



Le norme della dir. 2014/24 rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 sul subappalto, non si applicano agli appalti sotto soglia.

Sono illegittime, per contrasto con l'art. 71 della dir. 2014/24, le disposizioni dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 e, in generale, le ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati al subappalto delle prestazioni contrattuali, fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare e adeguatamente motivare, in relazione alla specificità del caso, la previsione di eventuali limiti proporzionati allo specifico obiettivo da raggiungere. Le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario. I riferiti principi però non si applicano al caso di specie, dal momento che lo stesso riguarda un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria. Le norme della dir. 2014/24 - rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 - trovano infatti applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'IVA pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate, come periodicamente revisionate ai sensi dell'art. 6 della stessa dir.. La norma comunitaria di cui la stazione appaltante ha disposto l'applicazione in luogo di quella interna (ad oggi non abrogata) non può tuttavia applicazione alla procedura di gara, poiché la prevalenza della prima sulla seconda ne presuppone l'applicabilità alla fattispecie concreta realizzandosi, in caso contrario, una violazione della legge nazionale vigente. La stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato che, con riferimento all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE "in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla dir. 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi. Nel caso di specie, tuttavia, la stazione appaltante non solo ha

espressamente disposto la diretta applicazione della dir. 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero, così che, sotto tale dirimente profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 105 c. 5 d.lgs. 50/2016.

Materia: appalti / disciplina

Pubblicato il 08/02/2021

N. 01575/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00365/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Re.Gi. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo D'Impresa - Invitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Trisorio Liuzzi, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma - ATER, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Pellegrino ed elettivamente domiciliata in Roma, via Fulcieri Paulucci de Calboli n. 20/E;

nei confronti

CFC S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari

per quanto riguarda il ricorso introduttivo

a) del provvedimento di aggiudicazione, emanato dal Responsabile della Funzione Investimenti Pubblici e dal RUP di Invitalia S.p.A., pubblicato il 15.12.2020, con cui è stato disposto l'affidamento in favore della C.F.C. S.r.l. dell'appalto dei lavori di installazione di n. 12 impianti ascensoristici nei 6 edifici di proprietà dell'ATER del Comune di Roma in via Venafro (quartiere Tiburtino) - lotto 17 (CIG: 8464819D9B CUP: G82F11000110002), con un ribasso percentuale del 30,563 %;

b) del successivo provvedimento, sempre del 15.12.2020, con cui è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione all'esito della verifica del possesso dei requisiti ex art. 32 del d.lgs. n. 50/2016;

c) della proposta di aggiudicazione formulata dal RUP in data 14.12.2020 sulla scorta della graduatoria delle offerte economiche pervenuti all'esito della determinazione della soglia di anomalia;

d) in parte qua, dei verbali delle operazioni di gara n. 1, 2, 3, 4 e 5 relativamente all'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica della C.F.C. s.r.l.

e) in parte qua del Disciplinare di gara telematica - cui rinvia il Bando pubblicato il 20.10.2020 per formarne parte integrante e sostanziale, pure gravato per quanto possa occorrere - con specifico riguardo all'art. 18, nella parte in cui dovesse essere

interpretato nel senso di ammettere il sub-appalto per tutti i lavori della categoria scorporabile OS4;

f) dei chiarimenti a firma del RUP n. 2 e 4 forniti dalla Centrale di Committenza in riscontro ad altrettante FAQ di operatore economici e pubblicati sulla piattaforma telematica relativa alla gara de qua;

g) di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo, ancorché non conosciuto;

Nonchè

- per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio;

- per la reintegrazione in forma specifica da disporsi mediante l'obbligo, a carico della Stazione appaltante, di comminare la sanzione dell'esclusione dell'operatore economico controinteressato e statuire, di conseguenza, l'obbligo di disporre l'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. ricorrente quale operatore economico che ha prodotto la migliore offerta, provvedendo, per l'effetto, alla sottoscrizione del relativo contratto, attesa la disponibilità della ricorrente a subentrare, ai sensi dell'art. 121, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010, espressamente dichiarata con la proposizione del presente atto;

- nella denegata ipotesi in cui l'ecc.mo Collegio non dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per la condanna in solido o in via parziaria, per quanto di ragione, della Centrale di committenza e/o della Stazione appaltante intimata al risarcimento per equivalente dei danni subiti, nella misura in cui verranno provati in corso di giudizio e, comunque, non inferiore all'utile di impresa, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curricolare, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 12 gennaio 2021, per per l'annullamento, previa emanazione di idonee misure cautelari

- della FAQ di chiarimento n. 15 a firma del RUP con cui,

confermando quanto ritenuto nella precedente nota di chiarimenti già gravata, in riscontro ad uno specifico quesito, si affermava, rinviando al disciplinare di gara impugnato, che "la categoria OS24 può essere subappaltata al 100%".

