



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici

Ing. Vivaldo De Marinis

06/05/2015

Rif. AG 38/15/AP

Oggetto: *Libero professionista – Elenco presso amministrazione aggiudicatrice – Partecipazione in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti - Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando – Esclusione - Legittimità*

In esito a quanto richiesto con nota 19 gennaio 2015, prot. 4409, si comunica che il Consiglio dell'ANAC – nell'adunanza del 6 maggio 2015 – ha approvato le seguenti considerazioni.

Con la richiesta di parere in oggetto, l'ing. Vivaldo De Marinis, libero professionista, ha posto all'Autorità un quesito inerente alla esclusione dalla partecipazione ad una procedura negoziata senza bando, rispetto alla quale il suddetto – iscrittosi individualmente all'elenco dei professionisti presso la stazione appaltante – ha partecipato in forma di Raggruppamento Temporaneo di Professionisti. Domanda il richiedente se tale esclusione appaia motivata, atteso che non sarebbe stato specificato, in alcun punto della lettera di invito, il divieto di partecipazione in forma di raggruppamento. Si evidenzia, infine, che la stazione appaltante ha attinto da un proprio elenco costituito per il caso di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, cui, nel 2012, lo stesso professionista si era iscritto a titolo individuale.

A tal riguardo, occorre ricordare che l'art. 57, comma 6, Codice, dispone in modo succinto il procedimento per la selezione degli operatori economici tra cui individuare l'affidatario del contratto, precisando che *“ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”*.

Nella Determinazione 6 aprile 2011, n. 2, l'Avcp ha precisato che *“le stazioni appaltanti possono comunque impostare forme di verifica della disponibilità degli operatori economici con riferimento a più appalti aggiudicabili entro un determinato periodo (indagini di mercato periodiche), al fine di ottimizzare le tempistiche di svolgimento delle gare informali e le procedure di riscontro dei requisiti”*. In alternativa, allo scopo di effettuare indagini di mercato non riferite ad un singolo affidamento, alle stazioni appaltanti è consentito avvalersi della predisposizione di *“elenchi aperti di operatori economici”*.

Sul punto, dopo aver premesso che l'affidamento di lavori pubblici mediante utilizzo di elenchi predisposti dalla stazione appaltante è vietato, salvo il caso degli affidamenti in economia o dell'applicabilità della *“procedura ristretta semplificata”* (art. 40, comma 5, Codice), al fine di impedire il ricorso ai cosiddetti *“albi speciali e di fiducia”* mediante i quali le stazioni appaltanti si ricorreva ad affidamenti diretti senza alcuna forma di pubblicità, si deve osservare che la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici

formazione di elenchi è, diversamente, ammessa per i servizi e le forniture. In particolare, l'articolo 267 del Regolamento detta una disciplina singolare per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura di valore inferiore a 100.000 euro. Esso dispone che la stazione appaltante, per l'individuazione dei soggetti da invitare alla gara, può avvalersi di un apposito elenco, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. Inoltre, l'articolo 267 prescrive le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere ed il contenuto minimo dell'avviso stesso, tra cui figurano anche le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare (Determinazione 2/2011).

Ciò premesso, il soggetto richiedente, iscrittosi all'elenco dei professionisti da consultare in caso di affidamento di servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, lamenta di esser stato escluso in quanto – dopo esser stato iscritto in tale elenco quale libero professionista – a seguito di lettera di invito presenta la propria candidatura in forma di Raggruppamento temporaneo di professionisti. L'art. 90, comma 1, lett. d) e lett. g) rende evidente che – alla stessa stregua dei soggetti a cui possono essere affidati contratti pubblici ex art. 34 - il Raggruppamento Temporaneo di Professionisti è soggetto sostanzialmente diverso dal professionista individuale, contemplandosi in due distinte categorie “*i liberi professionisti singoli e associati*” (lett. d) e i “*raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lett. d), e), f) f-bis) e b) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 in quanto compatibili*” (lett. g).

Il Codice ammette la facoltà di modificazione soggettiva dei partecipanti alle gare nel caso di cessione, affitto di azienda o di ramo d'azienda, trasformazione, fusione o scissione di società, a condizione che gli atti che danno causa alla modifica siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante (art. 51, Codice) L'Autorità ha affermato che “*In riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli operatori economici che concorrono alla gara, consente, per ogni tipo di appalto, la modificazione soggettiva degli stessi, sia con riferimento alla fase dell'offerta, che a quella dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto, con conseguente vincolo per la stazione appaltante di ammettere alle distinte fasi della procedura concorsuale i soggetti subentranti, previo accertamento in capo ad essi dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara. La cessione di ramo di azienda non comporta l'automatico trasferimento della titolarità dei requisiti per l'esecuzione del contratto di appalto e, pertanto, l'impresa cessionaria è tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione, tramite attestazione SOA, previsti dal bando di gara. La stazione appaltante deve verificare che effettivamente sia stata effettuata una cessione di ramo d'azienda o che, al contrario, non si voglia mascherare con detta operazione una cessione di contratto, vietata dall'articolo 18, comma 2, della legge n. 55/1990*”.

Tuttavia, nel caso di specie, non si verifica alcun tipo di modifica soggettiva ai sensi dell'art. 51, né si può parlare di modifica soggettiva, atteso che ciò che risulta è che sia stata presentata l'offerta da parte di un soggetto non invitato a partecipare e non iscritto nell'elenco, pertanto non coinvolto nella procedura di gara. Il raggruppamento temporaneo consiste, infatti, in un soggetto collettivamente organizzato, costituito per la partecipazione alle gare, sostanzialmente diverso dalle identità soggettive di coloro che vi partecipano.

Raffaele Cantone