

## **Procedura ristretta e fusione per incorporazione tra imprese prequalificate: legittimità**

*di Stefano Taddeucci*

*Data di pubblicazione: 26-7-2019*

*1. L'articolo 28, paragrafo 2, prima frase, della 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, deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le loro offerte, e'esso non osta a che, nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico, un candidato prequalificato che si impegni ad incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, possa presentare un'offerta.*

## Guida alla lettura

La sentenza della CGUE è stata emessa a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio Di Stato con l'ordinanza di rimessione n. 561 del 30.11.2017.

La questione era la seguente: se, nell'ambito di una procedura ristretta, la realizzazione di una fusione per incorporazione di una delle imprese prequalificate in un'altra di esse, fusione i cui effetti si siano perfezionati dopo la presentazione dell'offerta da parte della società incorporante, violi il principio di concorrenza, nel caso in cui l'impresa, in seguito incorporata, abbia comunque ritenuto di non partecipare alla procedura ristretta.

La CGUE afferma che la suddetta operazione è legittima, ossia non viola la concorrenza.

A parere di chi scrive, la decisione della CGUE merita condivisione per i seguenti motivi.

Nell'ordinamento comunitario la violazione del principio di par condicio tra concorrenti – e quindi dei principi di concorrenza e trasparenza – diviene presupposto per l'illegittimità della procedura solo nella misura in cui essa abbia concretamente, e non solo astrattamente, avvantaggiato una delle Imprese partecipanti a danno delle altre.

L'art. 41 della Direttiva 24/2014 – rubricato "*Partecipazione precedente di candidati o offerenti*" – prevede, al comma 3, un meccanismo per cui, prima che la stazione appaltante escluda dalla procedura il candidato od offerente il quale abbia fornito una consulenza, al candidato/offereente stesso "... è offerta la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un elemento in grado di falsare la concorrenza".

Pertanto, alla stregua della norma sopra citata, una determinata situazione, pur delineatasi all'inizio della procedura come potenzialmente anticoncorrenziale (ovvero il preventivo coinvolgimento di un candidato/offereente nella predisposizione della gara), potrebbe poi anche, all'atto pratico, ovvero tenendo conto della peculiarità della fattispecie concreta, non configurare alcuna violazione della par condicio tra concorrenti.

Tale principio, applicato al caso di cui alla sentenza in commento, comporta quanto segue:

in una procedura ristretta, quale quella disciplinata dall'art. 28 della Direttiva 24/2014, la lesività, nei confronti del principio di par condicio tra concorrenti, di una fusione tra due imprese prequalificate, nel periodo compreso tra la prequalificazione e la presentazione delle offerte, deve essere valutata non in astratto bensì in concreto.

Quando, in una procedura ristretta, la Società "A" si sia sì aggregata (fusa) – nel lasso di tempo intercorso tra la prequalificazione e la presentazione delle offerte – con la Società "B", ma poi, dopo essere stata selezionata per l'invito (e quindi dopo aver ottenuto la "prequalificazione"), non abbia in concreto presentato alcuna offerta, nessuna violazione del principio di concorrenza sembra potersi ritenere sussistente.

Nel caso in questione, la Società METROWEB SVILUPPO SRL si è fusa, nel suddetto lasso di tempo (sia pur indirettamente, ossia attraverso la propria controllante Metroweb Italia SpA) con la Società ENEL FIBER (che poi è risultata aggiudicataria per tutti quanti i lotti), ma poi non ha formulato alcuna offerta. Pertanto, la Società METROWEB SVILUPPO SRL, non avendo inviato l'offerta, si è in realtà astenuta da una condotta atta a recare un concreto, sostanziale, pregiudizio alle altre Imprese offerenti, danno che invece si sarebbe verificato nel caso in cui essa avesse realmente assunto la veste di "offerente".

La peculiarità della procedura ristretta è nel fatto che occorre scindere la fase della "partecipazione" da quella dell' "offerta": nella fase della partecipazione l'Impresa manifesta l'interesse a rispondere all'avviso di indizione gara, fornendo alla stazione appaltante le informazioni da questa richieste; ma è soltanto formulando l'offerta che tale "partecipazione" assume rilevanza rispetto al principio della par condicio tra concorrenti ed è quindi solo in tale eventualità che una ipotetica fusione con un'altra Impresa (anch'essa prequalificata ed offerente) determinerebbe una innegabile alterazione del principio stesso. In mancanza dell'offerta, la "partecipazione" inizialmente sostanziata con l'invio delle informazioni richieste dalla stazione appaltante, resta, in concreto, una manifestazione di interesse soltanto dichiarata ma poi non sfociata in comportamenti conseguenti, e quindi non assume alcuna rilevanza riguardo alla tutela della concorrenza.

Il danno alla concorrenza si produce soltanto ove si sia verificata la compresenza, nella medesima procedura, di due Imprese formalmente distinte ma sostanzialmente riconducibili ad un unico soggetto giuridico: ove tale compresenza non si sia verificata, appunto perché una delle due Imprese si è poi astenuta dal partecipare effettivamente (ossia mediante l'invio di una offerta) alla procedura stessa, non vi è più il rischio che una stessa Impresa partecipi sotto una duplice veste (ovvero: sia autonomamente sia in quanto fusa con un'altra Impresa offerente), e quindi qualsiasi effetto discorsivo della concorrenza, pur all'inizio astrattamente configurabile, è destinato a venir meno.

Nel caso in cui la CGUE fosse stata di avviso contrario – ovvero avesse affermato che, in una procedura ristretta, la fusione, tra un'Impresa prequalificata (ma non offerente) ed un'altra Impresa prequalificata (ed offerente), lede comunque a priori il principio di concorrenza, a prescindere quindi dalla mancata offerta da parte della prima, si sarebbe aperta la strada – proprio come paventato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione – per decretare la illegittimità delle procedure di gara anche nei casi in cui in realtà simile operazione societaria non abbia, oggettivamente, arrecato alcun danno agli altri concorrenti (intesi quali "offerenti") e sia stata, quindi, sotto il profilo della par condicio, pienamente legittima.

Ebbene, proprio una simile interpretazione, oltre a porre problemi di incoerenza sistematica rispetto al sopra citato art. 41 comma 3 della Direttiva 24/2014, avrebbe finito curiosamente con il ledere essa stessa il principio del *favor participationis* in quanto avrebbe impedito all'Impresa prequalificata (ed offerente) di divenire aggiudicataria dell'appalto in un modo che sarebbe stato invece del tutto legittimo, in quanto nessun collegamento sostanziale si è verificato – nella fase dell'invio dell'offerta – con l'altra Impresa prequalificata, non avendo quest'ultima formulato, appunto, alcuna offerta.

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)  
11 luglio 2019 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 28, paragrafo 2 – Procedura ristretta – Operatori economici ammessi a presentare un’offerta – Necessità di mantenere un’identità giuridica e sostanziale tra il candidato prequalificato e quello che presenta l’offerta – Principio di parità di trattamento tra gli offerenti»

Nella causa C?697/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 19 ottobre 2017, pervenuta in cancelleria l’11 dicembre 2017, nel procedimento

Telecom Italia SpA  
contro  
Ministero dello Sviluppo Economico,  
Infrastrutture e telecomunicazioni per l’Italia (Infratel Italia) SpA,  
nei confronti di:  
OpEn Fiber SpA,

LA CORTE (Quinta Sezione),  
composta da E. Regan, presidente di sezione, K. Lenaerts, presidente della Corte, facente  
funzione di giudice della Quinta Sezione, C. Lycourgos, E. Juhász (relatore) e I. Jarukaitis,  
giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: R. ?ere?, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 15 novembre 2018,  
considerate le osservazioni presentate:

- per la Telecom Italia SpA, da F. Lattanzi, F. Cardarelli e F.S. Cantella, avvocati;
- per la Infrastrutture e telecomunicazioni per l’Italia (Infratel Italia) SpA, da F. Isgrò, P. Messina e D. Cutolo, avvocati;
- per la OpEn Fiber SpA, da L. Torchia, avvocato;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. Aiello, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da G. Conte, P. Ondr?šek e T. Vecchi, in qualità di agenti;
- per l’Autorità di sorveglianza AELE, da M. Sánchez Rydelski e C. Zatschler, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 23 gennaio 2019,  
ha pronunciato la seguente

## Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 28, paragrafo 2, della 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di cinque ricorsi proposti dalla Telecom Italia SpA, al fine di ottenere l'annullamento delle decisioni adottate dalla Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (in prosieguo: la «Infratel»), società incaricata dal Ministero dello Sviluppo economico (Italia) della gestione dei progetti di creazione di una rete a banda larga e a banda ultralarga in Italia, per quanto riguarda l'affidamento degli appalti pubblici per la costruzione, la manutenzione e la gestione delle reti pubbliche a banda ultralarga in diverse regioni d'Italia (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto).

