



DELIBERA N. 51

8 gennaio 2023.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società MA.CO.RI. Srl – Lavori di costruzione di una palestra per Istituto Alberghiero “P. Artusi” con sede in Chianciano Terme (SI)-Strada del Morellone – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 1.492.846,84 – S.A.: Provincia di Siena.

PREC 3/2023/L/PB

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 47, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108)

Parole chiave

Dichiarazione essenziale – Apparente Omissione – Errata compilazione del modulo dichiarativo – Errore scusabile – Soccorso istruttorio.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Offerta – Dichiarazione essenziale – Apparente omissione – Errore scusabile – Soccorso istruttorio – Ammissibilità.

Qualora una dichiarazione essenziale ai fini dell'ammissione alla gara (che nel caso di specie riguarda l'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'articolo 47, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108) sia contenuta in un modulo la cui compilazione è stata effettuata sulla base di un criterio che risulti uniformemente applicato a tutte le dichiarazioni presenti nel modulo medesimo – attraverso il collegamento della volontà dichiarativa alla mancata spunta delle singole dichiarazioni anziché al contrassegno delle medesime (e proprio in ragione di ciò ne sia risultata un'apparente assenza dichiarativa in relazione all'obbligo assunzionale giovanile e femminile) –, al fine di accertare l'effettiva intenzione dichiarativa dell'operatore economico è ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio, che risulta inapplicabile solo qualora la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità della domanda di partecipazione siano afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, ovvero quando tali carenze “non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 febbraio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0109233 del 28.12.2022, con la quale la società Ma.Co.Ri. Srl chiede parere in ordine alla legittimità dell'esclusione dalla gara *de qua*, disposta dalla Stazione appaltante in quanto «... *dalla verifica della documentazione amministrativa viene evidenziata la mancanza della dichiarazione relativa all'art. 47 comma 4 de D.L. 77/2021 e cioè di assumersi l'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di assicurare all'occupazione giovanile una quota pari almeno al 20% e all'occupazione femminile una quota pari almeno al 5% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali (all'interno del Modello A.5 non è stata barrata la casella relativa alla dichiarazione). Come indicato ed evidenziato nella lettera invito l'omessa dichiarazione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'articolo 47, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108) è causa di esclusione e non è sanabile mediante soccorso istruttorio (cfr. DELIBERA ANAC N. 451 del 5 ottobre 2022 – parere di precontenzioso)*»;

CONSIDERATO che secondo l'istante il censurato provvedimento di esclusione «è *totalmente errato nonché strumentalmente volto alla illegittima restrizione della più ampia partecipazione concorrenziale poiché, contrariamente a quanto asserito dalla Provincia di Siena, la scrivente società ha intelligibilmente dichiarato: "di assumersi l'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di assicurare all'occupazione giovanile una quota pari almeno al 20% e all'occupazione femminile una quota pari almeno al 5% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;" come documentalmente provato dal MODULO A.5 Dichiarazione relativa all'art. 47 de D.L. 77/2021 emesso dalla scrivente a corredo della propria offerta presentata e nel quale viene correttamente barrato ciò che non si intende dichiarare*»;

CONSIDERATE le memorie difensive della Stazione appaltante, secondo la quale l'esclusione della società istante è pienamente legittima in quanto «*Il mod. A5 era inequivocamente contrassegnato dall'indicazione "barrare le caselle" in prossimità delle dichiarazioni di impegno.*

Ebbene, l'impresa Ma.co.ri. ha presentato in gara tale modulo senza alcuna barratura o altro segno analogo o equipollente all'interno delle caselle di interesse, ma avendo lasciato in bianco tutta la parte rilevante del modulo, quindi, di fatto, omettendo di assumere l'impegno.

Dall'esame del modulo prodotto in gara dall'azienda si può quindi notare chiaramente che:

- Il modulo, nella parte rilevante degli impegni, è stato lasciato in bianco, senza alcuna barratura;*
- Il modulo prodotto in gara non riporta alcuna altra evidenziazione, a differenza di quello che risulta depositato dall'Azienda nella presente sede precontenziosa»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 9.1.2023;



VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 5 del 'Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022';

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, a giustificazione del proprio operato, menziona la Delibera n. 451 del 5 ottobre 2022 con la quale l'Autorità, in un caso analogo a quello in discussione, ha sostenuto la legittimità dell'esclusione dell'operatore economico che aveva omesso di dichiarazione la propria sottomissione all'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'articolo 47, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108), in quanto disposizione prevista dal Bando a pena di esclusione e non sanabile mediante soccorso istruttorio poiché anch'esso correttamente escluso, espressamente, dalla medesima *lex specialis*;

RITENUTO, tuttavia, nonostante l'apparente identità delle due fattispecie esaminate, che la pronuncia sopra menzionata non possa essere posta, *tout court*, a fondamento del provvedimento di esclusione oggetto di odierna contestazione, atteso che nel precedente citato dalla Stazione appaltante l'operatore economico aveva completamente omesso qualsivoglia dichiarazione al riguardo e pertanto non lasciando dubbi circa la legittimità del provvedimento di espulsione adottato in piena conformità alle disposizioni di legge e della *lex specialis* di gara;

RITENUTO, invece, nel caso di specie doveroso effettuare, in ragione della documentazione prodotta dalla parte istante, una più attenta e approfondita analisi della domanda di partecipazione e dei relativi allegati effettivamente compilati e depositati dalla società Ma.Co.Ri. Srl, anche al fine di scongiurare che una sanzione grave qual è quella dell'esclusione dalla gara sia comminata in modo affrettato, risultando quindi incongrua e sproporzionata, a danno del regolare esplicarsi del gioco concorrenziale;

