

REDAZIONALI

IL FALSO NON È PIÙ INNOCUO

dell'Avv. Salvatore Napolitano

La teoria penalistica del falso innocuo non è più applicabile ai procedimenti ad evidenza pubblica

The theory of criminal law is no longer harmless fake applicable to proceedings open to public

Sommario: 1. Premessa. 2. Teoria del falso innocuo. 3. Conclusioni.

1.Premessa.

La continua tensione fra le due diverse visioni del diritto, quella sostanziale e quella formale, torna nuovamente alla ribalta in occasione del ravvedimento giurisprudenziale sul falso innocuo. Come noto, infatti, a partire dalla innovativa sentenza n. 829 del 2009 della Sezione V del CdS, la giurisprudenza amministrativa aveva introdotto nel settore delle gare pubbliche l'istituto tipicamente penalistico del falso innocuo. Secondo questa teoria, che trae spunto dall'art. 49, co. 2 del c.p. secondo cui "La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso" e, quindi, dal principio della necessaria offensività del reato, il falso è innocuo quando si riveli in concreto inidoneo a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti e, cioè, quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo anti-giuridico. Applicando questo concetto alle procedure ad evidenza pubblica la sentenza del 2009 e la successiva giurisprudenza uniforme, ritenevano che un falso (una falsa dichiarazione) in sede di gara fosse da considerare innocuo e privo di offensività ogni qual volta, in sostanza, non toccasse circostanze influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione dei concorrenti. In altri termini, ove il concorrente effettivamente possedesse i requisiti richiesti dalla procedura di

gara, non sarebbe stato da escludere pure a fronte di una falsa od omessa dichiarazione.

2.Teoria del falso innocuo.

Già in un secondo momento questa impostazione, tipicamente innovativa ed evidentemente contaminata dall'influenza del diritto comunitario (basti pensare che secondo l'art. 45, co. 2, lett. g) della dir. n. 18 del 2004, "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" è da escludere il concorrente "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni", è stata chirurgicamente ridimensionata da quella giurisprudenza che ha sancito che, a fronte di una esplicita causa di esclusione prevista dalla legge di gara, il falso innocuo opera alla duplice condizione che l'impresa sia in possesso di tutti i requisiti richiesti "e che la *lex specialis* non preveda espressamente l'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire" (cfr. CdS, V, 9.11.2010 n. 7697; CdS, III, 30.1.2012 n. 447). Pertanto la rilevanza dell'omissione, che è una delle condotte tipiche della fattispecie di falso, nella materia delle procedure ad evidenza pubblica ha assunto un significato diverso a seconda che la legge di gara prevedesse o meno una chiara causa di esclusione per l'omessa dichiarazione.

Ciò, evidentemente, in omaggio ai principi di trasparenza ed imparzialità che governano l'azione amministrativa. Questa giurisprudenza, quindi, ha iniziato a ridimensionare la forza dirimpente del falso innocuo. Successivamente, a distanza di soli due mesi dall'ultima delle sentenze appena citate, il CdS è tornato ad occuparsi di falso innocuo invertendo nettamente l'orientamento e sancendo, almeno per ora, la fine dell'applicazione del falso innocuo alle procedure ad evidenza pubblica. Secondo questo nuovo orientamento che si sta consolidando, in sede di procedure ad evidenza pubblica il falso non può mai essere innocuo e, cioè, inoffensivo, perché, oltre alla sostanziale e reale affidabilità delle imprese, deve essere tutelato anche il bene della completezza delle dichiarazioni che ha un valore in sé. Il CdS, infatti, ha statuito che la teoria del falso innocuo *“non può trovare ingresso nelle procedure di evidenza pubblica, atteso che in queste ultime la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un 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 (cfr. CdS, III, 16.3.2012 n. 1471) ed in senso conforme “In tal caso, infatti, la mancata presentazione della dichiarazione relativa al precedente amministratore cessato dalla carica nel triennio precedente la procedura di gara, nonché il carattere non veritiero della dichiarazione resa, non può che comportare l'illegittimità dell'ammissione in gara, non avendo cittadinanza nel sistema, come ha ormai chiarito la giurisprudenza amministrativa, il cd. falso innocuo” (cfr. CdS, V, 22.5.2012 n. 2946)*. La completezza delle dichiarazioni, quindi, è considerata come un valore in sé, imprescindibile, da non sacrificare neanche a fronte di una realtà sostanzialmente conforme alle prescrizioni di gara.

Lo stesso potere di soccorso della PA., di cui all'art. 46, co. 1, d. lgs. n. 163/06, *“deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco e non in presenza di una chiara previsione di legge”* (cfr. CdS, III, 16.4.2012 n. 1471).

In un'ottica diversa, però, si potrebbe asserire che, sebbene le dichiarazioni fungano da veicolo per dimostrare e rappresentare la capacità e l'affidabilità delle imprese, esse non dovrebbero mai precludere l'accesso alla gara alle imprese meritevoli. Alla luce di tutto quanto rappresentato, è evidente che su questo terreno così delicato si scontrino in modo plastico le ragioni (e le paure) di coloro che preferiscono arretrare la soglia dell'accesso alle gare ad un piano strettamente formale, per evitare mancanze o discrezionalità nei controlli, e coloro che, invece, preferendo la sostanza alla forma, sono pronti a sacrificare la snellezza delle gare a fronte della ricerca del competitore realmente e sostanzialmente migliore.

3. Conclusioni.

Sembra, quindi, che su questo terreno di scontro si affrontino, per l'ennesima volta, due diverse visioni del diritto. Secondo l'impostazione più conforme alla nostra tradizione (forse, ormai, troppo bizantina) il buon andamento dell'amministrazione (*ex art. 97 cost.*) sarebbe assicurato grazie alla tutela delle forme perché solo grazie a tali prescrizioni si scremerebbero senza dubbio i migliori contraenti per l'amministrazione.

Secondo l'impostazione più innovativa, che trae forza e spunto dal diritto comunitario (figlio della tradizione di *common law*), la sostanza dovrebbe vincere sulla forma, assicurando al committente pubblico di non perdere l'occasione di contrarre con chi, realmente competitivo, non abbia ottemperato a delle prescrizioni meramente formali. Forse il buon andamento dell'amministrazione si assicurerebbe evitando che il rispetto delle forme scada in mero formalismo.