

# L'obbligatorietà dell'utilizzo del sistema AVCpass per la prova del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara

di Elisa Carloni

**T.A.R. LAZIO**, Roma, sez. II-ter, 5 febbraio 2019, n. 1476 - Pres. Morabito; Est. Francavilla - (*Omissis*) (*Avv. ti* De Luca e De Nisco) c. A. s.p.a. (*Avv. ti* Cavasola, Iannacci e Libretti) e nei confronti di (*Omissis*) s.r.l. (*Avv.* Barrasso).

**Contratti della p.a. - Appalto di lavori pubblici - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Prova del possesso dei requisiti - Mancato utilizzo del sistema AVCpass da parte del concorrente - Esclusione - Legittimità - Ratio. Contratti della p.a. - Appalto di lavori pubblici - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Prova del possesso dei requisiti - Inserimento della documentazione nella Libreria del sistema AVCpass - Inidoneità - Ratio.**

*È legittima l'esclusione del concorrente classificatosi primo in graduatoria, a seguito della mancata prova, attraverso il sistema AVCpass, del possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla procedura di gara, atteso che la trasmissione della documentazione richiesta mediante tale sistema costituisce l'unica modalità idonea per la prova dei predetti requisiti (1).*

*Il solo inserimento nella Libreria AVCpass della documentazione non consente di ritenere assolto l'adempimento gravante sul concorrente; all'inserimento della documentazione deve, infatti, necessariamente fare seguito l'invio della documentazione stessa mediante il medesimo sistema AVCpass, non potendo tale trasmissione essere sostituita dall'invio dei documenti a mezzo posta elettronica certificata (2).*

## DIRITTO

Il ricorso è solo parzialmente fondato e, nei limiti di quanto in prosieguo specificato, merita accoglimento.

Con il ricorso principale il (*omissis*) impugna il provvedimento del 31 luglio 2018 prot. n. 040715/2018U, con cui A. s.p.a. ha escluso il ricorrente dalla gara a procedura aperta, suddivisa in due lotti (CIG Lotto I: 743869909C; CIG Lotto II: 7438887BBD), per l'affidamento del servizio di assistenza al carico, trasporto e scarico del (*omissis*) e per il servizio di assistenza al carico, caricamento, trasporto e scarico del RUR indifferenziato (*omissis*) prodotti negli impianti e nelle trasferenze di A. s.p.a. per un periodo di 12 mesi, e ogni altro atto connesso e comunque lesivo per il ricorrente e, ove necessario, l'eventuale scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione del Lotto I ad altro operatore economico ed ha chiesto, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., la declaratoria

d'inefficacia del contratto, ove stipulato, e la condanna a disporre il subentro del ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

Il ricorso principale è infondato.

Con quattro censure, che, in quanto connesse possono essere esaminate congiuntamente, il ricorrente prospetta:

- la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 81, 85 e 86 d.lgs. n. 50/2016, 40 e 43 d.P.R. n. 445/2000, violazione dei principi di efficienza, efficacia, massima partecipazione, legittimo affidamento, correttezza e proporzionalità nonché eccesso di potere per difetto d'istruttoria in quanto, per la dimostrazione del possesso dei requisiti, la richiesta di documenti non sarebbe consentita nelle ipotesi, quale quella in esame (il Consorzio ha espletato per A. s.p.a. servizi fino ad aprile 2018), in cui i relativi atti e mezzi di prova siano già in possesso della stazione appaltante come emergerebbe dalla nota A. del 10 luglio 2018, allegata sub 5 all'atto introduttivo; inoltre, in data 11 luglio 2018 il ricorrente avrebbe caricato la documentazione sul sistema AVCpass e l'avrebbe, altresì, inviata a mezzo PEC alla stazione appaltante e, infine, avrebbe inserito correttamente la documentazione sul sistema il 1° agosto 2018 con ciò palesando la propria buona fede ed il legittimo affidamento ingiustamente lesi da A. s.p.a. la quale avrebbe dovuto chiedere, se del caso, un'integrazione istruttoria e non già escludere l'operatore economico dalla gara (prima e seconda doglianza);
- la violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità di cui agli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere sotto vari profili in quanto il mancato inserimento nel sistema AVCpass dei documenti necessari per la prova dei requisiti non è previsto quale causa di esclusione, potendo rilevare altre modalità di trasmissione dei documenti, né dalla documentazione di gara (che aveva individuato l'utilizzazione della Banca Dati ANAC come modalità alternativa di verifica dei requisiti) né dalla normativa vigente né, a tal fine, sarebbe possibile stabilire alcun termine perentorio per l'adempimento (terza doglianza);
- in sostanza, quindi, il Consorzio sarebbe in possesso dei requisiti richiesti dalla documentazione di gara e ne avrebbe fornito rituale dimostrazione attraverso la pec inviata alla stazione appaltante l'11 luglio 2018 (quarta doglianza).