RILEVATO che dalla documentazione di gara prodotta dalla parte istante emerge che il Modulo A.5, allegato alla domanda di partecipazione e inerente alla "Dichiarazione relativa all'art. 47 de D.L. 77/2021", è stato interamente compilato secondo un criterio inverso a quanto previsto dal modulo stesso, nel senso che la società istante, invece di "barrare" le caselle relative alle dichiarazioni che intendeva effettuare, ha barrato, al contrario, tutte le dichiarazioni (e relative caselle) che non intendeva fare, con l'effetto che sono rimaste intonse (quindi non segnate in alcun modo) quelle "caselle (*rectius* "dichiarazioni") di interesse", tra cui, appunto, quella riguardante la dichiarazione in discussione (ossia "*di assumersi l'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di assicurare all'occupazione giovanile una quota pari almeno al 20% e all'occupazione femminile una quota pari almeno al 5% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali*");

RITENUTO che tutto il modulo in questione è stato compilato secondo il medesimo, seppur errato, presupposto interpretativo, ovvero quello di barrare (nel senso di escludere) le dichiarazioni non di interesse e di lasciare in vita (sebbene senza apporre alcun segno nella casella vuota corrispondente) quelle che si intendevano fare ai fini della partecipazione alla gara e che l'operatore economico potrebbe essere stato tratto in errore anche dalla non corretta terminologia tecnica utilizzata dalla Stazione appaltante per descrivere le modalità di compilazione del modulo (ossia «*barrare la casella che interessa*»), considerato che l'indicazione più corretta non doveva essere quella di "barrare" tali caselle, bensì quella di "spuntarle" (oppure di "mettere una X"), proprio perché il segno tipografico più comunemente utilizzato per la compilazione dei moduli o formulari dichiarativi, non è la "barra" (obliqua o orizzontale), bensì la "X" o il c.d. "flag" (segno di spunta tipograficamente così identificato: "✓");



RITENUTO che ogni diversa argomentazione addotta dalla Stazione appaltante sulla questione della terminologia utilizzata per descrivere la corretta modalità di compilazione del modulo A.5 non appare conferente, tanto perché non può essere utilizzata a prova di quanto sostenuto (ad esempio non è vero che «*Tale modalità è del resto quella comunemente seguita in fase, ad esempio, di compilazione del DGUE, che richiede la barratura di specifiche caselle in corrispondenza con i requisiti ivi elencati al fine di attestarne il possesso (o meno)*» dal momento che nel DGUE non è mai utilizzata la terminologia qui in discussione, ossia "barrare la casella" e del resto neppure assume rilievo, ai fini dei profili esaminati, la distinzione prospettata dalla stessa S.A. tra «*dichiarazione di volontà dell'Impresa di volersi o meno assumere un'obbligazione contrattuale*» e «*autodichiarazione*» per sostenere che poiché trattavasi di una dichiarazione del primo tipo non sarebbe stato comunque ammissibile il soccorso istruttorio); quanto soprattutto perché l'ammissibilità del soccorso istruttorio non è fondata su una cavillosa e pedante operazione esegetica della terminologia utilizzata (che vale, invece, solo per offrire una motivazione del perché il concorrente possa essere stato indotto in errore, atteso che è acclarato non intendesse non effettuare le dichiarazioni in discussione), bensì sulla semplice applicazione congiunta del canone interpretativo "*in claris non fit interpretatio*" (il modulo, come già osservato, è stato compilato secondo il medesimo, univoco criterio) e del principio pro-concorrenziale del "*favor participationis*" (che comporta la necessità da parte dell'Amministrazione committente di adottare un approccio non formalistico nella gestione della procedura di gara tutte le volte in cui ciò non si traduca in una violazione delle regole della *par condicio* e della segretezza delle offerte);

RITENUTO, pertanto, che tali circostanze non consentono di valutare come identica, ai fini dell'adozione di un provvedimento espulsivo, la situazione in cui un operatore economico omette completamente la/dichiarazione/i richiesta/e a pena di esclusione e quella in cui, come nel caso di specie, è agevolmente comprensibile dalla semplice lettura del modulo dichiarativo il criterio seguito per la compilazione, al di là della formale presenza o assenza del segno tipografico richiesto o atteso, tanto da poter istituire una correlazione univoca e inequivocabile tra ciò che il concorrente intendeva dichiarare e ciò che è stato effettivamente dichiarato e, soprattutto, tanto da poter ammettere – al fine di fugare ogni eventuale, residuo dubbio – il ricorso al soccorso istruttorio;

RITENUTO, in definitiva, che l'esclusione della società istante dalla gara in oggetto, alla luce delle circostanze sopra illustrate, risulta essere una sanzione priva di motivazioni sostanziali, atteso che l'errore di compilazione del modulo A.5 in cui è contenuta la dichiarazione in questione è senza dubbio scusabile e sanabile tramite soccorso istruttorio, il quale – come noto – è inapplicabile (oltre a casi specifici, tra cui quello parzialmente analogo esaminato nel già citato parere dell'Autorità) solo qualora la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità della domanda di partecipazione siano afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, ovvero quando tali carenze "non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa" (v. art. 83, comma 9 del Codice appalti); ipotesi che, evidentemente, non ricorrono nel caso in esame,

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni di legge in tema di soccorso istruttorio e che l'esclusione della società istante risulti lesiva della concorrenza sotto il profilo della violazione dei principi del *favor participationis* e della *par condicio competitorum*.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente