

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

presentate il 23 gennaio 2019 (1)

Causa C-697/17

Telecom Italia SpA

contro

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),

nei confronti di:

Open Fiber SpA

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Procedura ristretta – Operatori economici ammessi a presentare un'offerta – Procedura di fusione per incorporazione effettuata durante la procedura di appalto – Necessità di mantenere la stessa identità giuridica tra la fase di prequalificazione e la presentazione dell'offerta»

1. Con il presente rinvio pregiudiziale il Consiglio di Stato (Italia) chiede se una società, preselezionata nel contesto di una procedura d'appalto pubblico ristretta, mantenga «l'identità giuridica e sostanziale» ai sensi della direttiva 2014/24/UE (2) nel caso in cui realizzi una fusione per incorporazione con un'altra società, parimenti selezionata, la quale in definitiva non presenti un'offerta.

2. La fattispecie oggetto della presente controversia è, in un certo senso, l'opposto di quella che ha dato luogo alla sentenza MT Højgaard e Züblin (3), in cui un offerente faceva parte, nel momento in cui era stato preselezionato, di un raggruppamento di imprese successivamente sciolto. Si poneva

quindi la questione se, dopo lo scioglimento di tale raggruppamento, detto offerente potesse continuare a partecipare in nome proprio alla procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico.

3. La Corte ha quindi un'altra opportunità per ampliare la sua giurisprudenza sul requisito dell'identità tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/24

4. L'articolo 8 dispone quanto segue:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione principalmente finalizzati a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche.

Ai fini del presente articolo, i termini “rete pubblica di comunicazioni” e “servizio di comunicazione elettronica” hanno lo stesso significato che hanno nella direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio [(4)]».

5. Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

6. L'articolo 28 così dispone:

«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.

(...)».

B. Diritto nazionale. Codice dei contratti pubblici (5)

7. L'articolo 61, paragrafo 3, enuncia quanto segue:

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

8. Ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 11:

«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».

II. Fatti e questione pregiudiziale

9. La Infratel Italia SpA (in prosieguo: la «Infratel») ha indetto, per conto del Ministero dello Sviluppo economico (Italia), 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 in alcune regioni.

10. La procedura ristretta, suddivisa in cinque lotti (corrispondenti ad altrettante aree geografiche), si è svolta nelle seguenti fasi:

a) presentazione delle domande di partecipazione (fino al 18 luglio 2016);

b) trasmissione degli inviti a partecipare agli operatori selezionati (fino al 9 agosto 2016); e

c) presentazione delle offerte (fino al 17 ottobre 2016).

11. La Telecom Italia SpA (in prosieguo: la «Telecom Italia»), la Metroweb Sviluppo SpA (in prosieguo: la «Metroweb Sviluppo») e la Enel Open Fiber SpA (in prosieguo: la «Enel Open Fiber») (6), oltre ad altri operatori, hanno presentato le rispettive candidature (prima fase della procedura). La Infratel le ha ammesse e ha quindi invitato dette imprese a partecipare (seconda fase del procedimento) come offerenti prequalificati.

12. Pur essendo stata selezionata in tale seconda fase, la Metroweb Sviluppo non ha presentato offerte, abbandonando di fatto la partecipazione alla gara.

13. La Infratel ha pubblicato l'elenco dei concorrenti ammessi il 9 gennaio 2017 e le graduatorie provvisorie degli aggiudicatari il 24 gennaio 2017. La Enel Open Fiber si era collocata al primo posto per i cinque lotti, mentre la Telecom Italia si era classificata al secondo posto per tutti i lotti, salvo il lotto n. 4, per il quale si era collocata al terzo posto.

14. A seguito degli esiti della procedura, la Telecom Italia ha avuto accesso ai documenti in possesso dell'amministrazione e ha così preso conoscenza del fatto che, in un momento compreso tra la prequalifica e il termine ultimo per la presentazione delle offerte (17 ottobre 2016), la Metroweb Sviluppo e la Enel Open Fiber avevano realizzato una complessa operazione societaria.

15. Tale operazione traeva origine da una concentrazione di imprese con cui le società Enel SpA (in prosieguo: l'«Enel») e Cassa Depositi e Prestiti SpA (in prosieguo: la «CDP»), attraverso la sua controllata CDP Equity SpA (in prosieguo: la «CDPE»), avevano acquisito il controllo congiunto dell'impresa risultante dalla fusione tra la Enel Open Fiber e la Metroweb Italia SpA (in prosieguo: la «Metroweb Italia»).

16. Secondo l'«accordo quadro di investimento» concluso il 10 ottobre 2016 tra la holding Enel (che controllava la Enel Open Fiber) e la Metroweb Italia (che controllava la Metroweb Sviluppo), l'operazione implicava quanto segue:

- l'Enel e la CDPE avrebbero acquisito ciascuna il 50% del capitale sociale della Enel Open Fiber;
- la Enel Open Fiber avrebbe acquisito l'intero capitale sociale della Metroweb Italia;
- alcune società del gruppo Metroweb Italia, tra cui la Metroweb Sviluppo, si sarebbero fuse per incorporazione con la Metroweb Italia;

– la Enel Open Fiber si sarebbe fusa con la società risultante dalla fusione del gruppo Metroweb Italia, dando così luogo a una «nuova Enel Open Fiber» (7).

