

Produzione di una garanzia provvisoria falsa: ai fini dell'esclusione è necessario indagare l'elemento soggettivo del falso materiale

di Federico Muzzati

Data di pubblicazione: 12-3-2024

La controversia ruota quindi intorno al significato da attribuire alla disposizione in esame (art. 80, co. 5, lett. f-bis)): se essa vada intesa nel senso che l'esclusione debba essere disposta dall'Amministrazione aggiudicatrice all'obiettivo verificarsi della circostanza individuata nella disposizione, senza che assuma rilevanza lo stato soggettivo dell'operatore economico ovvero se la disposizione presupponga un comportamento, da parte dell'operatore economico, doloso o quanto meno colposo, nella forma della negligente ignoranza della falsità della documentazione prodotta (...).

Nel caso di specie l'oggetto della falsità riguardava le garanzie (provvisoria e definitiva) prodotte dalla ricorrente, ma materialmente emesse da un soggetto terzo, per cui secondo la giurisprudenza più recente "la falsità rilevante ai sensi della norma citata avrebbe potuto essere soltanto la falsità materiale, consistente nella contraffazione del documento quanto alla sua provenienza e/o al suo contenuto, imputabile all'operatore economico partecipante alla gara, per averla compiuta od averne consapevolmente approfittato".

N. 1179/2024 REG.PROV.COLL.

N. 3260/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3260 del 2023, proposto da
-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG
-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Rossi, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli, al viale A. Gramsci n. 16 presso
lo studio legale Abbamonte.

contro

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Claudia Molino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Società Regionale per la Sanità Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Aprea, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli al Centro Direzionale – Isola G3.

per l'annullamento

dell'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per la conclusione di un
accordo quadro multifornitore per la fornitura di stent e dispositivi per emodinamica occorrenti
alle AA.SS. della Regione Campania per mancanza dei requisiti generali ai sensi dell'art. 80
comma 5 lett. f bis) del d.lgs. 50/2016 e l'aggiudicazione definitiva in favore della seconda
classificata ditta -OMISSIS-; b) del verbale del RUP del 15.06.2023 contenente la proposta di
esclusione per il lotto 6 della procedura di che trattasi della ditta-OMISSIS-per mancanza dei

requisiti generali ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. f bis) del d.lgs. 50/2016 e per l'effetto la
proposta di revoca dell'aggiudicazione del predetto lotto e conseguentemente la proposta di
aggiudicazione del medesimo lotto alla ditta -OMISSIS- seconda graduata; c) ove e per quanto
occorra, del provvedimento notificato a mezzo pec in data 18 maggio 2023 con il quale la
So.re.Sa S.p.A. ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca
dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della ricorrente; d) ove e per quanto occorra e
qualora dovesse seguire, della segnalazione all'ANAC e di qualsiasi altro atto connesso
presupposto e consequenziali comunque lesivo; e) dell'aggiudicazione definitiva disposta in
favore della seconda classificata ditta -OMISSIS- per un importo complessivo di
euro36.867.00,00 con espressa riserva di formulare motivi aggiunti avverso i successivi atti

di gara nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato in
favore della seconda aggiudicataria nonché per f) il risarcimento in forma specifica mediante
conferma dell'aggiudicazione definitiva, autorizzazione alla stipula di nuova polizza
fideiussoria definitiva - in sostituzione di quella già contratta e pagata e risultata falsa - e
condanna alla stipula del contratto in favore della ricorrente e/o subentro della stessa nel
contratto eventualmente stipulato medio tempore con la seconda classificata ovvero, solo in
subordine; g) per il risarcimento dei danni derivanti alla ricorrente dalla disposta revoca in
ragione della accertata estraneità ai fatti contestati

da calcolarsi in ragione del mancato guadagno, danno all'immagine ed alla reputazione
imprenditoriale; h) con ogni conseguenza di legge in ordine alle spese.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- e della Società Regionale per la Sanità Spa (Soresa);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina del Direttore Generale n. -OMISSIS-, Soresa, in qualità di stazione appaltante e centrale di committenza, ha indetto una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro multifornitore per la fornitura di stent e dispositivi per emodinamica occorrenti alle AA.SS. della Regione Campania, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ex art. 95, comma 2 del Codice, ad eccezione dei lotti 22 e 23, da aggiudicarsi secondo il minor prezzo ex art. 95, comma 4 del Codice.

