Pubblicato il 30/11/2017

N. 05621/2017REG.PROV.COLL.

N. 04921/2017 REG.RIC.

N. 04924/2017 REG.RIC.

N. 04926/2017 REG.RIC.

N. 04928/2017 REG.RIC.

N. 04917/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

SENTENZA PARZIALE CON CONTESTUALE ORDINANZA DI RIMESSIONE
sul ricorso numero di registro generale 4917 del 2017, proposto dalla Telecom Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47 (telefax: +39-06-3244835; indirizzo di posta elettronica: filippolattanzi@ordineavvocatiroma.org)

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12 (telefax: +39-06-96514000; indirizzo di posta elettronica: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it); Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.P.A (Infratel), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgro', Patrizio Messina e Daniele Cutolo, con domicilio eletto presso lo studio Orrick, Herrington & Sutcliffe in Roma, piazza della Croce Rossa 2/C (telefax: +39-06-68192393; indirizzo di posta elettronica: francesca.isgro@avvocatipatti.it)

nei confronti di

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47 (telefax: +39-06-77076295; indirizzo di posta elettronica: luisatorchia@ordineavvocatiroma.it)

sul ricorso numero di registro generale 4921 del 2017, proposto dalla Telecom Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47 (telefax: +39-06-3244835; indirizzo di posta elettronica: filippolattanzi@ordineavvocatiroma.org)

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12 (telefax: +39-06-96514000; indirizzo di posta elettronica: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it); Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.P.A (Infratel), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgro', Patrizio Messina e Daniele Cutolo, con domicilio eletto presso lo studio Orrick, Herrington & Sutcliffe in Roma, piazza della Croce Rossa 2/C (telefax: +39-06-68192393; indirizzo di posta elettronica: francesca.isgro@avvocatipatti.it)

nei confronti di

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47 (telefax: +39-06-77076295; indirizzo di posta elettronica: luisatorchia@ordineavvocatiroma.it)

sul ricorso numero di registro generale 4924 del 2017, proposto dalla Telecom Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47 (telefax: +39-06-3244835; indirizzo di posta elettronica: filippolattanzi@ordineavocatiroma.org)

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12 (telefax: +39-06-96514000; indirizzo di posta elettronica: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it); Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.P.A (Infratel), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgro', Patrizio Messina e Daniele Cutolo, con domicilio eletto presso lo studio Orrick, Herrington & Sutcliffe in Roma, piazza della Croce Rossa 2/C (telefax: +39-06-68192393; indirizzo di posta elettronica: francesca.isgro@avvocatipatti.it)

nei confronti di

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47 (telefax: +39-06-77076295; indirizzo di posta elettronica: luisatorchia@ordineavvocatiroma.it)

sul ricorso numero di registro generale 4926 del 2017, proposto dalla Telecom Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47 (telefax: +39-06-3244835; indirizzo di posta elettronica: filippolattanzi@ordineavvocatiroma.org)

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12 (telefax: +39-06-96514000; indirizzo di posta elettronica: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it); Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.P.A (Infratel), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgro', Patrizio Messina e Daniele Cutolo, con domicilio eletto presso lo studio Orrick, Herrington & Sutcliffe in Roma, piazza della Croce Rossa 2/C (telefax: +39-06-68192393; indirizzo di posta elettronica: francesca.isgro@avvocatipatti.it)

nei confronti di

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47 (telefax: +39-06-77076295; indirizzo di posta elettronica: luisatorchia@ordineavvocatiroma.it)

sul ricorso numero di registro generale 4928 del 2017, proposto dalla Telecom Italia S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47 (telefax: +39-06-3244835; indirizzo di posta elettronica: filippolattanzi@ordineavvocatiroma.org)

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12 (telefax: +39-06-96514000; indirizzo di posta elettronica: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it); Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.P.A (Infratel), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgro', Patrizio Messina e Daniele Cutolo, con domicilio eletto presso lo studio Orrick, Herrington & Sutcliffe in Roma, piazza della Croce Rossa 2/C (telefax: +39-06-68192393; indirizzo di posta elettronica: francesca.isgro@avvocatipatti.it)

nei confronti di

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47 (telefax: +39-06-77076295; indirizzo di posta elettronica: luisatorchia@ordineavvocatiroma.it)

per la riforma

- quanto al ricorso n. 4917 del 2017: della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 6167/2017;

- quanto al ricorso n. 4921 del 2017: della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 6172/2017;

- quanto al ricorso n. 4924 del 2017: della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 6178/2017;

- quanto al ricorso n. 4926 del 2017: della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 6438/2017;

- quanto al ricorso n. 4928 del 2017: della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, n. 6441/2017.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in tutti i giudizi di Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A., del Ministero dello Sviluppo Economico e di Open Fiber S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Cantella, Cardarelli, Lattanzi, Cutolo, Torchia e gli avvocati dello Stato Giacomo Aiello e Luisa Spina;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. L’OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E I FATTI PERTINENTI.

1.1. Sono contestati gli esiti di una procedura ristretta indetta dalla Infratel S.p.A. (in qualità di soggetto attuatore per conto del Ministero dello Sviluppo economico dei Piani Banda Larga e Banda Ultra Larga del Governo italiano) ai fini dell’affidamento di una concessione di costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a Banda Ultra Larga (BUL) di proprietà pubblica nelle cc.dd. ‘aree bianche’ presenti nelle Regioni Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto

1.2. La procedura in questione è stata suddivisa in cinque lotti, a ciascuno dei quali corrisponde un distinto, ma analogo, ricorso proposto in primo grado e poi in appello da uno degli operatori economici partecipanti (Telecom Italia s.p.a.).

La procedura in questione si inserisce nell'ambito dell'attuazione del regime di aiuti di Stato SA.41647 (2016/N) ('*Strategia Italiana Banda Ultra-Larga*') notificato dalle Autorità italiane in data 10 agosto 2015 e autorizzato dalla Commissione europea con decisione del 30 giugno 2016 (C (2016)3931 *final*).

Il regime di aiuti notificato (e approvato dalla Commissione europea) stabilisce che:

- la dotazione finanziaria complessiva del regime di aiuti sia pari a circa 4 miliardi di euro, di cui 2,2 a carico del Fondo di Sviluppo e Coesione e 1,8 a carico dei fondi europei ERDF e EAFRD (punto 18 della decisione);

- l'intensità di aiuto possa arrivare sino al 100 per cento del costo di costruzione della rete passiva e, a talune condizioni, può consentire la copertura dei costi di erogazione di taluni servizi connessi (punto 29 della decisione);

- beneficiarie del regime di aiuti sono le imprese che risulteranno aggiudicatarie all'esito di una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto; 1) la costruzione e 2) il mantenimento, la gestione e lo sfruttamento commerciale della rete BUL oggetto della procedura (punto 30 della decisione).

1.3. La procedura è stata articolata essenzialmente in tre fasi:

i) a seguito della pubblicazione del bando (ed entro la data del 18 luglio 2016) le imprese interessate avrebbero dovuto presentare la domanda di partecipazione;

ii) entro il 9 agosto 2016 la stazione appaltante Infratel avrebbe trasmesso le lettere di invito alla procedura ristretta agli operatori prequalificati;

iii) entro il 17 ottobre 2016 tali soggetti avrebbero dovuto far pervenire le proprie offerte ai fini della successiva valutazione e aggiudicazione.

1.4. Il bando di gara è stato inviato da Infratel s.p.a. per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 31 maggio 2016, quindi dopo l'entrata in vigore del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('*Codice dei contratti pubblici*', in G.U.R.I., 19 aprile 2016, n. 91, Supplemento ordinario), che ha recepito nell'ordinamento italiano le direttive 2014/24/UE (c.d. '*Direttiva appalti*'), 2014/23/UE (c.d. '*Direttiva concessioni*') e 2014/25/UE (c.d. '*Direttiva settori speciali*').

In realtà la procedura di aggiudicazione all'origine della presente controversia non è disciplinata nella sua interezza, dalle richiamate Direttive appalti/concessioni del 2014.

Il bando di gara ha infatti richiamato:

- l'articolo 4 del '*Codice dei contratti pubblici*' (il quale individua '*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*' [dal proprio ambito di applicazione]);

- l'articolo 15 del medesimo '*Codice'* (relativo alle '*Esclusioni nel settore delle comunicazioni elettroniche*', corrispondente all'articolo 8 della Direttiva 2014/24/UE).

Il bando di gara (a pag. 2) ha inoltre precisato che "*(...) ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (...) le concessioni principalmente finalizzate a permettere*

alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazione sono escluse dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016.

Pertanto, si intendono applicabili alla presente procedura esclusivamente le norme richiamate nel presente Bando e nei successivi altri atti di gara, con la precisazione che in caso di eventuale contrasto tra le clausole della lex specialis e le disposizioni oggetto di rinvio dovranno intendersi prevalenti le prime".

Per altro verso lo stesso bando di gara ha dichiarato applicabili alla procedura all'origine della controversia talune disposizioni del Decreto legislativo, che ha recepito in Italia le Direttive appalti/concessioni del 2014.

In particolare (ai fini della presente decisione) il predetto bando di gara ha previsto che:

- la concessione di costruzione e gestione sarebbe stata affidata mediante apposita procedura ristretta ai sensi dell'articolo 61 del 'Codice' (il quale recepisce l'articolo 28 della Dir. 2014/24/UE);

- la procedura sarebbe stata gestita attraverso un '*sistema telematico*' ai sensi dell'articolo 58 del 'Codice' n. 50 del 2016;

- 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 medesimo 'Codice' (il quale recepisce l'articolo 67 della Direttiva 2014/24/UE).

1.5. Secondo la ricorrente Telecom Italia S.p.A. le disposizioni della complessiva normativa di gara (bando e lettera di invito) avrebbero avuto lo scopo di rafforzare e sanzionare il principio della necessaria identità giuridica ed economica fra i soggetti ammessi alla fase della prequalificazione e quelli ammessi alla procedura comparativa in senso proprio (e quindi di evitare che due o più fra i concorrenti in gara potessero, in un momento compreso fra la fase di prequalifica e quella di formulazione delle offerte, realizzare un'aggregazione fra loro, in tal modo limitando la concorrenza nell'ambito della gara e formulare, in danno della stazione appaltante, offerte meno convenienti di quelle che avrebbero presentato se avessero continuato ad operare in modo distinto fino alla fine della procedura).

In particolare:

- la lettera di invito (al punto 12.1.d)) stabiliva che "*(...) la Commissione procede a verificare che nessuno dei concorrenti partecipi alla gara aggregando imprese già singolarmente prequalificatesi e in caso positivo a escluderli dalla gara*";

- il bando di gara (al punto 8.1, in una sezione intitolata '*Raggruppamenti temporanei e consorzi*') stabiliva che "*Trova applicazione l'art. 48, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 a condizione che la facoltà non sia esercitata al fine di restringere il confronto competitivo aggregando imprese già singolarmente prequalificatesi per la partecipazione ad uno o più lotti*".

1.6. In punto di fatto è accaduto che:

- in tutte e cinque le gare in cui è stata articolata la procedura hanno presentato domanda di partecipazione, oltre all'appellante Telecom Italia s.p.a., la Metroweb Sviluppo s.r.l. e la Enel OpEn Fiber S.p.a., in seguito: OpEn Fiber), oltre a un limitatissimo numero di altri operatori;

- la Metroweb Sviluppo s.r.l., pur essendo stata prequalificata e quindi ammessa a formulare offerte entro il termine del 17 ottobre 2016, non ha poi formulato alcuna offerta, abbandonando di fatto la partecipazione alla gara;

- dopo aver ricevuto le offerte, la stazione appaltante ha pubblicato in data 9 gennaio 2017 l'elenco dei concorrenti ammessi: 1) per il lotto 1, la Telecom Italia e la Enel OpEn Fiber; 2) per il lotto 2, la Telecom Italia, la Enel OpEn Fiber, oltre un raggruppamento fra altri due operatori; 3) per il lotto 3, la Telecom Italia e la Enel OpEn Fiber; 4) per il lotto 4, la Telecom Italia e la Enel OpEn Fiber, oltre un raggruppamento fra altri due operatori; 5) per il lotto 5, la Telecom Italia e la Enel OpEn Fiber;

- in data 24 gennaio 2017 la stazione appaltante ha pubblicato le graduatorie provvisorie, in cui la Enel OpEn Fiber si è collocata al primo posto per tutti i lotti, mentre la Telecom Italia si è collocata al secondo posto per tutti i lotti (tranne che per il lotto 4, in cui si è collocata al terzo posto);

- a seguito degli esiti della procedura Telecom Italia ha chiesto di accedere agli atti in possesso dell'amministrazione e ha così preso conoscenza di alcune vicende societarie che hanno riguardato due fra i concorrenti inizialmente ammessi alla fase di prequalifica, la Metroweb Sviluppo s.r.l. e la Enel OpEn Fiber, in seguito OpEn Fiber).

1.7. Secondo l'appellante Telecom Italia, tali vicende dimostrerebbero, sotto numerosi profili, l'illegittimità della procedura e dei suoi esiti finali per violazione del generale principio di necessaria identità giuridica ed economica fra l'operatore economico prequalificato e quello che ha formulato l'offerta.

Infatti dall'accesso agli atti è emerso che:

- in un momento compreso fra la prequalifica con invio delle lettere di invito (9 agosto 2016) e il termine ultimo per la presentazione delle offerte (17 ottobre 2016), la *holding* Enel S.p.a. (controllante della concorrente Enel OpEn Fiber) abbia concluso un Accordo Quadro vincolante per l'integrazione fra la stessa Enel OpEn Fiber e il gruppo Metroweb Italia S.p.a. (il quale controllava la Metroweb Sviluppo s.r.l., a propria volta concorrente nella gara all'origine del presente ricorso). L'Accordo Quadro risulta sottoscritto il 10 ottobre 2016;

- l'Accordo Quadro ha previsto una complessa operazione in base alla quale: 1) alcune società del gruppo Metroweb Italia (fra cui la Metroweb Sviluppo s.r.l., partecipante alla gara per cui è causa) si sarebbero fuse per incorporazione nella Group Company Metroweb S.p.a.; 2) Enel OpEn Fiber avrebbe proceduto a un aumento di capitale con ingresso nella sua compagine di Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.a.; 3) a seguito dell'aumento di capitale, Enel OpEn Fiber avrebbe acquistato il 100 per cento delle azioni di Metroweb S.p.a. per un controvalore di 714 milioni di euro, in tal modo determinando de facto la fusione per incorporazione di Metroweb S.p.a. in Enel OpEn Fiber;

- in attuazione di quanto previsto dall'Accordo Quadro (*sub* 1)), in data 17 ottobre 2016 la Metroweb Sviluppo s.r.l. (partecipante alla gara) è stata fusa per incorporazione, insieme ad altre società del gruppo, in Metroweb S.p.a.;

- a completamento di quanto previsto dall'Accordo Quadro (*sub* 3)), il 23 gennaio 2017 è stata deliberata la fusione per incorporazione di Metroweb S.p.a. in Enel OpEn Fiber.

1.8. La Commissione europea (cui il progetto di fusione era stato notificato in data 10 novembre 2016 ai sensi del Regolamento 139/2004/CE) ha deliberato di non opporsi all'operazione notificata con decisione del 15 dicembre 2016.

1.9. In definitiva, secondo Telecom Italia S.p.a., per effetto dell'Accordo Quadro vincolante fra le parti, stipulato in un momento (10 ottobre 2016) anteriore al termine finale per la presentazione delle offerte da parte degli operatori prequalificati ai fini della procedura ristretta (17 ottobre 2016), è accaduto che uno degli operatori prequalificati (Metroweb Sviluppo s.r.l.) sia stato fuso per incorporazione in un altro degli operatori prequalificati (Enel OpEn Fiber). Tale operazione nel suo complesso avrebbe avuto per oggetto e per effetto quello di: *i*) interferire sul regolare andamento della procedura; *ii*) violare le previsioni del bando e della lettera di invito, le quali vietavano l'aggregazione di imprese già singolarmente qualificatesi in un momento successivo alla fase della prequalifica; *iii*) violare il principio eurounitario di necessaria "*identità giuridica e sostanziale tra l'operatore economico preselezionato e quello che presenterà l'offerta*".

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. Con cinque distinti ricorsi, di analogo contenuto, la Telecom Italia S.p.A. ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio gli esiti:

- della gara relativa al Lotto 1 (ricorso n. 1367/2017);

- della gara relativa al Lotto 5 (ricorso n. 1603/2017);

- della gara relativa al Lotto 2 (ricorso n. 1366/2017);

- della gara relativa al Lotto 4 (ricorso n. 1591/2017);

-della gara relativa al Lotto 3 (ricorso n. 1368/2017).

L'adito tribunale, sez, III, con cinque sentenze di analogo contenuto, rispettivamente nn. 6167/2017, 6172/2017; 6178/2017, 6438/2017 e 6441/2017, ha respinto i ricorsi.

2.2. Ai fini che rilevano in relazione all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione Europea, il giudice di primo grado ha stabilito che: *i*) le clausole del bando di gara e della lettera di invito non potessero essere interpretate, nel loro complesso, come volte ad impedire la complessa operazione delineata dall'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016; *ii*) "*non si ravvisano poi i presupposti per sollevare la questione di pregiudizialità comunitaria in quanto, in disparte la circostanza che la società ricorrente chiede in effetti l'interpretazione di una clausola inserita in un Bando di gara, è stato comunque rilevato che, sebbene il punto 8 del Bando non includa nel concetto di "aggregazione" le ipotesi di fusione per incorporazione, ciò non costituisce, nello specifico contesto, una violazione del principio di concorrenza, anche in ragione del nulla osta all'operazione di fusione di che trattasi rilasciato dalla Commissione europea nel dicembre 2016 nonché di quanto ribadito con riferimento all'art. 41 della Cost.*" (punto 2, della motivazione, parte finale).

3. I GIUDIZI DI APPELLO

3.1. Con cinque ricorsi in appello (anch'essi di analogo contenuto, nn. 4917/2017, 4921/2017, 4924/2017, 4926/2017 e 4928/2017) la Telecom Italia ha chiesto la riforma delle citate sentenze di primo grado, lamentando che i primi giudici avrebbero omesso di valutare le numerose violazioni

del diritto nazionale ed eurounitario commesse dalla stazione appaltante Infratel, la quale non ha escluso dalle ricordate procedure di gara la OpEn Fiber, nonostante il carattere illegittimo del complesso di operazioni realizzate in attuazione dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016.

3.2. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dello Sviluppo Economico, la stazione appaltante Infratel e l'aggiudicataria OpEn Fiber, le quali hanno, con diversi argomenti, concluso nel senso della inammissibilità o dell'infondatezza degli appelli in questione.

3.3. Alla pubblica udienza del 19 ottobre 2017 questi ultimi, dopo la rituale discussione, sono stati trattenuti in decisione.

4. LA RIUNIONE DEI RICORSI IN APPELLO.

In linea preliminare gli appelli in trattazione possono essere riuniti sia per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, sia per esigenze di economia processuale, di semplificazione e di facilitazione espositiva.

5. IL CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE RILEVANTE AI FINI DELLA DECISIONE.

5.1. Come accennato in precedenza, il Decreto legislativo n. 50 del 2016 ('*Codice dei contratti pubblici*', in G.U.R.I., 19 aprile 2016, n. 91, Supplemento ordinario) recepisce le previsioni delle direttive 2014/24/UE (c.d. '*Direttiva appalti*'), 2014/23/UE (c.d. '*Direttiva concessioni*') e 2014/25/UE (c.d. '*Direttiva settori speciali*').

5.2. L'articolo 61 (rubricato '*Procedura ristretta*', che recepisce la previsione dell'articolo 28 della Direttiva 2014/24/UE), al comma 3 stabilisce che "*a seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta (...)*".

5.3. L'articolo 48 (rubricato '*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*', che recepisce nell'Ordinamento interno alcune delle previsioni dell'articolo 19 della Direttiva 2014/24/UE) al comma 11 stabilisce che "*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*".

6. LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA CHE RILEVANO NELLE FATTISPECIE IN ESAME.

Ai sensi dell'articolo 28 ('*Procedura ristretta*'), paragrafo 2, primo periodo della Direttiva 2014/24/UE, "*soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta*".