## Contesto normativo

### Diritto dell'Unione

#### Direttiva 2004/17/CE

3 L'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), prevedeva quanto segue:

«Gli enti aggiudicatori verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti (...) selezionati alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse e aggiudicano l'appalto secondo i criteri di cui agli articoli 55 e 57».

#### Direttiva 2014/24

4 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 12, della direttiva 2014/24, il «candidato» è definito come «un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione».

5 L'articolo 28 di tale direttiva, intitolato «Procedura ristretta», è così formulato:

«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.

(...)

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.

(...)».

### Diritto italiano

6 Il decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, del 18 aprile 2016 (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), ha trasposto nel diritto italiano le suddette direttive.

7 L'articolo 61 del codice dei contratti pubblici, intitolato «Procedura ristretta», ha trasposto l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24. Tale articolo, al comma 3, prevede quanto segue:

«A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

8 Nel mese di maggio 2016, la Infratel ha indetto, per conto del Ministero dello Sviluppo economico, una procedura ristretta ai fini dell'affidamento di una concessione di costruzione, manutenzione e gestione di una rete passiva a banda ultralarga di proprietà pubblica nelle cosiddette aree «bianche» di diverse regioni italiane (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto).

9 Tale procedura di aggiudicazione si inseriva nell'ambito dell'attuazione del regime di aiuti di Stato SA.41647 (2016/N) («Strategia Italiana Banda Ultra-Larga»), notificato dalle autorità italiane il 10 agosto 2015 e autorizzato da una decisione della Commissione del 30 giugno 2016 [C(2016) 3931 final].

10 Detta procedura verteva sull'affidamento di cinque lotti e comprendeva le tre fasi seguenti:

- presentazione delle domande di partecipazione (entro il 18 luglio 2016);
- trasmissione degli inviti a partecipare agli operatori prequalificati (entro il 9 agosto 2016), e
- presentazione delle offerte (entro il 17 ottobre 2016).

11 Per ciascuno di tali cinque lotti, sono state presentate domande di partecipazione da parte della Telecom Italia nonché, in particolare, della Metroweb Sviluppo Srl e dell'Enel OpEn Fiber SpA (in prosieguo: la «OpEn Fiber»). Pur essendo stata prequalificata, la Metroweb Sviluppo non ha poi formulato alcuna offerta.

12 Il 9 gennaio 2017 la Infratel ha pubblicato l'elenco degli offerenti ammessi e il 24 gennaio 2017 le graduatorie provvisorie degli aggiudicatari. La OpEn Fiber si era collocata al primo posto in ognuno dei cinque lotti di cui sopra e la Telecom Italia si era classificata al secondo posto, salvo per il lotto n. 4, in cui si era collocata al terzo posto.

13 Non soddisfatta dell'esito della procedura in questione, la Telecom Italia ha presentato una domanda di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo relativo a detta procedura.

14 Da tali documenti risulta che, tra la fase di prequalifica e il 17 ottobre 2016, data limite per la presentazione delle offerte, la Enel SpA e la Metroweb Italia SpA, entrambe società holding, hanno concluso, il 10 ottobre 2016, un accordo quadro vincolante che prevedeva che la OpEn Fiber acquisisse la totalità delle azioni della Metroweb SpA, la quale deteneva la Metroweb Sviluppo, acquisizione che comportava, in tal modo, la fusione per incorporazione della Metroweb SpA e, di conseguenza, della Metroweb Sviluppo, da parte della OpEn Fiber. In applicazione di tale accordo quadro, l'incorporazione della Metroweb Sviluppo da parte della OpEn Fiber è stata deliberata il 23 gennaio 2017.

15 Tale progetto di concentrazione era stato notificato alla Commissione europea il 10 novembre 2016, conformemente al regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 24, pag. 1). Con una decisione del 15 dicembre 2016 (caso M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (GU 2017, C 15, pag. 1), la Commissione aveva deciso di non opporvisi.

16 La Telecom Italia ha contestato l'aggiudicazione dei cinque lotti in esame mediante cinque ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italia), il quale li ha respinti tutti.

Successivamente, la Telecom Italia ha interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato (Italia) avverso le decisioni così pronunciate da tale giudice.

17 Il Consiglio di Stato si chiede se, nell'ambito di una procedura ristretta disciplinata dall'articolo 28 della direttiva 2014/24, come quella di cui trattasi nella controversia principale, il requisito di identità giuridica e materiale elaborato dalla Corte alla luce dell'articolo 51 della direttiva 2004/17, nella sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C?396/14, EU:C:2016:347), possa trovare applicazione.

18 Tale giudice fa inoltre osservare che, alla data della presentazione delle offerte, il 17 ottobre 2016, l'operazione di fusione di cui al procedimento principale era solamente iniziata, in quanto il suo completamento è avvenuto solo successivamente, e che di conseguenza, a tale data, la struttura della OpEn Fiber era invariata.

19 Secondo detto giudice, sarebbe impossibile dimostrare che, con l'accordo di fusione di cui trattasi, le parti abbiano voluto realizzare un'intesa anticoncorrenziale, avente lo scopo di restringere la concorrenza nell'ambito della procedura di aggiudicazione di appalto di cui al procedimento principale.

20 In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«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».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

21 A parere della Infratel, della OpEn Fiber e del governo italiano, la domanda di pronuncia pregiudiziale dovrebbe essere dichiarata irricevibile, sia per la sua irrilevanza ai fini del procedimento principale, sia per il suo carattere ipotetico o in quanto non corrisponde a un autentico dubbio del giudice del rinvio.

22 A tale riguardo, occorre ricordare che spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità della decisione giurisdizionale da emanare, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso, sia la necessità di una decisione pregiudiziale al fine di essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire. Il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo

manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza del 10 luglio 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17, EU:C:2018:551, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

23 Nel caso di specie, dall'ordinanza di rinvio risulta che la procedura di appalto di cui al procedimento principale è disciplinata dalle norme contenute nel bando, una delle quali rinvia all'articolo 61 del codice dei contratti pubblici, che traspone l'articolo 28 della direttiva 2014/24. Inoltre, nessun elemento del fascicolo consente di ritenere che l'interpretazione del diritto dell'Unione sollecitata non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto del procedimento principale o che sia di tipo ipotetico. Infatti, come ha rilevato il giudice del rinvio, la questione posta mira a consentirgli di accertare se tale disposizione della direttiva 2014/24 imponga una totale identità tra gli operatori prequalificati e quelli che presentano le offerte nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di appalti.

24 Peraltro, se è pur vero che il Consiglio di Stato espone i motivi che a suo avviso deporrebbero nel senso di una determinata interpretazione dell'articolo 28 della direttiva 2014/24, ciò non significa tuttavia che esso non nutra dubbi sul significato di tale disposizione. Esponendo il suo punto di vista, detto giudice collabora lealmente con la Corte nell'ambito del procedimento pregiudiziale e dà seguito all'invito contenuto al punto 17 delle raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2018, C 257, pag. 1), ai sensi del quale «[i]l giudice del rinvio può anche indicare sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte», indicazione che tale punto 17 qualifica come «utile alla Corte».

25 In simili circostanze, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere considerata ricevibile.

Sulla questione pregiudiziale

26 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 28, paragrafo 2, prima frase, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che, tenuto conto del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte, esso osta a che, nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico, un candidato prequalificato che si impegni a incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, possa presentare un'offerta.

27 Ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 2, prima frase, della direttiva 2014/24, soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta.

28 Tale norma è prevista per la procedura ristretta, che si svolge in più fasi, in particolare per la fase di prequalifica e per quella di presentazione delle offerte.

29 Dalla formulazione dell'articolo 28, paragrafo 2, prima frase, della direttiva 2014/24 risulta che l'operatore economico che presenta un'offerta deve, in linea di principio, essere quello che è stato prequalificato.

30 Tale disposizione non prevede norme riguardanti le modifiche eventualmente intervenute nella struttura o nella capacità economica e tecnica del candidato prequalificato.

31 Nel contesto analogo della direttiva 2004/17, la Corte, nella sentenza del 24 maggio 2016,

MT Højgaard e Züblin (C?396/14, EU:C:2016:347), ha esaminato la questione dell'incidenza di simili modifiche nel corso di una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, tenuto conto dei principi generali del diritto dell'Unione, in particolare del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, nonché degli obiettivi di tale diritto in materia di appalti pubblici.

32 A tale riguardo, va ricordato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità, sia nel momento in cui preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice, e costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C?396/14, EU:C:2016:347, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

33 Il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Un'applicazione restrittiva del principio di parità di trattamento tra offerenti, nell'ambito di una procedura negoziata, condurrebbe alla conclusione che solo gli operatori economici così come sono stati prequalificati possano presentare offerte e diventare aggiudicatari (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C?396/14, EU:C:2016:347, punti 38 e 39).

34 Tale approccio trova fondamento nell'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, secondo il quale «[s]oltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta», il che presuppone un'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte (v., per analogia, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C?396/14, EU:C:2016:347, punto 40).

35 Tuttavia, la Corte ha altresì statuito che, in una procedura negoziata, in caso di scioglimento di un raggruppamento prequalificato in quanto tale, di cui facevano parte due operatori economici, uno di essi può subentrare a tale raggruppamento e proseguire la suddetta procedura, senza che sia violato il principio di uguaglianza, a condizione che sia dimostrato che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice e che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C?396/14, EU:C:2016:347, punto 48 e dispositivo).

36 Occorre rilevare che, nella causa che ha dato luogo a detta sentenza, sia l'identità giuridica sia l'identità sostanziale tra l'operatore prequalificato e quello che aveva presentato un'offerta erano state modificate, dal momento che, da un lato, non è il gruppo di imprese prequalificato in quanto tale che aveva proseguito la procedura, ma uno solo degli operatori di tale raggruppamento, e che, dall'altro, la capacità economica e tecnica del candidato iniziale era stata ridotta dalla perdita della capacità di uno degli operatori economici interessati. Tuttavia, tale modifica non era tale da impedire la prosecuzione della procedura se fossero stati soddisfatti i requisiti stabiliti dalla Corte.

37 A tale riguardo, occorre sottolineare che il procedimento principale riguarda, per contro, una situazione in cui uno degli offerenti ha aumentato le sue capacità mediante l'acquisizione di uno degli altri offerenti prequalificati.

38 Occorre pertanto stabilire se, in tali circostanze, sia stata modificata l'identità giuridica e sostanziale degli offerenti prequalificati.

39 Nel caso di specie, è pacifico che, per quanto riguarda la OpEn Fiber, il requisito dell'identità giuridica tra il candidato prequalificato e quello che ha presentato un'offerta è stato rispettato.

40 Per contro, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che, tra la fase di prequalifica e la data limite per la presentazione delle offerte, le società holding di due offerenti, la OpEn Fiber e la Metroweb Sviluppo, hanno stipulato un accordo quadro vincolante destinato a comportare, in tal modo, la fusione per incorporazione della Metroweb Sviluppo da parte della OpEn Fiber. Dal momento che era stato preso un impegno irrevocabile, in forza del quale la OpEn Fiber doveva acquisire i beni della Metroweb Sviluppo, e che la OpEn Fiber, sebbene in attesa di una decisione della Commissione, poteva quindi ragionevolmente contare sulla capacità della Metroweb Sviluppo nell'ambito della sua futura attività, si deve constatare, anche se gli effetti concreti e definitivi dell'operazione di fusione di cui trattasi si sono prodotti solo dopo la presentazione delle offerte, una mancanza di identità sostanziale tra la OpEn Fiber alla data in cui è stata prequalificata e la medesima società alla data limite per la presentazione delle offerte.

41 Di conseguenza, occorre esaminare se, nonostante tale mancanza di identità sostanziale, si possa ritenere che il principio di uguaglianza non sia stato violato, alla luce dei criteri di cui alla sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C?396/14, EU:C:2016:347, punto 48), citata al punto 36 della presente sentenza.

42 A tale riguardo, occorre sottolineare, come risulta dal punto 37 della presente sentenza, che tali criteri sono stati elaborati nell'ambito della causa che ha dato luogo alla suddetta sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C?396/14, EU:C:2016:347), che riguardava sostanzialmente circostanze in forza delle quali le capacità dell'offerente inizialmente prequalificato erano diminuite, mentre la presente causa riguarda una situazione in cui uno degli offerenti ha aumentato le proprie capacità mediante l'acquisizione di uno degli altri offerenti prequalificati. Il fatto che le situazioni siano diverse incide necessariamente sull'applicazione, nel caso di specie, dei suddetti criteri, dal momento che, contrariamente a un aumento delle capacità di un offerente, una diminuzione delle medesime può dar luogo a difficoltà nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

43 Infatti, consentire a un candidato, la cui capacità economica e tecnica sia notevolmente diminuita dopo la sua prequalifica, di presentare un'offerta potrebbe condurre a un'elusione della procedura di prequalifica, dato che un simile candidato, la cui capacità è in tal modo stata ridotta, eventualmente non sarebbe stato prequalificato.

