

APPALTI: Contratti della P.A. - Bando - Gara - Falsità dichiarativa o documentale - Art. 80, comma 5, lett. f-bis, D.lgs. n. 50 del 2016 - Informazione falsa o fuorviante - Valutazione in concreto della stazione appaltante.

Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 281

- in *Urbanistica e appalti*, 3, 2021, pag. 373 e ss., con commento di Mauro Giovannelli, *Il Consiglio di Stato ancora sul tema della valutazione del "falso". Documentazione falsa o fuorviante?*

"[...] "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." [...]"

[...] 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." [...]"

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).” [...].

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla società Giovanni Malinconico s.p.a. contro il Comune di Acerra e il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata – sede di Napoli – Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché nei confronti del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro *Ciro Menotti* soc. coop. p.a. per l'annullamento dell'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese tra quest'ultimo, la *Gemis* s.r.l. e la *AR/S Archeosistemi Società Cooperativa*, della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di *“realizzazione di un nuovo sistema di collettori fognari nel Comune di Acerra sulla strada provinciale Caivano-Cancello”*.

1.1. La società ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e gli atti presupposti, compresi la proposta di aggiudicazione e l'esito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria *A.t.i. *Ciro Menotti**, denunciando *“violazione dell'art. 80, co. 5, lett. f-bis del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 80, co.6, del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 80, co.12, del d.lgs. 50/2016; difetto di istruttoria; carenza di motivazione, perplessità”*. A fondamento del motivo di ricorso e della richiesta di esclusione dalla gara dell'a.t.i. aggiudicataria la ricorrente ha posto la contestazione della veridicità del giustificativo reso dalla mandataria *Ciro Menotti* soc. coop. ai fini della verifica di anomalia, in quanto, secondo la ricorrente, non conforme al documento consegnato, in occasione della gara, dalla ditta fornitrice *Gepi Tubi*.

1.2. Il primo giudice, accogliendo la corrispondente richiesta istruttoria della ricorrente, ha ordinato alla *Gepi Tubi* di *Gennaro Parente*, con sede in *S. Anastasia (NA)*, di depositare l'originale del giustificativo recante la data del 9 luglio 2018 e la *Gepi Tubi* ha ottemperato con deposito di documentazione in data 20 novembre 2019 (con la quale ha evidenziato che l'unico preventivo trasmesso dalla *Gepi Tubi* era in data 4 agosto 2018, ed era stato allegato ad una email del 19 aprile 2019).

1.2.1. Con la sentenza, pronunciata all'esito dell'udienza pubblica del 18 dicembre 2019, il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto integrata la fattispecie dell'art. 80, comma 5, lett. f bis), del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod. per avere la *Ciro Menotti* presentato una falsa documentazione per giustificare l'anomalia della propria offerta, dato che il preventivo della *Gepi*

Tubi presentato in sede di giustificazioni (datato 9 luglio 2018) è stato disconosciuto dal legale rappresentante della ditta (che ha invece confermato il diverso preventivo del 4 agosto 2018).

In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. f bis), è stato interpretato nel senso che <<*incorre nell'esclusione dalla gara il concorrente che renda una dichiarazione non veritiera e comunque incompleta – e ciò a prescindere dalla connotazione soggettiva della scelta, e dunque dalla colposità o dolosità della condotta, che non rilevano ai fini dell'estromissione dalla procedura selettiva – in quanto una simile omissione non consente alla S.A. di svolgere le dovute verifiche circa il possesso dei requisiti di integrità e affidabilità professionale e quindi di effettuare i dovuti approfondimenti prima di decretare l'esclusione*>>.

1.3. Sulla base dei detti presupposti, il primo giudice ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione emessa in favore dell'a.t.i. controinteressata ed ha perciò accolto i ricorsi –introduttivo e per motivi aggiunti- e annullato i provvedimenti impugnati, ponendo le spese di lite a carico della controinteressata e compensandole tra la ricorrente e le amministrazioni resistenti.