Con ricorso notificato e depositato in data 18.7.2023 la -OMISSIS- ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, la determina del Direttore Generale di Soresa n. -OMISSIS- recante la revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore del lotto n. 6.

Ed infatti, successivamente alla intervenuta aggiudicazione del lotto in favore della ricorrente, è pervenuta alla Soresa una comunicazione dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM), acquisita al prot. SRA -OMISSIS- che ha reso nota la pendenza di un procedimento penale con riguardo a false polizze fideiussorie emesse a nome di talune compagnie assicurative (nel periodo 2020 – 2023) tra le quali figurano le due che risultavano emesse in favore della ricorrente, rispettivamente, la cauzione provvisoria per la partecipazione alla gara e quella definitiva, in vista della stipula contrattuale.

Pertanto, in data 18.5.2023, la Soresa notificava alla ricorrente -a mezzo PEC - l'avvio del procedimento di esclusione dalla procedura di cui in esame ai sensi dell'art. 7 L. 241/1990, rilevando la pendenza di un procedimento penale n. -OMISSIS- a carico di ignoti presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Perugia per false polizze fideiussorie emesse da sette compagnie estere, tra cui la -OMISSIS-- società emittente per la -OMISSIS- della polizza

fideiussoria provvisoria n. -OMISSIS-nell'ambito della procedura de qua.

In particolare la S.A. rappresentava la possibile ricorrenza di una causa di revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore "per sopravvenuta mancanza dei requisiti di ammissione alla gara", avuto riguardo all'art 15.1 del disciplinare secondo cui il possesso di una valida polizza provvisoria costituisce uno dei requisiti di ammissione a gara ed all'art. 80 comma 5 lett f-bis che prevede l'esclusione dell'operatore economico "che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Nel corso del contraddittorio la -OMISSIS- rappresentava nella sostanza la propria totale estraneità alla vicenda appresa dalla comunicazione di avvio del procedimento, prospettando il suo coinvolgimento in una truffa rispetto alla quale era da considerarsi parte lesa. Anzi la stessa società rilevava di aver chiesto conferma alla società (-OMISSIS-) presunta emittente delle garanzie e di aver ricevuto da questa il totale disconoscimento delle stesse che, quindi, dovevano considerarsi senz'altro totalmente false.

La ricorrente si offriva quindi di produrre ulteriori garanzie in sostituzione di quelle appalesatisi false e sporgeva denuncia querela presso la Procura della Repubblica di Napoli a cui conseguiva l'instaurazione di un procedimento penale nel quale la -OMISSIS-figurava quale parte offesa.

Con Determinazione del Direttore Generale n. -OMISSIS-la Soresa escludeva la ricorrente dalla procedura di gara, rilevando in particolare: <<- *che il Seggio di Gara rilevava, altresì, che nell'allegato A1 dichiarazione di partecipazione l'operatore economico-OMISSIS-aveva dichiarato al punto g) "di aver presentato la garanzia provvisoria e l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso risultasse aggiudicatario allegando gli appositi documenti, ivi compresi le certificazioni necessarie ai fini dell'abbattimento della cauzione di cui all'art. 93, co. 7, del Codice"; - che nella documentazione amministrativa l'operatore-OMISSIS-precisava che "non essendo riuscita a ricevere l'originale della Fidejussione provvisoria relativa al lotto 6, avrebbe provveduto ad inviare l'originale della Fidejussione assicurativa non appena disponibile"; DATO ATTO - che in data 10/03/2022, con nota registro di sistema Siaps n°-OMISSIS-, veniva attivato il sub-procedimento di soccorso istruttorio richiedendo quanto segue: "Il seggio di gara ha rilevato dall'esame della documentazione amministrativa che manca la garanzia per il lotto 6. Pertanto, l'operatore economico deve produrre la garanzia per il lotto 6 entro il 21.3.2022 h 12 purché la stessa sia di data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta"; - che con comunicazione registro di sistema -OMISSIS-, l'operatore economico-OMISSIS-riscontrava la richiesta e produceva, quale garanzia provvisoria per il lotto 6, polizza n -OMISSIS-della -OMISSIS-- che il seggio di gara, pertanto, ammetteva al prosieguo della gara l'operatore economico-OMISSIS-(verbale n.-OMISSIS-); - che con determinazione del Direttore Generale n.-OMISSIS- recante "Procedura aperta per la Conclusione di un Accordo Quadro Multifornitore per la fornitura di Stent e Dispositivi per Emodinamica occorrenti alle AA.SS. della Regione Campania – ammissione/esclusione concorrenti al prosieguo della gara" l'operatore economico-OMISSIS-veniva ammesso alle successive fasi di gara...>>; il provvedimento prosegue poi dopo aver dato conto degli avvenimenti sopra descritti e*

dell'esito del contraddittorio procedimentale, rilevando che: <<delle integrazioni presentate ed in particolare che, per stessa affermazione di -OMISSIS-la polizza provvisoria è con certezza falsa>>; o che secondo giurisprudenza consolidata (ex multis) la presentazione di una cauzione provvisoria falsa, costituisce fattispecie diversa e non assimilabile a quella della cauzione provvisoria mancante incompleta o irregolare e pertanto non trova applicazione l'art. 83 comma 9 ma quello dell'art. 80 comma 5 lett f bis) e che pertanto alla presentazione a corredo dell'offerta di documentazione falsa- tra cui evidentemente anche la cauzione provvisoria – consegue l'esclusione dell'impresa; o che secondo la giurisprudenza (ex multis Tar Napoli 2020 n 629) l'art. 80 comma 5 lett. f bis) si caratterizza, perché il legislatore delinea una causa di esclusione che scatta in base al presupposto oggettivo rappresentato dalla presentazione di documentazione o dichiarazione non veritiera, riferibile e prodotta anche da un terzo. L'assenza di qualunque riferimento all'elemento soggettivo fa sì che la clausola di esclusione vada interpretata nel senso di non richiedere, ai fini della sua applicazione, un ulteriore requisito non richiesto dal legislatore. La ratio della norma è evidentemente da intravedere nel principio secondo cui il partecipante all'impresa deve avere la normale diligenza e accertarsi e verificare la correttezza delle dichiarazioni e della documentazione che rende, ma anche che riceve da terzi, e quindi non direttamente ricadenti all'interno della propria sfera giuridica. Si tratta di un'applicazione del principio cuius commoda, eius et incommoda, secondo cui a colui che ha vantaggi, spettano anche i conseguenti svantaggi. Il partecipante alla gara che vuole avvantaggiarsi della documentazione o della dichiarazione di terzi deve necessariamente controllarne la veridicità, subendone le conseguenze qualora emergesse la non veridicità delle stesse. Si tratta di una regola che trova chiara giustificazione nelle gare pubbliche, caratterizzate dalla necessaria speditezza della procedura che non può essere rallentata da estenuanti verifiche in capo alla stazione appaltante, dovendo comunque valorizzarsi un principio di tempestività e celerità di svolgimento e di conclusione delle gare pubbliche>>.

Sulla base di tali considerazioni la Soresa revocava l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente che veniva conseguentemente esclusa dalla procedura per poi disporre l'aggiudicazione del lotto 6 in favore della seconda graduata -OMISSIS-

Avverso tale provvedimento, la ricorrente ha proposto le seguenti censure.

I.- VIOLAZIONE DELL'ART. 80 DEL DLGS 50/2016 – VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 COMMA 5 LETT. F) DLGS 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 93 DLGS 50/2016. DIFETTO DI ISTRUTTORIA ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI. CARENZA DI MOTIVAZIONE. SPROPORZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE DELL'ART. 27 COST. VIOLAZIONE DELL'ART. 32 COMMA 8 DLGS 50/2016. ABUSO DI POTERE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI SPEDITEZZA E TEMPESTIVITÀ NELLO SVOLGIMENTO DELLE GARE PUBBLICHE. VIOLAZIONE DELLA LEGGE 241/90. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. DIFETTO DEI PRESUPPOSTI. ARBITRARIETÀ ED ILLOGICITÀ.

II. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE DELL'ART. 80 DLGS 50/2016. ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI. VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA EUROPEA 2014/24/UE DEL 26

FEBBRAIO 2014. CONTRADDITTORIETA' MANIFESTA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 83 COMMA 9 DEL DLGS 50/2016. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DELLA LEGGE 241/90.

III. VIOLAZIONE DELL'ART. 93 DLGS 50/2016. ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 DLGS 50/2016 COMMA 5 LETT F). SPROPORZIONALITÀ DEGLI INTERESSI COINVOLTI – ILLOGICITÀ. PRETESTUOSITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVATRAVISAMENTO. VIOLAZIONE DEL DOVERE ISTRUTTORIO. CARENZA DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DEL DIRITTO AL SOCCORSO ISTRUTTORIO. VIOLAZIONE DELLA MISURA DI SELF CLEANING.

IV. VIOLAZIONE DELL'ART. 83 COMMA 9 DLGS 50/2016. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO, GIUSTO PROCEDIMENTO E LEALE COLLABORAZIONE TRA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI. VIOLAZIONE DEL DICIPLINARE DI GARA.

Con ordinanza 6 settembre 2023, n. 1455, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare, sulla base della seguente motivazione: *"...il Legislatore delinea una causa di esclusione che scatta in base al presupposto oggettivo rappresentato dalla presentazione di documentazione o dichiarazione non veritiera, riferibile e prodotta anche da un terzo, senza compiere alcun riferimento all'elemento soggettivo della colpevolezza in termini di negligenza o imperizia (TAR Campania, Sez. I, 629/2020); Ritenuto infatti che la ratio della disposizione appena citata deve ravvisarsi nel principio secondo cui il partecipante alla procedura pubblica di gara deve accertarsi e verificare la correttezza delle dichiarazioni e della documentazione che rende, ma anche di quelle che riceve da terzi, benché astrattamente qualificati;*

Ritenuto che quanto sopra indicato sia un derivato del principio cuius commoda, eius et incommoda, in virtù del quale su colui che consegue vantaggi incombono anche i conseguenti svantaggi derivanti dalla medesima situazione, anche secondo la logica della corretta allocazione dei rischi legati all'attività d'impresa i quali non possono scaricarsi sulla stazione appaltante con conseguente compromissione delle regole sulla par condicio tra i partecipanti..."

Con ordinanza 6 ottobre 2023, n. 4133 il Consiglio di Stato ha riformato l'ordinanza appena riportata, evidenziando che: *<<- alla luce della ricostruzione che è possibile effettuare in base agli atti finora acquisiti al giudizio, dei tempi, dei modi e del contesto in cui si sarebbe sviluppata la vicenda che ha dato origine, oltre che a procedimenti penali, tra cui il n. -OMISSIS- pendente a carico di ignoti presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Perugia per false polizze fideiussorie emesse da sette compagnie estere (tra le quali, quelle versate in gara dall'appellante), all'esclusione dell'appellante dalla gara, è dubbio che possa ravvisarsi un comportamento negligente dell'appellante nell'acquisizione ed utilizzazione della documentazione falsa;*

- nella giurisprudenza di questo Consiglio, seppur con riferimento a vicende in cui la falsità assumeva (per provenienza e contenuto della documentazione) connotati diversi da quelli che sembra assumere nella presente controversia, ha trovato considerazione la rilevanza

dell'elemento soggettivo (imputazione della condotta all'operatore economico) ai fini dell'applicazione dell'esclusione automatica di cui all'art. 80, comma 5, lettera f-bis), del d.lgs. 50/2016; giungendosi ad affermare che, riferita ai documenti, la qualificazione di "non veritiero" ai sensi di detta disposizione presuppone che si tratti di documenti falsi, della cui falsità, ideologica o materiale, l'operatore economico che se ne avvale in corso di procedura sia partecipe o, quanto meno, consapevole, e che l'esclusione automatica, proprio perché prescinde da qualsivoglia valutazione discrezionale – tanto da poter essere adottata in sede giurisdizionale - richiede la (dimostrazione della) sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'operatore economico partecipante alla gara (cfr. Cons. Stato, V, n. 281/2021 – con cui è stata riformata la sentenza del TAR Campania n. 629/2020, richiamata nell'ordinanza qui appellata; VI, n. 4660/2020);