Tale disposizione rileva nel caso in esame in quanto la procedura di gara all'origine dei fatti di causa è stata indetta dopo l'entrata in vigore del '*Codice dei contratti pubblici*' (decreto legislativo n. 50 del 2016), che ha recepito nell'ordinamento nazionale – inter alia – la Direttiva 2014/24/UE.

Inoltre il bando di gara richiama in modo espresso alcune delle disposizioni del '*Codice'*, fra cui – in particolare – l'articolo 61 ('*Procedura ristretta*'), che recepisce l'articolo 28 della Direttiva 2014/24/UE.

7. LE RAGIONI INDUCONO AD ADOTTARE UNA SENTENZA NON DEFINITIVA E CONTESTUALMENTE UN'ORDINANZA PER RINVIO PREGIUDIZIALE AI SENSI DELL'ARTICOLO 267 DEL TFUE.

7.1. Al fine di delineare la rilevanza e la necessità - ai fini della definizione delle controversie in trattazione – della risoluzione della questione pregiudiziale di cui al successivo punto 9, occorre preliminarmente decidere alcune eccezioni in rito sollevate da alcune parti costituite in giudizio e alcuni motivi che concernono il merito delle controversie.

7.2. Devono essere innanzitutto respinte le eccezioni con le quali la OpEn Fiber ha sostenuto l'inammissibilità degli appelli della Telecom Italia a causa della omessa tempestiva impugnazione di alcuni chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in relazione alla *lex specialis* delle procedure di gara, in particolare dei chiarimenti nn. 85 e 133.

Invero secondo OpEn Fiber tali chiarimenti avrebbero reso immediatamente evidente l'interpretazione restrittiva, da parte della stazione appaltante, del punto 8.1 del bando e del punto 12.1.d) della lettera di invito, interpretazione che non avrebbe consentito di escludere dalla gara la stessa OpEn Fiber: di conseguenza essi avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnati e la loro tardiva impugnativa dovrebbe necessariamente condurre a una decisione in rito.

La tesi non merita condivisione giacché i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante Infratel s.p.a. non presentano il carattere assolutamente univoco che OpEn Fiber attribuisce loro e non avrebbero quindi imposto un'immediata impugnazione.

In particolare, dal testo - estremamente laconico - della risposta al quesito n. 85 e dal mero rinvio all'articolo 80, comma 5, lettera m), del '*Codice dei contratti*' contenuto nella risposta al quesito n. 133, le concorrenti non avrebbero potuto desumere elementi dirimenti, certi ed obiettivi, per comprendere se un'operazione, quale quella realizzata da OpEn Fiber fosse vietata e sanzionata con l'esclusione, sì da imporne una immediata impugnazione, ovvero se fosse ammessa senza riserve.

In definitiva l'obbligo per Telecom Italia di impugnare le risposte ai quesiti numm. 85 e 133 (e le disposizioni della normativa di gara che essi interpretavano) non poteva sorgeva al momento della sola conoscenza di tali disposizioni e risposte a quesiti, ma dal momento della loro concreta attuazione da parte della stazione appaltante, attuazione che ne rendeva manifesta la lesività.

L'eccezione di inammissibilità degli appelli è quindi infondata.

7.3. Passando al merito degli appelli, si rileva che l'appellante Telecom Italia ha lamentato che la stazione appaltante Infratel prima e i giudici di primo grado poi avrebbero erroneamente omesso di valutare le ragioni che avrebbero dovuto condurre all'esclusione dalle procedure di gara della OpEn Fiber, ragioni che possono essere così sintetizzate:

1) violazione della *lex specialis* di gara (in particolare: punto 8.1 del bando di gara e punto 12.1.d) della lettera di invito);

2) violazione dei princìpi, anche di carattere costituzionale, di tutela della concorrenza per il mercato;

3) 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.

Gli aspetti *sub* 1) e 2) riguardano profili inerenti il diritto nazionale, mentre l'aspetto sub 3) riguarda l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea.

Questo Giudice di appello procederà quindi in primo luogo ad esaminare le questioni *sub* 1) e 2).

Siccome, per le ragioni che fra breve si esporranno, i relativi motivi di ricorso sono infondati e devono essere respinti, ne consegue che la questione *sub* 3) assuma rilievo determinante ai fini della decisione finale

7.3.1. Per quanto riguarda il primo aspetto di diritto interno, l'appellante Telecom Italia sostiene che, non escludendo la OpEn Fiber dalla gara, la stazione appaltante Infratel avrebbe violato specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara (in particolare, il punto 8.1 del bando di gara e il punto 12.1.d) della lettera di invito).

Il motivo è infondato (e la sentenza di primo grado deve essere sul punto confermata), in quanto il punto 8.1 del bando riferisce espressamente il divieto di aggregazione al caso (che qui non ricorre) di partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti temporanei e di consorzi.

Trattandosi di una clausola tendenzialmente limitativa della partecipazione alla gara (e quindi del generale principio del *favor partecipationis*), essa deve essere interpretata e applicata in modo restrittivo, escludendo interpretazioni analogiche o estensive.

Lo stesso articolo 48, comma 11, del Decreto legislativo n. 163 del 2006 (che viene richiamato dal punto 8.1 del bando al fine di renderne ancora più rigorosa l'applicazione) trova applicazione per il solo caso – che qui non ricorre – della partecipazione a gara da parte dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi.

Più in generale, la giurisprudenza nazionale ha chiarito che, nei casi di oggettiva incertezza del contenuto delle clausole della *lex specialis* di gara, va preferita l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del *favor partecipationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (fra le molte: Cons. Stato, III, 14 gennaio 2015, n. 58; V, 17 luglio 2014, n. 3777).

Ancora più in generale, nel diritto interno vige il principio della tassatività delle cause di esclusione, secondo il quale i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal '*Codice dei contratti pubblici*' e da altre disposizioni di legge. Dette prescrizioni sono comunque nulle ('*Codice'*, cit. articolo 83, comma 8). Ebbene, il '*Codice'* non prevede in modo espresso l'esclusione dalla gara dei concorrenti che, in un momento compreso fra la prequalifica e la presentazione delle offerte, abbiano avviato un'operazione di fusione.

Si osserva inoltre che la fusione per incorporazione non è vietata né dal diritto UE, né dal diritto interno; oltretutto nel caso in esame l'operazione di fusione di cui l'appellante Telecom Italia lamenta l'illegittimità è stata autorizzata dalla Commissione europea nel dicembre del 2016.

Inoltre, anche laddove si ritenesse possibile applicare al caso in esame il punto 8.1 del bando e il punto 12.1.d) della lettera di invito, tali clausole sono volte a sanzionare aggregazioni fra concorrenti di carattere episodico (finalizzate ad alterare la singola gara) e non anche operazioni più

strutturate di fusione per incorporazione, che determinano una modifica tendenzialmente stabile della struttura organizzativa dei concorrenti.

7.3.2. Per quanto riguarda il secondo aspetto di diritto interno, l'appellante Telecom Italia sostiene che i primi giudici hanno erroneamente interpretato il vigente quadro normativo nazionale, che andrebbe invece letto alla luce dei princìpi in tema di limiti alla libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione italiana.

In particolare, detta disposizione costituzionale non contemplerebbe soltanto vincoli espliciti alla libertà di iniziativa, ma anche vincoli impliciti, quali quelli volti al perseguimento di finalità di rilevante interesse generale (come il principio della *par condicio* fra i diversi partecipanti alle gare pubbliche): secondo l'appellante quindi "*in linea di principio, art. 41, Cost. non osta a un divieto di aggregazione degli operatori preselezionati per fusione, (...)*" (ricorso in appello, pag. 11).

Il motivo è infondato.

Al riguardo si osserva che non si discute qui se possa essere conforme alla Costituzione un'eventuale disposizione di legge o della *lex specialis* di gara la quale impedisca operazioni di fusione per incorporazione fra i concorrenti di una procedura in un momento compreso fra la fase di prequalifica e quello per la presentazione delle offerte; al contrario, ciò di cui si discute è se una siffatta disposizione di legge o della *lex specialis* sia in concreto rinvenibile nell'ordinamento giuridico nazionale o nella disciplina della singola gara.

Ebbene, per le ragioni già esposte retro, *sub* 3.3.1. al quesito deve essere fornita risposta in senso negativo.

Il motivo in esame deve essere quindi respinto in quanto proposto in modo sostanzialmente ipotetico.

Infatti la Telecom Italia, invece di individuare nell'ordinamento nazionale un concreto divieto ad operazioni del tipo di quella realizzata da OpEn Fiber e Metroweb Sviluppo, si è limitata a svolgere vari argomenti per dimostrare che, se un tale divieto esistesse, esso sarebbe conforme all'ordinamento costituzionale italiano.

7.4. Si può quindi passare all'esame del motivo degli appelli che riguarda l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea che, stante l'infondatezza dei precedenti due motivi, 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.

7.4.1. Occorre invero stabilire se, in circostanze quali quelle che rilevano nell'ambito delle controversie in esame, la complessa operazione di fusione per incorporazione realizzata fra due concorrenti alla gara (operazione avviata in una fase compresa fra la prequalifica e l'invio delle offerte), comporti una violazione del *principio di identità giuridica ed economica fra i soggetti prequalificati e quelli che formulano le offerte*, per come desumibile dall'articolo 28, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE e dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.

Più in generale, occorre stabilire se l'Ordinamento UE imponga (e in che misura) tale principio di necessaria identità giuridica ed economica.

E’ pertanto necessario, ai fini della decisione degli appelli in trattazione, sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia dell’UE un quesito interpretativo circa l’effettiva portata del citato articolo 28, paragrafo 2.

Infatti, una volta escluso, come rilevato in precedenza, che le pertinenti disposizioni costituzionali e legislative italiane, nonché il bando di gara e la lettera di invito, comportassero il divieto di avviare la fusione per incorporazione contestato dall’appellante Telecom Italia, occorre verificare se tale divieto sia – per così dire – immanente nell’ordinamento eurounitario, indipendentemente da una sua espressa previsione nell’ambito della normativa della singola gara.

Più in particolare, occorre stabilire se il requisito della identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici selezionati e quelli che presentano le offerte in una procedura ristretta (requisito richiamato dalla Corte di Giustizia con la sentenza della Grande Sezione del 24 maggio 2016 in causa C-396/14 – *MT Højgaard*, punti 39 e 40) possa indurre a ritenere contrastante con il diritto dell’Unione l’accordo in data 10 ottobre 2016 e gli atti allo stesso conseguenti in relazione alla gara all’origine di fatti di causa, sino all’aggiudicazione in favore di OpEn Fiber.

7.4.2. E’ vero che la sentenza sul caso *MT Højgaard* è stata pronunciata in relazione a una vicenda sostanzialmente diversa da quella che qui viene in rilievo ed è anche vero che, con la stessa sentenza, la Corte di Giustizia ha stabilito che quel principio può essere a talune condizioni attenuato; tuttavia occorre stabilire se quel principio abbia valenza generale e se, in circostanze quali quelle sottese ai ricorsi principali, esso possa essere in qualche misura attenuato.

In particolare, con la richiamata sentenza sul caso *MT Højgaard* la Corte di Giustizia ha stabilito che le variazioni soggettive che interessano taluno dei concorrenti preselezionati possono in via di principio essere considerate contrarie al principio eurounitario della parità di trattamento fra i concorrenti, se tali variazioni risultino idonee a deteriorare la situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza (*ivi*, punto 44).

Nel caso deciso la Corte ha tuttavia ritenuto non violativa del diritto UE una modifica soggettiva “*in diminuzione*” nella composizione di un raggruppamento, intervenuta nel corso della gara, atteso che nel caso di specie tale modificazione non aveva prodotto effetti negativi sulla parità di trattamento fra i concorrenti.

7.4.3. Nel caso che è all’origine delle controversie in esame invece, l’Accordo Quadro del 10 ottobre 2016 ha determinato una modifica soggettiva “*in aumento*” nella composizione di uno dei concorrenti (determinando, al termine della vicenda, la fusione per incorporazione con un altro dei concorrenti prequalificati).

Ciononostante, vi sono alcune ragioni per ritenere che i princìpi enunciati dalla sentenza sul caso *MT Højgaard* potrebbero avere valenza generale e trovare applicazione anche in casi come quello che rileva nel caso in esame.

Del resto, nell’ambito di un giudizio nazionale che ha anch’esso ad oggetto la gara all’origine del presente ricorso, la stazione appaltante Infratel ha affermato che la *ratio* sottesa alle previsioni del bando di gara (punto 8.1) e della lettera di Invito (punto 12.1.d)) era quella di garantire l’effettiva competizione fra gli offerenti, evitando qualsiasi intesa restrittiva della concorrenza, nonché quella di consentire all’amministrazione di selezionare il beneficiario del finanziamento sulla base di un numero più ristretto di offerte.

E' vero che la richiamata sentenza sul caso *MT Højgaard* è stata adottata sulla base di un quadro normativo certamente diverso da quello fissato dall'articolo 28, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE (in particolare, quella sentenza ha recato la corretta interpretazione ed applicazione dell'articolo 51, paragrafo 3 della Direttiva 2004/17/CE); d'altra parte, vi sono alcune ragioni per ritenere che entrambe le disposizioni potrebbero essere ritenute espressive del medesimo principio di tendenziale immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare nella fase compresa fra la prequalifica e la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti prequalificati.

7.4.4. Se, quindi, la corretta interpretazione dell'articolo 28, paragrafo 2, cit. è nel senso di sancire un siffatto obbligo di immodificabilità soggettiva, dovrebbe ritenersi che l'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016 e gli atti realizzati in sua esecuzione siano in via di principio violativi del diritto dell'Unione europea, a meno che non si possano individuare specifiche ragioni giustificative.

8. LA POSIZIONE DELLA SEZIONE, GIUDICE DEL RINVIO

8.1. Ad avviso della Sezione, anche se l'articolo 28, paragrafo 2 della Direttiva 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 quale quella realizzata nel caso in esame per effetto dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016.

8.2. Si osserva in primo luogo al riguardo (sotto il profilo dell'interpretazione testuale) che il quadro giuridico sulla cui base è stata pronunciata la sentenza sul caso *MT Højgaard* (si tratta dell'articolo 51 della Direttiva 2004/17/CE sui cc.dd. '*Settori speciali*') è sostanzialmente diverso da quello che rileva ai fini della presente decisione (si tratta dell'articolo 28, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE – c.d. 'Direttiva appalti' -).

Infatti l'articolo 51, cit., laddove stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici "*verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati*" si presta effettivamente ad interpretazioni di carattere restrittivo, imponendo in modo puntuale la piena corrispondenza soggettiva e oggettiva fra i soggetti prequalificati e quelli che formulano le offerte.

Una siffatta previsione non sembra invece rinvenibile all'interno della Direttiva 2014/24/UE,

Al contrario, l'articolo 28 della Direttiva 2014/28/CE, laddove stabilisce che "*soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta*" potrebbe prestarsi a interpretazioni meno rigorose, soprattutto nei casi in cui il soggetto che presenta l'offerta è l'incorporante (*i.e.*: un soggetto la cui personalità giuridica non è stata incisa dall'operazione di fusione e che quindi coincide dal punto di vista soggettivo con quello prequalificato).

8.3. In secondo luogo (sotto il profilo formale) si osserva che, al momento in cui l'offerta è stata formulata dalla OpEn Fiber (entro la data-limite del 17 ottobre 2016), l'operazione di fusione per incorporazione con l'altra concorrente Metroweb Sviluppo s.r.l. era stata appena avviata (ma non si era perfezionata) e la concorrente OpEn Fiber presentava la medesima struttura e composizione che aveva nella fase di prequalifica.

E' vero che alcuni mesi dopo (*i.e*: nei primi mesi del 2017) si è perfezionata la fusione per incorporazione già prevista nell'Accordo Quadro del 17 ottobre 2016, ma resta il fatto che, al momento in cui l'offerta vittoriosa è stata formulata, la OpEn Fiber presentava la medesima

composizione che aveva al momento della prequalifica, ragione per cui il principio di identità giuridica di cui alla giurisprudenza MT Højgaard risultava rispettato.

Si potrebbe ritenere che il principio del divieto di modificazione soggettiva dei concorrenti non opera, per così dire, "*in senso statico*" (*i.e.*: solo nei momenti rilevanti della procedura di gara), ma anche "*in senso dinamico*", impedendo qualunque accordo che possa avere quale oggetto o quale effetto quello di modificare anche de futuro la composizione soggettiva dei partecipanti.

Si osserva tuttavia che, laddove i princìpi 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 (anche a molto tempo di distanza dalle gare), il che si porrebbe in evidente contrasto con il generale principio della stabilità delle situazioni giuridiche, il quale costituisce un valore fondante anche nell'ambito dell'Ordinamento giuridico dell'UE.

8.4. In terzo luogo si osserva che l'illegittimità *de iure communitario* degli effetti dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016 (e di tutti gli atti conseguenti) potrebbe essere affermata soltanto se si ritenesse che quell'accordo presentasse *ex se* una finalità elusiva delle regole concorrenziali e mirasse, in sostanza, ad alterare gli equilibri della gara in danno degli altri concorrenti e della stessa stazione appaltante.

Tuttavia non 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.

Tale accordo, infatti, non ha carattere episodico e i suoi effetti non sono limitati alla singola gara, ma presenta un carattere strutturale, determinando una stabile modifica organizzativa degli operatori interessati.

E' rilevante osservare che l'operazione di fusione in questione (in quanto dotata di interesse potenzialmente transfrontaliero) è stata notificata alla Commissione europea, la quale ha deliberato di non opporsi all'operazione notificata con decisione del 15 dicembre 2016.

E' vero che la decisione favorevole adottata dalla Commissione europea ai sensi del Regolamento n. 139/2004/CE sul controllo delle concentrazioni fra imprese non esclude in assoluto che la medesima operazione possa essere considerata violativa del diritto dell'Unione sotto ulteriori e diversi profili.

Si osserva tuttavia che la fusione per incorporazione (autorizzata dall'Esecutivo UE) rappresenta una procedura – per così dire – 'fisiologica' nella dinamica operativa di un'impresa, anche se realizzata con un'impresa concorrente e a meno che non emergano elementi determinanti che provino *aliunde* il suo carattere elusivo e anticoncorrenziale.

Il carattere strutturale di tale tipo di operazioni è quindi ben lontano da un accordo di tipo collusivo fra due concorrenti che intendono alterare gli equilibri di una singola gara.

A conclusioni diverse potrebbe giungersi soltanto se la Corte di Giustizia affermasse che l'ordinamento eurounitario 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).

9. CONCLUSIONI – LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

9.1. Per le ragioni sin qui esaminate, si ritiene di sospendere il presente giudizio e di rimettere alla Corte di giustizia il seguente quesito interpretativo:

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

9.2. In base a quanto esposto, gli appelli in epigrafe devono in primo luogo essere riuniti.

Le eccezioni preliminari sollevate dalla OpEn Fiber devono essere respinte, mentre il primo motivo degli appelli proposti da Telecom Italia deve essere respinto; ai fini della decisione degli appelli è necessario sospendere i giudizi e rimettere gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per la risoluzione del quesito pregiudiziale sub 9.1..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sugli appelli segnati in epigrafe:

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia delle CE;

Visto l'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204;

Viste le '*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*' pubblicate sulla G.U.C.E. del 25 novembre 2016;

così provvede:

- riunisce gli appelli;

- respinge il primo motivo degli appelli principali proposti dalla Telecom Italia;

- dispone la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale indicata al punto 9.1. della motivazione;

- per l’effetto sospende i giudizi.

Spese di lite al definitivo.

Manda alla Segreteria della Sezione tutti gli adempimenti di competenza e in particolare:

- la comunicazione della presente ordinanza alla Corte di giustizia dell’Unione europea;

- l’invio, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell’Unione europea (Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925, Lussemburgo) della presente ordinanza, insieme a copia di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa, relativi al primo e al secondo grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Claudio Contessa	Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO