La Corte di giustizia UE ha ritenuto che, pur in presenza di una astratta lesione del principio di identità giuridica e sostanziale, non sussiste la violazione del diritto sovranazionale qualora l'amministrazione proceda all'ammissione - nell'ambito di una procedura ristretta - dell'offerente che abbia dato seguito ad un'operazione di fusione per incorporazione con altro operatore economico prequalificato nella medesima procedura, nell'ipotesi in cui sia aumentata la propria capacità, non sia dimostrata la sussistenza di un accordo di tipo collusivo volto ad alterare gli equilibri della procedura e l'operazione non sia idonea a generare vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione V, 11 luglio 2019, C-697/17, *Telecom Italia s.p.a.*

Contratti pubblici – Procedura ristretta – Operatori economici ammessi a presentare un'offerta – Identità giuridica e sostanziale tra il candidato prequalificato e quello che presenta l'offerta – Fusione societaria – Ammissibilità – Condizioni

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.(1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia UE ha affermato che, nell'ambito di una procedura ristretta, disciplinata dall'art. 28, paragrafo 2, primo periodo, della direttiva n. 2014/24/UE, non viola il diritto UE la scelta di ammettere uno degli offerenti che abbia aumentato la propria capacità economica e tecnica mediante l'acquisizione di uno degli altri operatori economici prequalificati, a condizione che non siano dimostrati elementi collusivi tra le imprese (i quali non possono essere presunti).

La sentenza ha richiamato il proprio precedente (Corte di giustizia UE, 24 maggio 2016, C-396/14, *Højgaard e Züblin* in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2016, nonché in *Urbanistica e appalti*, 2017, 3, 399, con nota di CIPPITANI), inerente ai principi elaborati, per assodare l'identità sostanziale dei partecipanti alle gare, sulla base della pregressa disciplina contenuta nella direttiva n. 2004/17/CE. Tale precedente riguardava la vicenda – diversa dal caso di specie – della avvenuta diminuzione, nel corso delle fasi della procedura, della capacità dell'operatore economico inizialmente prequalificato.

La questione oggetto della sentenza in rassegna è stata sottoposta alla Corte da Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2017, n. 5621 (in *Appalti & Contratti*, 2017, 12, 95 ed oggetto della News US del 6 dicembre 2017, alla quale si rinvia per ogni approfondimento) secondo cui, anche se l'art. 28, par. 2, della direttiva n. 2014/24/UE fosse da intendere nel senso di fissare il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva fra i soggetti prequalificati e quelli che formulano le offerte, il diritto dell'UE non vieterebbe comunque un'operazione di fusione per incorporazione come quella oggetto di causa. Sul punto, era stato chiesto di stabilire se l'ordinamento UE imponga (e in che misura) un principio di necessaria identità giuridica ed economica tra i soggetti prequalificati e quelli offerenti.

II. – La Corte di giustizia UE è giunta alla elaborazione del principio di cui in massima alla stregua dei seguenti argomenti:

a) sul piano della disciplina UE di riferimento, l'art. 28, paragrafo 2, della direttiva n. 2014/24/UE stabilisce, in linea di principio, che l'operatore economico che presenta l'offerta deve coincidere con quello che aveva chiesto ed ottenuto la prequalificazione;
b) nell'analogo contesto della direttiva 2004/17/CE (art. 51, par. 3), era già stata esaminata la questione dell'incidenza sulla procedura delle modifiche soggettive dell'operatore economico prequalificato e, con sentenza 24 maggio 2016, *MT Højgaard e Züblin*, cit., era stato affermato, in relazione alla modifica in diminuzione del raggruppamento temporaneo, che:
    b1) il principio di parità di trattamento (che ha lo scopo di favorire la concorrenza) e l'obbligo di trasparenza impongono, in particolare, che gli operatori economici devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte, sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, punto 45, in *Raccolta*, p. I-9999);
    b2) tutte le imprese devono poter disporre delle stesse opportunità nella formulazione delle offerte, sicché una lettura restrittiva del principio di concorrenza impone che solo gli operatori economici prequalificati possano presentare offerte e, in ipotesi, divenire aggiudicatari (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, 29 aprile 2004, C-496/99, *Commissione/CAS Succhi di Frutta*, in *Foro amm.- Cons. Stato,* 2004, 985*; Id., 12 marzo 2015, C-538/13, eVigilo, in Urbanistica e appalti*, 2015, 893, con nota di VIVANI, in *Guida al dir*., 2015, 16, 92 (m), annotata da PONTE, ed in *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 615, con nota di BARBIERI);

b3) la previsione dell'art. 51, paragrafo 3, della direttiva n. 2004/17/CE, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici *"verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati"*, esprime la regola dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte;

b4) un ente aggiudicatore può consentire, ai fini dell'ammissione, che uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento chiamato a presentare offerta, subentri al medesimo raggruppamento in caso di suo scioglimento e partecipi, in nome proprio, alla procedura;

b5) analogamente a quanto affermato nel caso *Michaniki*, il principio di identità giuridica e sostanziale non risulta violato a condizione che: sia dimostrato il possesso dei requisiti da parte di tale operatore economico; non vi sia una lesione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

c) in linea con la predetta sentenza *Højgaard e Züblin*, cit., i principi di parità di trattamento e concorrenza impongono che tutti gli operatori economici che partecipano alla procedura devono disporre delle stesse opportunità nella presentazione delle offerte;

d) ne discende, su un piano generale, che nell'ambito di una procedura negoziata non può che giungersi alla conclusione che "*solo gli operatori economici così come sono stati prequalificati possano presentare offerte e diventare aggiudicatari*";

e) dato tale presupposto, in un assetto nel quale, nel periodo compreso tra la fase di prequalifica e la presentazione delle offerte, uno degli operatori prequalificati sia stato fuso per incorporazione (ossia abbia sottoscritto un accordo quadro vincolante) in un altro degli operatori prequalificati ed abbia – a differenza della vicenda del caso *MT Højgaard e Züblin* cit. – non già ridotto ma aumentato la sua capacità tecnica ed economica, la scelta della sua ammissione alla gara non viola i principi di uguaglianza, parità di trattamento e concorrenza ove:

e1) non sia dimostrata la sussistenza di un accordo di tipo collusivo volto ad alterare gli equilibri della procedura, la quale rileverebbe anche ai fini dell'autorizzazione delle operazioni di concentrazione prevista dall'art. 7 del regolamento (CE) n. 139 del 2004 ("*Regolamento comunitario sulle concentrazioni*");

e2) non sia idonea a generare vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti (Corte di giustizia UE, 17 maggio 2018, C-531/16, *Specializuotas transportas*, in *Foro amm.*, 2018, 747).

Ha aggiunto, altresì, la sentenza in rassegna, sul piano procedurale, che:

f) spetta al giudice nazionale valutare la necessità del rinvio pregiudiziale ai fini della sua decisione;
g) la Corte è tenuta a dare una risposta al dubbio interpretativo oggetto della domanda pregiudiziale quando essa riguardi l'interpretazione del diritto dell'Unione;
h) un rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi sulla questione oggetto di rinvio è possibile soltanto qualora sia manifesto che:
    h1) la invocata interpretazione del diritto dell'Unione non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale;
    h2) la questione sia di tipo ipotetico;
    h3) la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni ad essa sottoposte (Corte di giustizia UE, 10 luglio 2018, C-25/17, *Jehovan todistajat*, punto 31 e giurisprudenza ivi citata, in *Foro it*., 2019, IV, 144);
i) il giudice nazionale, nell'ottica di una leale collaborazione con la Corte di giustizia UE, può – come opportunamente avvenuto nel caso di specie – esporre in sede di rinvio pregiudiziale i motivi che a suo avviso deporrebbero nel senso di una determinata interpretazione del diritto UE.

