

## Il sistema AvcPass: lacune e operatività

Non poche volte, le stazioni appaltanti nei bandi di gara o nelle lettere di invito omettono di inserire nel disciplinare la previsione secondo cui la verifica dei requisiti partecipativi è soggetta ad AvcPass (Authority Virtual Company Passport), servizio informatico realizzato dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP, oggi ANAC) per la verifica on line del possesso dei requisiti degli operatori economici che partecipano alle gare d'appalto.

Questo sistema venne previsto dalla legge n. 35/2012 in occasione della conversione del decreto legge n. 5/2012 (cd. di "Semplificazione") mediante l'inserimento nel precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) di un nuovo art. 6-bis e gestito dall'allora AVCP che con delibera n. 111 del 20.12.2012, poi aggiornata con delibera n. 157 del 17.2.2016 di Anac, costruì una apposita piattaforma informatica dedicata al controllo dei requisiti di ordine generale e speciali, per quanto *rebus sic stantibus*; infatti, le modalità di partecipazione agli appalti pubblici non sono state modificate dall'introduzione di tale sistema, con la conseguenza che il nuovo modello operativo coesiste ancora con le norme relative alla produzione delle autodichiarazioni previste dal Codice e non solleva la stazione appaltante dall'onere di verificare, seppur con un nuovo e più efficiente strumento, la veridicità delle dichiarazioni presentate dagli operatori economici.

Il fatto che il bando o la lettera di invito non preveda espressamente tale sistema di verifica non esime la stazione appaltante dalla sua applicazione, né gli operatori economici dagli incombenti a loro carico, verificandosi una sorta di eterointegrazione automatica dei "bandi silenti", mediante i precetti imperativi della disciplina legislativa in materia di appalti.

Con l'avvento del nuovo Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, il sistema AvcPass sarà sostituito con la Banca dati degli operatori economici (BDOE) prevista dall'art. 81 e gestita dal MIT (Ministero delle Infrastrutture), ma in attesa dell'avvio di tale nuovo strumento si applica in via transitoria l'art. 216 comma 13, a mente del quale *"Fino all'adozione del decreto di cui all'art. 81, comma 2, le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVCPass istituita presso l'ANAC"*.

Più volte, la giurisprudenza ha trattato il tema dell'incidenza di AvcPass nelle gare di appalto; si segnala, a riguardo, la significativa sentenza n. 1893 del Tar Lazio, Roma, Sez. II-ter, sentenza pubblicata il 19 febbraio 2018; questa decisione muove dal ricorso presentato da un operatore economico avverso il provvedimento di esclusione da una

procedura di gara, con l'escussione della cauzione provvisoria, per non aver comprovato i propri requisiti tramite il sistema AvcPass. Il ricorrente, in particolare, faceva presente l'assenza di responsabilità, poiché aveva provveduto all'inserimento della prevista documentazione nel sistema AvcPass e tuttavia, nonostante i tentativi, il sistema impediva di fatto il completamento dell'operazione con la seguente motivazione: "non è possibile fornire le prove durante la fase di offerta". Tenuto conto dell'impedimento generato dal sistema, per rispettare il termine concesso dalla stazione appaltante il concorrente/ricorrente inviava la documentazione richiesta tramite PEC, segnalando i fatti alla stazione appaltante e allegando, a riprova, la schermata generata dal sistema AvcPass dal quale emergeva la dicitura di blocco.

Si doleva inoltre che la *lex specialis* di gara non prevedeva la modalità di invio della documentazione tramite AvcPass a pena di esclusione e del fatto che l'art. 81 del d.lgs n. 50/2016 non avrebbe modificato le normali procedure di gara, ma unicamente il mezzo con cui verificare i requisiti per cui, trattandosi di un "veicolo" per mettere a disposizione della stazione appaltante la documentazione, la norma non può essere in alcun modo interpretata in danno degli operatori economici con una prevalenza del dato formale – il mezzo di invio – sul dato sostanziale consistente nella "effettiva e tempestiva messa a disposizione della documentazione".

La sentenza del Tar capitolino svolge un'ampia analisi del sistema e delle modalità di inserimento della documentazione nel sistema AvcPass e delle sue conseguenze, ricordando *in primis* che tale sistema è utilizzabile per tutte le procedure di affidamento il cui CIG è richiesto a partire dal 1° gennaio 2013 in via facoltativa, e dal 1° luglio 2014 in via obbligatoria per le gare nei settori ordinari sopra i 40.000 euro.

Gli operatori economici che intendono partecipare a gare d'appalto di lavori, forniture e servizi, devono registrarsi al servizio AvcPass, indicando al sistema il CIG della procedura di affidamento cui intendono partecipare.

Dopo la registrazione, i concorrenti possono inserire al sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico, per utilizzarli per ogni iter di affidamento a cui intendono partecipare entro il periodo di validità del documento. Il sistema rilascia un documento denominato "PASSOE", da inserire nella busta della documentazione amministrativa da presentare in gara, unitamente alle autocertificazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara. Il PASSOE rappresenta uno strumento necessario attraverso cui le stazioni appaltanti procedono all'acquisizione via web della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dei concorrenti.

I dati e la documentazione probatoria dei requisiti di capacità delle imprese vengono raccolti nella Banca nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) tenuta presso l'Avcp (oggi Anac), implementando il sistema SIMOG per la raccolta dei dati sugli appalti.

Il ricorso a questo sistema per l'esecuzione delle verifiche sui requisiti di partecipazione si applica a tutte le procedure di gara, tranne che per quelle indicate nell'art. 9 della predetta Deliberazione (ex Avcp) n. 111/2012 e s.m.

Ricordiamo anche le FAQ pubblicate sul sito Anac e il Comunicato del Presidente Anac del 4 maggio 2016, con cui sono stati forniti chiarimenti ed indicazioni circa l'utilizzo, da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, del sistema AvcPass stabilendo che fino all'emanazione del D.M. previsto dall'art. 81 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, la Deliberazione del 17/2/2016, n. 157 è da ritenersi ancora in vigore e attuale, e quindi l'utilizzo del sistema AvcPass dovrà avvenire in conformità alle prescrizioni in essa contenute.

Nel decidere la controversia il Collegio ha confermato, in primo luogo, l'orientamento consolidato del Tar (cfr. Tar Lazio, sez. II ter, sentenza n. 6366/2017), richiamando l'art. 81 del Codice, nonché il precedente art. 6-bis del d.lgs. n. 163/2006.

### **Natura etero-integrativa della disciplina normativa su AvcPass**

Da tali inequivocabili disposizioni, con forza peraltro etero-integrativa del bando, alla Commissione di gara è impedito di prendere in considerazione, ai fini del rispetto dei termini di cui all'art. 81 citato, la comunicazione effettuata con modalità non compatibili con quella tassativa prevista dalla norma primaria poiché l'avverbio "esclusivamente" usato dal legislatore induce a ritenere, seguendo gli ordinari canoni dell'ermeneutica, che altre e diverse modalità di acquisizione della documentazione non possono ritenersi equipollenti, alternative ovvero fungibili, fosse anche in ragione di un ipotetico raggiungimento dello scopo e che l'eventuale loro uso conduca indefettibilmente alla esclusione dalla gara, poichè l'omissione si riflette negativamente sul principio della par condicio, corollario del più generale principio di imparzialità, che non consente alla stazione appaltante di interpretare la norma primaria mediante una lettura sostanziale del rapporto tale da far recedere la violazione ad un profilo viziante meramente formale ed irrilevante.

Inoltre, per quanto attiene alla *ratio* dell'art. 81, il Tar Lazio ha ritenuto che le modalità tassative di trasmissione/acquisizione della documentazione rispondano ad una precisa *ratio legis* che è volta ad assicurare una verifica informatizzata dei requisiti di partecipazione, evitando uno stallo del sistema o peggio ancora una regressione alle modalità di verifica cartacea, assicurando al contempo certezza e uniformità di

procedure, anche nell'ottica di una auspicata accelerazione dei tempi di conclusione delle gare la cui durata incide notevolmente sul PIL interno (cfr. anche recente Tar, Lazio, Roma, sez. II-ter, sentenza del 5/2/2019 n. 1476).

Con riguardo alla non imputabilità all'operatore economico del problema di inserimento dei documenti nel sistema, il Collegio concorda con l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 20 dicembre 2017 n. 2475) secondo cui *“La gestione interamente informatizzata della procedura di una gara di appalto ben può implicare l'esclusione dalla gara della domanda che risulti illeggibile per un guasto non dei comandi di trasmissione, ma dell'originazione del relativo file; tale regola è posta a tutela della quanto più ragionevolmente rapida e sicura gestione dei flussi di informazioni sulla partecipazione alla gara, che risponde ad un particolare interesse pubblico generale (e non solo della stazione appaltante) di certezza, speditezza e trasparenza ed è posta a garanzia altresì della par condicio dei concorrenti”*.

La stessa giurisprudenza ha anche chiarito che *“Nel caso di mancato caricamento nel sistema informatico dei documenti a corredo dell'offerta, ivi compresa la domanda di partecipazione, la Stazione appaltante non può esercitare il soccorso istruttorio, poiché, nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara”*.

Quanto alle sanzioni accessorie, i Giudici hanno ribadito che la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che: *“Nelle gare pubbliche di appalto l'escussione della cauzione provvisoria costituisce conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza (art. 75 d.lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti 2006)”* (cfr. ex multis Cons. Stato Sez. V, 13-06-2016, n. 2531 e Ad. Plenaria n. 34 del 2014). L'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza costituiscono una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara.

Pertanto, l'erronea trasmissione della documentazione (*rectius*, l'omessa trasmissione dei documenti tramite l'unico sistema ammesso dal legislatore) si sostanzia in una violazione della *lex specialis* grave ed insanabile.

Più di recente anche il Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 aprile 2019 n. 970 ha affrontato la tematica in esame, osservando che è possibile il soccorso istruttorio per la mancata produzione del PassOE nella busta amministrativa, e quindi il concorrente

può validamente produrre il PassOE anche in seguito alla presentazione dell'offerta, ma a condizione che la suddetta registrazione AvcPass sia stata perfezionata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara.

Il Tar Lombardia, quindi, chiarisce che l'iscrizione al sistema AvcPass è prerequisite imprescindibile per la partecipazione alle gare, per cui il soccorso istruttorio è da escludere.

Nel caso di specie, un'impresa concorrente veniva esclusa dalla gara per non aver acquisito e prodotto in sede di presentazione dell'offerta il codice PASSOE nel sistema AvcPass.

Tale omissione aveva impedito alla Stazione appaltante la verifica, tramite la predetta piattaforma informatica, del possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

Secondo parte ricorrente la mancata presentazione del PassOE (ovvero la sua mancata generazione prima della scadenza prevista per la presentazione dell'offerta) non potrebbe comunque costituire motivo di esclusione da una procedura di gara, trattandosi di una mera carenza documentale: il PassOE potrebbe infatti essere prodotto in un momento successivo alla presentazione dell'offerta, e la stazione appaltante avrebbe "l'obbligo di ricorrere al soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016".

### **Natura e funzionamento di AcpPass e soccorso istruttorio**

Anche la sentenza n. 970/2019 premette una disamina del funzionamento dell'AvcPass, per poi osservare come, nel caso di specie, l'esclusione non discendeva tanto dalla mancata presentazione del documento costituito dal PassOE, quanto dall'insussistenza, al momento di presentazione della domanda di partecipazione, della stessa registrazione AvcPass presso il portale Anac. Non pare dunque conferente il richiamo all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, in materia di soccorso istruttorio per il quale "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio", mediante assegnazione di un termine "perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

E questo perché, continua la sentenza, la registrazione in AvcPass non costituisce tanto una dichiarazione, quanto una procedura articolata, e la sua omissione rappresenta un'irregolarità essenziale e insanabile: invero, se "il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio)", ciò è possibile "purché il prerequisite fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AvcPass) sia stato perfezionato".

## **La differenza tra omessa produzione del PASSOE e omessa registrazione ad AvcPass**

Concludendo sul punto, vi è netta differenza tra omessa produzione del PASSOE e omessa registrazione nel sistema; il Tar lombardo conclude precisando che “in caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non vi sono margini per il soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (si veda anche Tar Lazio Roma, sez. III, 6.11.2017, n. 11031)”.

\*\*\*\*\*

Dalla breve precedente ricostruzione appare chiaro – seppur implicitamente - come spesso gli interventi del giudice amministrativo nascono dalla incompleta conoscenza del sistema AvcPass e ancor più spesso, dal cattivo funzionamento informatico del sistema stesso, non in grado di reggere il peso derivante dal suo inevitabile massiccio utilizzo.

A tale proposito, è auspicabile che Anac accorci i tempi per la messa in campo di un nuovo applicativo da tempo annunciato oppure che il Ministero delle Infrastrutture vari subito la Banca degli operatori economici con l’adozione del decreto previsto dal comma 2 dell’art. 81, dato che le attività intraprese sarebbero in fase di ultimazione.

In questo modo, le gravi attuali incertezze sul futuro dell’attuale Codice “50” che si aggiungono alle genetiche malformazioni da cui è afflitto, sarebbero in parte mitigate – sul piano operativo - con il varo della BDOE o con il rilascio di un migliore sistema informatico AvcPass.

Roma, 30 maggio 2019

A cura di Giuseppe Failla