

Un concorrente prequalificatosi singolarmente in una gara ristretta non può poi parteciparvi in associazione con soggetti che non si sono prequalificati.

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 6-2-2019

1. L'orientamento secondo cui un concorrente prequalificatosi singolarmente non può poi partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, è in linea, da un lato, con il chiaro disposto dell'art. 28, comma 2, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE e del corrispondente art. 61, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e, dall'altro, con la ratio del divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, che è quella "di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 04/05/2012, n. 8), a salvaguardia della par condicio dei concorrenti e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa.
2. L'art. 48, comma 11, del D.lgs. 50/2016 va interpretato, sistematicamente, in conformità all'art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE ("Procedura ristretta") - statuyente, per quanto di rilievo, che "1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (...), fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa" e che "2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta" - e all'art. 61, comma 3, del Decreto Lgs. n° 50/2016 nel quale (come rilevato dalla stessa difesa di parte ricorrente) è stata trasposta la predetta norma della direttiva europea, nel senso di consentire all'operatore invitato (all'esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un'offerta (anche) in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, ma solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli in vista della gara; sicchè "la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione".

GUIDA ALLA LETTURA

Con la sentenza in commento, la III sezione del Tar Lecce affronta il dibattuto tema riguardante l'esatta definizione dello spettro applicativo del **principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti a una gara**, con specifico riferimento alla possibilità di

presentare, nell'ambito di una procedura negoziata, un'offerta congiunta tra imprese che abbia partecipato alla prequalificazione singolarmente ed altri operatori.

La questione muove dalla precisa individuazione del **momento in cui il divieto di modificazione soggettiva viene in rilievo**: cioè se esso si configuri soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta ovvero anche nelle fasi di gara a questa precedente.

Sul punto il Consiglio di Stato aveva assunto in passato una posizione piuttosto restrittiva, escludendo in radice la possibilità che due o più imprese concorrenti, individualmente prequalificate, potessero concorrere in associazione temporanea alla successiva competizione mediante la presentazione di un'offerta congiunta, salvo che il bando non disponesse diversamente^[1].

Tale impostazione è stata, tuttavia, superata in una successiva decisione^[2], con la quale si è affermato che **il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente**.

Detto nuovo approccio ermeneutico si fonda su una lettura sistematica delle norme del previgente Codice degli appalti, che prende le mosse dall'art. 37, comma 12^[3] (oggi riprodotto nell'art. 48, comma 11, del D.lgs. 50/2016).

Si è, in particolare, rilevato che **dal punto di vista letterale il citato disposto normativo fa riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta**.

Un'opposta interpretazione sarebbe stata, inoltre, inconciliabile con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, che vieta la modificazione della composizione delle ATI, soltanto, all'indomani dell'offerta.

Applicando gli esposti principi alle procedure ristrette o negoziate, i Giudici di Palazzo Spada hanno, quindi, ritenuto **ammissibile, in difetto di un espresso divieto della *lex specialis*, la partecipazione alla gara - sotto forma di ATI - di imprese che si sono prequalificate separatamente, non potendosi ravvisare in ciò una violazione dell'art. 37, comma 12, del D.lgs. 163/2006**^[4].

Del resto, una differente lettura della norma in esame avrebbe dato luogo ad un'esegesi ingiustificatamente restrittiva in ordine alla possibilità di utilizzare lo strumento del raggruppamento temporanea di imprese. Ciò in contraddizione con la *ratio*, profondamente proconcorrenziale, di tale istituto, volto a consentire l'accesso al mercato dei contratti pubblici, anche a soggetti che singolarmente non avrebbero i requisiti necessari per risultare aggiudicatari.

In questa prospettiva **deve ammettersi la possibilità per l'impresa prequalificata ed invitata individualmente alla procedura ristretta di presentare l'offerta quale mandataria di operatori riuniti, ancorché non invitati alla procedura**^[5].

Tale possibilità è espressamente contemplata dall'art 48, comma 11, del d.lgs. 50/2016, che nel riproporre identica disposizione di cui al previgente art. 37, comma 12, del d.lgs. 163/2006, ha previsto che *“In caso di procedure ristrette o negoziate (...) l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.”*

Su altre posizioni si attesta la III sezione del Tar Lecce nella sentenza in commento. Il Collegio pugliese, proponendo una diversa declinazione del principio dell'*immodificabilità soggettiva dell'offerente*, addiviene ad un'interpretazione più restrittiva del citato art. 48, comma 11, del nuovo Codice.

In particolare, secondo la Sezione la predetta norma va interpretata, sistematicamente, in conformità all'art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (“Procedura ristretta”) - statuyente, per quanto di rilievo, che *“1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (...), fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa” e che “2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta”* - e all'art. 61, comma 3, del Decreto Lgs. N° 50/2016, nel quale è stata trasposta la predetta norma della direttiva europea, nel senso di consentire all'operatore invitato (all'esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un'offerta (anche) in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, ma solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli in vista della gara; sicchè *“la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione.”*[\[6\]](#)

A supporto di questa tesi depongono il **“principio di unitarietà della procedura”** di evidenza pubblica che, in caso di procedure ristrette, è caratterizzata, dalla sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di pre-qualificazione e quella di valutazione delle offerte (“le quali - proprio per le peculiarità che le connotano - impongono un'accurata valutazione dei rapporti intercorrenti tra di esse”), ma anche il **principio “della par condicio e ...del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità** (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.)”, in ragione dei quali, dunque - in caso di procedure ristrette - *“il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la par condicio e a garantire la corretta conoscenza da parte dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica.”*[\[7\]](#)

Osserva il Collegio che *“l'orientamento secondo cui un concorrente prequalificatosi singolarmente non può poi partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, è pertanto, in linea, da un lato, con il chiaro disposto dell'art. 28, comma 2, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sopra riportato e del corrispondente art. 61, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e, dall'altro, con la ratio del divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n.*

50/2016, che è quella "di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 04/05/2012, n. 8), a salvaguardia della par condicio dei concorrenti e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa".

Alla luce dei delineati principi il Tribunale leccese ha ritenuto che la decisione di escludere dalla gara l'impresa ricorrente (prequalificatasi singolarmente) in ragione della sua partecipazione alla procedura in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, si riveli conforme alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 11, del D. Lgs n. 50/2016, come correttamente interpretata, nonché ai principi generali in materia di gare pubbliche, e, pertanto, doverosa.

[1] Cfr. sentenza 8 marzo 2006, n. 1267

[2] Cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 588 del 20 febbraio 2008 (in senso conforme v. anche Cons. Stato, Sez. V, n. 6619 del 2002; n. 5309 del 2003).

[3] *"In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti"*

[4] Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1548 del 31 marzo 2014

[5] Cfr., fra le più recenti, Tar Perugia sez. I, sentenza n. 494 del 06.09.2018

[6] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880

[7] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880, cit.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1141 del 2018, proposto da

Urso Vincenzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lecce, in persona del suo Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Giovanna Capoccia e Francesca Testi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota dirigenziale del 6 settembre 2018, con la quale la Provincia di Lecce comunicava al ricorrente l'esclusione dalla procedura negoziata con gara ufficiosa relativa all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura per la progettazione definitiva ed esecutiva, la direzione dei lavori, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione

dell'intervento di rafforzamento e consolidamento di opere strutturali nel plesso scolastico dell'I.I.S.S. "A. De Pace" di Lecce;

- di tutti gli atti e i provvedimenti (anche quelli eventuali di silenzio-rigetto) di gara, dei verbali della procedura di gara, nonché, per quanto lesivi degli interessi del ricorrente, della lex specialis (compresa, ove occorra, l'indagine di mercato e la lettera di invito) e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione nelle more intervenute ed allo stato sconosciuto;

- di ogni altro atto e/o provvedimento preliminare, presupposto, connesso o attuativo e/o consequenziale, sebbene non conosciuto o non conoscibile che con i provvedimenti di cui ai punti precedenti sia posto in qualsivoglia rapporto di correlazione;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Lecce;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 la dott.ssa Anna Abbate e uditi per le parti gli Avv.ti D. Mastrolia e M.G. Capoccia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A seguito di pubblicazione da parte della Provincia di Lecce di avviso esplorativo per manifestazione di interesse e selezione avente ad oggetto "Affidamento dei Servizi di Ingegneria per la progettazione definitiva ed esecutiva, la direzione dei lavori, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione di interventi diversi di rafforzamento e consolidamento di opere strutturali nei plessi scolastici delle scuole del II ciclo di competenza della Provincia di Lecce ex Decreto MIUR in data 8 agosto 2017", il ricorrente presentava la relativa domanda di partecipazione (datata 12/02/2018), chiedendo di partecipare alla predetta selezione come "libero professionista singolo".

In esito al preventivo avviso per manifestazione di interesse di cui sopra ed alle operazioni di sorteggio, in seduta pubblica, dei soggetti da invitare a presentare l'offerta, con lettera di invito prot. n. 39418 del 17/07/2018, l'odierno ricorrente veniva invitato dalla Provincia di Lecce a formulare la propria migliore offerta per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria di cui trattasi tramite procedura negoziata (da aggiudicarsi mediante gara ufficiosa secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), con riferimento alla quale lo stesso presentava offerta quale "mandatario capogruppo" del (costituendo) "Raggruppamento Temporaneo di Professionisti di tipo orizzontale", di cui facevano parte, in qualità di mandanti, altri due professionisti che non avevano partecipato alla fase di pre-qualificazione.

Con nota dirigenziale del 06/09/2018, la Provincia di Lecce comunicava all'odierno ricorrente l'esclusione dalla procedura de qua, "per la mancata corrispondenza tra l'operatore economico ammesso ed il soggetto che ha trasmesso l'offerta riferita al suddetto Avviso".

La predetta comunicazione di esclusione veniva contestata dall'odierno ricorrente con nota del 10/09/2018, riscontrata dalla Provincia di Lecce con successiva nota dell'11/10/2018, nella quale veniva confermata e ulteriormente precisata la motivazione posta a base della gravata esclusione dalla procedura di gara ufficiosa di che trattasi.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato a mezzo p.e.c. in data 25/09/2018, il ricorrente impugna la predetta nota dirigenziale del 06/09/2018, con cui la Provincia di Lecce gli ha comunicato l'esclusione dalla procedura negoziata con gara ufficiosa indetta per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura di che trattasi, nonché tutti gli altri atti connessi in epigrafe indicati, ivi inclusi la lex specialis e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione (ove intervenuto).

Chiede altresì la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more sottoscritto.

A sostegno del gravame interposto, il ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) Violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 e ss. del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione dei più generali principi in materia di gare pubbliche. Eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento.

Dopo avere illustrato il fondamento giuridico delle domande azionate, il ricorrente concludeva come sopra riportato.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Lecce, depositando, in data 15/10/2019, una memoria di costituzione, nella quale ha eccepito la parziale inammissibilità, nonché l'infondatezza in fatto e in diritto del ricorso, concludendo per rigetto del ricorso e della contestuale istanza cautelare.

Con ordinanza cautelare n. 532 del 18/10/2018 (confermata dalla ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5515 del 16/11/2018) la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dal ricorrente con la seguente motivazione:

"- l'art. 48, comma 11 del Decreto Legislativo n. 50/2016 ("In caso di procedure ristrette o negoziate,, l'operatore economico invitato individualmente ... ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti") appare da interpretare, correttamente e sistematicamente (in conformità all'art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE - "Procedura ristretta"-, statuente, per quanto di rilievo, che "1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara ..., fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa" e che "2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta") nel senso di consentire

all'operatore invitato (all'esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un'offerta in Raggruppamento Temporaneo solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli; sicchè, nel caso di procedure ristrette, la possibilità di presentare offerte è da considerare limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione; inconferente, quindi, appare il richiamo ai precedenti giurisprudenziali operato da parte ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 1548/2014), relativo alla diversa ipotesi di "imprese prequalificatesi separatamente";