Considerato che l'accordo quadro con l'aggiudicatario, per i quali è prevista una durata di sei mesi, più (in caso di non esaurimento della fornitura) eventuali altri sei mesi, non risulta ancora stipulato, e che il TAR ha fissato per l'esame del ricorso nel merito l'udienza del 31 gennaio 2024;

Ritenuto, pertanto, che:

- nelle more degli opportuni approfondimenti propri del giudizio di merito, le contrapposte esigenze delle parti possono essere temperate mediante la limitazione dell'operatività dell'accordo quadro con -OMISSIS- alla quota della fornitura che le sarebbe comunque spettata quale seconda classificata (40% del lotto)...>>.

Le parti hanno prodotto memorie e depositato documenti e alla pubblica udienza del 14 dicembre 2023 la causa è stata introitata in decisione.

Oggetto dell'odierno giudizio è il provvedimento con il quale la Soresa ha disposto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione, l'esclusione della ricorrente dalla agara e l'aggiudicazione in favore della controinteressata seconda in graduatoria.

Tale provvedimento, come sopra esposto, è stato assunto dalla Soresa sul presupposto che le garanzie prodotte dalla ricorrente si sono rivelate false e quindi l'Amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto integrata la causa di esclusione contemplata dall'art. 80, co. 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla procedura per cui è causa) a mente del quale è escluso "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

La controversia ruota quindi intorno al significato da attribuire alla disposizione in esame: se essa vada intesa nel senso che l'esclusione debba essere disposta dall'Amministrazione aggiudicatrice all'obiettivo verificarsi della circostanza individuata nella disposizione, senza che assuma rilevanza lo stato soggettivo dell'operatore economico ovvero se la disposizione presupponga un comportamento, da parte dell'operatore economico, doloso o quanto meno colposo, nella forma della negligente ignoranza della falsità della documentazione prodotta.

L'Amministrazione con il provvedimento gravato ha optato per la prima delle opzioni illustrate,

ritenendo in buona sostanza che la causa di esclusione operi in modo oggettivo, con un approccio seguito in sede cautelare anche da questa Sezione.

Gli argomenti a supporto di tale soluzione possono individuarsi nella semplificazione procedurale per le stazioni appaltanti, le quali a fronte del dato oggettivo una documentazione falsa sono chiamate a disporre l'esclusione dell'operatore economico senza essere onerate dal laborioso accertamento in ordine alla ricorrenza dell'elemento soggettivo nelle forme del dolo o della colpa, tenuto anche conto che le Amministrazioni sono prive dei poteri di accertamento di cui dispone invece l'Autorità giudiziaria penale.

L'opposta interpretazione valorizza invece il contenuto sanzionatorio dell'esclusione e presuppone che un tale accertamento debba essere compiuto di modo che se le stazioni appaltanti sono tenute ad accertare non emergono profili di soggettiva compartecipazione nella falsificazione da parte dell'operatore economico non potrà disporsi l'esclusione.

Il Collegio deve dar conto sul punto dell'importante arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020 che nell'esaminare proprio la fattispecie di cui all'art. 80, co. 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) ha così statuito: <<- “[...] la falsità di una dichiarazione è ... 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.”;

- “Rispetto all'ipotesi prevista della 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 [n.d.r. tra informazione falsa e informazione fuorviante] 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.”;

- “[...] in nessuna di queste fattispecie [n.d.r. di cui all'art. 80, comma 5, lett. c - bis] 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 [...]”;

- “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. [...] Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo.”;

-sebbene la lettera c-bis) abbia ad oggetto “informazioni” e la lettera f - bis) invece “documentazione o dichiarazioni” va affermata un'identità di oggetto tra le due fattispecie (poiché “documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni”) ed anche “una parziale sovrapposizione di ambiti di applicazione, derivante dal fatto che entrambe fanno riferimento a ipotesi di falso”;

- “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 verifica - 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 relativi al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).”

Nel caso di specie l'oggetto della falsità riguarda le garanzie (provvisoria e definitiva) prodotte dalla ricorrente, ma materialmente emesse da un soggetto terzo, per cui secondo la giurisprudenza più recente “la falsità rilevante ai sensi della norma citata avrebbe potuto essere soltanto la falsità materiale, consistente nella contraffazione del documento quanto alla sua provenienza e/o al suo contenuto, imputabile all'operatore economico partecipante alla gara, per averla compiuta od averne consapevolmente approfittato” (così Cons. Stato, n.

281/2021).

Del resto, la giurisprudenza (cfr. Cons. St., 12 maggio 2020, n. 2976) ha già avuto modo di precisare, sia pure con riguardo alle dichiarazioni e non ai documenti di terzi, che: *“il concetto di "falso", nell'ordinamento vigente, “si desume dal codice penale, nel senso di attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera. Dunque, il falso non può essere meramente colposo, ma deve essere doloso”*.

Senonché nel presente giudizio non è stata raggiunta la prova della partecipazione alla falsificazione della ricorrente, ma anzi emergono elementi dissonanti con una presunta consapevolezza da parte della -OMISSIS-della falsità dei documenti prodotti, basti pensare al fatto che è stata la società ad attivarsi immediatamente non appena conosciuta la comunicazione sulla pendenza dell'indagine a chiedere al formale emittente se avesse effettivamente emesso le garanzie in questione e, dopo aver ricevuto riscontro negativo, ha prontamente informato la stazione appaltante oltre che l'Autorità giudiziaria penale in qualità di parte offesa, offrendosi di prestare ulteriori garanzie in sostituzione.

In ogni caso, nemmeno è ravvisabile nella fattispecie un comportamento colposo ovvero contrario al principio di auto responsabilità da parte della ricorrente, a fronte di documenti fideiussori che si presentavano formalmente regolari e che non davano adito ad alcun particolare sospetto, come dimostra il fatto che la stessa Amministrazione, solo a seguito della segnalazione dell'Agenzia dei Monopoli, abbia attivato le verifiche ed avvisato la ricorrente con gli sviluppi già rappresentati.

In definitiva le censure proposte si appalesano fondate alla stregua delle considerazioni sopra svolte, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

In considerazione dei profili di originalità delle questioni trattate le spese del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2023 con l'intervento

dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La Prima Sezione del T.A.R. Campania, Sede di Napoli, attraverso il pronunciamento della sentenza n. 1179, pubblicata il 19 febbraio u.s., ha offerto alcuni interessanti spunti esegetici e canoni ermeneutici in relazione alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del D.lgs. n. 50/2016, attinente alla presentazione di dichiarazioni, ovvero di documenti, non veritiere durante il corso di una procedura di gara.

In nuce, un Operatore economico partecipante ad una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro multifornitore per la fornitura di *stent* e dispositivi emodinamici occorrenti ad alcune Amministrazioni sanitarie della Regione Campania, veniva escluso dalla Stazione appaltante sulla base del fatto che l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli le avesse – *medio tempore* – comunicato l'esistenza di un procedimento penale riguardante false polizze fideiussorie emesse a nome di talune compagnie assicurative, tra le quali figuravano anche quelle emesse in favore dell'odierno Operatore ricorrente (sia la garanzia provvisoria, per la partecipazione, che quella definitiva, in vista della stipulazione contrattuale), escluso sulla base di tale circostanza.

In particolar modo, l'Amministrazione procedente rappresentava la possibile sussistenza di una causa di revoca dell'aggiudicazione definitiva per sopravvenuta mancanza di un requisito di ammissione alla gara, in quanto, il disciplinare statuiva espressamente, quale *condicio sine qua non* da possedere, la necessaria titolarità di una valida polizza provvisoria.

In sede di contraddittorio con la Stazione appaltante, l'Operatore così inciso, rappresentava la sua totale estraneità alla vicenda, considerandosi, per converso, persona offesa in una truffa commessa ai suoi danni, offrendosi, inoltre, di produrre ulteriori garanzie rispetto a quelle appalesatesi poi false.

Ciò, però, non ha persuaso l'Amministrazione procedente dal seguire il suo primo intendimento; pertanto, questa procedeva alla revoca dell'aggiudicazione disposta in favore dell'Operatore economico, escludendolo dalla procedura ad evidenza pubblica, per il sol fatto di aver prodotto una garanzia risultata poi falsa.

L'esclusa Società impugnava dinanzi all'adito Ecc.mo T.A.R. Campania (Napoli), il provvedimento di esclusione, rassegnando molteplici censure nei confronti dell'*iter* logico-argomentativo operato, all'uopo, dalla Stazione appaltante per fondare l'estromissione

della ricorrente dalla procedura pubblica *de qua*.

In buona sostanza, si tratta, dunque, di comprendere quale sia la corretta interpretazione dell'art. 80, co. 5, lett. f-*bis*) del D.lgs. n. 50/2016, e, se tale previsione operi rigidamente e "*sic et simpliciter*" al verificarsi dei fatti integrativi adottati al suo interno, ovvero se sia suscettibile di gradati e giustificati temperamenti e valutazioni casistiche.

In altre parole, e sussumendo la vicenda in commento all'interno del tenore letterale della disposizione di cui trattasi, è dirimente e pregiudiziale capire se l'esclusione vada sempre e comunque disposta quando vengono presentati falsi documenti o dichiarazioni in sede di gara, a nulla rilevando lo stato soggettivo dell'Operatore economico (*melius*: l'elemento soggettivo del fatto, in una sorta di particolare responsabilità oggettiva), ovvero se, ai fini dell'estromissione sia necessario un presupposto comportamento doloso, o quantomeno colposo, nella forma della negligente ignoranza della falsità della documentazione prodotta.

È lapalissiano come la Stazione appaltante abbia optato per la prima opzione, ritenendo che la causa di esclusione operi in modo oggettivo e inequivocabile all'integrazione del fatto al suo interno dedotto (produzione di documenti o dichiarazioni false in sede di gara).

Il Collegio, sulla base degli approdi in materia raggiunti dal *plenum* del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2020), che invece ha propeso per una sorta di *tertium genus* interpretativo, è giunto all'approdo – mediante una perfetta "sintesi hegeliana" secondo il quale, nel caso di specie, si l'oggetto materiale della falsità riguarda le garanzie, ma la materialità dell'azione involge un soggetto terzo (l'emittente delle stesse); pertanto, secondo il più recente e autorevole filone giurisprudenziale "*la falsità rilevante ai sensi della norma citata avrebbe potuto essere soltanto la falsità materiale, consistente nella contraffazione del documento quanto alla sua provenienza e/o al suo contenuto, imputabile all'operatore economico partecipante alla gara, per averla compiuta od averne consapevolmente approfittato*" (cfr. Cons. Stato, n. 281/2021).

Per di più, non è stata raggiunta la prova del concorso alla falsificazione delle garanzie da parte dell'Operatore economico escluso, ed anzi, emergono elementi del tutto contrastanti e dissonanti con quest'asserita ipotesi, tant'è che lo stesso, appena venuto a conoscenza del fatto, non solo si è immediatamente offerto e adoprato per produrre nuove – e valide – garanzie alla Stazione appaltante, ma, contestualmente, ha finanche sporto querela presso la competente Procura della Repubblica di Napoli.

Inoltre, non residuando, per quanto poco *ut supra* detto, alcuno spazio valutativo circa la più totale mancanza di *suitas*, nemmeno è ravvisabile, nella fattispecie *de qua*, alcuna condotta colposa (imperita, imprudente o negligente), ovvero contraria al principio di autoresponsabilità, a fronte del fatto che i documenti fideiussori si appalesassero perfettamente regolari, e dunque non potessero dar adito ad alcun immediato – e di semplice riconoscimento – sospetto, come ampiamente dimostrato dalla circostanze che, anche l'Amministrazione procedente, è venuta a conoscenza della falsità solo a seguito della segnalazione dell'ADM (e, dunque, non si trattava di un falso "grossolano" *prima facie* riconoscibile).

Di talché, in conclusione, alla luce di tutte le suesposte considerazioni, della fondatezza e della bontà delle censure offerte dal ricorrente Operatore economico escluso, il Collegio, definitivamente statuendo sulla controversia, accoglie il ricorso e dichiara nullo il provvedimento di esclusione emesso dalla Stazione appaltante, con integrale compensazione delle spese processuali, alla luce dei profili di originalità delle questioni trattate in giudizio.