2. Avverso la sentenza il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro Ciro Menotti soc.coop.va per azioni, in proprio e in qualità di capogruppo del r.t.i., ha proposto appello con quattro motivi.

2.1. Si sono costituiti in giudizio, resistendo all'impugnazione, il Comune di Acerra e la Giovanni Malinconico s.p.a., quest'ultima proponendo eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, per avere la S.U.A. escluso l'appellante dalla gara, con nota del 21 febbraio 2020, sopravvenuta alla sentenza di primo grado, pubblicata il 10 febbraio 2020, n.629.

Ha depositato atto di costituzione formale anche l'Avvocatura generale dello Stato per il Provveditorato.

2.2. All'udienza del 3 dicembre 2020, la causa è stata discussa da remoto e posta in decisione, previo deposito di memorie e di repliche di tutte le parti costituite, ad eccezione dell'Avvocatura generale dello Stato.

3. Ritiene il Collegio che siano fondati e vadano accolti, con portata assorbente rispetto al primo, i motivi secondo, terzo e quarto del ricorso in appello.

3.1. Col secondo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, c.5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016. Ingiustizia manifesta e travisamento di fatto*) l'appellante sostiene l'inapplicabilità al caso di specie della richiamata disposizione del *Codice dei contratti pubblici*, dal momento che:

- il documento in contestazione è un mero elenco di prezzi di una possibile ditta fornitrice;

- il documento e il suo contenuto sono irrilevanti ai fini di gara, dato che gli operatori partecipanti alla procedura selettiva non erano tenuti a presentare “prezzi” e “giustificativi” già in sede di offerta;
- la relativa valutazione è intervenuta a valle della verifica dei requisiti, più precisamente nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia di cui all’art. 97 del Codice;
- alla luce della natura globale e sintetica del giudizio di anomalia, i preventivi dei fornitori, presentati con le giustificazioni, non sono neppure oggetto di valutazione specifica, se non per le voci di prezzo maggiormente significative;
- nel caso di specie, la differenza di prezzo tra i due preventivi rappresenterebbe un importo irrisorio, dando luogo ad un’inesattezza del tutto marginale;
- in sintesi, il documento in contestazione (preventivo del 9 luglio 2018) non sarebbe essenziale ai fini di gara, in quanto non idoneo a pregiudicare la *par condicio* tra concorrenti, né idoneo a incidere sull’aggiudicazione, trattandosi di documento privo di stabilità, irrilevante ai fini della selezione dell’offerta in sede di scelta e meramente indicativo.

3.2. Col terzo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, c.5, lett. f-bis, del d.lgs. n.50/2016*), si censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto di poter prescindere dall’accertamento dell’elemento soggettivo, che, ad avviso dell’appellante, dovrebbe sempre accompagnare il mendacio.

In particolare, nel rapporto tra la fattispecie dell’art. 80, comma 5, lett. f - *bis*), e quella dello stesso art. 80, comma 5, lett. c), oggi *c-bis*), del Codice dei contratti pubblici, la prima sarebbe connotata – come da precedenti giurisprudenziali citati in ricorso, in contrapposizione alla tesi seguita dal Tribunale amministrativo regionale- da un *quid pluris*, che è dato dalla grave colpevolezza, pure prevista dall’art. 57, lett. h), della direttiva n. 24/2014. In particolare, secondo l’appellante, come già evidenziato dall’ANAC (Parere n. 148 del 12 settembre 2012) nel vigore della direttiva del 2004, ai fini dell’adozione di un provvedimento di esclusione dalla gara è necessario l’accertamento non solo della falsità della dichiarazione (oggettiva divergenza tra quanto dichiarato e quanto accertato come reale), ma anche dell’elemento soggettivo. Quest’ultimo, nel caso di specie, sarebbe del tutto mancante, per la peculiarità della vicenda che ha dato luogo alla produzione del preventivo in sede di giustificazioni (riassunta in ricorso).

