soggetti che abbiano riportato sentenze di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale e per reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, di corruzione, frode e riciclaggio. In particolare, la criticità di cui si sono più volte dovute fare carico in primo luogo le stazioni appal-

(1) D.lgs. 53/2010.

(2) Apparsa sulla G.U.R.I. n. 141 del 19 giugno 2012 e adesso *on line* su www.avcp.it.

tanti e, sempre più frequentemente, la giurisprudenza riguarda il combinato disposto tra detta disposizione e quella del comma successivo. Infatti, da una parte il comma 1, lettera c), declina con estrema meticolosità le circostanze al ricorrere delle quali il concorrente non può essere ammesso alla gara. Dall'altra, il capoverso seguente prescrive all'interessato di attestare il possesso di tutti i requisiti di ordine generale mediante una dichiarazione sostitutiva su cui indicare tutte le condanne penali riportate, eccezion fatta per quelle relative a reati depenalizzati, dichiarati estinti dopo la condanna o cui abbia fatto seguito una sanzione penale revocata o per la quale sia intervenuta la riabilitazione. Data anche l'assoluta mancanza di tipizzazione inequivoca in merito alla categoria dei reati gravi incidenti sulla moralità professionale, si è andato via via radicando il convincimento⁽³⁾ che non spetti al concorrente effettuare valutazioni in merito alla circostanza che un provvedimento dell'autorità giudiziaria abbia inciso (o continui a farlo) sulla sua moralità professionale, essendo rimessa alla stazione appaltante, a valle di un eventuale confronto dialettico subprocedimentale con l'interessato, esprimere un giudizio a riguardo. Da qui, la necessità che il concorrente, dovendosi astenere da valutazioni di merito, indichi in sede di partecipazione alla gara tutte le condanne penali riportate. A cascata, da tale *iter* logico comportamentale, deriva la questione più accidentata, su cui la giurisprudenza ha più volte mutato orientamento. Come comportarsi nel caso in cui il concorrente abbia sì omesso di indicare le condanne riportate, ma adduca tale comportamento al convincimento, dettato dalla propria buona fede, che esse non potessero in alcun modo influire sulla valutazione relativa alla sua propria moralità professionale? In questo caso l'amministrazione può (o deve) esercitare il

“ L'antinomia scaturente dalla differente formulazione del primo rispetto al secondo comma dell'art. 38, in realtà è solo apparente ”

dovere di soccorso⁽⁴⁾ di cui all'articolo 46 del codice? E quanto incide sulla questione la recente tipizzazione delle cause di esclusione sancita dal comma 1-*bis*⁽⁵⁾ dello stesso articolo 46, che di fatto sottrae in massima parte alla *lex specialis* la facoltà di autoregolamentare il potere espulsivo dal procedimento di gara? Sono questioni il tenore delle cui risposte è gravido di conseguenze per la legittimità del procedimento di gara e, ancor più, per quello di aggiudicazione, cui la giurisprudenza, specie del Consiglio di Stato, ha dato risposte che se fino a qualche mese fa sembravano piuttosto altalenanti, in questo scorcio di 2012, sembrano viceversa orientate verso una soluzione molto rigorosa.

2. Verso un primo percorso risolutivo

Uno dei percorsi intrapresi dalla giurisprudenza⁽⁶⁾ per affrontare il problema trae le mosse dalla differente formulazione del primo rispetto al secondo comma dell'articolo 38. Laddove, infatti, la prima disposizione

commina espressamente l'esclusione dalla gara per i soggetti carenti dei requisiti lì declinati, il secondo comma introduce in capo al concorrente l'obbligo di indicare sull'istanza di partecipazione tutte le condanne riportate, astenendosi però dal dotare espressamente della sanzione espulsiva la violazione di tale obbligo. Da qui, si è arrivati a concludere⁽⁷⁾ che quella dell'omessa dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del codice è "ipotesi che, di per sé non è prescritta quale causa di esclusione dal medesimo articolo 38 comma 2 (a differenza delle ipotesi del comma 1 che investe ipotesi concrete in cui sussistono le cause di esclusioni) (...). La dichiarazione sostitutiva attestante l'insussistenza della cause di esclusione

(3) Ormai condiviso sia dall'Avcp (tra tutte, determinazione 1/2010), che dalla giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 740/2009, sez. VI, 3560/2010, 1513/2010, 1909/2010, 5674/2011, 2257/2011, 2334/2011, 1800/2011).

(4) Su cui sia consentito di rinviare a F. TRAMONTANA, *Il dovere di soccorso della stazione appaltante nelle procedure di gara*, in questa *Rivista*, 11 ottobre 2010.

