

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia dell'UE la questione concernente l'esistenza o meno di un principio di necessaria identità giuridica ed economica tra i soggetti prequalificati e quelli offerenti ove l'amministrazione abbia optato per la procedura c.d. ristretta

Cons. St., sez. V, ordinanza 30 novembre 2017, n. 5621 – Pres. Saltelli, Est. Contessa

Contratti pubblici – Procedura ristretta – Operatori prequalificati ed offerenti – Identità giuridica ed economica – Accordo fra holding che controllano due operatori prequalificati — Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

Va rimessa alla Corte di giustizia la questione 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 (1).

(1) I.- Con l'esautiva ordinanza in epigrafe (redatta conformemente alle raccomandazioni approvate dalla Corte di giustizia per il caso di rinvio pregiudiziale di interpretazione 2016/C 439/01 in G.U. dell'Unione europea 25 novembre 2016) la quinta sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia una articolata questione concernente la eventuale necessità dell'identità giuridica ed economica, fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte, nelle procedure ristrette.

La questione è sorta nell'ambito di un complesso contenzioso proposto avverso gli esiti di una procedura ristretta indetta dal soggetto attuatore per conto del Ministero dello Sviluppo economico ai fini dell'affidamento di una concessione di costruzione,

manutenzione e gestione della rete passiva a Banda Ultra Larga di proprietà pubblica nelle cc.dd. 'aree bianche' presenti nelle Regioni Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto.

Dopo aver respinto alcuni dei motivi di appello (in quanto indipendenti dall'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea), l'ordinanza è passata ad affrontare i restanti vizi da approfondire alla luce delle norme sovranazionali.

Il quesito di fondo viene precisato in relazione alla necessità 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.

L'ordinanza esprime anche il punto di vista della Sezione rimettente (come richiesto dalle ricordate istruzioni,) secondo cui, anche se l'art. 28, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE fosse da intendere nel senso di fissare il principio di tendenziale immutabilità 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 in questione. Peraltro, viene espressamente fatta salva la soluzione opposta laddove la Corte di giustizia affermasse che l'ordinamento euro unitario vieta, invece, 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 una fusione per incorporazione fra gli stessi.

II.- La questione rimessa, nei termini appena riassunti, dalla quinta sezione riguarda in particolare le procedure ristrette, in cui la presentazione dell'offerta è preceduta da una fase di "prequalificazione"; occorre verificare se l'impresa, prequalificatasi singolarmente, possa poi presentare offerta in a.t.i..

In linea di tendenza la giurisprudenza ha ritenuto che imprese singole, ciascuna prequalificatasi, possono associarsi in a.t.i. nella successiva fase di presentazione dell'offerta.

Tanto, in base alla considerazione che il legislatore ha inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, in quanto le norme vigenti fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito; pertanto, in presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore (Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588, in *Riv. giur. edilizia* 2008, 3, I, 870).

Altra giurisprudenza, e l'Autorità di vigilanza, hanno tuttavia ritenuto che 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 (cfr. Tar Lazio, sez. III, 14 marzo 2011 n. 2236; Autorità, parere 31 luglio 2008 n. 206).

Ancora di recente risulta essere stata ammessa quantomeno la rimodulazione del raggruppamento temporaneo tra la prequalifica e l'offerta (cfr. Tar 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 Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548, 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 Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243, 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. è intervenuta dopo la fase di prequalificazione”*.

III.- Per completezza si segnala quanto segue:

a) [Corte giustizia Unione europea, Grande sezione, 24 maggio 2016, C-396/14, MT Højgaard](#), richiamata dalla rimessione in commento (oggetto della [News US in data 31 maggio 2016](#)), secondo la quale: *“il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 10 direttiva 2004/17/Ce del parlamento europeo e del consiglio, 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, in combinato disposto con l'art. 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una 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 a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza";

b) sul tema dei mutamenti soggettivi delle imprese in corso di gara, dei rapporti fra cessione di azienda e accertamento 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](#), che ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni: *"a) se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione; b) se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, valga sempre e solo per il futuro, oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti ex post il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità";*

c) sulla natura del contratto di avvalimento, Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3, oggetto della [News US in data 13 luglio 2017](#), secondo cui *"in ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità";*

d) 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;

e) in dottrina, 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. forcilla, 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*, Bologna, 2017, 1097 ss.; 1304 ss.; 1544 ss.; 783 ss.; 745 ss..