Pubblicato il 28/08/2020

N. 00016/2020REG.PROV.COLL.
N. 00011/2020 REG.RIC.A.P.
N. 00010/2020 REG.RIC.A.P.

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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 di A.P. del 2020, proposto da

Doronzo Infrastrutture s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Gennaro Rocco Notarnicola e Michele Dionigi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, corso del Rinascimento 11;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti

R.C.M. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi e Pietro Quinto, con domicilio eletto presso il loro studio, in Roma, via dei Giubbonari 47;

Consorzio stabile Alveare Network, non costituito in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 11 di A.P. del 2020, proposto da

C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Gianni Rotice s.r.l., nonché quest'ultima in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento temporaneo, rappresentate e difese dall'avvocato Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Lovanio 16;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti

Doronzo Infrastrutture S.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Gennaro Rocco Notarnicola e Michele Dionigi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, corso del Rinascimento 11;

R.C.M. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi e Pietro Quinto,

con domicilio eletto presso il loro studio, in Roma, via dei Giubbonari 47;

Consorzio Stabile Vitruvio s.c.a.r.l., Consorzio stabile Alveare Network, General Works Italia s.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso in appello n. 10 del 2020 del registro dell'Adunanza plenaria:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce (sezione prima) n. 846/2019, resa tra le parti;

quanto al ricorso in appello n. 11 del 2020 del registro dell'Adunanza plenaria:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce (sezione prima) n. 453/2019, resa tra le parti;

entrambe concernenti la procedura aperta indetta dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio per l'affidamento in appalto dei lavori di rettifica, allargamento ed adeguamento strutturale della banchina di Levante del Molo di San Cataldo e della calata 1 del Porto di Taranto;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nei rispettivi giudizi d'appello dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, della Doronzo Infrastrutture s.r.l., della R.C.M. Costruzioni s.r.l.;

Visto l'appello incidentale della R.C.M. Costruzioni s.r.l., nel giudizio d'appello promosso dalla Doronzo Infrastrutture s.r.l.;

Vista l'ordinanza di deferimento all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. della Sezione V, del 9 aprile 2020, n. 2332;

Visto il decreto presidenziale del 15 aprile 2020, n. 2, con cui la trattazione degli appelli è stata rinviata dall'udienza del 27 maggio 2020 all'udienza del 24 giugno 2020;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 24 giugno 2020, svoltasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, gli avvocati Ignazio Lagrotta, Luigi Quinto, Gianluigi Pellegrino, Gennaro Rocco Notarnicola e Michele Dionigi, e Stagliano Messuti per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

§ - 1. Con l'ordinanza ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. in epigrafe la V Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione relativa «*alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016*».

§ - 2. La questione è stata deferita nell'ambito dei giudizi d'appello (riuniti ex art. 70 cod. proc. amm. con la medesima ordinanza) contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce indicate in epigrafe. Con queste pronunce di primo grado sono stati respinti i ricorsi della Doronzo Infrastrutture s.r.l., da un lato, e dell'altro lato delle società C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a., e Gianni Rotice s.r.l. - queste ultime due in raggruppamento temporaneo di imprese - contro i provvedimenti di esclusione rispettivamente adottati nei loro confronti dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio (provvedimenti del presidente dell'Autorità nn. 103 in data 4 gennaio 2019 e 43 del 20 aprile 2018) nella procedura di affidamento in appalto dei lavori di rettifica, allargamento ed adeguamento strutturale della banchina di Levante del Molo di San Cataldo e della calata 1 del Porto di Taranto.

§ - 3. Per effetto delle medesime esclusioni, la gara, originariamente aggiudicata alla Doronzo Infrastrutture (con delibera del presidente dell'Autorità portuale n. 133 del 4 aprile 2018), e nell'ambito della quale il raggruppamento temporaneo con mandataria la C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento si era collocato al secondo posto della graduatoria, era infine aggiudicata alla terza classificata R.C.M. Costruzioni s.r.l., la quale nel ricorso proposto dalla Doronzo Infrastrutture ha a sua volta censurato in via incidentale la mancata esclusione della stessa originaria aggiudicataria per ragioni ulteriori rispetto a quella ritenuta dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio.

