Circolare n°256/C/2021: Soccorso istruttorio: il punto sul contributo di gara e sul PassOE.

18 Maggio 2021

Il **sito ANAC e** i **relativi servizi informatici**, propedeutici all'affidamento di appalti pubblici, non sempre funzionano correttamente, potendo restituire un **messaggio di errore**, a prescindere dal dispositivo con il quale si prova ad accedere.

Sul fronte delle imprese, **l'indisponibilità dei suddetti servizi può incidere sugli adempimenti "informatici" posti a carico dei concorrenti**, il cui termine ultimo coincide con quello previsto per la presentazione delle offerte dall'avviso pubblico, dalla lettera di invito oppure dalla richiesta di offerta comunque denominata.

Si tratta, in particolare, del **pagamento del contributo di gara** di cui all'art. 1, comma 67, l. 266/2005 o della **generazione del PassOE** (da inserire nella busta amministrativa nelle gare non telematiche) a cui fanno richiamo rispettivamente l'art. 213, comma 12, e l'art. 81 comma 1 del d.lgs. 50/2016, Codice dei Contratti pubblici (o più semplicemente Codice appalti).

Nella prassi, per la stazione appaltante ciò significa valutare, di volta in volta, l'applicabilità del **soccorso istruttorio,** dando eventualmente la possibilità all'impresa concorrente di sanare l'eventuale mancanza (art. 83, comma 9 del Codice appalti).

Qui di seguito, una sintesi delle principali anomalie riscontrate, e dei relativi rimedi.

1. Mancato od errato pagamento del contributo di gara

Secondo quanto riportato nelle "*Istruzioni operative relative alle contribuzioni dovute in favore dell'Autorità*", **l'OE deve versare la contribuzione per ogni CIG** afferente al (eventuale) lotto a cui intende partecipare.

Le modalità di pagamento sono disponibili sul Portale dei pagamenti dell'A.N.AC., previa generazione di un avviso di pagamento pagoPA, identificato dallo IUV (Identificativo Univoco Versamento), attraverso il servizio GCG, che rilascia una "ricevuta pagamento" a conclusione di tale processo. L'avvenuto pagamento è

riscontrabile dalle stazioni appaltanti mediante il sistema AVCPpass.

A fronte di tali previsioni, l'applicabilità del **soccorso istruttorio al mancato pagamento del contributo ANAC presenta profili di incertezza**, dovuti per lo più alle differenti posizioni assunte dalla giurisprudenza sull'argomento.

Infatti, rimane ancora **presente l'orientamento secondo cui il pagamento del contributo di gara è una condizione di ammissibilità dell'offerta** non sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio**.** Escludendo alcune pronunce in ragione della rigidità dell'applicazione e interpretazione della previsione legislativa, **può comunque affermarsi** che:

1. in linea di principio, l'**omesso versamento del contributo ANAC non comporta sempre l'estromissione** dalla gara in conformità **ai principi di *favor partecipationis*** e trasparenza;
2. **non è possibile sanare** *ex post* il mancato pagamento del contributo di gara, **laddove tale obbligo emerga chiaramente** dal bando o comunque dai documenti di gara;
3. la **mancata comprova del solo titolo dimostrativo** del pagamento **resta sempre soggetta a soccorso istruttorio**, qualora lo stesso sia stato eseguito prima della scadenza del termine.

Riguardo al **primo e secondo punto**, la *Corte di giustizia europea ha osservato che i principi di tutela del legittimo affidamento,* ***certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola*** *dell'ordinamento di uno Stato membro* ***che consenta di escludere*** *da una procedura di affidamento di un contratto pubblico* ***l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza****, perché non espressamente indicata dagli atti di gara.*

Con riferimento alle conseguenze di tale inadempimento, la giurisprudenza nazionale ha tuttavia chiarito che **non osta alla disciplina eurounitaria il fatto che il bando di gara non preveda specifiche formule** sacramentali, tanto che può essere ritenuto sufficiente l'inserimento dell'**aggettivo "perentorio"** – con riferimento al termine di pagamento del contributo – **per esprimere "*chiaramente l'effetto preclusivo conseguente al mancato rispetto del termine indicato dal bando*"**.

Al riguardo, l'ANAC, ha comunque evidenziato che **l'OE è tenuto al pagamento del contributo**, ove previsto, **a prescindere che nel bando di gara o nella lettera di invito sia espressamente richiamato tale obbligo**.

Riguardo al **terzo punto**, si evidenzia che **l'ANAC**, aderendo all'orientamento secondo cui il pagamento è condizione per essere ammessi a presentare l'offerta:

a. riconosce solo la **possibilità di soccorso istruttorio nel caso di mancata allegazione**, **alla domanda** di partecipazione, **della ricevuta di pagamento** del suddetto contributo effettuato nei termini;

b. ritiene sufficiente ad evitare l'esclusione il **pagamento avvenuto mediante canali non riconosciuti da AVCPpass**.

Da notare che, in quest'ultimo caso, l'ANAC sembra aderire all'orientamento secondo cui, indipendentemente dalla previsione del bando, deve essere **riconosciuta possibilità di sanare il pagamento effettuato in modo errato o incompleto**.

2. Blocco o malfunzionamento del sistema per il pagamento dei contributi di gara

Del tutto diverso è il caso – tutt'altro che ipotetico – in cui il pagamento del contributo non sia possibile nei termini a causa del **blocco/malfunzionamento del sistema deputato ai versamenti dei contributi di gara**, il cui interesse deriva anche dalla sempre maggiore diffusione delle procedure telematiche.

L'utilizzo degli strumenti informatici nelle gare è, infatti, destinato ad avere in prospettiva sempre più importanza, anche in relazione al ruolo che potrebbero avere ai fini dell'assegnazione delle risorse del *Recovery fund*.

Al riguardo, secondo la giurisprudenza prevalente, "***non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento*** *della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma* ***non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento*** *del sistema, imputabile al gestore*". Il **concorrente deve quindi dimostrare** di non essere riuscito a caricare i documenti sulla piattaforma informatica a causa di **un oggettivo malfunzionamento del sistema** imputabile al gestore della stessa, da non confondere con i problemi software che possono derivare dall'eccessivo afflusso di dati. Coerentemente, in tema di pagamento del contributo di gara, può **ammettersi**, per le offerte regolarmente presentate entro i termini, **la regolarizzazione del pagamento**, non appena ripristinato il sistema, laddove si verifichi l'**impossibilità di pagamento del contributo**. Infatti, **le conseguenze del comprovato malfunzionamento** del servizio di pagamento per ragioni tecniche **non possono ricadere sull'offerente**, trattandosi comunque di una limitazione operativa pregiudizievole e imprevista per gli operatori. Non stupisce quindi che tale orientamento sia stato ribadito dall'ANAC negli avvisi (utili peraltro per la prova del malfunzionamento) pubblicati in data 1° aprile 2021 e 6 maggio 2021 sul portale istituzionale, proprio con riferimento ai disservizi informatici della stessa Autorità.

Prima di fare ricorso al potere di soccorso istruttorio, la giurisprudenza – seppure in modo isolato – richiede alla stazione appaltante di appurare:

1. la **prova, in atti, del blocco del sistema**, non potendo, a tal fine, costituire fonte di prova

l'eventuale P.E.C. inviata di segnalazione del malfunzionamento da parte dell'impresa;

2. l'**impossibilità assoluta di pagamento del contributo ANAC** entro i termini previsti dal Disciplinare di gara per la presentazione delle offerte, dimostrata dal fatto che nessuno abbia comunque provveduto, anche solo l'ultimo giorno utile.

3. Mancata generazione del PassOE

L'art. 81 del Codice appalti prevede **l'istituzione di una Banca Dati, gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti** (ora Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili), con modalità che dovranno definirsi con il medesimo Decreto che sarà adottato dal Ministero, sentite ANAC e AGID.

La disposizione, chiaramente volta a superare l'attuale sistema AVCpass, gestito dall'ANAC, è stata – come ben noto – **fin ora disattesa**, **per cui permane nel nostro ordinamento** (laddove previsto) **il PassOE**, che null'altro rappresenta che una chiave di accesso (informatica) per la verifica dei requisiti del concorrente, generata attraverso il suddetto sistema.

Al riguardo, secondo la giurisprudenza, **non vi può essere l'assimilazione tra l'obbligo di versamento del contributo** e **la generazione dell'attestazione PassOE dalla piattaforma AVCpass**, cui gli operatori economici devono provvedere ai fini della partecipazione alla singola procedura di affidamento di un contratto pubblico.

Infatti, i due adempimenti in questione hanno finalità «***assolutamente diverse, pur essendo entrambi legati al codice identificativo di gara***»; ed in particolare che l'emissione del PassOE «*non comprova che l'impresa possieda i requisiti per partecipare alla gara, ma costituisce solo lo strumento per le verifiche di competenza della stazione appaltante*». Conseguentemente, la giurisprudenza prevalente afferma che **tali adempimenti non sono richiesti a pena di esclusione** da alcuna norma di legge, né è consentito alla stazione appaltante imporne il possesso all'operatore economico partecipante alla gara a pena di esclusione.

Al contrario, **la suddetta omissione risulta sanabile proprio con il soccorso istruttorio** di cui al comma 9 dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016, in ragione del quale sono sanabili le carenze «*di qualsiasi elemento formale della domanda*» di partecipazione alla gara e non anche le carenze «*sostanziali*» concernenti «*i requisiti di partecipazione*». Deve comunque segnalarsi l'orientamento secondo cui **il PassOE può essere prodotto anche successivamente** alla presentazione dell'offerta (con soccorso istruttorio), **purché sia stata già perfezionata la registrazione ai servizi informatici dell'AVCpass** presso l'ANAC. Infatti, **la mancata registrazione all'AVCpass rappresenta un adempimento tardivo ad un obbligo di legge** e non può

essere sanata, al pari di documento mancante, come se fosse un elemento formale della domanda.

44822-Circolare n 256_C_2021.pdfApri