- nella fattispecie concreta in esame, invece, il professionista ricorrente è stato ammesso alla successiva fase di presentazione delle offerte (in esito alla fase di pre-qualificazione svolta e completata dopo l'"Avviso esplorativo per manifestazione di interesse e selezione" e la presentazione della domanda di partecipazione alla consultazione degli operatori di mercato, nell'ambito dello svolgimento della procedura negoziata, ex art. 36 del Decreto Legislativo n. 50/2016, per l'affidamento di taluni servizi di ingegneria) come "libero professionista singolo" e, invece, a seguito dell' "Invito a presentare offerta", ha (inammissibilmente) prodotto l'offerta come capogruppo di un (costituendo) Raggruppamento Temporaneo di professionisti con altri due soggetti che non hanno partecipato alla fase di pre-qualificazione (già esaurita), sicchè l'impugnata esclusione appare essere stata legittimamente disposta;

- neppure sembra cogliere nel segno il rilievo finale, per il quale, prima di escludere il concorrente, la Provincia avrebbe dovuto richiedere allo stesso di partecipare da solo e non in raggruppamento, non sembrando tale incombente dover ricadere sulla Pubblica Amministrazione".

In data 17/12/2018, la Provincia di Lecce ha depositato una memoria conclusiva, nella quale ha insistito per il rigetto del ricorso.

Il 28/12/2018, anche il ricorrente ha depositato una memoria difensiva finale insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate.

Alla pubblica udienza del 22 Gennaio 2019, sulle conclusioni di parte, la causa è stata trattenuta per la decisione di merito.

DIRITTO

0. Il ricorso è infondato nel merito e deve essere respinto.

1. Con il primo ed unico pluriarticolato motivo di gravame, il ricorrente lamenta l'illegittimità della impugnata esclusione dalla procedura di gara di cui trattasi, contestando anzitutto "il fulcro della motivazione addotta dalla Stazione Appaltante per giustificare l'esclusione del ricorrente" - che, ricordiamo, si basa sulla "mancata corrispondenza tra l'operatore economico ammesso" in esito alla fase di pre-qualificazione (in qualità di "libero professionista singolo") "ed il soggetto che ha trasmesso l'offerta" (in qualità di "mandatario capogruppo" del costituendo "Raggruppamento Temporaneo di Professionisti", con altri due professionisti che non avevano partecipato alla fase di pre-qualificazione) - in quanto (a suo dire) l'art. 48, comma 11, del Decreto Legislativo n° 50/2016 "è chiarissimo nel consentire al soggetto che

ha partecipato alla procedura negoziata (nel caso specifico il ricorrente) di decidere se presentare l'offerta per se o per un gruppo di operatori riuniti dei quali farà parte come mandatario”.

Il motivo, per quanto suggestivo, è privo di pregio giuridico.

Osserva, infatti, il Collegio che l'art. 48 del Decreto Legislativo n° 50/2016 (“Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici”), al comma 11, prevede che “In caso di procedure ristrette o negoziate (...) l'operatore economico invitato individualmente (...) ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per se' o quale mandatario di operatori riuniti”.

Secondo questa Sezione, come già rilevato nella ordinanza cautelare n. 532/2018 di rigetto dell'istanza cautelare proposta dal ricorrente, la predetta norma va interpretata, sistematicamente, in conformità all'art. 28 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (“Procedura ristretta”) - statuyente, per quanto di rilievo, che “1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (...), fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa” e che “2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta”) - e all'art. 61, comma 3, del Decreto Lgs. n° 50/2016 nel quale (come rilevato dalla stessa difesa di parte ricorrente) è stata trasposta la predetta norma della direttiva europea, nel senso di consentire all'operatore invitato (all'esito della fase di pre-qualificazione) come singolo di presentare un'offerta (anche) in Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, ma solo con soggetti già pre-qualificatisi separatamente come singoli in vista della gara; sicchè “la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 19 febbraio 2018, n. 1880).

Depongono in favore della sopra indicata interpretazione sistematica della norma (anche) le condivisibili argomentazioni evidenziate nella citata decisione del T.A.R. Lazio, Roma, n. 1880/2018 a sostegno della legittimità (e della conformità alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016) della esclusione di un R.T.I. da una procedura ristretta per la intervenuta (inammissibile) modifica della impresa mandante tra la fase di prequalifica e la successiva fase dell'offerta; argomentazioni che si ritengono applicabili, mutatis mutandis, anche nella concreta fattispecie per cui è causa. Trattasi del “pieno rispetto non solo del principio di unitarietà della procedura” di evidenza pubblica che, in caso di procedure ristrette, è caratterizzata, dalla sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di pre-qualificazione e quella di valutazione delle offerte (“le quali - proprio per le peculiarità che le connotano - impongono un'accurata valutazione dei rapporti intercorrenti tra di esse”), ma anche del principio “della par condicio e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.)”, in ragione dei quali, dunque - in caso di procedure ristrette - “il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la par condicio e a garantire la corretta conoscenza da parte

dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica”.

L'orientamento di questa Sezione, secondo cui un concorrente prequalificatosi singolarmente non può poi partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, è pertanto, in linea, da un lato, con il chiaro disposto dell'art. 28, comma 2, della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sopra riportato e del corrispondente art. 61, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 e, dall'altro, con la ratio del divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara di cui all'articolo 48, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, che è quella “di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli” (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 04/05/2012, n. 8), a salvaguardia della par condicio dei concorrenti e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa.

A riprova della correttezza della tesi sopra esposta e della considerazione che una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente un “vulnus” al principio della par condicio e del buon andamento dell'attività amministrativa, si consideri che, nella concreta fattispecie in esame, come rilevato dalla difesa della Provincia, da un lato, “la documentazione richiesta dall'Ente, ai fini amministrativi (Busta A), nella lettera di invito a formulare offerta, era ed è ben più snella di quella precedente. Infatti, la S.A., nel caso di specie, si è limitata a richiedere ai concorrenti la conferma dei requisiti già dichiarati precedentemente. Tale formula risulta palesemente non applicabile e non replicabile in caso di connotazione di un nuovo/diverso concorrente e/o, comunque, di soggetti non noti e non pre-qualificati e, ove dovesse essere ritenuta ammissibile, porrebbe l'amministrazione nelle condizioni di dover aggravare, senza certezza dei risultati istruttori, i tempi della procedura stessa”; dall'altro, “come emerge dalla documentazione in atti, è solo al momento dell'invito che sono stati specificati criteri e relativi punteggi, in un momento in cui la fase di pre-qualificazione era completata e i concorrenti (selezionati tramite sorteggio) risultavano individuati in via definitiva”, sicché l'ammissione di soggetti non pre-qualificati in raggruppamento con l'odierno ricorrente introdurrebbe un elemento di danno (anche solo potenziale) per gli altri concorrenti ammessi.

Alla luce di quanto sopra, nel caso di specie, la decisione di escludere dalla gara l'odierno ricorrente (prequalificatosi singolarmente) in ragione della sua partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo con soggetti che non si sono prequalificati, va riconosciuta, pertanto, scevra dai vizi denunciati e, anzi, si rivela conforme alla disciplina di cui all'articolo 48, comma 11, del D. Lgs n. 50/2016, come correttamente interpretata, nonché ai principi generali in materia di gare pubbliche e alla lex specialis, e, pertanto, doverosa.

2. Il ricorrente contesta poi la legittimità della gravata decisione di esclusione anche in ragione del fatto che “Prima di escludere il ricorrente, infatti, la Provincia avrebbe dovuto richiedere allo stesso di partecipare da solo e non in raggruppamento (come avvenuto nella fase di prequalifica)”.

Anche tale rilievo è destituito di fondamento, in quanto né l'art. 48 del D. Lgs. n. 50/2016, né i più generali principi in materia di gare pubbliche, né tantomeno la lex specialis prevedono un

tale incombente a carico della Pubblica Amministrazione, oltre ad essere contrario al divieto di venire contra factum proprium, non ritenendosi ammissibile che l'odierno ricorrente che prima, in sede amministrativa, aveva scelto (sia pure tardivamente ed inammissibilmente) di partecipare alla gara in raggruppamento (con soggetti che non si sono pre-qualificati) dopo essersi pre-qualificato singolarmente, ora, in sede giudiziaria, si dolga del fatto che la Stazione Appaltante non gli abbia chiesto di partecipare singolarmente prima di escluderlo.

3. Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso deve essere respinto.

4. Le spese processuali vanno compensate interamente tra le parti anche per l'assoluta novità di taluni aspetti delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.