III. – Le questioni relative alla collaborazione tra le imprese nell'ambito dei contratti pubblici, comprese quelle in tema di prequalificazione dell'operatore economico e successiva presentazione dell'offerta nelle procedure ristrette, sono state studiate dalla giurisprudenza e dalla dottrina sotto diversi profili:
j) in giurisprudenza:
    j1) sull'impresa singola nella fase di prequalificazione e successiva offerta quale componente di a.t.i.: T.a.r. per Lazio, sez. III, 14 marzo 2011, n. 2236 (in *Giurisdiz. amm*., 2011, II, 525) secondo cui "*una impresa prequalificatasi singolarmente non potrebbe presentare offerta quale capogruppo di a.t.i. con impresa non previamente qualificatasi, perché ciò impedisce alla stazione appaltante la corretta verifica del possesso dei requisiti in capo ai concorrenti*";
    j2) sulla rimodulazione del raggruppamento temporaneo tra la fase di prequalificazione e l'offerta: T.a.r. per il Lazio, Latina, sez. I, 30 luglio 2016, n. 514, secondo cui "*Non rileva ai fini dell'applicazione del divieto di modificazioni soggettive del raggruppamento ex art. 37 comma 9, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163 la circostanza che l'originaria mandataria in fase di prequalifica abbia poi assunto, in sede di presentazione dell'offerta, la veste di mandante dopo aver dichiarato di aver chiesto, in base agli articoli 161, comma 6, e 186-*

bis r.d. 16 marzo 1942 n. 267, l'ammissione al concordato preventivo «con continuità aziendale» (che non è ostativo alla partecipazione alle gare in veste di mandante); in tal caso, infatti, non trova applicazione l'orientamento giurisprudenziale che ammette le modifiche soggettive determinate da ragioni organizzative e non dall'esigenza di sottrarsi alla sanzione dell'esclusione poiché risulta applicata la normativa in materia di concordato con continuità aziendale che vieta l'assunzione della veste di capogruppo mandataria da parte del soggetto che abbia chiesto o sia stato ammesso a tal tipo di concordato"); cfr., altresì, Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2014, 2, 48, con nota di SANTARELLI) secondo cui *"nel caso di procedure ristrette o negoziate deve ritenersi ammessa, in difetto di espresso divieto del bando di gara, la partecipazione alla stessa, sotto forma di a.t.i., di imprese che si sono prequalificate separatamente, non ricorrendo in ciò una violazione dell'art. 37 comma 12, d.lg 12 aprile 2006 n. 163"*; nonché Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243 (in *Foro amm.*, 2014, 812) secondo cui *"nelle gare pubbliche d'appalto, la validità della costituzione di un'associazione temporanea di impresa deve essere giudicata con esclusivo riferimento al momento della formulazione dell'offerta, dovendosi ritenere legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate, singolarmente invitate, anche quando la loro costituzione in A.t.i. sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione*; T.a.r. per il Lazio, sez. I, 12 giugno 2006, n. 4475 (in *Dir. e giustizia*, 2006), secondo cui *"non c'è motivo legittimo per una esclusione preliminare di aziende che vogliono partecipare dichiarando di volersi successivamente raggruppare in Rti in caso di aggiudicazione*";

j3) per una casistica completa sui limiti di intervento della stazione appaltante in caso di modifiche soggettive (sia pure sotto l'egida dell'art. 51 del vecchio codice dei contratti), cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2017, n. 549;

j4) sul tema dei mutamenti soggettivi delle imprese in corso di gara, dei rapporti fra cessione di azienda e accertamento dei requisiti nel regime del vecchio codice dei contratti pubblici, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1152 (in *Diritto & Giustizia*, 28 marzo 2017, con nota di BOMBI, nonché oggetto della News US in data 30 marzo 2017 cui si rinvia); Cons. giust. amm., sez. giur., 25 febbraio 2013, n. 280 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, I, 284), secondo cui *"il codice appalti indica i casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva dell'a.t.i. già aggiudicataria, sempre in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario*

(art. 37, commi 18 e 19). Secondo un'interpretazione restrittiva, se ne desume il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, al di fuori dei casi consentiti. Ciò in quanto con la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti dell'a.t.i. la stazione appaltante è posta in grado di conoscere i soggetti con cui andrà a contrattare; consentire una modifica della compagine sarebbe lesiva della par condicio, perché comporterebbe una formazione a geometria variabile, adattabile agli sviluppi della procedura di gara. Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere […]. La tesi è stata però rimessa in discussione da altre pronunce, secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'a.t.i., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno […]. Si è osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara";

j5) Cons. giust. amm., sez. giur., 22 novembre 2012, n. 1037, secondo cui "*il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei che partecipano alle procedure di affidamento di appalti di opere pubbliche deve intendersi giustificato dall'esigenza di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive in corso di gara delle imprese candidate, al di fuori dei casi specifici in cui tale sostituzione è normativamente ammessa*";

j6) Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; in *Corriere merito*, 2012, 745, con nota di RAIOLA; in *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; in *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72, con nota di TOSCHEI; in *Riv. nel diritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2012, 2234, con nota di GOTTI), secondo cui "*il divieto di modificazione soggettiva dei soggetti consorziati in sede di appalti pubblici non ha l'obiettivo di precludere sempre e*

comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara; il rigore delle norme va temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari; pertanto le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sono quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'Ati o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'Ati che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva". La pronuncia ha anche evidenziato che "*il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti; […] una diversa soluzione ermeneutica, che intendesse impedire il controllo sui requisiti di ammissione delle imprese recedenti, consentirebbe l'elusione delle prescrizioni legali che impongono il possesso dei requisiti stessi in capo ai soggetti originariamente facenti parte del raggruppamento all'atto della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione […]*";

j7) sulla mancanza dei requisiti di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori da eseguire da parte del singolo componente del raggruppamento come causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se questo, nel suo insieme, sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, Ad. plen., 27 marzo 2019, n. 6, in *Foro it.*, 2019, III, 252, con nota di TRAVI (oggetto della News US in data 9 aprile 2019), secondo cui "*In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di*

qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori"; Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666 (in *Appalti & Contratti*, 2016, 9, 77), secondo cui "*la legge ha superato di recente il principio vigente nel campo delle gare per i lavori della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, corrispondenza che era vigente nel solo campo degli appalti per lavori; altrettanto non è per la corrispondenza tra la capacità imprenditoriale, individuata tramite i requisiti di qualificazione, e le quote di esecuzione dei servizi da affidare; infatti una dissociazione tra i due aspetti renderebbe inutile la fissazione da parte di leggi, regolamenti e dei bandi di gara degli stessi requisiti di qualificazione; il principio è stato sottolineato dalla pronuncia dell'adunanza plenaria di questo consiglio di stato, 28 aprile 2014 n. 27 che stabilisce in modo chiaro che, in caso di appalto di servizi sussiste l'obbligo per le imprese raggruppate di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione: resta fermo, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara*"; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786 (in *Appalti & Contratti*, 2016, 3, 97), secondo cui "*se si ammettesse la possibilità che non tutti i soggetti costituenti un raggruppamento orizzontale potessero eseguire - sia pure pro quota - la prestazione oggetto dell'appalto senza assicurare il rispettivo possesso dei requisiti tecnici richiesti dalla lex specialis, si avrebbe la conseguenza che una parte delle prestazioni non sarebbe eseguita nel rispetto di uno dei requisiti richiesti dalla lex specialis; da ciò deriva che non vi è disparità di trattamento, ma una diversa disciplina del possesso dei requisiti che direttamente discende dalla scelta dei concorrenti di partecipare in forma singola o associata in modo orizzontale o verticale alla procedura di gara*";

j8) per la tesi secondo cui non è consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura nel caso in cui lo scostamento tra requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori non sia eccessivo, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso dei requisiti per coprire l'intero ammontare dell'appalto e abbia la forma di raggruppamento orizzontale, si vedano, tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5160 (in *Appalti & Contratti*, 2017, 11, 98), secondo cui "*la lettura congiunta delle previsioni normative consente di ritenere, anche al fine di privilegiare il dato sostanziale rappresentato dall'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione da parte del raggruppamento e in un'ottica comunque di favor*

partecipationis, che già in sede di offerta (e non solo in sede esecutiva) sia possibile modificare le quote di esecuzione al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti; la modifica, del resto, è sì subordinata all'autorizzazione della stazione appaltante, ma tale autorizzazione è esclusivamente diretta a verificare <la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduta>, risultando, quindi, vincolata (e doverosa) in presenza di tale presupposto"); Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1041;

j9) sulla modifica del raggruppamento temporaneo in ipotesi di interdittiva antimafia: Cons. giust. amm., sez. giur., 6 marzo 2018, n. 125, secondo cui "*in materia di appalti pubblici le disposizioni sulla sostituzione della mandataria divenuta incapace, di cui all'art.37, comma 18, del D. Lgs. n. 163/2006, si applicano anche nei casi in cui l'incapacità consegue all'adozione di un'interdittiva antimafia*"; 8 febbraio 2016, n. 34 (in *Foro amm.*, 2016, 362), secondo cui "*le disposizioni sulla sostituzione della mandataria divenuta incapace, di cui all'art. 37, comma 18, D.Lgs. n. 163 del 2006 si applicano anche nei casi in cui l'incapacità consegue all'adozione di una interdittiva antimafia. La responsabilità dell'impresa soggetta ad infiltrazione, invero, non può che essere personale e soggettiva, in difetto di prova contraria, e non può quindi automaticamente propagarsi a carico di altri autonomi soggetti imprenditoriali: sicché ragionevolmente il Legislatore – nel bilanciamento dei contrapposti interessi - ha inteso contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso consentendo la prosecuzione dell'appalto purché, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini l'allontanamento e la sterilizzazione della impresa in pericolo di condizionamento mafioso*";

j10) sulla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per consentire la modifica della quota di esecuzione dichiarata ed evitare l'esclusione, si vedano: in senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036, cit., secondo cui l'applicazione "*dell'istituto deve escludersi allorquando non si tratta di integrare tardivamente una documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, o di accertare la sussistenza di un requisito di partecipazione effettivamente posseduto dalla concorrente al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, bensì di integrare un requisito di qualificazione mancante*"; in senso favorevole, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1026 secondo cui "*l'errata specificazione delle quote di partecipazione non determina di per sé l'esclusione dalla procedura selettiva, potendo al più indurre l'amministrazione ad esercitare*

il potere di soccorso istruttorio per l'acquisizione degli eventuali chiarimenti, con l'ulteriore precisazione per cui laddove la legge di gara preveda misure espulsive per le predette ipotesi di irregolarità, queste, essendo in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 comma 1 bis c.c.p. sono da considerare nulle e improduttive di effetti";

j11) sulla questione della corrispondenza, ai fini della qualificazione per la stipula di contratti di appalto di servizi, fra quote di partecipazione e quote di esecuzione nell'ambito di un RTI, nella vigenza del vecchio codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, cfr.: Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27 (in *Contratti Stato e enti pubbl*., 2014, 4, 139, con nota di BOSCOLO,), secondo cui "*ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, c. contr. pubbl., nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2 bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. nella l. 7 agosto 2012, n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige "ex lege" il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della "lex specialis" della gara*"; Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7 (in *Foro it*., 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; in *Urbanistica e appalti*, 2014, 665, con nota di BALOCCO, ed in *Dir. proc. amm*., 2014, 544, con nota di BERTONAZZI), secondo cui, tra l'altro: "*l'art. 37, 13º comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, che, per il caso di raggruppamento d'imprese, impone di indicare, già nell'offerta, la corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni, non si applica alle procedure selettive per concessione di pubblico servizio; dall'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 non si può desumere la necessità di assicurare la corrispondenza della quota di partecipazione, oltre che con la quota di esecuzione della prestazione, anche con i requisiti di qualificazione; l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*";

j12) sul concetto di "raggruppamento sovrabbondante" (figura alla quale si richiama, in senso favorevole, anche la sentenza in rassegna), quale strumento astrattamente idoneo ad eludere la disciplina della concorrenza, con riferimento ai raggruppamenti nei quali ogni impresa componente possiede autonomamente il requisito di partecipazione alla gara ma, nonostante questo, decida di dar vita ad una forma associativa per l'esecuzione dell'appalto si vedano: Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio

2017, n. 560 (in *Appalti & Contratti*, 2017, 3, 94), secondo cui "*un siffatto raggruppamento non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione*"; Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577 (in *Urbanistica e appalti*, 2011, 564, con nota di BALOCCO), secondo cui, tra l'altro, "*è ammissibile la riunione in Ati di imprese che anche da sole sono in possesso dei requisiti, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso*";

j13) sulla declinazione del principio di uguaglianza nella disciplina sostanziale e processuale dei contratti pubblici: Cons. Stato sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5692, secondo cui "*in tema di gare pubbliche se le offerte sono entrambe inficiate da un medesimo vizio che le rende inammissibili, non si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale, in quanto prioritario è l'esame del vizio: sicché in tale ipotesi è ammissibile, se non doveroso, in conformità del principio di uguaglianza concorrenziale, l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, poiché le offerte dei concorrenti risultano affette dal medesimo vizio*"); Corte cost. 3 dicembre 2014, n. 269 (in *Giur. cost.*, 2014, 4596 con nota di CERRI), secondo cui "*i principi della «disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto [...] devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza»*"; in termini, tra le altre, Corte cost., 30 marzo 2012, n. 74 (in *Giur. cost.*, 2012, 970 con nota di FONTANA), la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 17, comma 1, della legge della Provincia Autonoma di Trento 7 aprile 2011, n. 7, recante "*Modificazioni della legge provinciale sui lavori pubblici, della legge provinciale sulla ricerca e della legge provinciale 16 giugno 2006 n. 3 (Norme in materia di governo dell'autonomia del Trentino)*" per violazione del limite dei principi generali dell'ordinamento civile, nella parte in cui rinvia ad un regolamento provinciale di attuazione la disciplina della determinazione del prezzo, senza far riferimento ai limiti all'autonomia negoziale prestabiliti dal legislatore statale;

j14) sugli accordi collusivi volti a condizionare l'esito della gara: tra le tante, v. T.a.r. per la Sicilia, Catania, 30 aprile 2018, n. 879, secondo cui merita condivisione "*l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 Cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica "relazione, anche di fatto" fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il*

reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (recependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale"; Cons. Stato, 29 marzo 2018, n. 1972, relativa alla rilevanza, ai fini interdittivi antimafia, della condotta della maggior parte delle imprese partecipanti alla gara le quali avevano stipulato la polizza fideiussoria presso un'unica agenzia, ciò che è stato ritenuto espressione di un accordo collusivo finalizzato a pilotare l'aggiudicazione dei lavori; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 523 (in *Giornale dir. amm*., 2007, 851, annotata da CARLONI), secondo cui va disposta l'esclusione dalla procedura di gara dell'impresa destinataria di condanna di turbata libertà degli incanti poiché incidente sulla moralità professionale: nel caso di specie la condotta contestata era un accordo collusivo tra più imprese, per presentare offerte concordate onde poter influire sull'esito della gara;

k) in dottrina:

k1) sulle forme di collaborazione imprenditoriale nel settore delle commesse pubbliche, G. FISCHIONE, F. LILLI, *La collaborazione tra le imprese nel settore dei contratti pubblici*, Roma, 2011;

k2) sulla corrispondenza fra quote di partecipazione, di qualificazione ed esecuzione, sulle modifiche soggettive dell'a.t.i. dopo l'aggiudicazione, nonché sulle a.t.i. c.d. sovrabbondanti: L.R. PERFETTI, *Sulla necessità di distinguere tra principes sans texte e sans fondement - Considerazioni in merito a requisiti di qualificazione, quote di partecipazione in associazioni o raggruppamenti di esecuzione di lavori pubblici*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2011, 2142 ss.; A.M. BRUNI, *commento all'art. 37*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano 2013, I, 501 ss., riferito alla disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 754 ss.;

k3) sulle procedure ristrette: R. DE NICTOLIS, (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Milano*, 2007, 687 ss.; G. CARLOTTI (a cura di), *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, Roma, 2011; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018, I, 1065-1107;

k4) sulla *ratio* della prequalificazione, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1407-1435;

k5) sul tema delle offerte presentate da soggetti prequalificati: P. CARBONE, *La modificabilità della composizione delle imprese riunite e dei consorzi nel periodo tra la prequalificazione l'aggiudicazione*, in *Riv. trim. app.*, 1993, 275; A. CRISAFULLI, *Costituzione di raggruppamento temporaneo di imprese successivo alla prequalificazione*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 5, 535; G. GIOVANNELLI, *Prequalificazione e modifica successiva nella composizione dell'A.T.I.*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 3, 310; R. GIANI, *L'accertamento dei requisiti di ammissione nella licitazione privata tra riqualificazione e procedura di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 3, 347; B.G. CARBONE, *Il nuovo orientamento del Consiglio di Stato sui limiti alle modifiche soggettive dei concorrenti nel corso delle procedure ristrette e sull'ammissibilità dell'offerta congiunta da parte di imprese singolarmente prequalificate*, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2006, 70, 933-946 F. LILLI, *Le (nuove) deroghe al principio d'immodificabilità soggettiva dei componenti di ATI partecipanti a pubbliche gare d'appalto*, in *www.giustamm.it*, 2007, 9; P. DELLA PORTA, *Raggruppamenti temporanei tra imprese prequalificate separatamente*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2008, 3, 218-221; C. MANFRIANI, *Prequalifica e modificabilità soggettiva delle partecipanti ad una gara d'appalto: il punto sulla giurisprudenza*, in *Foro toscano*, 2010, 1, 56-58;

k6) in riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici, sulla scrematura degli offerenti e sui limiti alla presentazione delle offerte nella procedura ristretta, sulla c.d. forcella, sulle vicende soggettive dell'esecutore, sulla incidenza delle vicende societarie (fusione, incorporazione, cessione e affitto azienda) nell'accertamento dei requisiti generali, sulle modifiche soggettive di a.t.i. e consorzi, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1097 ss.; 1304 ss.; 1544 ss.; 783 ss.; 745 ss.;

k7) sulle a.t.i., sulle quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione: A.M. BRUNI, *Commento all'art. 37*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 501 ss., riferito alla disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006, e R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 743 ss., ove è rinvenibile l'evoluzione disciplinare della materia insieme ad ampi riferimenti giurisprudenziali; M. D'ERRICO, *Associazione temporanea tra imprese: il fenomeno del c.d.* bid rigging *e delle Ati «sovrabbondanti»*, in *Dir. ind.*, 2017, 20; G. BARONE, *L'ambito di applicazione del soccorso istruttorio si estende alle percentuali di partecipazione ed esecuzione dichiarate previamente e/o erroneamente dalle imprese del raggruppamento temporaneo*, in *Appalti e contratti*, 2019, 1-2, 59-61;

k8) sul tema dell'interpretazione del diritto dell'Unione e sul rinvio pregiudiziale: S. LA CHINA, *Rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e giudice italiano*, in *Riv. trim dir. proc.*, 1963, 1508 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2008, p. 263 ss.; V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, 413; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012, 3-90; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015; B. MAMELI, *Giudicato esterno amministrativo - gli strumenti processuali del diritto nazionale dinnanzi al primato del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 192; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 2015, 74 ss.;

k9) sui sistemi di gara volti ad impedire accordi collusivi: D. CICALA, N. LUCIANO, *Le recenti modifiche normative sugli appalti pubblici in Sicilia: i limiti della legge regionale 10 luglio 2015, n. 14 in materia di criteri di aggiudicazione*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2016, 1, 289-322;

k10) sul collegamento tra le imprese partecipanti alla gara: G.M. MARENGHI, *Il collegamento sostanziale fra imprese legittimato dal bando di gara*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 89-93.