44 In una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, è nell'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice che, quando i candidati sono stati prequalificati, essi mantengano la loro capacità economica e tecnica nel corso dell'intera procedura, dato che la perdita di tale capacità rischia di pregiudicare l'obiettivo della medesima, che consiste nello scegliere un offerente in grado di eseguire detto appalto.

45 Non è invece contrario agli interessi dell'amministrazione aggiudicatrice il fatto che un candidato rafforzi la sua capacità economica e tecnica dopo la prequalifica. Può persino essere ritenuto normale che un candidato si doti di mezzi che gli consentano di accertarsi della sua capacità di garantire una buona esecuzione dell'appalto.

46 Tale rafforzamento di capacità economica e tecnica può includere il ricorso ai mezzi di altri operatori economici e, se del caso, l'incorporazione parziale o completa di un operatore

economico, incluso un operatore economico che partecipa alla stessa procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico.

47 Tenuto conto di tali considerazioni, si deve constatare che il criterio relativo, in sostanza, all'accertamento del fatto che un operatore economico che intende proseguire una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in quanto offerente – in mancanza di identità giuridica o sostanziale tra tale operatore economico durante la fase di prequalifica e il medesimo operatore economico alla data limite per la presentazione delle offerte – debba dimostrare che continua a soddisfare i requisiti definiti inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice è soddisfatto per definizione in una situazione in cui la sua capacità sostanziale sia solamente aumentata.

48 Per quanto riguarda il rispetto, nel caso di specie, del criterio relativo al fatto che la prosecuzione della partecipazione dell'offerente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non debba comportare un deterioramento della situazione concorrenziale degli altri offerenti, si deve rilevare che disposizioni del diritto dell'Unione distinte da quelle che disciplinano gli appalti pubblici mirano specificamente a garantire che l'esistenza di una concorrenza libera e non falsata nell'ambito del mercato interno non sia minacciata da operazioni di fusione quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale. In tal modo, a condizione che il comportamento di un operatore economico rispetti tali norme specifiche, non si può ritenere che la sua partecipazione a un'operazione siffatta possa, in quanto tale, comportare un deterioramento della situazione concorrenziale degli altri offerenti per il semplice fatto che l'entità creata con la fusione godrà di una capacità economica e tecnica rafforzata.

49 Pertanto, un'incorporazione come quella di cui al procedimento principale deve essere realizzata nel rispetto della normativa dell'Unione, in particolare del regolamento n. 139/2004.

50 Orbene, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che, nel caso di specie, il 15 dicembre 2016 la Commissione ha deciso, ai sensi di detto regolamento, di non opporsi all'operazione notificata.

51 Occorre parimenti aggiungere che, sebbene la fusione tra due offerenti prequalificati non leda in quanto tale il principio di uguaglianza, non si può escludere che informazioni sensibili riguardanti la procedura di aggiudicazione dell'appalto abbiano potuto essere scambiate tra le parti interessate dalla fusione prima che quest'ultima venisse realizzata. Orbene, tale circostanza potrebbe, al momento della presentazione delle offerte, procurare all'offerente incorporante vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti, comportando necessariamente un deterioramento della situazione concorrenziale di questi ultimi (v., per analogia, sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas*, C?531/16, EU:C:2018:324, punto 29).

52 Una simile situazione sarebbe sufficiente, in linea di principio, perché l'offerta dell'incorporante non possa essere presa in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice (v., per analogia, sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas*, C?531/16, EU:C:2018:324, punto 31).

53 Tuttavia, simili scambi di informazioni – che peraltro, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni, possono violare l'articolo 7 del regolamento n. 139/2004, relativo alla sospensione di ogni concentrazione che rientri nell'ambito di applicazione del medesimo fino a quando non sia stata autorizzata, così come l'articolo 101 TFUE – non possono essere presunti. Orbene, dalle informazioni di cui dispone la Corte risulta che, nel caso di specie, non è stato dimostrato alcun comportamento collusivo.

54 Dall'insieme delle suesposte considerazioni risulta che l'articolo 28, paragrafo 2, prima

frase, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte, esso non osta a che, nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico, un candidato prequalificato, che si impegni a incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, possa presentare un'offerta.

#### Sulle spese

55 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

L'articolo 28, paragrafo 2, prima frase, della 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, deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte, esso non osta a che, nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico, un candidato prequalificato che si impegni a incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, possa presentare un'offerta.