17. In attuazione di detto accordo, il 17 ottobre 2016 la Metroweb Sviluppo (partecipante alla gara) è stata incorporata dal gruppo Metroweb. Il 23 gennaio 2017 ha avuto luogo la fusione per incorporazione della Metroweb nella Open Fiber.

18. Il progetto di concentrazione è stato notificato alla Commissione europea il 10 novembre 2016 (8), conformemente al regolamento (CE) n. 139/2004 (9). Con decisione del 15 dicembre 2016, la Commissione ha deliberato di non opporsi all'operazione (10).

19. La Telecom Italia ha impugnato le aggiudicazioni dei cinque lotti nei quali era suddivisa la procedura ristretta con cinque ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italia), che li ha respinti con cinque sentenze di analogo contenuto.

20. In tale contesto, la Telecom Italia ha interposto cinque ricorsi d'appello dinanzi al Consiglio di Stato, il quale 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».

21. Il giudice del rinvio indica che la procedura controversa non è disciplinata nella sua interezza dalla direttiva 2014/24 o dalla direttiva 2014/23/UE (11), bensì unicamente dalle disposizioni del bando di gara, ai sensi delle quali era applicabile l'articolo 61 del CCP, che recepisce l'articolo 28 della direttiva 2014/24.

22. Il medesimo bando prevedeva inoltre che l'aggiudicazione sarebbe stata disposta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al migliore rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'articolo 95 del CCP, che recepisce l'articolo 67 della menzionata direttiva.

23. Ad avviso del giudice del rinvio, sorge la questione se, nel contesto di una procedura ristretta disciplinata dall'articolo 28 della direttiva 2014/24, possa applicarsi il principio dell'identità giuridica e sostanziale affermato dalla Corte nella causa MT Højgaard e Züblin (12).

24. Il Consiglio di Stato osserva che l'operazione di fusione perfezionatasi a gennaio 2017 era stata appena avviata al momento della presentazione delle offerte (ottobre 2016), sicché la struttura della Enel Open Fiber non era ancora stata modificata. A suo parere, in ogni caso, non si potrebbe dimostrare che, mediante l'accordo di fusione – che ha comportato una stabile modifica organizzativa delle società interessate –, le parti coinvolte intendessero concertarsi per alterare la concorrenza nella procedura di appalto.

III. Procedimento dinanzi alla Corte e posizione delle parti

25. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata registrata presso la cancelleria della Corte l'11 dicembre 2017. Hanno presentato osservazioni scritte la Telecom Italia, la Infratel, la Open Fiber, l'Autorità di vigilanza EFTA, il governo italiano e la Commissione. Tutte le parti che hanno presentato osservazioni, ad eccezione dell'Autorità di vigilanza EFTA, hanno partecipato alla pubblica udienza tenutasi il 15 novembre 2018.

26. La Telecom Italia sostiene che, nel contesto di un programma di fusione per incorporazione, l'identità sostanziale dell'impresa incorporante prequalificata, prima che la sua identità giuridica, è ciò che cambia realmente, rendendo la fusione incompatibile con il principio di cui all'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.

27. Inoltre, la Telecom Italia ritiene che il giudice del rinvio abbia sottovalutato la complessità dell'operazione di cui trattasi, limitandosi ad esaminare l'identità soggettiva e formale della Enel Open Fiber alla data ultima di presentazione delle offerte, parcellizzando il programma unitario di integrazione progressiva con la Metroweb Sviluppo. In realtà, a suo parere, si trattava di un programma unitario che, in disparte ogni principio collusivo, è iniziato con un accordo quadro vincolante concluso tra la prequalifica e il termine di presentazione delle offerte, è stato attuato nel corso della procedura di gara ed è terminato dopo l'aggiudicazione definitiva, ma prima della stipula del contratto. L'accordo quadro aveva comportato la fusione delle due società in un unico centro decisionale fin dalla fase dell'invito a partecipare alla gara, il che aveva consentito alla Metroweb Sviluppo di non presentare un'offerta, ma assicurandosi la possibilità di essere selezionata come se l'avesse presentata. Tale situazione dovrebbe essere sanzionata come se un unico centro decisionale avesse presentato due offerte.

28. La Infratel ritiene che la questione pregiudiziale sia irricevibile, in quanto ipotetica, poiché il giudice del rinvio non nutre dubbi sull'interpretazione del diritto dell'Unione applicabile e si sarebbe già pronunciato sull'oggetto del procedimento principale. In subordine, essa sostiene che non vi è stata alcuna modifica delle entità prequalificate rispetto a quelle che avevano presentato le offerte. Al momento della presentazione dell'offerta, la Enel Open Fiber avrebbe agito come un unico operatore, con la medesima composizione che aveva nella fase di prequalifica. La fusione non ne avrebbe

modificato la personalità giuridica, cosicché la sua identità coinciderebbe con quella dell'impresa prequalificata.

29. La Open Fiber sostiene del pari che la questione pregiudiziale è irricevibile:

– in primo luogo, perché riguarda la conformità dell'accordo quadro con la direttiva 2014/24, sebbene la legittimità di detto accordo non sia stata messa in discussione nel procedimento a quo;

– in secondo luogo, perché, trattandosi di una concessione per la costruzione di una rete di comunicazioni, sarebbe applicabile la direttiva 2014/23, ma sia quest'ultima, sia la direttiva 2014/24 divengono inapplicabili a causa dell'eccezione ivi prevista in relazione alle reti e ai servizi di comunicazioni. Non si potrebbe ritenere che gli atti di gara contengano un rinvio all'articolo 28 della direttiva 2014/24;

– in terzo luogo, perché l'asserito divieto di fusione per incorporazione tra le entità prequalificate non costituirebbe un principio immanente nell'ordinamento giuridico dell'Unione;

– in quarto luogo, perché il giudice del rinvio non nutrirebbe alcun dubbio sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

30. Nel merito, la Open Fiber condivide la posizione esposta dal giudice del rinvio e conclude che il suo invito alla fase di valutazione delle offerte non è in contrasto con l'articolo 28 della direttiva 2014/24 né con la giurisprudenza della Corte.

31. Il governo italiano propende del pari per l'irricevibilità, sostenendo che il giudice del rinvio si limiterebbe a menzionare, in generale, un parametro di diritto dell'Unione e riconoscerebbe che non sussiste alcun nesso tra la situazione controversa e detto parametro, poiché l'offerta della Enel Open Fiber sarebbe stata fatta dallo stesso soggetto giuridico ammesso a partecipare alla procedura ristretta.

32. Nel merito, il governo italiano afferma che dall'articolo 51, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE (13) emerge che deve sussistere una piena identità economica e giuridica tra l'operatore invitato a partecipare e quello che presenta l'offerta. Tuttavia, l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 avrebbe introdotto un requisito meno rigido.

33. A parere del governo italiano, non risulterebbe né dalla normativa nazionale né dai principi generali del diritto dell'Unione che la fusione per incorporazione delle entità prequalificate, autorizzata dalla Commissione e perfezionatasi dopo la presentazione dell'offerta da parte della società incorporante, sia un'operazione illecita.

34. Secondo l'Autorità di vigilanza EFTA, il requisito dell'identità non sarebbe violato se – come a suo parere sarebbe accaduto nel caso di specie – da un lato, l'operatore economico che in definitiva presenta l'offerta risponde alle condizioni stabilite dall'ente aggiudicatore e, dall'altro, l'autorizzazione a presentare la sua offerta non colloca gli altri concorrenti in una posizione di svantaggio. Il requisito dell'identità – che non sarebbe in alcun caso un precetto assoluto – non osterebbe alla conclusione di un accordo diretto alla fusione di due operatori prequalificati nel corso di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici.

35. Ad avviso della Commissione, la questione pregiudiziale andrebbe riformulata, in quanto potrebbe indurre a ritenere che si interroghi la Corte in merito alla legittimità dell'accordo di fusione.

36. La Commissione sostiene che i criteri enunciati nella sentenza MT Højgaard e Züblin (14) in relazione alla direttiva 2004/17 possano trovare applicazione, mutatis mutandis, con riferimento ad analoghe situazioni disciplinate dalla direttiva 2014/24. Essa osserva tuttavia che la situazione che ha dato luogo a detta sentenza si distingue nettamente da quella ora in discussione. Nel caso in esame non è intervenuta, diversamente da quanto accaduto in quella causa, alcuna modifica soggettiva tra la data di preselezione degli operatori ammessi a presentare un'offerta e il momento in cui sono state presentate le offerte.

37. La Commissione nega che la conclusione di un accordo di fusione per incorporazione implichi di per sé un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza o una violazione del principio di parità di trattamento. Tale rischio potrebbe essere escluso se, da un lato, conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004, le parti non hanno realizzato – neppure parzialmente – l'operazione di concentrazione e non si sono anticipatamente scambiate informazioni sensibili tali da influenzare il loro comportamento nell'ambito della procedura di aggiudicazione e, dall'altro, la conclusione dell'accordo di fusione era nota a tutti gli operatori partecipanti alla procedura.

38. La Commissione considera irrilevante che l'impresa incorporata abbia rinunciato a partecipare alla procedura ristretta. Tale circostanza non potrebbe incidere sull'ammissione o meno dell'impresa incorporante alla fase di valutazione delle offerte, a meno che riveli che le parti hanno parzialmente realizzato l'accordo di fusione, scambiandosi informazioni sensibili tali da influenzare il loro comportamento nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto e violando così il principio di parità di trattamento.

IV. Analisi

A. Sulla ricevibilità della questione pregiudiziale

39. A parere della Infratel, della Open Fiber e del governo italiano, la questione pregiudiziale sarebbe irricevibile, tanto per la sua presunta irrilevanza ai fini del procedimento a quo, quanto per il suo carattere asseritamente ipotetico o in quanto non corrisponderebbe, in realtà, a un autentico dubbio del giudice del rinvio.

40. Ritengo, tuttavia, che tale obiezione non debba essere accolta.

41. Il Consiglio di Stato ha osservato che la procedura di appalto è disciplinata dalle norme contenute nel bando, una delle quali rinvia all'articolo 61 del CCP, che recepisce l'articolo 28 della direttiva 2014/24. Inoltre, tra i motivi di appello dedotti dalla Telecom Italia, oltre ad altri motivi attinenti al diritto nazionale, figura la violazione del principio dell'identità imposto dal diritto dell'Unione (15).