3.3. Col quarto motivo (*Violazione e falsa applicazione di legge in relazione all’art.80, c.5, lett. f-bis, e c.6 del d.lgs. n. 50/2016*), si censura l’interpretazione offerta in sentenza in ordine alla sfera di operatività soggettiva della richiamata disposizione, ampliata fino a ricompredervi soggetti (i fornitori) che non hanno nulla a che fare con la figura del subappaltatore (della cui menzione

nell'art. 80, comma 5, lett. *f - bis*, il Tribunale amministrativo regionale si è avvalso per estendere la rilevanza del mendacio alle dichiarazioni e ai documenti provenienti da terzi) e che possono essere sostituiti anche in fase esecutiva.

4. I motivi vanno esaminati unitariamente poiché attengono tutti all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. *f - bis*), del *Codice dei contratti pubblici* (che prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico “*che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*”), considerato in sé e nel rapporto con la disposizione dello stesso art. 80, comma 5, lett. *c - bis* (nella parte in cui prevede l'esclusione dell'operatore economico che “*abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”).

Riguardo ad entrambi i profili si è di recente pronunciata l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza del 28 agosto 2020, n. 16.

Rilevanti ai fini della presente decisione sono i seguenti passaggi della motivazione:

- “[...] *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)."

4.1. Nel caso di specie, già la commissione di gara e il RUP hanno rilevato, nella nota prot. 0018430 del 30 luglio 2019, che *"la documentazione giustificativa trasmessa dalla ATI Consorzio Nazionale Coop. di Produzione e Lavoro <<Ciro Menotti>> S.C.P.A. (Capogruppo) – Gemis (mandante) e AR/S Archeosistemi Soc. Coop. (mandante) in sede di verifica delle anomalie, non ha evidenziato segni di contraffazione"*.

Le acquisizioni istruttorie successive – vale a dire quelle segnalate dalla ricorrente in primo grado (anche con denuncia querela in data 16 luglio 2019), quelle effettuate dall'amministrazione comunale dopo la proposizione del ricorso (con nota del 18 ottobre 2019) ed, infine, quelle processuali (a seguito dell'ordinanza istruttoria 7 novembre 2019, n. 1296) – hanno fatto emergere soltanto una difformità tra il preventivo del 9 luglio 2018, apparentemente proveniente dalla Gepi Tubi indirizzato al Consorzio ed alle società componenti del r.t.i. e trasmesso alla stazione appaltante dal Consorzio *Ciro Menotti* con la nota di trasmissione dei giustificativi dell'offerta nel corso della verifica di anomalia, ed il preventivo datato 4 agosto 2018, trasmesso dal legale rappresentante della Gepi Tubi al Comune di Acerra e al Tribunale amministrativo regionale.

4.2. L'oggettiva difformità tra i due documenti è l'unico dato di fatto rilevante ai fini dell'inquadramento o meno del caso in esame nella fattispecie normativa dell'art. 80, comma 5, lett. *f bis*) del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod., come interpretato dalla citata sentenza dell'Adunanza plenaria, alla quale si intende qui dare seguito.

Trattandosi di documenti entrambi apparentemente provenienti da soggetto terzo contenenti elenchi di materiali e di prezzi (in sintesi, le condizioni di una proposta contrattuale), 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.

In giudizio non è stata raggiunta la prova né della contraffazione del documento né, soprattutto, della partecipazione a quest'ultima del Consorzio *Ciro Menotti* (o di una sua consorziata).

Dato ciò, la sola utilizzazione del documento da parte dell' a.t.i. aggiudicataria a fini giustificativi della sostenibilità economica dell'offerta, nel procedimento di verifica dell'anomalia ex art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, non è sussumibile nella fattispecie normativa dell'art. 80, comma 5, lett. f - bis) dello stesso *Codice*.

Riferita, infatti, ai documenti piuttosto che alle dichiarazioni, la qualificazione di "non veritiero" ai sensi della 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.

La fattispecie di esclusione automatica dalla procedura di gara ha infatti una portata sanzionatoria – oltre a comportare, ai sensi dell'art. 80, comma 12, la segnalazione all'ANAC per l'eventuale iscrizione nel casellario informatico interdittiva della partecipazione ad altre procedure di gara e affidamenti di subappalto; la relativa previsione, 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, VI, 21 luglio 2020, n. 4660).

In particolare, non è sussumibile nella nozione di documento non veritiero, meglio falso, ai sensi della disposizione in commento, il documento proveniente da un terzo, soltanto da quest'ultimo disconosciuto quanto alla provenienza o al contenuto.

Ove, poi, il documento contenga, come nel caso di specie, una proposta contrattuale che il proponente abbia successivamente revocato, la sola prospettazione di tale proposta come ancora in essere da parte dell'operatore economico nei confronti della stazione appaltante non dà luogo a presentazione di documento "non veritiero", ma tutt'al più alla resa di "informazioni" non più attuali o "fuorvianti".

4.3. Esula tuttavia dal *thema decidendum* del presente giudizio la verifica dei (diversi) presupposti di operatività della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod.

In particolare, non è dato occuparsi né della rilevanza del documento qui in contestazione, vale a dire della sua idoneità ad "*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*", su cui si è soffermato l'appellante per sostenere che fosse inidoneo a tale scopo, perciò irrilevante, il preventivo presentato quale giustificativo dell'offerta economica; né della negligenza (eventualmente) imputabile all'a.t.i. aggiudicataria per aver presentato il preventivo; né, infine, della valutazione se tale comportamento tenuto nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta incida in senso negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

4.3.1. Si tratta di materia rimessa alla valutazione dell'amministrazione, che, come sottolineato dall'Adunanza plenaria nella su menzionata recente sentenza, è competente a “*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*” di modo che “*qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo*”.

Nel presente giudizio, però, nemmeno è dato disporre che l'amministrazione provveda in tal senso. Infatti, in disparte il provvedimento sopravvenuto di cui si dirà, l'unica censura mossa dalla società ricorrente ha riguardato la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f - *bis*), non avendo dedotto la Giovanni Malinconico s.p.a., la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) o c-*bis*), come si evince dalla piana lettura del ricorso introduttivo.

Perciò l'alternativa decisoria possibile, in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, è unicamente tra ritenere violata la disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) e procedere alla statuizione giudiziaria di esclusione automatica dell'operatore economico – come fatto dal Tribunale amministrativo regionale – ovvero ritenere inapplicabile la disposizione e respingere il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti – come si ritiene di concludere con la presente decisione.

5. Quanto al provvedimento sopravvenuto di cui alla nota prot. U.0004797, di annullamento dell'aggiudicazione in favore del Consorzio qui appellante, di esclusione dello stesso dalla gara e di aggiudicazione in favore della società Giovanni Malinconico, impugnato dal Consorzio Ciro Menotti in separato giudizio, tuttora pendente in primo grado, si ritiene che vada riservata alla decisione conclusiva di tale giudizio la qualificazione della detta nota in termini di atto meramente esecutivo della sentenza oggetto del presente appello ovvero di autonomo provvedimento emesso in autotutela dalla stazione appaltante.

Essendo peraltro interesse dell'appellante Consorzio Ciro Menotti escludere, in via definitiva, la causa automaticamente escludente di presentazione di falsa documentazione, anche al solo fine di evitare che questa (in disparte altre ragioni, estranee al presente giudizio) possa sorreggere le determinazioni successivamente assunte dall'amministrazione, non vi è la carenza di interesse all'impugnazione eccepita dall'appellata società Giovanni Malinconico.

6. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, vanno respinti i ricorsi proposti dalla Giovanni Malinconico s.p.a., ferme restando le ulteriori determinazioni dell'amministrazione tuttora *sub iudice*.

6.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi, attesi i diversi orientamenti interpretativi dell'art. 80, comma 5, lett. f *bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod. e la sopravvenienza, in pendenza dell'appello, della sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 16/2020.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti proposti dalla società Giovanni Malinconico s.p.a.

Compensa le spese processuali di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 e dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore