

AVCpass: annullamento della gara per malfunzionamento

2 Marzo 2015

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha chiarito che il malfunzionamento dell'AVCpass legittima la pubblica amministrazione ad annullare la procedura di gara al fine di rinnovarla in tempi rapidi.

E' quanto emerge dalla sentenza n. 62 dello scorso 26 gennaio, con cui è stata valutata la condotta di una stazione appaltante impossibilitata alla verifica dei requisiti di partecipazione alla gara per tutti i concorrenti, con le modalità stabilite dall'art. 6-bis del Codice dei contratti pubblici.

Tale articolo, infatti, ha introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori di accedere alla Banca dati nazionale sui contratti pubblici(B.D.N.C.P.), per il riscontro di tutti i requisiti generali e speciali di partecipazione; ciò attraverso l'utilizzo del sistema software appositamente istituito e denominato "AVCPass", che, come noto, è divenuto obbligatorio dal 1° luglio 2014 (sulla decorrenza e limiti di tale obbligo, si veda il comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 22 ottobre 2014 e relativa News ANCE del 23 Ottobre 2014).

Mancanza del PASSoe

Nel caso di specie, il bando di gara ha indicato, tra i documenti da depositare, a pena di esclusione, il c.d. "PASSoe", cioè il documento che, all'interno dell'AVCpass, è prodotto in gara dall'operatore economico con l'accesso sistema, dopo la registrazione dello stesso come utente.

Il PASSoe, che si sostanzia in una liberatoria ai fini della privacy, permette alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori di utilizzare il sistema per accedere, attraverso un'interfaccia web e le cooperazioni applicative con gli enti certificanti, ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente.

Tuttavia, nella gara sottoposta all'attenzione del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, più di un concorrente aveva lamentato il malfunzionamento del sistema e la conseguente impossibilità di ottenere il PASSoe. Ad aggravare tale situazione, vi era la mancanza di chiarimenti da parte dell'AVCP che, seppur sollecitata, non aveva risposto sul punto alla stazione appaltante.

Alla luce di tali circostanze, l'amministrazione, dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara, ha disposto l'annullamento degli atti della procedura, stabilendo contestualmente la rinnovazione della gara, certa di scongiurare possibili contenziosi e, di conseguenza, di non rischiare ritardi che avrebbero messo a rischio il finanziamento dell'appalto.

Sintesi del problema

Preso atto delle motivazioni da cui è scaturita la decisione dell'amministrazione, i giudici amministrativi hanno valutato la legittimità dell'operato della stazione appaltante, soppesando

l'interesse pubblico all'annullamento della gara, rispetto al contrapposto interesse privato dell'aggiudicataria provvisoria.

Il risultato di tale analisi ha portato ad una prima importante indicazione in merito ad un problema più ampio, riguardante gli effetti dell'introduzione del sistema AVcpass all'interno della procedura di appalto, a fonte di indicazioni fornite dalla soppressa Avcp (cfr. Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012) maggiormente interessate a disciplinare e chiarire il funzionamento dello stesso, che gli eventuali imprevisti cui possono andare incontro le stazioni appaltanti e le imprese nel suo utilizzo.

Se, quindi, nel Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014 l'ANAC ha ancora una volta ribadito che la mancata presentazione del PASSoe non è causa di esclusione (vedi anche FAQ AVcpass n. H.8 aggiornata al 3 aprile 2014), nella successiva determinazione 1 del 2015 non è specificata la tipologia di soccorso istruttorio cui questa mancanza è riconducibile.

Al riguardo, si può ragionevolmente ritenere che si tratta di una carenza documentale "indispensabile" ai fini della verifica del requisito, ma non "essenziale" (quindi non soggetta ad alcuna sanzione).

Allo stesso modo, è rimasta ancora aperta quella parte del problema riguardante il passaggio successivo all'iniziale carenza nella presentazione del PASSoe, che considera il caso, tutt'altro che residuale, in cui lo stesso documento non sia stato presentato neppure in un secondo momento e la stazione appaltante si trovi in una situazione di stallo, non pretendendo né controllare i requisiti dell'impresa ai sensi del citato art. 6-bis del codice né, per il principio della tassatività delle clausole di esclusione, escluderla dalla gara.

E' questa, in sintesi, la fattispecie affrontata dal giudice amministrativo nella sentenza in commento, seppure, nel caso specifico, la presentazione del PASSoe era stata prevista a pena di esclusione.

Prassi applicativa

Per meglio comprendere la posizione del Consiglio di Giustizia amministrativa, occorre ricordare la prassi applicativa già emersa in passato, a causa del generalizzato problema di funzionamento del sistema AVcpass e della reticenza/impossibilità di alcune imprese a provvedere, in tempi congrui, alla registrazione nel sistema.

Alcune stazioni appaltanti hanno, infatti, talvolta interpretato l'obbligo contenuto nell'art. 6-bis del Codice dei contratti pubblici nel senso di provvedere comunque all'esclusione dalla procedura del concorrente, nel caso in cui questi, sorteggiato ex art. 48, comma 1, D.lgs. 163/06, non fosse risultato in grado di presentare il PASSoe neppure in un secondo momento. Ciò, considerata l'impossibilità di verificare la sussistenza di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, entro i termini previsti nel codice degli Appalti.

L'orientamento del Consiglio

In mancanza di un orientamento giurisprudenziale sul tema, il Collegio siciliano ha per primo chiarito la legittimità della condotta della stazione appaltante/ente aggiudicatore, che qualora riscontri la difficoltà di più concorrenti a presentare il PASSoe nella busta contenente la documentazione amministrativa, può rifare la gara.

Infatti, secondo lo stesso Collegio, se l'interesse pubblico prevalente rimane quello di un rapido affidamento dell'appalto, non è pretestuosa la motivazione che ha portato all'esercizio del potere in autotutela da parte della stazione appaltante che, considerando i possibili contenziosi, ha provveduto alla revoca della gara e, allo stesso modo, deve ritenersi legittima la condotta della stazione appaltante che, su tali presupposti, ha immediatamente provveduto a rinnovarla.

E' stata, peraltro riconosciuta, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, da ricondurre a una complessiva condotta disfunzionale e disorganizzata nella gestione della gara (per lesione delle regole di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. la cui osservanza si impone anche nella fase amministrativa/precontrattuale).

L'aggiudicatario (revocato) è stato, pertanto, risarcito del pregiudizio subito, stimato nella misura complessiva dell'1% del valore numerario della base d'asta.

[19522-Sentenza n_ 62 del 26 gennaio 2015.pdf](#)[Apri](#)