§ - 4. Le questioni deferite dalla V Sezione riguardano nello specifico l'esclusione nei confronti della Doronzo Infrastrutture, disposta per

falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del codice dei contratti pubblici in relazione alla propria cifra d'affari, per la quale l'originaria aggiudicataria aveva fatto ricorso all'avvalimento del Consorzio stabile Alveare Network. Secondo il provvedimento impugnato tale dichiarazione era inficiata da falsità nella parte in cui era stato cumulato il fatturato della consorziata General Works Italia s.r.l., benché la stessa fosse stata in precedenza sospesa dai benefici consortili con apposita deliberazione dell'ausiliario Consorzio Alveare Network.

§ - 5. In relazione alla descritta ipotesi di falso la Sezione rimettente dubita che sia applicabile la disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata e ipotizza che il caso possa essere ricondotto all'ipotesi dell'omissione dichiarativa, ai sensi della lettera c) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale non potrebbe applicarsi l'automatismo espulsivo proprio della medesima lett. f-*bis*), dacché la stazione appaltante dovrebbe svolgere la valutazione di incidenza sull'integrità ed affidabilità del concorrente.

§ - 6. Dopo il deferimento all'Adunanza plenaria, la trattazione in sede nomofilattica degli appelli riuniti, inizialmente fissata all'udienza del 27 maggio 2020, è stata rinviata al 24 giugno 2020, su istanza della controinteressata R.C.M. Costruzioni motivata dall'esigenza «*di consentire la discussione orale della causa*», secondo il regime processuale connesso all'emergenza epidemiologica nazionale e contraddistinto dalla partecipazione degli avvocati alle udienze nell'ambito della giustizia amministrativa, come introdotto dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e*

di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19). All'esito della discussione a tale udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

§ - 1. In via preliminare va dato atto che all'udienza del 24 giugno 2020 la difesa della R.C.M. Costruzioni ha chiesto di rinviare ulteriormente la discussione degli appelli riuniti per consentire la trattazione in presenza fisica degli avvocati difensori delle parti.

§ - 2. La richiesta non può essere accolta. Sulla questione deferita dalla Sezione vi è stato un contraddittorio pieno, nelle forme consentite dal regime speciale connesso all'emergenza sanitaria nazionale ed attualmente disciplinato dagli artt. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28. Quest'ultima disposizione ha in particolare consentito la partecipazione degli avvocati alle udienze ricadenti nel regime speciale «*mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza*». Ciò è quanto poi avvenuto, in accoglimento dell'istanza della difesa della controinteressata di rinvio al 24 giugno 2020 della trattazione inizialmente fissata per il 27 maggio 2020, quando il collegamento con i difensori non era ancora previsto, con il decreto presidenziale del 15 aprile 2020, n. 2, indicato nell'epigrafe della presente sentenza.

§ - 3. Se invece la richiesta fosse riferita alla complessità delle questioni dedotte nell'intero giudizio che in sé non sorreggerebbero comunque una richiesta di rinvio a fronte della possibilità di partecipare alla discussione da remoto, la medesima istanza non è

rilevante, perché non considera il potere di questa Adunanza plenaria di decidere l'intera controversia o - come si vedrà - di «*enunciare il principio di diritto e restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente*», ai sensi dell'art. 99, comma 4, del codice del processo amministrativo.

§ - 4. Occorre inoltre dare atto che nella medesima udienza del 24 giugno 2020 la difesa dell'originaria aggiudicataria Doronzo Infrastrutture ha posto in rilievo la circostanza che la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, su cui si fonda il provvedimento di esclusione emesso nei propri confronti, è stata introdotta con il c.d. correttivo al medesimo codice, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, mentre la procedura di affidamento oggetto del presente giudizio è stata indetta in epoca precedente, nel novembre 2016, e dunque sarebbe insensibile *ratione temporis* alla novella normativa.

§ - 5. La deduzione si sostanzia in una censura di violazione di legge nei confronti del provvedimento di esclusione che tuttavia non è stata formulata né nell'appello della medesima Doronzo Infrastrutture, né tanto meno nel ricorso di primo grado della stessa. Quand'anche in astratto fondata, essa non può essere esaminata se non violando il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato sancito dall'art. 112 cod. proc. civ., il primo dei quali nel giudizio di impugnazione davanti al giudice amministrativo è definito dai «*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*», ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. d), del codice del processo amministrativo.

§ - 6. Nel merito della questione deferita a questa Adunanza plenaria, concernente in estrema sintesi i rapporti tra le lettere c) ed f-*bis* dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, deve innanzitutto segnalarsi che la Sezione rimettente:

a) premette che:

- gli obblighi dichiarativi posti a carico degli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità ed affidabilità degli stessi ed in ragione di ciò essi si estendono ad «*ogni dato o informazione comunque rilevante*» rispetto alla valutazione stessa;

- pertanto, la violazione degli obblighi dichiarativi ha «*attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale*», a dispetto del loro carattere strumentale;

- sarebbe conseguentemente necessaria «*una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi*», al fine di distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi posti a carico dell'operatore economico;

- solo in questo secondo caso sarebbe giustificata «*di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l'operatività, in chiave sanzionatoria, della misura espulsiva*», mentre nella prima ipotesi la stazione appaltante dovrebbe valutare se l'omissione incida negativamente sull'integrità ed affidabilità del concorrente e solo all'esito escludere il concorrente;

b) ricorda che:

- per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato l'individuazione dei gravi illeciti professionali da parte dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici ha carattere di «*norma di chiusura*», in cui gli illeciti ivi previsti hanno «*meramente esemplificativo*», in grado di comprendere «*ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata*» dell'operatore economico «*di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa*», l'omessa dichiarazione della quale

integra «*in sé e per sé*» l'ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara (sono richiamate le seguenti sentenze della III Sezione di questo Consiglio di Stato: 29 novembre 2018, n. 6787; 27 dicembre 2018, n. 7231; e della V, Sezione, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; 3 gennaio 2019, n. 72; 24 gennaio 2019, n. 586 e 25 gennaio 2019, n. 591);

- in senso parzialmente diverso, si registrano pronunce tendenti a limitare la portata generalizzata degli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici, anche dal punto di vista temporale (si richiamano le sentenze della V Sezione del 3 settembre 2018, n. 5142; 22 luglio 2019, n. 5171; 5 marzo 2020, n. 1605), in cui si è posta in risalto l'esigenza di distinguere tra falsità ed omissione, con automatismo espulsivo limitato alla prima ipotesi (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142; 12 aprile 2019, n. 2407);

c) evidenzia che:

- l'art. 80, comma 5, lett. c), distingue «*tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di "influenza indebita") e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali)*»;

- solo la falsità dichiarativa, oltre a dare luogo alla segnalazione all'ANAC ai sensi del comma 12 della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici «*ha attitudine espulsiva automatica*» e potenzialmente ultrattiva, secondo quanto previsto dalla lettera f-*bis*);

d) aggiunge che:

- la falsità «*costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente*»;

- per contro «*la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale*» ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle «*circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente*»;

- in quest'ultima prospettiva si pone l'appello della Doronzo Infrastrutture.

§ - 7. Così sintetizzata l'ordinanza di rimessione, va ancora precisato quanto segue:

a) in fatto:

- la dichiarazione che l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio ha ritenuto falsa è quella in data 26 luglio 2017 con cui l'ausiliario Consorzio stabile Alveare Network ha attestato una cifra d'affari nel triennio 2013-2015, rilevante ai fini della qualificazione economico-finanziaria per la procedura di gara oggetto del presente giudizio, pari ad € 67.725.151, e derivante dal cumulo delle cifre d'affari delle otto consorziate di cui all'allegato elenco, tra cui la General Works Italia s.r.l., per un ammontare nel medesimo triennio di € 2.535.582;

- l'Autorità portuale ha ritenuto l'ipotesi di falsità nell'ambito della verifica sui requisiti di partecipazione alla gara dell'aggiudicataria Doronzo Infrastrutture, in conseguenza del fatto che la citata consorziata era stata precedentemente sospesa dall'ausiliario Consorzio stabile Alveare Network (con delibera del 20 luglio 2018), a causa dell'intervenuta scadenza dell'attestazione SOA della medesima consorziata, che infatti non figurava nell'attestazione SOA del Consorzio (note dell'Autorità del 5 e 12 dicembre 2018, prot. nn. 18067 e 18361);

- nel provvedimento di esclusione impugnato si afferma che nella misura in cui aveva dichiarato nell'ambito della propria cifra d'affari

complessiva quella di una consorziata che non poteva apportare la propria all'ente consortile, come a quest'ultimo noto per effetto della sospensione dallo stesso deliberata, l'ausiliario aveva pertanto reso una dichiarazione falsa, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del codice dei contratti pubblici;

- nel medesimo provvedimento si aggiunge che, sebbene la dichiarazione non veritiera «*non abbia avuto un'incidenza rilevante ai fini della prova della sussistenza del requisito di partecipazione*» - infatti era richiesta una cifra d'affari pari ad € 44.408.950,16 [punto III.2.2) del bando di gara] - nondimeno, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato alla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata, in presenza di una dichiarazione falsa non è consentito alla stazione appaltante «*alcun margine di valutazione*»;

- ancora, il provvedimento impugnato precisa che «*il possesso dell'attestazione SOA da parte del consorziato* (…) *è condizione necessaria non solo per l'ammissione al consorzio medesimo ma anche per il mantenimento dello status di consorziato*»; e che la sospensione disposta nei confronti di quest'ultimo a causa della scadenza dell'attestazione SOA «*produce gli stessi effetti dell'estromissione dal consorzio medesimo impedendo allo stesso di disporre dei requisiti della consorziata sospesa sia con riferimento alla SOA e sia con riferimento alla cifra d'affari*»;

b) in diritto:

- come precisato dall'ordinanza di rimessione, la versione dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici applicabile alla fattispecie controversa è quella antecedente alle modifiche introdotte dal decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 (*Disposizioni urgenti in materia*

di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione; convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12);

- in base alla versione applicabile, costituisce causa di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici l'ipotesi, prevista dalla lettera c), in cui la stazione appaltante «*dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*», tra cui «*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*»;

- per la successiva lettera f-*bis*), del medesimo art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, pure introdotta in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara, ma in relazione alla quale circostanza la Doronzo Infrastrutture non ha formulato alcuna censura - come sopra rilevato - è invece causa di esclusione quella dell'operatore economico «*che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*».

§ - 8. Tutto ciò premesso, per rispondere alle questioni deferite dalla Sezione rimettente deve innanzitutto precisarsi che la dichiarazione sulla cifra d'affari dell'ausiliario della Doronzo Infrastrutture Consorzio stabile Alveare Network non può essere considerata falsa. Non è infatti contestato che la consorziata General Works Italia abbia conseguito la cifra d'affari esposta dal Consorzio stabile Alveare Network nel sopra menzionato allegato alla dichiarazione in data 26 luglio 2018: ciò che viene in rilievo è invece la questione se tale cifra d'affari possa cumularsi a quella delle altre sette consorziate

indicate nel medesimo allegato e sulla base del quale il Consorzio, ausiliario della Doronzo Infrastrutture, si è qualificato nella procedura di gara in contestazione nel presente giudizio.

Sulla questione così sintetizzata l'Autorità portuale ha espresso nel provvedimento di esclusione impugnato le proprie considerazioni, sopra riportate, secondo cui in senso negativo è determinante la scadenza dell'attestazione SOA, mentre in contrario non rileva la natura temporanea della sospensione deliberata dall'ente consortile, poiché essa va comunque equiparata all'estromissione.

§ - 9. Come pertanto deduce la Doronzo Infrastrutture nel proprio appello, e contrariamente a quanto affermato nella sentenza di primo grado, si tratta di valutazioni riferite ad elementi di carattere giuridico, irriducibili all'antitesi vero/falso, e relativi: alla persistente validità del rapporto consortile in presenza di una delibera di sospensione; e alla possibilità di cumulare la cifra d'affari comunque realizzata nel triennio in considerazione dalla consorziata, ancorché priva di un'attestazione SOA.

§ - 10. In ordine al profilo ora evidenziato sono condivisibili i rilievi svolti dalla V Sezione nell'ordinanza di rimessione, parimenti sopra richiamati, secondo cui la falsità di una dichiarazione è invece predicabile rispetto ad un «*dato di realtà*», ovvero ad una «*situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso*», rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico. Ed infatti, è risalente l'insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia *in rerum natura*. Posta

questa premessa, deve quindi ribadirsi che le questioni poc'anzi richiamate relative al possesso dei requisiti del consorzio stabile indicato dalla Doronzo Infrastrutture come proprio ausiliario ai fini della qualificazione economico-finanziaria nella procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio non hanno il loro sostrato nella realtà materiale ma, come si evince anche dal dibattito processuale tra le parti in causa, vertono sull'interpretazione - opinabile al più - di norme giuridiche, ed in particolare l'art. 47 del codice dei contratti pubblici concernente la qualificazione dei consorzi stabili, o di patti consortili.

§ - 11. Se pertanto in base a quanto finora esposto la dichiarazione dell'ausiliario Consorzio stabile Alveare Network non può essere considerata falsa, e dunque rientrante nell'ipotesi prevista dalla più volte menzionata lett. f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, un'ulteriore ragione per escludere l'applicazione di quest'ultima disposizione si trae dall'esame dei suoi rapporti con la lettera c).

Come poc'anzi rilevato nella parte di interesse nel presente giudizio quest'ultima prevede tre fattispecie di «*gravi illeciti professionali*» - oggi invece collocate nella lettera c-*bis*), introdotta dal citato decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 - una delle quali concernente un'ipotesi di falso così espressa: «*il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*»; in contrapposizione, desumibile dalla disgiuntiva «*ovvero*», all'ulteriore fattispecie consistente nel«*l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*».

§ - 12. Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-*bis*) quella relativa alle «*informazioni false o fuorvianti*» ha un elemento specializzante, dato dalla loro

idoneità a «*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» della stazione appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua «*attitudine decettiva, di "influenza indebita"*», secondo la definizione datane dall'ordinanza di rimessione, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero.

La ragione della descritta equiparazione si può desumere dalle considerazioni svolte in precedenza e cioè dal fatto che le informazioni sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne segue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione.

§ - 13. Nella medesima direzione si spiega la circostanza che l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora c-*bis*)] d.lgs. n. 50 del 2016 preveda anche «*l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*», quale ulteriore fattispecie di grave illecito professionale, a completamento e chiusura di quella precedente, ma rispetto a questa tipizzata in termini più ampi, con il riferimento al «*corretto svolgimento della procedura di selezione*», ed in cui il disvalore si polarizza sull'«*elemento normativo della fattispecie*» (così l'ordinanza di rimessione), ovvero sul carattere doveroso dell'informazione.

L'ipotesi presuppone un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla Sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-*bis*)], è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80 (linee-guida n. 6 del 2016; al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee-guida: parere del 13

novembre 2018, n. 2616; § 7.1; cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850, 12 marzo 2020, n. 1774, 12 aprile 2019, n. 2407, 12 febbraio 2020, n. 1071; VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

Sennonché in tanto una ricostruzione *a posteriori* degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso.