IV. – Per completezza si segnala:

l) in relazione al collegamento tra operatori che abbiano presentato offerte separate per il medesimo appalto: Corte giustizia UE, 17 maggio 2018, C-531/16, cit., secondo cui "*L'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che: in assenza di esplicita previsione normativa o di condizione specifica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri che disciplina le condizioni di aggiudicazione di un appalto pubblico, offerenti collegati, che presentano offerte separate in una medesima procedura di gara, non sono tenuti a dichiarare, di loro propria iniziativa, i loro collegamenti all'amministrazione aggiudicatrice; l'amministrazione aggiudicatrice, quando dispone di elementi che mettono in dubbio l'autonomia e l'indipendenza di offerte presentate da taluni offerenti, è tenuta a verificare, eventualmente richiedendo informazioni supplementari dai suddetti offerenti, se le loro offerte siano effettivamente autonome e indipendenti; se risulta che le offerte in discussione non sono autonome e indipendenti, l'articolo 2 della direttiva*

2004/18 osta all'attribuzione dell'appalto agli offerenti che abbiano presentato offerte di tal genere";

m) sugli eventi connessi alla cessione del ramo d'azienda:

m1) Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4375, secondo cui "*l'art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. La disposizione citata, nel suo tenore testuale e lessicale, si riferisce prima di tutto alla persona del cessionario, al quale è riconosciuto il diritto di chiedere l'attestazione alla SOA del possesso dei requisiti di qualificazione, ma l'unico riferimento alla persona del cedente riguarda la parte in cui gli consente (si tratta di una mera facoltà, non di un obbligo o di un onere) di chiedere una nuova attestazione, che tenga conto dell'avvenuta cessione negoziale e delle relative sopravvenienze verificatesi*";

m2) Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2018, n. 3873, la quale ha affermato che *"L'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207 del 2010 va inteso nel senso che la cessione del ramo di azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere ad una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento"*; negli stessi termini, cfr. anche Cons. Stato, V, 11 dicembre 2017, n. 5814;

m3) Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3 (in *Giur. it*., 2017, 8-9, 1946, con nota di VACCA, nonché in *Foro it*., 2018, III, 32, con nota di SPUNTARELLI), la quale, nell'interpretare l'art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010, ha espresso il principio di diritto secondo cui l'atto negoziale di cessione di ramo d'azienda non rappresenta automaticamente una soluzione di continuità nel possesso in capo alla cedente del requisito di qualificazione Soa, certificazione obbligatoria necessaria e sufficiente ad attestare la capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro (art. 84 del d.lgs. n. 50 del 2016). La pronuncia ha dato atto dell'esistenza di due contrapposti orientamenti in ordine agli effetti della cessione sulla qualificazione SOA: l'uno nel senso dell'automaticità della perdita delle qualificazioni in caso di cessione di ramo d'azienda, l'altro, di carattere sostanzialistico - e fatto proprio dall'Adunanza plenaria - secondo cui occorre verificare in concreto l'entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio

trasferimento di ramo di azienda si sia trattato o non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti;

m4) sulla declinazione del principio di parità di trattamento, uguaglianza, trasparenza, nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE: tra le diverse, su un piano generale, cfr. Corte di giustizia UE, 17 maggio 2018, C-531/16, cit., secondo cui "*i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti*";

m5) sulla leale collaborazione tra giudici ed il buon esito del rinvio pregiudiziale: Corte di giustizia CE, 22 ottobre 2009, C-261/08 e c-348/08, *Zurita García*, secondo cui *"lo spirito di collaborazione che deve presiedere allo svolgimento del procedimento pregiudiziale implica che il giudice nazionale, dal canto suo, tenga presente la funzione di cui la Corte è investita, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche*"; Corte di giustizia CE, 16 dicembre 1981, C-244/80, *Foglia* (in *Foro it*., 1982, IV, 307, con nota di TIZZANO, ed in *Giust. civ.*, 1982, I, 561, con nota di SCARPA), secondo cui lo spirito di collaborazione che deve presiedere ai procedimenti di rinvio pregiudiziale si impone in entrambi i sensi: per un verso la Corte deve fare tutto il possibile per aiutare i giudici nazionali ad interpretare ed applicare correttamente il diritto dell'Unione ("*l'art. 177* […] *impone alla Corte l'obbligo di rispettare le competenze proprie del giudice nazionale*", punto 20), ma, a loro volta, detti giudici devono chiarire i "*motivi per i quali essi ritengono necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni da loro proposte*" (punto 17) nel caso in cui non risultino inequivocabilmente dal fascicolo.