42. Dopo avere escluso le violazioni del diritto interno lamentate dall'appellante, il giudice del rinvio afferma che rimane da esaminare soltanto il motivo basato sull'eventuale violazione del diritto dell'Unione, che «diventa rilevante e decisivo ai fini della risoluzione delle controversie in esame e sul quale la Sezione ritiene necessario sollevare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE» (16).

43. In tale contesto, ritengo che debba valere la presunzione di rilevanza delle questioni pregiudiziali. Si tratta, come è noto, di una presunzione che può essere superata, ma solo ove ricorrano circostanze ben precise: a) qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame di validità richiesti relativamente ad una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia di cui al procedimento principale; b) qualora il problema sia di natura ipotetica; o c) quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte (17).

44. A mio parere, nel caso di specie non ricorre nessuna di queste tre circostanze. E se pure è vero che il Consiglio di Stato espone i motivi che a suo avviso suffragherebbero una determinata interpretazione dell'articolo 28 della direttiva 2014/24, ciò non significa che esso non nutra dubbi sul significato di detta disposizione (18).

45. Secondo il giudice del rinvio, la sua interpretazione di tale disposizione sarebbe possibile, ma esso ritiene che potrebbero eventualmente esserlo anche altre e che, pertanto, sia necessario l'autorevole intervento della Corte. Agendo in tal modo esso collabora lealmente con la Corte nell'esercizio della propria giurisdizione, conformemente alla ratio del punto 17 delle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (19).

B. Nel merito

46. La Commissione sostiene correttamente che è opportuno riformulare la questione del Consiglio di Stato, in quanto essa potrebbe suscitare l'impressione, erronea, che si riferisca alla compatibilità dell'accordo di fusione con il diritto dell'Unione. In realtà, tuttavia, il giudice del rinvio non esprime alcun dubbio su tale accordo e non ne mette in discussione la validità.

47. Di conseguenza, la controversia è limitata alla questione se l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 osti all'ammissione alla fase di valutazione delle offerte (in una procedura di appalto ristretta) di un operatore coinvolto in una fusione, per incorporazione, con un altro operatore parimenti prequalificato.

48. È questa la questione specificamente sollevata dal giudice del rinvio, secondo il quale, come già indicato (20), l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 è una norma che può trovare applicazione (mediante rinvio da parte delle disposizioni nazionali) al caso di specie e dalla cui interpretazione dipende la soluzione della controversia, una volta risolte le questioni di diritto interno trattate in quel contesto.

49. Sebbene in udienza la Infratel, la Open Fiber e il governo italiano abbiano insistito nel discutere tale valutazione del Consiglio di Stato, ritengo che l'interpretazione del diritto applicabile al caso in esame adottata da detto giudice sia ragionevole e sufficientemente motivata.

50. Tenuto conto della netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte che caratterizza il procedimento di cui all'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al Consiglio di Stato, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte (21). Siffatta valutazione presuppone la previa delimitazione della normativa applicabile al caso in esame, operazione che, per quanto detto, nella fattispecie non può essere oggetto di contestazione sotto il profilo della ragionevolezza e della motivazione.

1. L'identità giuridica e sostanziale degli operatori prequalificati in una procedura ristretta

51. Occorre, in definitiva, stabilire se l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 «impo[nga] una piena identità giuridica ed economica fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte nell'ambito [di una] procedura ristretta», in un contesto nel quale due operatori prequalificati hanno concluso un accordo di fusione, per incorporazione di uno di essi, avente le seguenti caratteristiche:

- il progetto di fusione è stato concordato tra la data di prequalifica e la data di presentazione delle offerte ed è stato successivamente autorizzato dalla Commissione;
- gli effetti della fusione si sarebbero perfezionati dopo la presentazione della propria offerta da parte della società incorporante; e
- la società incorporata ha deciso di non partecipare alla procedura ristretta.

52. Il cosiddetto «requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte» trova il suo fondamento nell'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17, ai sensi del quale le amministrazioni aggiudicatrici «verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati». Ciò è quanto ha dichiarato la Corte nella sentenza MT Højgaard e Züblin (22) alla quale il giudice del rinvio fa espressamente riferimento.

53. La medesima regola è sancita all'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, secondo cui «[s]oltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta [nelle procedure ristrette]».

54. Tale requisito è inteso, in ultima analisi, a tutelare il principio di parità di trattamento tra gli offerenti (23). La sua applicazione rigorosa dovrebbe condurre «alla conclusione che solo gli operatori economici così come sono stati preselezionati possono presentare offerte e diventare aggiudicatari» (24).

55. L'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 mira a garantire che le procedure ristrette siano effettivamente tali, vale a dire che possano presentare offerte nelle stesse soltanto gli operatori economici che sono stati invitati a farlo dall'amministrazione aggiudicatrice, e non altri. Sulla base di tale invito viene definito l'ambito al quale è circoscritta, sotto il profilo soggettivo, la procedura di appalto.

56. Se si consentisse a un operatore economico non preselezionato di presentare offerte, gli si concederebbe un trattamento privilegiato rispetto agli altri operatori. Questi ultimi possono depositare le loro offerte soltanto dopo avere chiesto formalmente di partecipare alla procedura (ristretta) e dopo essersi sottoposti alla relativa valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

57. Nella causa MT Højgaard e Züblin, la Corte ha dichiarato che il requisito dell'identità «può essere attenuato al fine di garantire, in una procedura negoziata, un'adeguata concorrenza» (25). Tale dichiarazione deve essere interpretata alla luce del contesto di detta causa, il cui presupposto di fatto, come già rilevato, era esattamente l'opposto di quello dibattuto in questa sede.

58. L'avvocato generale Mengozzi ha descritto correttamente le caratteristiche di detta causa, collocandola «in un contesto di fatto in cui un raggruppamento di due imprese, costituito in forma di società commerciale e che è stato preselezionato in una procedura di aggiudicazione di appalto, si scioglie a seguito del fallimento di uno dei suoi due membri e in cui l'amministrazione aggiudicatrice autorizza il membro restante a continuare a partecipare alla procedura in luogo del raggruppamento e, infine, gli attribuisce l'appalto malgrado il fatto che detto membro, in quanto tale, non sia stato preselezionato» (26).

59. Se si fosse applicato rigorosamente il principio di identità e si fosse quindi concluso che il membro restante del raggruppamento di imprese non poteva, in quanto soggetto distinto, continuare a partecipare alla procedura, il numero di candidati all'aggiudicazione si sarebbe ridotto a tre.

Tuttavia, tale risultato sarebbe stato contrario a quanto stabilito dal bando di gara, secondo cui l'ente aggiudicatore riteneva necessario un minimo di quattro candidati per garantire la concorrenza (27).

60. Sulla base di un'equilibrata ponderazione tra il principio di parità di trattamento degli offerenti – cui è funzionale il principio di identità – e la garanzia di una concorrenza effettiva – in una fattispecie nella quale, peraltro, la riduzione del numero di offerenti avrebbe potuto compromettere l'aggiudicazione –, la Corte ha concluso che il principio di uguaglianza non risulta violato se si «autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da tale ente a presentare offerte, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, alla procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa, da solo, i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione alla suddetta procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza» (28).

61. Nel caso di specie non risulta che l'esclusione dell'impresa incorporante (che in realtà è quanto chiede la Telecom Italia), unitamente alla rinuncia motu proprio da parte dell'impresa incorporata, si sarebbe tradotta in una limitazione del numero di offerenti, che, essendo quest'ultimo inferiore al minimo richiesto, avrebbe potuto comportare l'impossibilità di aggiudicare l'appalto.

62. Così, non sarebbe necessario modulare i requisiti del principio di identità nell'interesse non già della concorrenza tra gli offerenti, bensì del principio di conservazione della procedura di aggiudicazione. Pertanto, dal momento che non ricorre la concreta e specifica circostanza all'origine della soluzione adottata nella sentenza MT Højgaard e Züblin (29), in linea di principio non vi sarebbe motivo di «attenuare» il requisito dell'identità.

63. Tuttavia, nella suddetta sentenza la Corte ha ritenuto opportuno «attenuare» il principio di identità alla luce del fatto che non si trattava di una situazione in cui un offerente totalmente diverso da quelli preselezionati pretendeva di presentare un'offerta (che, insisto, è l'ipotesi tipica alla quale pensava il legislatore dell'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24). La Corte ha ritenuto che potesse presentare un'offerta una società che, dato il suo collegamento con uno degli operatori preselezionati (di cui essa era stata, in realtà, parte integrante), non era completamente estranea alla procedura.

64. Anche ora ci troviamo di fronte a un caso nel quale è intervenuta – o stava per intervenire – una modifica della struttura patrimoniale di due degli operatori economici prequalificati, uno dei quali ha incorporato l'altro. Di conseguenza, nemmeno nella presente fattispecie si tratta dell'eventuale intervento di un terzo del tutto estraneo alla procedura ristretta.

2. L'incidenza della fusione per incorporazione sull'identità giuridica e sostanziale dell'offerente selezionato

65. Stando alle informazioni fornite dal giudice del rinvio, la personalità giuridica della Enel Open Fiber non aveva subito alcuna variazione alla data in cui tale società, dopo essere stata selezionata, ha presentato la sua offerta, che è l'esatto momento della procedura di aggiudicazione dell'appalto sul quale verte la questione di detto giudice. Per riprendere le sue parole, la «composizione [della società in parola] non risultava modificata alla data ultima per la presentazione delle offerte».

66. A tale proposito, occorre ricordare che, come osservato dalla Commissione (30), trattandosi di una fusione per incorporazione che si iscriveva in una concentrazione di dimensione europea, tale operazione non avrebbe potuto essere eseguita senza ottenere il previo assenso (rectius, la non opposizione e la dichiarazione della sua compatibilità con il mercato interno) della Commissione, il che è accaduto il 15 dicembre 2016, vale a dire due mesi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

67. Tuttavia, ciò che interessa veramente al giudice del rinvio è se, dal momento che le trattative per la fusione erano già in corso dopo la selezione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice degli operatori partecipanti alla fusione, tale circostanza comportasse una variazione sostanziale della personalità della Enel Open Fiber sufficiente per ritenere che tale società non coincidesse, di fatto, in quanto soggetto di diritto, con la Enel Open Fiber che era stata preselezionata.

68. In altri termini, la questione è se sia sufficiente per escludere dalla procedura (ristretta) di aggiudicazione la circostanza che sia in corso una modifica della struttura patrimoniale dell'offerente, che incorpora o intende incorporare un altro offerente parimenti prequalificato (31).

69. A favore dell'esclusione si potrebbe sostenere che, poiché il processo di fusione si è concluso con una modifica strutturale delle società incorporante e incorporata, i principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti impongono di anticipare tale risultato al momento in cui, con il previsto accordo di fusione, ha già inizio la confusione sostanziale tra le società interessate. Si sarebbe quindi determinata la rottura dell'identità sostanziale tra il soggetto selezionato e quello che ha presentato un'offerta, il quale, a tal fine, non sarebbe più lo stesso soggetto.

70. Ritengo, tuttavia, che siffatto argomento non sia convincente. Da un lato, esso trascura che, nel caso di specie, i due operatori (l'incorporante e l'incorporato) erano stati preselezionati, prima della fusione, ai fini della presentazione delle offerte, per cui si potrebbe parlare sia di una rottura dell'identità sostanziale, sia di una continuità, parimenti sostanziale, tra l'uno e l'altro.

71. Dall'altro lato, mi sembra sproporzionato portare il requisito dell'identità sostanziale fino a tale estremo quando si tratti di una fusione di società per incorporazione. In un'operazione di questo tipo, la società incorporante mantiene la sua personalità giuridica e aumenta il suo patrimonio, integrandolo con quello della società incorporata (32). In realtà, sotto il profilo sostanziale, siffatta variazione del patrimonio dell'impresa incorporante non è diversa da quella che conseguirebbe ad un aumento del suo capitale sociale o ad altre operazioni analoghe. Se gli offerenti prequalificati non potessero ricorrere a questo tipo di operazioni societarie durante la procedura ristretta di appalto, poiché in tal modo verrebbe meno la loro identità sostanziale, la loro capacità imprenditoriale ne risulterebbe limitata in modo non necessario e sproporzionato.

72. In udienza, la Telecom Italia ha attenuato le sue osservazioni scritte, riconoscendo che questo tipo di operazioni (comprese le fusioni) sarebbero irrilevanti, sotto il profilo che interessa in questa sede, se coinvolgessero operatori estranei alla procedura di appalto. In tal modo essa ammette, a mio parere, che in realtà la sua obiezione non riguarda tanto il mantenimento dell'identità sostanziale dell'offerente prequalificato (dato che, se si seguisse la sua tesi iniziale, detta identità si modificherebbe anche con l'incorporazione di qualsiasi altra impresa), bensì i rischi di collusione che potrebbero derivare dalla fusione con un altro candidato partecipante alla medesima gara.

73. Il divieto di modifica della struttura azionaria dell'impresa prequalificata mentre è in corso la procedura ristretta di aggiudicazione potrebbe inoltre determinare l'incertezza giuridica evidenziata dal Consiglio di Stato nella sua ordinanza di rinvio (33).

74. La stessa direttiva 2014/24 prevede la possibilità che, in seguito ad una ristrutturazione societaria (dovuta, inter alia, a un processo di fusione), un nuovo appaltatore sostituisca quello designato come aggiudicatario, senza che occorra indire una nuova procedura di gara (34). Se ricorrono le condizioni cui il legislatore ha subordinato tale possibilità (35), non vedo perché questa previsione non possa applicarsi anche al caso di una procedura in corso (36).

75. Ad ogni modo, non è superfluo sottolineare che un'eventuale causa di esclusione per tale motivo dovrebbe risultare espressamente dagli atti di gara, dalle norme nazionali o dalle norme dell'Unione che disciplinano la gara stessa. Tale ipotesi non ricorre nel caso di specie, sicché risultano pienamente applicabili gli argomenti della sentenza *Specializuotas transportas* (37) riguardanti «la circostanza di imporre agli offerenti [un] obbligo [che] non compare né nel diritto nazionale applicabile né nel bando di gara d'appalto o nel capitolato d'onori [e pertanto] non costituisce una condizione chiaramente definita, ai sensi della giurisprudenza richiamata» (38).

3. Il principio della parità di trattamento con gli (altri) operatori prequalificati

76. Partendo dalla continuità tra i due operatori prequalificati (la società incorporante e quella incorporata), ritengo che non vi siano motivi per ravvisare una violazione del principio della parità di trattamento rispetto agli altri offerenti. Questi ultimi non dovranno competere con un operatore economico del tutto estraneo alla procedura ristretta, bensì con un soggetto che presenta un innegabile nesso sostanziale con i due operatori già prequalificati che hanno dovuto sottoporsi alla medesima procedura di valutazione.

77. Pertanto, non ricorrerebbe alcuna violazione del principio della parità di trattamento al momento della presentazione delle offerte, che è ciò che fundamentalmente rileva nel caso di specie. A prescindere dalla circostanza che si sia successivamente fusa con un altro operatore prequalificato, non vi è dubbio che anche la Enel Open Fiber abbia superato la procedura di preselezione, cosicché la sua situazione risulta radicalmente diversa da quella di un terzo che sia stato invitato senza necessità di seguire l'iter al quale hanno dovuto sottoporsi gli operatori ammessi alla procedura ristretta.

78. Il principio di 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 ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte. Esso implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti (39) e la loro efficacia si estende all'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto, in particolare sia al momento in cui essi preparano le proprie candidature sia a quello della valutazione delle stesse da parte dall'amministrazione aggiudicatrice (40).

79. Il fatto che la fusione dei due operatori si fosse realizzata in un momento successivo alla data ultima per la presentazione delle offerte, ma prima della classificazione definitiva delle stesse (41), poteva recare pregiudizio agli altri offerenti collocandoli in una situazione di disparità? Ritengo di no. L'elemento decisivo è che l'appalto sia aggiudicato, in definitiva, ad un soggetto che soddisfi i requisiti stabiliti nel bando di gara, nel senso che l'aggiudicatario non avrà ricevuto un trattamento privilegiato durante la procedura.

80. In particolare, per quanto qui rileva, trattandosi di una procedura ristretta, costituivano fattori rilevanti:

– da un lato, il fatto che la Enel Open Fiber è stata debitamente preselezionata e ha mantenuto inalterata la propria personalità giuridica, sebbene la sua struttura azionaria si sia modificata in seguito all'incorporazione di un altro offerente;

– dall'altro, il fatto che la Metroweb Sviluppo, l'offerente incorporato, non abbia presentato in definitiva alcuna offerta, pur essendo stata preselezionata. Questo dato implica che, in ultima analisi, la fusione dei due operatori si è tradotta nella presentazione di un'unica offerta.

81. Invero, la rinuncia alla propria candidatura da parte della Metroweb non era assolutamente necessaria al fine di salvaguardare il principio della parità di trattamento, in quanto la Corte ha dichiarato che gli offerenti collegati tra loro possono presentare offerte simultaneamente nella stessa procedura, purché non siano «offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti, che sarebbero quindi idonee a procurare loro vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti» (42).

82. In realtà, gli eventuali rischi di collusione che avrebbero potuto presentarsi in occasione dell'operazione di fusione non riguarderebbero propriamente una modifica dell'identità sostanziale della Enel Open Fiber, bensì il fatto che vi fossero stati contatti indebiti tra due offerenti, indipendentemente dalla circostanza che essi fossero coinvolti o meno in una procedura di fusione.

83. Nulla consente di presumere che l'offerta della Metroweb Sviluppo e quella della Enel Open Fiber fossero coordinate o concordate e, ad ogni modo, in definitiva si è presentata solo una di esse, scongiurando così ogni rischio di collusione.

84. Inoltre, il Consiglio di Stato esclude espressamente che l'accordo di fusione fosse inteso ad eludere le norme in materia di concorrenza e «mirasse, in sostanza, ad alterare gli equilibri della gara in danno degli altri concorrenti e della stessa stazione appaltante. (...) [N]on può affermarsi che l'operazione di concentrazione realizzata in attuazione dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016 rappresenti di per sé una pratica collusiva fra i partecipanti a una gara» (43).

85. Tuttavia, ci si potrebbe chiedere in quali casi una fusione in fieri sia idonea a ledere il principio di uguaglianza. Non escludo che, in astratto, ciò possa accadere quando, in violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento comunitario sulle concentrazioni (44), la fusione abbia iniziato de facto ad essere operativa, rendendo possibile uno scambio di informazioni tra gli operatori coinvolti – e prequalificati – tale da porli in una situazione di vantaggio rispetto agli altri offerenti (45).

86. Spetta al giudice del rinvio accertare se ciò si sia verificato nel presente caso, anche se, ripeto, secondo la sua opinione, quale esposta nell'ordinanza di rinvio, la fusione strutturale delle due società è «ben lontan[a] da un accordo di tipo collusivo fra due concorrenti che intendono alterare gli equilibri di una singola gara» (46).

87. In definitiva, la presentazione di un'offerta da parte di un offerente in via di fusione con un altro offerente parimenti prequalificato non è incompatibile con l'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, a meno che entrambi gli operatori coordinino o concordino la loro condotta, nell'ambito della procedura ristretta di appalto, in modo da godere di vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

V. Conclusione

88. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere al Consiglio di Stato (Italia) come segue:

«L'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, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che, in una procedura ristretta, sia ammesso alla fase di valutazione delle offerte un operatore economico che ha concluso un accordo di fusione per incorporazione con un altro operatore economico parimenti prequalificato, purché:

- detto accordo di fusione non sia stato attuato né giuridicamente né materialmente prima della fase di presentazione delle offerte; e
- i due operatori di cui trattasi non abbiano coordinato o concordato la loro condotta, nell'ambito della procedura ristretta di appalto, in modo da godere di vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

- 2 Direttiva 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).
- 3 Sentenza del 24 maggio 2016 (C-396/14, EU:C:2016:347).
- 4 Direttiva del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di telecomunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU 2002, L 108, pag. 33).
- 5 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (GURI n. 91, del 19 aprile 2016, supplemento ordinario n. 10), che recepisce, tra l'altro, le disposizioni della direttiva 2014/24 (in prosieguo: il «CCP»).
- 6 Open Fiber è la denominazione della Enel Open Fiber dal dicembre 2016.
- 7 V. punto 9 della decisione della Commissione, del 15 dicembre 2016, che dichiara la compatibilità con il mercato interno e con l'accordo SEE dell'operazione di concentrazione (Caso M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).
- 8 GU 2016, C 427, pag. 5.
- 9 Regolamento del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («regolamento comunitario relativo alle concentrazioni») (GU 2004, L 24, pag. 1).
- 10 GU 2017, C 15, pag. 1.
- 11 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).
- 12 Causa C-396/14, EU:C:2016:347.
- 13 Direttiva 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).
- 14 Causa C-396/14, EU:C:2016:347.

15 In concreto, la Telecom Italia sosteneva che sussisteva «violazione del necessario principio di identità giuridica ed economica fra i soggetti prequalificati e quelli che formulano offerte che, nell'ambito delle procedure ristrette, sarebbe imposto dall'articolo 28, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE e dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia» (punto 7.3 dell'ordinanza di rinvio).

16 Punto 7.4 dell'ordinanza di rinvio.

17 V., ad esempio, sentenze del 16 giugno 2015, Gauweiler e a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punti 24 e 25); del 4 maggio 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, punti 15 e 16); del 5 luglio 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punto 19); del 15 novembre 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punto 54); del 28 marzo 2017 (Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punti 50 e 155); del 10 luglio 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551, punto 31); e del 4 ottobre 2018, Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807, punto 44).

18 Al punto 8.4, in fine, dell'ordinanza di rinvio si afferma che «[a] conclusioni diverse potrebbe giungersi soltanto se la Corte di Giustizia affermasse che l'ordinamento [dell'Unione] vieta in via di principio la conclusione di accordi fra operatori concorrenti e partecipanti alla medesima gara il cui oggetto o effetto sia quello di comportare de futuro una fusione per incorporazione fra loro (i.e. un'operazione in via di principio ammessa dal diritto UE[)]».

19 «Il giudice del rinvio può anche indicare sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte». Tale indicazione «risulta utile alla Corte» (GU 2018, C 257, pag. 1).

20 V. paragrafi da 21 a 23, 41 e 42 delle presenti conclusioni.

21 V., per tutte, sentenza del 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.* (C-305/05, EU:C:2007:383, punto 18).

22 Causa C-396/14, EU:C:2016:347, punto 40.

23 Detto principio «ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti». Sentenza *MT Højgaard e Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, punto 38).

24 *Ibidem* (punto 39).

25 Ibidem (punto 41).

26 Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, paragrafo 48).

27 Così è indicato ai punti 10 e 42 della sentenza MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

28 Sentenza MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punto 44; il corsivo è mio).

29 Causa C-396/14, EU:C:2016:347.

30 Punto 31 delle sue osservazioni scritte.

31 Come ha rilevato la Telecom Italia nelle sue osservazioni scritte (punto 31), «[i]n questo scenario, non interessa la sorte giuridico-formale della società incorporata (Metroweb Sviluppo) (...); in realtà, è sufficiente che l'identità sostanziale, prima che giuridica, vari nella società incorporante (Open Fiber) (...) perché la fusione risulti incompatibile con (...) il principio di cui all'art. 28, par. 2 della direttiva n. 2014/24».

32 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni (GU 2011, L 110, pag. 1), per «fusione mediante incorporazione» si intende l'operazione con la quale «una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della società incorporante e, eventualmente, di un conguaglio in denaro non superiore al 10% del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile».

33 «[L]addove i principi desumibili dall'articolo 28, paragrafo 2 fossero intesi in modo così ampliativo, le conseguenze sarebbero difficilmente gestibili dalle amministrazioni aggiudicatrici e vi sarebbe il rischio continuo di produrre illegittimità ex post degli atti di gara (...), il che si porrebbe in evidente contrasto con il generale principio della stabilità delle situazioni giuridiche» (punto 8.3 in fine dell'ordinanza di rinvio).

34 La fattispecie prevista in concreto all'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), è la seguente «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva».

35 Possibilità che si spiega alla luce tanto del principio di conservazione del contratto, quanto dell'esigenza di non pregiudicare eventuali modifiche dell'azionariato, interferendo con il normale svolgimento delle operazioni societarie. Queste ultime potrebbero risultare condizionate qualora i mutamenti intervenuti nel capitale avessero ripercussioni negative sulle procedure ristrette di appalto. In tal modo si impedirebbe alle società di intraprendere processi di ristrutturazione aziendale.

36 Ai sensi del considerando 110 della direttiva 2014/24, «(...) l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

37 Sentenza del 17 maggio 2018 (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 Ibidem (punto 24).

39 Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 33 e giurisprudenza citata).

40 V., per tutte, sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45).

41 Come già rilevato (paragrafo 17), la fusione ha avuto luogo il 23 gennaio 2017, mentre la graduatoria provvisoria degli aggiudicatari dei cinque lotti è stata pubblicata il successivo giorno 24.

42 Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, punto 29).

43 Ordinanza di rinvio, punto 8.4.

44 Ai sensi del quale «[u]na concentrazione di dimensione comunitaria (...) o che è destinata ad essere esaminata dalla Commissione (...) non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione (...)».

45 Si tratterebbe delle ipotesi menzionate al citato punto 29 della sentenza Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). Tale situazione potrebbe eventualmente ricorrere se, essendo la procedura di fusione iniziata prima della presentazione delle offerte, la sua esecuzione materiale (e illecita) prima della decisione della Commissione avesse condizionato il contenuto dell'offerta della Enel Open Fiber in modo analogo a quanto sarebbe accaduto se la medesima impresa e la Metroweb Sviluppo si fossero coordinate per allineare il loro comportamento durante le fasi successive della procedura, a detrimento degli altri operatori.

46 Ordinanza di rinvio, punto 8.4.