§ - 14. In ogni caso, l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-*bis*). Infatti, tanto «*il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*», quanto «*l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*» sono considerati dalla lettera c) quali «*gravi illeciti professionali*» in grado di incidere sull'«*integrità o affidabilità*» dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte 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 dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55].

§ - 15. Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto 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.

Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»). Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «*il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza

dell'esercizio del potere informato ai princìpi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

§ - 16. Il sistema così descritto 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.

§ - 17. Nondimeno, su di esso è intervenuto il sopra menzionato "correttivo", di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con l'aggiunta all'art. 80, comma 5, del codice della lettera f-*bis*), e dunque della causa di esclusione relativa all'operatore economico che presenti nella procedura di gara (o negli affidamenti di subappalti; ipotesi che qui non rileva) «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*». Non «*informazioni*» dunque, come invece previsto dalla lettera c), ma documenti o dichiarazioni.

Al riguardo, è innanzitutto da escludere che i diversi termini impiegati rivestano una rilevanza pratica, poiché documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni che l'operatore economico è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara. Affermata dunque un'identità di oggetto tra le lettere c) e f-*bis*) in esame, dall'esame dei rispettivi elementi strutturali si ricava anche una parziale sovrapposizione di ambiti di applicazione, derivante dal fatto che entrambe fanno riferimento a ipotesi di falso.

§ - 18. Per dirimere il conflitto di norme potenzialmente concorrenti sovviene allora il criterio di specialità (art. 15 delle preleggi), in applicazione del quale deve attribuirsi prevalenza alla lettera c), sulla base dell'elemento specializzante consistente nel fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «*sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» e concretamente idonee ad influenzarle. Per effetto di quanto ora considerato, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della lettera f-*bis*) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verificazione - 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).

§ - 19. Traslando le considerazioni ora svolte al caso di specie, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio avrebbe potuto verificare se la dichiarazione sulla cifra d'affari dell'ausiliario Consorzio stabile Alveare Network, fuorviante nella misura in cui è stata taciuta la sospensione del rapporto consortile della General Works Italia, avesse attitudine a sviare le proprie decisioni sull'ammissione alla gara della concorrente Doronzo Infrastrutture e sull'aggiudicazione già disposta a favore di quest'ultima. Nella prospettiva ora delineata l'amministrazione resistente avrebbe in particolare potuto valorizzare la circostanza, di cui pure si fa

menzione nel provvedimento di esclusione impugnato, che quand'anche non si volesse considerare la cifra d'affari della General Works Italia, nondimeno il requisito di capacità economico-finanziaria previsto dal bando di gara era ampiamente raggiunto: sottraendo i circa 2,5 mln di euro apportati dalla consorziata in questione la cifra d'affari del Consorzio stabile Alveare Network derivante dal cumulo di quella delle altre sette consorziate a tal fine indicate da quest'ultimo si attesta infatti ben al di sopra di quello di € 44.408.950,16 richiesto dal bando di gara.

§ - 20. In conclusione vanno enunciati i seguenti principi di diritto:

- 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 c-*bis*)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

- 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;

- la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha 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.

§ - 21. Dall'applicazione dei principi ora enunciati l'appello principale della Doronzo Infrastrutture va accolto, per cui, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce (sezione prima) n. 846 del 2019, va annullata l'esclusione dalla gara disposta nei confronti della medesima società. L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio dovrà pertanto rideterminarsi alla luce dei principi di diritto sopra affermati.

Per il resto il giudizio va restituito alla Sezione remittente, ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., la quale dovrà anche provvedere sulle spese degli appelli riuniti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, così provvede:

- enuncia i principi di diritto di cui in motivazione;
- accoglie l'appello della Doronzo Infrastrutture nei termini parimenti precisati in motivazione;
- restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

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

Così deciso nella camera di consiglio ex art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, del giorno 24 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Fabio Franconiero