I motivi sono infondati.

Dagli atti di gara emerge che con nota prot. n. 035875/2018U del 3 luglio 2018 A. s.p.a ha richiesto al ricorrente, classificatosi al primo posto nell'ambito della procedura finalizzata all'affidamento del lotto I, di comprovare nel termine di dieci giorni attraverso il sistema AVCpass i requisiti dichiarati in sede di partecipazione producendo, a tal fine, copia conforme del certificato d'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali (punto III.1.1, lett. *b*) e *c*) del bando di gara e punto 7.1.1. lett. *b*) e *c*) del disciplinare di gara) e i certificati e/o le attestazioni rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti committenti e relativi all'esecuzione nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di contratti analoghi a quelli oggetto di gara per un importo complessivo pari o superiore ad euro 8.916.300,00 (punto 7.1.2. del disciplinare di gara).

Con nota dell'11 luglio 2018, trasmessa a mezzo PEC, il ricorrente ha inviato alla stazione appaltante una PEC deducendo l'avvenuto inserimento dei documenti sul sistema AVCpass ed allegando tali atti alla nota in esame.

Con il provvedimento del 31 luglio 2018, in questa sede impugnato, A. s.p.a. ha escluso il ricorrente dalla gara in ragione della mancata comprova dei requisiti attraverso il sistema AVCpass nel termine concesso con la nota del 3 luglio 2018.

In data 1 agosto 2018 il ricorrente ha correttamente trasmesso, a mezzo sistema AVCPass, i documenti richiesti (allegato n. 14 alla memoria depositata da A. s.p.a. il 26 novembre 2018).

L'art. 81 d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che *“la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici”* e che, fino all'emanazione del decreto ministeriale che sancisce l'operatività della banca dati, si applica l'art. 216 comma 13 del codice secondo cui *“le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVCPass istituita presso l'ANAC”*.

Contrariamente a quanto dedotto nei motivi di ricorso la trasmissione della documentazione attraverso il sistema AVCPass costituisce l'unica modalità idonea per la prova dei requisiti oggetto del sistema stesso.

In questo senso depone il termine *“esclusivamente”*, presente nell'art. 81, comma 1 d.lgs. n. 50/2016, indicativo dell'obbligatorietà del ricorso al sistema AVCPass, confermata dall'art. 216 comma 13 d.lgs. n. 50/2016 (che non a caso afferma che le stazioni appaltanti *“utilizzano”* e non già *“possono utilizzare”* il sistema); tali norme, di rango primario, assumono di per sé valenza eterointegrativa del bando che, per altro, in proposito (punto 10 del disciplinare di gara) prevede l'obbligatorietà della trasmissione degli atti comprovanti il possesso dei requisiti attraverso il sistema AVCPass nel termine perentorio indicato dalla stazione appaltante allorché questa eserciti, come è avvenuto, *“la facoltà”* (che tale non è per le ragioni anzidette) di utilizzare tale modalità.

L'esclusività del sistema AVCPass, prevista dalle disposizioni citate, risponde *“ad una precisa ratio legis che è volta ad assicurare una verifica informatizzata dei requisiti di partecipazione, evitando, in tal modo, 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”* (T.A.R. Lazio n. 1893/2018 in riferimento ad una fattispecie del tutto analoga a quella oggetto di causa; nello stesso senso T.A.R. Lazio n. 6366/2017).

La perentorietà del termine per la comprova dei requisiti, poi, da ritenersi del tutto congruo per l'espletamento dell'adempimento richiesto, è stata nella fattispecie espressamente prevista dalla *lex specialis* (punto 10 pag. 33 del disciplinare di gara) e risponde all'esigenza di assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente con conseguente inammissibilità del soccorso istruttorio e della rimessione in termini; in questo senso, del resto, si è espresso, con riferimento al nuovo codice, anche il giudice di appello secondo cui *“è tuttora consentito alle stazioni appaltanti di fissare un termine per la produzione della documentazione necessaria a comprovare i requisiti prima dell'aggiudicazione, che la legge di gara espressamente qualifichi come perentorio e/o la cui violazione sia ivi prevista come causa di esclusione. Il fondamento normativo di tale opzione, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che consente di superare anche la previsione di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, può essere rinvenuto nella norma dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale per l'affidamento e l'esecuzione di appalti, ai sensi del codice, impone il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza”* (Cons. Stato n. 4525/2018; nello stesso senso T.A.R. Sardegna n. 59/2018).

Quanto fin qui evidenziato dimostra l'infondatezza delle censure poste a fondamento del gravame.

Ed, infatti, è comprovato che la ricorrente non ha tempestivamente provveduto alla trasmissione a mezzo del sistema AVCpass della documentazione richiesta dalla stazione appaltante entro il termine perentorio (dieci giorni) dalla stessa concesso; la documentazione prodotta unitamente all'atto introduttivo (allegati 6 e ss.), infatti, palesa solo l'inserimento nella Libreria del Sistema ma non anche la trasmissione degli atti alla stazione appaltante attraverso il Sistema stesso, formalità regolarmente perfezionatasi solo in data 1 agosto 18 (allegato n. 14 alla memoria depositata da A. s.p.a. il 26 novembre 2018) e, quindi, oltre il termine concesso dalla stazione appaltante.

Il malfunzionamento prospettato nel gravame, poi, risulta insussistente in quanto è sfornito di alcun principio di prova ed, anzi, è smentito dal fatto che nel medesimo periodo un altro operatore è riuscito ad inserire correttamente la documentazione nel sistema (allegato n. 13 alla memoria depositata da A. s.p.a il 26 novembre 2018).

Inoltre:

a) contrariamente a quanto dedotto nella prima, seconda e quarta censura la modalità di comprova dei requisiti tramite il sistema AVCpass è esclusiva e non può essere sostituita dalla trasmissione a mezzo posta dei documenti.

Per altro, la documentazione in possesso della stazione appaltante, costituita dalla nota A. s.p.a. del 10 luglio 2018 (allegato 5 all'atto introduttivo), non è, comunque, idonea a comprovare il requisito di partecipazione richiesto dalla *lex specialis* in quanto il valore dei servizi ivi attestati è di gran lunga inferiore a quello (pari ad 8.916.300,00) prescritto dal punto 7.1.2. del disciplinare di gara; la perentorietà del termine per la prova dei requisiti ed il rispetto della par condicio dei partecipanti ostano, poi, alla possibilità di un'integrazione istruttoria o di una proroga del termine e impediscono di ritenere esistente, in capo al ricorrente, un affidamento giuridicamente tutelabile;

b) in riferimento all'inaccoglibilità della terza censura va evidenziato che la perentorietà del termine, legittimamente prevista dalla *lex specialis*, giustifica l'esclusione dalla gara senza che, in contrario, venga in rilievo il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara (sul punto si rinvia a quanto precisato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4525/2018).

Proprio la natura e la rilevanza dell'interesse (identificabile nel celere svolgimento della gara), perseguito dalla fissazione di un termine perentorio per la prova dei requisiti, inducono a ritenere nella fattispecie insussistente la carenza di proporzionalità della sanzione espulsiva, dedotta nel gravame.

Per questi motivi il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

Parimenti inaccoglibili sono le prime quattro censure del ricorso per motivi aggiunti depositato il 23 ottobre 2018 con cui il Consorzio ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione prot. n. 59-2018 del 25 novembre 2018.

I motivi in esame, infatti, costituiscono la pedissequa riproduzione, sub specie d'invalidità derivata, delle identiche doglianze proposte con il ricorso principale e, pertanto, debbono essere anch'essi ritenuti infondati in coerenza a quanto in precedenza evidenziato.

Con la quinta censura del ricorso per motivi aggiunti il (*omissis*) prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 80 d.lgs. n. 50/2016 e 7.1 del disciplinare di gara nonché difetto d'istruttoria, violazione della par condicio ed irragionevolezza ed illogicità dell'azione amministrativa in quanto, all'esito della verifica dei requisiti, sarebbe emerso che, mentre nel Documento di Gara Unico Europeo (di seguito DGUE) sarebbe stata dichiarata l'insussistenza delle situazioni ostative di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, a carico del legale rappresentante della (*omissis*) risulterebbero sette precedenti penali non dichiarati il che non avrebbe consentito alla stazione appaltante di valutarne la rilevanza ai sensi dell'art. 80 commi 1, 2 e 5.

Il motivo è fondato.

Deve, innanzi tutto, essere respinta l'eccezione di tardività sollevata dalle parti resistenti secondo cui la censura avrebbe dovuto essere formulata entro trenta giorni dalla pubblicazione delle ammissioni ed esclusioni, avvenuta il 28 giugno 2018.

Ed, infatti, l'onere d'impugnazione entro i termini previsti dagli artt. 29 d.lgs. n. 50/2016 e 120, comma 2 *bis* d.lgs. n. 104/2010 concerne le sole cause di esclusione desumibili dal controllo formale della dichiarazione sui requisiti, proprio della fase di ammissione (l'art. 29, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 parla di "verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80"), e non anche le ipotesi in cui la causa di esclusione, come nella fattispecie, emerge nella successiva fase di verifica dei requisiti del potenziale aggiudicatario.

Sempre in via pregiudiziale, poi, il Tribunale ritiene che, benché legittimamente escluso dalla gara in ragione di quanto in precedenza detto in relazione all'inaccogliabilità del ricorso principale, il ricorrente sia, comunque, titolare dell'interesse allo scrutinio della censura il cui accoglimento potrebbe portare alla ripetizione della gara.

Dal provvedimento di aggiudicazione del 25 novembre 2018 emerge, infatti, che alla gara per il lotto I hanno partecipato solo tre operatori economici e che, oltre al (*omissis*), è stato escluso (con provvedimento non contestato in sede giurisdizionale, per quel che risulta dagli atti) anche il raggruppamento T. s.r.l. /L. s.r.l. perché in possesso di un fatturato inferiore a quello richiesto ai fini della partecipazione della gara tanto che l'aggiudicazione è stata disposta nei confronti della terza classificata, odierina controinteressata.

La valorizzazione dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara del (*omissis*) risulta, per altro, coerente con le recenti acquisizioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rapporto tra ricorso principale ed incidentale e non risulta smentita dal precedente, CGUE sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15 caso B., richiamato da (*omissis*) s.r.l. nelle memorie difensive.

La sentenza in esame, infatti, ha stabilito che *"l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa"* e, quindi, impedisce la tutela del concorrente solo quando questo sia stato escluso *"con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva"*, requisito che nella fattispecie non ricorre (nella vicenda esaminata dalla Corte di Giustizia le esclusioni in contestazione erano oggetto di due procedimenti distinti e successivi nel tempo).

Nel merito, la censura è fondata.

Dagli atti risulta che il legale rappresentante della (*omissis*), componente del raggruppamento controinteressato, nel DGUE ha dichiarato di non trovarsi in alcuna delle situazioni ostantive di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 ed ha, pertanto, ommesso di riferire le condanne di cui al certificato penale acquisito agli atti all'esito delle verifiche disposte dalla stazione appaltante (allegato n. 18 ai motivi aggiunti) e, precisamente, ben cinque condanne (per le condanne di cui ai nn. 4 e 5 del certificato non sussisteva

l'obbligo dichiarativo trattandosi di reati rispettivamente estinti e depenalizzati) di cui una per violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, "l'art. 80, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 - nel richiedere che ciascuna gara sia preceduta dalla verifica dell'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte delle imprese concorrenti - riserva il compito del vaglio alle stazioni appaltanti e non lo lascia all'autovalutazione - evidentemente non priva di rischi di conflitto di interessi - delle concorrenti, "per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione"" (Cons. Stato n. 1935/2018; nello stesso senso Cons. Stato, n. 4192/2017; T.A.R. Lazio, Roma, n. 11826/2018; T.A.R. Campania, Napoli n. 2598/2017; T.A.R. Veneto, n. 171/2017).

Ne consegue che l'omessa dichiarazione di precedenti sentenze di condanna, riportate da esponenti aziendali, costituisce legittima causa di esclusione dell'impresa da una gara ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), f-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di dichiarazione reticente, in quanto non fornisce un quadro completo della situazione effettivamente esistente, la quale non consente il normale ed esauriente dispiegarsi del processo decisionale della stazione appaltante in merito alla sussistenza di eventuali gravi illeciti professionali (così T.A.R. Lazio, Roma n. (omissis) e le ulteriori sentenze sopra citate).

Per questi motivi:

- i primi quattro motivi del ricorso per motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti;
- il quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti è fondato e merita accoglimento con conseguente annullamento del gravato provvedimento di aggiudicazione del 25 settembre 2018 e degli atti connessi.

Le domande di risarcimento del danno formulate dal ricorrente devono essere respinte perché proposte in via subordinata alla tutela in forma specifica e, comunque, perché non sussistono né l'ingiustizia del danno, in riferimento alle censure respinte, né un pregiudizio patrimoniale comprovato, in relazione alla doglianza accolta.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi in riferimento alla domanda con cui il ricorrente ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto e la condanna di A. s.p.a. a consentire il subentro; infatti, l'esclusione del ricorrente viene ritenuta legittima dal Tribunale con conseguente impossibilità di subentro (manca, per altro, la prova della stessa stipula del contratto).

La reiezione del ricorso principale e delle prime quattro censure del ricorso per motivi aggiunti, comportando la definitiva esclusione dalla gara del (omissis), determinano l'improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza d'interesse con conseguente reiezione della richiesta di sospensione del giudizio proposta dalla controinteressata nella memoria di replica proprio al fine di corroborare l'ammissibilità del ricorso incidentale stesso in relazione alla necessità di attendere il vaglio delle questioni di legittimità comunitaria e costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis d.lgs. n. 104/2010 sollevate rispettivamente dalle ordinanze n. 88/18 del T.A.R. Piemonte e n. 903/18 del T.A.R. Puglia, Bari.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.



---

## Commento

### La vicenda processuale

Con la sentenza n. 1476 del 5 febbraio 2019, la sezione II-ter del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Lazio si è nuovamente pronunciata sulla questione relativa alla legittimità dell'utilizzo, da parte del concorrente classificatosi primo in graduatoria, di ulteriori e diverse modalità rispetto al sistema AVCpass per la trasmissione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti dichiarati in fase di gara e richiesti dalla *lex specialis* di gara.

In particolare, la questione giuridica portata all'attenzione del Collegio ha ad oggetto la legittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante giustificata dalla mancata comprova, a mezzo del sistema AVCpass e nel termine perentorio indicato, del possesso dei requisiti dichiarati in fase di gara.

Al fine di meglio comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione del T.A.R., giova innanzitutto ripercorrere i passaggi più salienti della vicenda sottoposta all'esame dei giudici, inerente la fase di comprova del possesso dei requisiti in capo al concorrente collocatosi primo in graduatoria.

Espletate le operazioni di gara e stilata la graduatoria provvisoria, con nota del 3 luglio 2018, la stazione appaltante invitava la ricorrente – classificatasi al primo posto – a comprovare, nel termine perentorio di dieci giorni, i requisiti dichiarati in sede di partecipazione attraverso il sistema AVCpass.

La ricorrente, nel termine indicato ed in particolare in data 11 luglio 2018, provvedeva a comunicare – a mezzo posta elettronica certificata – l'avvenuto inserimento dei documenti sul sistema AVCpass e allegava alla predetta comunicazione i documenti a comprova.

In data 31 luglio 2018, la stazione appaltante disponeva l'esclusione della ricorrente in quanto non riteneva ammissibile la modalità alternativa di comprova dei requisiti utilizzata dalla ricorrente, consistente nella trasmissione tramite posta elettronica certificata dei documenti richiesti.

Il giudice amministrativo adito ha confermato la legittimità dell'operato della stazione appaltante sulla base delle argomentazioni di seguito esplicitate.

### Il Sistema AVCpass

#### *Il contesto legislativo*

In via preliminare, giova richiamare il disposto dell'articolo 81 del d.lgs. n. 50/2016 che espressamente prevede che *“la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecni-*

*co-professionale ed economico e finanziario [...] è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici*"; fino alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'articolo 81, comma 2 che sancisce l'operatività della suddetta banca dati, continua ad applicarsi la norma transitoria di cui all'articolo 216, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *"le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVCpass istituita presso l'ANAC"*.

Come si evince dal dettato normativo, la norma transitoria prevede, con una formulazione alquanto generica, l'obbligo di utilizzare la banca dati AVCpass istituita presso l'ANAC per la comprova dei requisiti.

Tuttavia, trattandosi di norma transitoria, si ritiene opportuno richiamare la speculare norma di legge prevista dall'abrogato d.lgs. n. 163/2006, il quale, all'articolo 6-bis, comma 1, prevedeva che *"Dal 1° luglio 2014, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario [...] è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità dall'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"*. Il comma 3 del medesimo articolo statuiva inoltre che *"le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti [...] esclusivamente tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici"*.

Dalla comparazione tra l'attuale articolo 81 del d.lgs. n. 50/2016 e l'abrogato articolo 6-bis del d.lgs. n. 163/2006, si rileva come l'attuale obbligo (seppur non ancora implementato) di acquisizione della documentazione tramite la Banca dati nazionale degli operatori economici (la cui operatività è infatti subordinata all'adozione di apposito decreto ministeriale) ricalca in *toto* il precedente obbligo di acquisizione della documentazione attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

La norma transitoria - applicabile alla fattispecie di cui all'oggetto - disponendo il persistente obbligo di utilizzare la banca dati AVCpass, effettua un implicito richiamo all'obbligo originariamente previsto dal testo legislativo abrogato, con ciò confermando come la documentazione a comprova dei requisiti debba essere *acquisita* esclusivamente attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici. In altri termini, l'utilizzo del sistema AVCpass implica che la documentazione a comprova sia *acquisita* mediante la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC.

Tale previsione si riflette, da un lato, sulla stazione appaltante la quale non conserva alcun margine di discrezionalità nella fase di comprova dei requisiti per quanto concerne gli strumenti dalla stessa utiliz-



zabili, e dall'altro lato, sull'operatore economico, onerato di una serie di adempimenti connessi all'utilizzo del sistema informatico AVCpass.

Tanto premesso, e al fine di indagare le ragioni per le quali il mero inserimento della documentazione a comprova nella Libreria AVCpass non è stato considerato, dalla stazione appaltante prima e successivamente dal T.A.R. adito dalla ricorrente, sufficiente a ritenere assolto l'adempimento gravante sul concorrente, giova soffermarsi su cosa debba intendersi per "acquisizione" della documentazione a sistema.

Risulta pertanto imprescindibile una breve disamina delle modalità operative di utilizzo del sistema AVCpass, da parte dell'operatore economico.

### ***Il sistema AVCpass***

In termini generali, il Sistema AVCpass favorisce *"la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicura[re] l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa [...] anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione [...]"*<sup>(1)</sup>, consentendo ai soggetti, a diverso titolo coinvolti nelle procedure di gara, di interagire e scambiare documenti e informazioni<sup>(2)</sup>.

In sintesi, il sistema AVCpass consente – alle stazioni appaltanti – attraverso un'interfaccia web e le cooperazioni applicative con gli enti certificanti, l'acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dichiarati dal concorrente in sede di gara; all'operatore economico, permette – tramite un'apposita area dedicata – di *inserire* a sistema i documenti comprovanti il possesso dei requisiti richiesti in fase di gara<sup>(3)</sup>.

Come meglio descritto nel prosieguo, l'operatore economico può infatti utilizzare i documenti presenti nel sistema AVCpass in relazione a ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, associandoli ai requisiti di volta in volta richiesti.

### ***La componente dedicata all'operatore economico: la differenza tra l'inserimento e la trasmissione dei documenti***

Per operare sul sistema AVCpass, l'operatore economico deve aver provveduto a registrarsi, ovvero deve aver creato un proprio profilo

.....

(1) Cfr. Art. 62-bis "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 recante codice dell'amministrazione digitale.

(2) Cfr. Manuale Utente. Progetto AVCPass. Fascicolo Partecipazione, Vers. 1.3, punto 2, 8-9.

(3) Cfr. Art. 2 della deliberazione ANAC n. 157 del 17.2.2016, recante l'aggiornamento della deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici 20 dicembre 2012, n. 111.

(generale) sul sito di ANAC<sup>(4)</sup>. Effettuato tale adempimento, l'operatore accede al servizio AVCpass e crea il proprio PASSOE, con riferimento ad ogni singola procedura di gara per la quale intende correre.

Il PASSOE è definito come il fascicolo virtuale dell'operatore economico, contenente la documentazione necessaria ai fini della verifica online dei requisiti per la partecipazione alla procedura di affidamento<sup>(5)</sup>.

La componente del sistema AVCpass dedicata all'operatore economico consente, infatti, al soggetto partecipante alla procedura di gara, di creare un *"proprio repository dove collezionare i documenti utili da presentare in sede di partecipazione alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di contratti pubblici"*<sup>(6)</sup>. A questo scopo, il sistema AVCpass presenta, al proprio interno, un'apposita sezione dedicata, denominata "Libreria" consistente in uno spazio virtuale messo a disposizione dal sistema per contenere i documenti che potrebbero essere di volta in volta richiesti dalle Stazioni Appaltanti per comprovare i requisiti dichiarati in fase di gara<sup>(7)</sup>.

Tanto premesso, l'attività che l'operatore economico si trova a dover svolgere nell'ambito del presente servizio online di ANAC, consiste nell'associare i documenti ai requisiti richiesti, selezionando gli stessi dalla "Libreria" del sistema AVCpass: una volta caricato il documento individuato nell'ambito della Libreria, lo stesso verrà associato al requisito da comprovare. Terminata l'operazione di caricamento (e di relativa associazione ai diversi requisiti), i documenti potranno considerarsi correttamente inseriti a sistema.

Tuttavia, l'operazione di inserimento dei dati a sistema non è sufficiente a ritenere adempiuto l'obbligo di prova in capo all'operatore economico: al termine della fase di associazione dei documenti ai requisiti richiesti, l'operatore economico dovrà, pertanto, accedere alla funzione che consente di trasmettere i documenti selezionati alla stazione appaltante.

Selezionando il tasto "invia alla stazione appaltante"<sup>(8)</sup> il sistema inoltrerà tutti i documenti associati ai diversi requisiti, mediante caricamento dalla Libreria.

Questa formalità consente di ritenere conclusa la fase di prova dei requisiti in quanto, solo mediante questo ultimo adempimento il documento trasmesso è da ritenersi a tutti gli effetti *acquisito* da parte

.....

(4) <https://servizi.anticorruzione.it/portal/classic/GestioneUtenti/RegistrazioneUtente>.

(5) Cfr. Manuale Utente. Progetto AVCpass. Fascicolo Partecipazione, Vers. 1.3, punto 3.2, 10.

(6) <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Servizi/ServiziOnline/AVCpass>.

(7) Cfr. Manuale Utente. Progetto AVCpass. Fascicolo Partecipazione, Vers. 1.3, punto 5, 40.

(8) Cfr. Manuale Utente. Progetto AVCpass. Fascicolo Partecipazione, Vers. 1.3, punto 4.4.2, 39.

della stazione appaltante, conformemente a quanto prescritto dall'articolo 81, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 (e, in particolare, dalla norma transitoria ivi richiamata).

### **La sentenza**

Sulla base di quanto sin qui ricostruito, è possibile comprendere quanto affermato dal T.A.R. con la sentenza in commento. In particolare, nel respingere il ricorso, il Collegio ha statuito che la modalità di comprova dei requisiti tramite il sistema AVCpass deve ritenersi esclusiva e non può essere sostituita dalla mera trasmissione a mezzo posta elettronica certificata dei documenti a comprova dei requisiti dichiarati.

Muovendo dalla distinzione tra l'inserimento della documentazione nel sistema AVCpass e la trasmissione della medesima, il collegio ha infatti concluso affermando che solo ove, nel termine perentorio indicato dalla stazione appaltante, si giunga alla fase di effettiva trasmissione del documento a comprova, si realizza l'acquisizione della documentazione mediante AVCpass di cui all'art. 81, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue che le ulteriori e diverse modalità di acquisizione dei medesimi documenti, come può essere – richiamando il caso concreto in argomento – l'utilizzo della posta elettronica certificata non hanno, viceversa, alcuna rilevanza giuridica.

