

DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani
studio legale

Identità economica tra soggetti prequalificati e soggetti offerenti negli appalti pubblici. Il Consiglio di Stato interroga la Corte di Giustizia in merito all'interpretazione della Direttiva 2014/24/UE

Roberto A. Jacchia

Davide Scavuzzo

Il 30 novembre 2017 la Sezione V del Consiglio di Stato ha emesso una sentenza parziale con ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹ contenente un quesito pregiudiziale relativo all'interpretazione dell'articolo 28, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24/UE². Il Consiglio di Stato mira ad ottenere chiarimenti in merito al requisito della piena identità giuridica ed economica fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte, nelle procedure ristrette indette per l'assegnazione dei contratti della pubblica amministrazione.

Il caso riguarda la gara promossa da *Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A* (Infratel), soggetto attuatore per conto del Ministero dello Sviluppo Economico dei Piani Banda Larga e Banda Ultra Larga, sulla concessione per la costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva di proprietà pubblica a "Banda Ultra Larga" (BUL) nelle c.d. Aree bianche³.

La procedura era articolata in tre distinte fasi:

- 1) tra la pubblicazione del bando di gara e la data del 18 luglio 2016, le imprese interessate avrebbero dovuto presentare domanda di partecipazione;
- 2) la stazione appaltante entro il 9 agosto 2016 avrebbe trasmesso le lettere di invito alla procedura ristretta agli operatori prequalificati;
- 3) quest'ultimi avrebbero inviato, non oltre il 17 ottobre 2016, le proprie offerte ai fini della successiva valutazione.

Le domande di partecipazione erano state presentate da *Telecom Italia S.p.A.*, *Metroweb Sviluppo S.r.l.* ed *Enel OpEn Fiber S.p.A.*⁴, insieme ad un limitato numero di altri operatori. Nel corso della procedura, la società *Metroweb Sviluppo S.r.l.*, nonostante rientrasse tra gli operatori prequalificati, non aveva formulato alcuna offerta. L'aggiudicazione sulla base dell'offerta più vantaggiosa⁵ aveva visto l'assegnazione di tutti i cinque lotti a *Enel OpEn Fiber*. In seguito a tale risultato, *Telecom Italia* aveva richiesto l'accesso agli atti.

Preso visione di questi, *Telecom Italia* era venuta a conoscenza del fatto che in un momento ricompreso tra le prime due fasi della procedura⁶, la *Holding Enel S.p.A.* aveva concluso un Accordo Quadro vincolante per l'integrazione di *Enel*

¹ Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2017, n. 5621. Disponibile al seguente [LINK](#).

² Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE. GUUE L 94 del 28.03.2014.

³ Le "aree bianche" sono riconducibili alle zone distribuite nelle Regioni Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto.

⁴ Società controllata dalla *Enel S.p.A.*

⁵ L'aggiudicazione avviene sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità/prezzo ex art. 95 del "Codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 50/2016), il quale recepisce l'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE.

⁶ Tra il momento in cui la stazione appaltante avrebbe inviato le lettere di invito alla procedura ristretta agli operatori prequalificati (9 agosto 2016) e il termine per la presentazione delle offerte (17 ottobre 2016).

OpEn Fiber e Metroweb Italia S.p.A., sottoscritto in data 10 ottobre 2016, procedendo in sostanza ad un'operazione di concentrazione societaria tra due concorrenti, *Enel OpEn Fiber* e la *Metroweb Sviluppo S.r.l.*

L'operazione prevedeva, *in primis*, la fusione per incorporazione di alcune società del gruppo *Metroweb Italia*⁷ nella *Group Company Metroweb S.p.A.*, a cui avrebbe fatto seguito un aumento di capitale della *Enel OpEn Fiber* con l'ingresso in società di *Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A.* ed, infine, l'acquisto da parte di *Enel OpEn Fiber* del 100% delle azioni di *Metroweb S.p.A.* per un controvalore di 714 milioni di euro, determinando la fusione per incorporazione di *Metroweb S.p.A.* in *Enel OpEn Fiber* deliberata in data 23 gennaio 2017.

Secondo *Telecom Italia*, l'operazione appena descritta avrebbe avuto per oggetto o per effetto di: "... i) interferire sul regolare andamento della procedura; ii) violare le previsioni del bando e della lettera di invito, le quali vietavano l'aggregazione di imprese già singolarmente qualificate in un momento successivo alla fase della prequalifica; iii) violare il principio eurounitario di necessaria «identità giuridica e sostanziale tra l'operatore economico preselezionato e quello che presenterà l'offerta»..."⁸. Il punto di diritto che più rileva, e che ha determinato il rinvio alla Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), riguarda l'articolo 28 della Direttiva 2014/24/UE, come recepito dall'articolo 61 del "Codice dei contratti pubblici", in base al quale "... soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta...". Nel caso in esame, occorre stabilire se l'operazione societaria intercorsa durante la procedura comporti una violazione "... del principio di identità giuridica ed economica tra i soggetti prequalificati e quelli che formulano le offerte...", che sarebbe imposto dall'articolo 28, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24⁹.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che il requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici selezionati e quelli che presentano le offerte nel corso di una procedura ristretta è stato oggetto di una pronuncia

⁷ Tra di esse era ricompresa anche la *Metroweb Sviluppo S.r.l.*, partecipante alla gara indetta dalla Infratel.

⁸ Si veda il punto 1.8 della sentenza.

⁹ L'articolo 28 della Direttiva 2014/24/UE dispone quanto segue: "... 1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato V, parte B o C a seconda dei casi, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse.

2. Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità dell'articolo 65.

Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte..."

della Corte di Giustizia nel caso *MT Højgaard*, ma ha ritenuto che il contesto fosse sostanzialmente diverso rispetto a quello del caso di specie¹⁰.

Il Consiglio di Stato, oltre ad evidenziare la differenza dal caso *MT Højgaard*, ha affermato che, da un punto di vista formale, nel momento in cui è pervenuta l'offerta della *Enel OpEn Fiber*, l'operazione concernente la fusione era appena stata avviata e la società *Enel OpEn Fiber* presentava ancora la medesima struttura della fase di prequalifica. Quindi, il principio di identità giuridica stabilito nel caso *MT Højgaard* risulterebbe rispettato.

L'illegittimità dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016 in tale prospettiva potrebbe dichiararsi soltanto qualora esso presentasse finalità elusive delle regole sulla concorrenza col fine di ottenere un indebito vantaggio dalla gara a discapito degli altri operatori. Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, una fusione per incorporazione come quella in esame rappresenta una procedura "fisiologica" nella dinamica operativa di un'impresa e il carattere strutturale di tale tipo di operazioni le distingue dagli accordi collusivi fra concorrenti che intendono alterare gli equilibri di una singola gara¹¹.

Il Consiglio di Stato ha di conseguenza deciso di sospendere il giudizio e presentare alla Corte di Giustizia il seguente quesito interpretativo:

"... Se l'articolo 28, paragrafo 2, primo periodo della Direttiva 2014/24/UE, debba essere interpretato nel senso di imporre una piena identità giuridica ed economica fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte nell'ambito della procedura ristretta e se, in particolare, tale disposizione debba essere interpretata nel senso di ostare a un accordo concluso fra le holding che controllano due operatori prequalificati in un momento compreso fra la prequalifica e la presentazione delle offerte, laddove: a) tale accordo abbia per oggetto e per effetto (inter alia) la realizzazione di una fusione per incorporazione di una delle imprese prequalificate in un'altra di esse (operazione, peraltro, autorizzata dalla Commissione europea); b) gli effetti dell'operazione di fusione si siano perfezionati dopo la presentazione dell'offerta da parte dell'impresa incorporante (ragione per cui al momento della presentazione dell'offerta, la sua composizione non risultava mutata rispetto a quella esistente al momento della prequalifica); c) l'impresa in seguito incorporata (la cui composizione non risultava modificata alla data ultima per la presentazione delle offerte) abbia comunque ritenuto di non partecipare alla procedura ristretta, verosimilmente in attuazione del programma contrattuale stabilito con l'accordo stipulato fra le holding..."

¹⁰ Il Consiglio di Stato ha infatti ribadito che "... le variazioni soggettive che interessano taluno dei concorrenti preselezionati possono in via di principio essere considerate contrarie al principio eurounitario della parità di trattamento tra concorrenti, se tali variazioni risultano idonee a deteriorare la situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza", come affermato anche al punto 44 della sentenza della Corte nel caso *MT Højgaard*. Si tratta di una modifica soggettiva "in diminuzione" nella creazione di una struttura plurisoggettiva, situazione diametralmente opposta a quella del caso oggetto di esame che vede, al contrario, una composizione "in aumento" di uno dei potenziali competitori, dove il soggetto che presenta l'offerta è l'incorporante e quindi soggetto che non vede modificata la propria personalità giuridica.

¹¹ Si veda il punto 8.4 della sentenza.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verrà pubblicata a breve sul registro della Corte di Giustizia. Dopo la prima fase orale del procedimento, l'Avvocato Generale presenterà le conclusioni relative alla causa e solo successivamente la Corte pronuncerà sentenza.