(5) Introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella legge 12 luglio 2006, n. 106.

(6) TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 1088/2012.

ex articolo 38 (...) può essere positivamente valutata, salva la possibilità di esigere *ex post* un'integrazione riguardante altri soggetti”.

In realtà l'antinomia tra le due norme è solo apparente. Essa dà la misura della contrapposizione tra una teoria sostanzialistica che privilegierebbe l'effettivo possesso del requisito in capo al concorrente ed una che invece si fa anche carico di individuare quale sia il fascio di interessi che l'insieme delle due norme sottende e tutela. Gli assertori della prima tesi ⁽⁸⁾ hanno ritenuto la necessità di dar corso ad una “valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione, nella considerazione che il primo comma dell'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'articolo 38 citato comporta *ope legis*, l'effetto espulsivo” ⁽⁹⁾. Questa tesi acquisirebbe vigore dal dato di stretta derivazione testuale in forza del quale il tenore dell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE farebbe “conseguire l'esclusione dalla gara alle sole ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti” ⁽¹⁰⁾. Pertanto, il collegamento tra i due commi “legittimerebbe il concorrente a omettere di dichiarare precedenti penali (che secondo il proprio giudizio non erano connotati dal requisito della gravità e comunque) di scarso rilievo. La dichiarazione in tal senso resa, non potrebbe considerarsi *ex se* falsa e determinare conseguenze espulsive automatiche: spetterebbe all'amministrazione previa valutazione in ordine alla eventuale gravità del precedente penale non dichiarato,

adottare determinazioni espulsive fondate però non già sulla (inesistente e comunque innocua) falsità della dichiarazione, ma sulla consistenza del precedente penale non dichiarato” ⁽¹¹⁾.

La seconda tesi, di recentissimo conio, è improntata a maggior rigore. Essa muove le proprie asserzioni dalla indeterminatezza della categoria dei reati che incidono sulla moralità professionale e dalla conseguente necessità che, essendo la stazione appaltante l'unico *arbiter* cui l'ordinamento rimette detta valutazione, essa sia messa concretamente in condizione di poter esercitare detto sindacato. Permettere al concorrente di effettuare valutazioni in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato si risolverebbe infatti “nella possibile privazione in capo alla stazione appaltante delle conoscenze indispensabili per poter deliberare in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo. (...) Ne consegue che, in ipotesi di omessa dichiarazione di condanne riportate è legittimo il provvedimento di esclusione non dovendosi configurare in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui è stata omessa la dichiarazione e conseguendola statuizione espulsiva dalla omissione della prescritta dichiarazione” ⁽¹²⁾.

Traendo spunto da tale argomentazione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato di questi ultimi mesi ha continuato a sostenere siffatto convincimento fornendo ulteriori argomenti di maggior pregio. In particolare, la terza sezione, dopo aver confermato l'assunto sopra esposto con la sentenza n. 8 del gennaio di quest'anno ha, con la pronuncia 1471 dello scorso febbraio, pregevolmente messo in evidenza ragioni di carattere sostanziale in grado forse più di altre di orientare definitivamente l'interprete e l'operatore.

La vicenda esaminata dai giudici di Palazzo Spada trae

(7) *Ibidem*.

(8) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 829/2009 e 6240/2011, VI, 4906/2009 e 1017/2010.

(9) Cons. Stato, sez. V, 6240/2011.

(10) *Ibidem*.

(11) Ricostruzione contenuta in Cons. Stato, sez. IV, 6153/2011 che, pur mitigandola richiamando la pronuncia della sez. VI, 9324/2010, (“laddove la *lex specialis* avesse imposto di dichiarare tutte le condanne riportate, il concorrente non poteva omettere di dichiararne taluna in quanto asseritamente non grave: in tali ipotesi la sanzione espulsiva era diretta conseguenza della violazione della prescrizione del bando senza che la stazione appaltante dovesse interrogarsi in ordine alla gravità del precedente penale omesso”), la avversa con le motivazioni di cui si darà conto oltre.

(12) È la tesi sostenuta dalla IV sezione del Cons. Stato, in 6153/2011.

origine dal ricorso incidentale dell'aggiudicatario di un servizio il quale eccipe per l'incompletezza delle dichiarazioni effettuate ai sensi dell'articolo 38 del codice dal ricorrente principale. Nel giudizio di appello avverso la sentenza dei giudici di prime cure⁽¹³⁾ che avevano accolto il ricorso incidentale, i ricorrenti argomentano le proprie doglianze invocando, a propria discolpa, il falso innocuo. Tentando quindi di confinare la sanzione espulsiva dal procedimento di gara alle sole ipotesi in cui al concorrente difettino realmente le condizioni previste per la partecipazione, restandone viceversa immune nei casi in cui la dichiarazione, seppur non veritiera o incompleta, non sia idonea a modificare gli esiti della competizione.

3. Il falso innocuo

Com'è noto, la teoria del falso innocuo è stata elaborata dalla dottrina penalista⁽¹⁴⁾. La locuzione falso innocuo qualifica il comportamento di chi dà sì luogo ad alterazione materiale o ideologica del vero, ma senza che detta condotta sia in grado, nella fattispecie concreta in cui il falso si trova a operare, di intaccare gli interessi sottesi dall'ordinamento. Una sorta di comportamento concretamente inoffensivo, perché inidoneo a contraffare il normale corso che gli eventi avrebbero avuto se si fosse agito *secundum legem*. Il dibattito, non solo in campo penale⁽¹⁵⁾, si è incentrato sulla circostanza se la valutazione del comportamento sia da effettuare *ex post* (cioè a condotta venuta in essere) o, piuttosto, *ex ante*, dovendosi

stimare, prima che si sia consumato, se esso sia in grado di incidere sulle determinazioni dell'amministrazione⁽¹⁶⁾. La ricostruzione che del falso innocuo ha fatto la Cassazione penale è improntata a estremo rigore, ed è da questa che il Consiglio di Stato prende le mosse. Affinché possa parlarsi di falso innocuo, secondo la Suprema Corte⁽¹⁷⁾ occorre che "l'infedele attestazione

“ Affinché possa parlarsi di falso innocuo occorre che l'infedele attestazione o la compiuta alterazione siano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto; la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto ”

(nel falso ideologico) o la compiuta alterazione (nel falso materiale) siano "del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto; (...) la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere (...), con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto". Inoltre, le fallaci rappresentazioni della realtà devono essere "del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, inidonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere"⁽¹⁸⁾.

Come applicare questi postulati al procedimento concorsuale disciplinato dal codice dei contratti?

La terza sezione del Consiglio di Stato fornisce una risposta compiuta. Se è vero che, perché vi sia falso innocuo, il comportamento sotto esame deve essere inidoneo a violare gli interessi sottesi dal procedimento in cui esso si colloca, occorre chiedersi, nel caso delle gare pubbliche, quale sia il bene della vita tutelato dalla corretta, veritiera e completa dichiarazione resa in sede di gara da parte dei concorrenti in ordine al possesso dei requisiti richiesti dalla legge e dal bando. Una dichiarazione genuina assolve solo all'esigenza di

(13) TAR Piemonte, Torino, sez. I, 1060/2011.

(14) Di cui dà compiutamente conto Calogero Commandatore in *Il "falso innocuo" nelle gare per l'affidamento degli appalti pubblici (nota alla sentenza del Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471)*, su "Lexitalia.it", 3/2012 e cui si rinvia per un accurato inquadramento della fattispecie in esame nella più ampia categoria dei reati di falso.

(15) Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 599/2011.

(16) Cons. Stato, sez. VI, 4436/2010.

(17) Cass. pen., sez. V, 35076/2010.

(18) Cass. pen., sez. V, 3567/2007.

permettere alla stazione appaltante di appurare il possesso dei requisiti (o la mancanza di cause di esclusione) in capo al concorrente? Con la conseguenza che l'amministrazione potrebbe comunque ricavare *aliunde* o addirittura in un altro momento (purché antecedente all'aggiudicazione definitiva) l'idoneità dell'interessato a vedersi aggiudicare la gara a proprio favore? O, invece, la veridicità ed esaustività di quanto asserito dal *competitor*, al di là dell'esigenza pratica di aggiudicare una commessa pubblica a favore di un soggetto idoneo, assolve anche ad altre esigenze di interesse pubblico? I giudici di Palazzo Spada sono convinti di questa seconda tesi. È vero che il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati. Ma "nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni (...) è già di per sé valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. In altri termini, nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o anche alla sua esclusione" (19). La portata della pronuncia non si ferma qui. Non ostano a queste conclusioni né il fatto che il bando non abbia previsto espressamente la dichiarazione incompleta o errata quale causa di esclusione, né la sussistenza di un dovere di soccorso in capo alla stazione appaltante e in favore del concorrente "claudicante". Non ha luogo la prima ipotesi in quanto la causa di esclusione deriva direttamente dalla legge: e non soltanto dall'articolo 38 (che nell'intersecarsi tra il comma 1 e il comma 2, può dar adito a un *vulnus* di cui il legislatore dovrebbe forse

farsi carico), ma anche (forse soprattutto) dall'articolo 75 del d.P.R. 445/2000 che prevede, in caso di falsità della dichiarazione sostitutiva, la perdita dei benefici cui essa è finalizzata (20). Non si verifica la seconda perché, come ormai appurato da giurisprudenza e dottrina concordi sul punto, "il dovere di soccorso deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco" (21). Tanto più che se ogni mancanza del concorrente potesse essere regolarizzata, ciò potrebbe "tradursi in un'alterazione della par condicio. La novella [quella intervenuta sull'articolo 46 del codice, n.d.r.] non vale a evitare l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38, dovendosi intendere la norma di legge nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui la legge imponga adempimenti doverosi o introduca norma di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione" (22). Il che, nello sradicare la supposta aporia tra il comma 1 e il comma 2 dell'articolo 38, permette al collegio di concludere le proprie argomentazioni in modo *tranchant*: "l'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni prescritte dall'articolo 38, comma 1 e 2 e l'omessa osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge, determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico e dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso" (23).

4. (Provvisorie) conclusioni

Per la completezza delle argomentazioni utilizzate, la sentenza sembra costituire un punto di approdo nel dibattito. Tanto più che essa sta facendo proseliti. Il TAR Veneto (24) la fa propria spingendosi a sostenere che "la tesi del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici ove

(19) Cons. Stato, sez. III, 1471/2012.

(20) Lo ricorda, adducendolo a motivazione della pronuncia, la stessa III sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 8/2012.

(21) Cons. Stato, sez. V, 78/2011.

(22) Cons. Stato, sez. III, 1471/2012, cit.

(23) *Ibidem*.

(24) TAR Veneto, sez. I, 778/2012.

la completezza delle dichiarazioni è un valore (non già strumentale, ma) fine a se stesso, sia in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione, sia in quanto il suo mancato rispetto si risolverebbe in una palese violazione della par condicio nei confronti di quelle imprese concorrenti che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista nella legge di gara". Anche la quinta sezione del Consiglio di Stato, che nel 2011 aveva mostrato di propendere per tesi meno rigorose ⁽²⁵⁾, sembra volersi avvicinare alla tesi della Terza. Dapprima ⁽²⁶⁾ affermando che "quanto all'elaborazione giurisprudenziale in tema di c.d. "falso innocuo, la stessa ha riguardo all'ipotesi in cui il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti sostanziali richiesti, e nel contempo, però, la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle prescrizioni da essa recate sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, ma faccia solo un generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006. È solo a queste condizioni, quindi, che l'omissione non produrrebbe alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma ma ricorrerebbe un'ipotesi di mero "falso innocuo", in quanto tale insuscettibile di

fondare l'esclusione" Successivamente ⁽²⁷⁾, ritenendo che "la teoria del cosiddetto falso innocuo (...) riguarda (...) i casi in cui la *lex specialis* non prevede espressamente la conseguenza dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza di puntuali prescrizioni su modalità e oggetto delle dichiarazioni da fornire (...)"; affermando comunque che "l'obbligo di rendere la dichiarazione di moralità professionale promana direttamente da una norma di legge, con conseguente superfluità della mediazione della *lex specialis* di gara".

“ L'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni prescritte dall'articolo 38, comma 1 e 2 e l'omessa osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge, determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico e dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso ”

L'Autorità di vigilanza, nel vademecum contenuto nella determinazione 1/2012, aderisce in toto alle conclusioni della terza sezione, probabilmente tracciando il solco lungo cui le amministrazioni possono muoversi con (relativa) tranquillità. Tanto è vero che recentemente, con deliberazione n. 58 del 30 maggio scorso, ha censurato il comportamento di una stazione appaltante per un'errata (e forse disinvolta) applicazione del falso innocuo.

Il tema è scottante e non è credibile che sia stata detta l'ultima parola. Certo, anche riguardo al disposto dell'articolo 246-bis del

codice che definisce lite temeraria quella in grado di sfociare in decisioni fondate non solo su ragioni manifeste, ma anche su orientamenti giurisprudenziali consolidati ⁽²⁸⁾, un intervento dell'Adunanza plenaria sarebbe gradito.

(25) Cons. Stato, 64240/2011, cit.

(26) Cons. Stato, 334/2012.

(27) Cons. Stato, 2820/2012.

(28) Esponendo il *competitor* temerario a responsabilità risarcitoria.