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo D'Impresa - Invitalia S.p.A. e dell'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma - ATER;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del DL 28 ottobre 2020, n. 137 conv. dalla Legge 18 dicembre 2020 n. 176, la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti, con tale modalità, i difensori come specificato nel verbale;

Dato avviso alle stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

1. La società ricorrente ha partecipato, in qualità di capogruppo di un costituendo raggruppamento di imprese, alla procedura aperta, finalizzata all'affidamento dei lavori di "installazione di n. 12 impianti ascensori da eseguirsi nei 6 edifici di proprietà dell'ATER del comune di Roma siti in località tiburtino III - lotto 17 - Via Venafro- CIG: 8464819D9B CUP:G82F11000110002" indetta dalla Centrale di Committenza Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa - Invitalia S.p.A. (d'ora innanzi, solo "Invitalia") per conto dell'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma - ATER (anche solo "ATER") in forza della Convenzione del 3 ottobre 2019 tra le stesse stipulata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per un importo a base d'asta di € 1.718.887,01 (Euro un milionesettecentodiciottomilaottocentoottantasette/01), oltre IVA, così ripartito:

- Categoria OG1 - Prevalente, nella classifica III bis, € 1.239.367,71;

- Categoria OS4 - Scorporabile, nella classifica II, €

479.519,30.

1.1. All'esito delle operazioni di gara, determinata la soglia di anomalia pari a 30,73777 ed escluse le offerte ricomprese nelle c.d. ali di maggior o minor ribasso in misura del 10%, il RUP ha formulato proposta di aggiudicazione in favore della C.F.C. S.r.l., la quale ha offerto un importo pari a € 1.093.770,130, corrispondente ad un ribasso percentuale del 30,56300%, mentre il costituendo RTI partecipato dalla ricorrente si è collocato al secondo posto tra le offerte non anomale, con un ribasso percentuale offerto del 30,56 %, pari a quello offerto dalla società Sant'Angelo S.r.l.

1.2. Eseguite le verifiche previste dagli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, con atto prot. n. 201451 del 15.12.2020 la procedura è stata definitivamente aggiudicata alla odierna controinteressata.

2. Avverso tale esito procedimentale, nonché nei confronti della presupposta *lex specialis* di gara, insorge la ricorrente, che, con il ricorso introduttivo ne lamenta l'illegittimità per "violazione e falsa applicazione dell'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 - violazione degli artt. 1 ss. del D.M. n. 248/2016 - violazione del disciplinare di gara, con specifico riferimento agli artt. 7 e 12.2 - violazione della *par condicio competitorum* - violazione dell'art. 97 della costituzione - violazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990 - eccesso di potere - difetto di istruttoria - irragionevolezza - ingiustizia manifesta e palese - carenza di istruttoria - illogicità - altri profili".

2.1. Deduce, in particolare, che la controinteressata, la quale ha partecipato alla gara come operatore economico singolo, avvalendosi dell'attestazione SOA di un'impresa ausiliaria, per raggiungere i requisiti di qualificazione (Classifica IV) nella categoria prevalente OG1, ha dichiarato di voler subappaltare tutti i lavori della categoria OS4 per i quali non è qualificata, in applicazione della clausola del disciplinare di gara (art. 18) che consente la possibilità di affidare in subappalto la totalità delle prestazioni contrattuali afferenti a tale categoria scorporabile. Tale clausola, così come gli atti che della stessa hanno fatto applicazione, sarebbero tuttavia illegittimi in quanto, sebbene la

giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia rilevato il contrasto con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che prevedono limiti generali al subappalto, dovrebbe ritenersi ancora vigente la previsione dell'art. 105 comma 5 del d.lgs. 50/2016 che vieta di subappaltare in misura superiore al 30 % le opere super-specialistiche (SIOS), tra cui rientra la OS4.

3. Con motivi aggiunti notificati e depositati il 12 gennaio 2021 l'impugnazione è stata estesa alla FAQ di chiarimento n. 15, a firma del RUP Invitalia, con cui, confermando quanto ritenuto nella precedente nota di chiarimenti già gravata, in riscontro ad uno specifico quesito, si affermava, rinviando al disciplinare di gara impugnato, che "la categoria OS24 può essere subappaltata al 100%", in relazione ai medesimi profili di illegittimità dedotti con il ricorso introduttivo.

4. Parte ricorrente ha, dunque, formulato le domande riassunte in epigrafe.

5. Si è costituita in giudizio l'ATER la quale ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, essendo stata la procedura di gara impugnata espletata dalla Centrale di Committenza Invitalia S.p.A., ed ha comunque chiesto la reiezione del ricorso e della connessa istanza cautelare, affermandone l'infondatezza.

6. Si è parimenti costituita Invitalia, la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione della mancata evocazione in giudizio della Sant'Angelo S.r.l., classificatasi a pari merito nella graduatoria risultante all'esito delle operazioni di gara, e la sua infondatezza nel merito, dovendosi procedere alla disapplicazione di ogni disposizione normativa limitativa del subappalto - ivi compreso, dunque l'art. 105 comma 5 del d.lgs. 50/2016 - in quanto giudicata dalla Corte di Giustizia contrastante con la normativa comunitaria, ed essendo rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la previsione di eventuali deroghe a tale principio generale.

7. Non si è, invece, costituita in giudizio la controinteressata CFC S.r.l., nonostante la ritualità della notificazione alla stessa effettuata.

8. Alla camera di consiglio del 3 febbraio 2021, tenutasi con le modalità indicate, previo avviso ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Devono essere preliminarmente respinte tutte le eccezioni in rito sollevate dalle parti.

9.1. Con riferimento alla mancata evocazione in giudizio della Sant'Angelo S.r.l., rileva il Collegio che quest'ultima non può essere considerata quale controinteressata, tale dovendosi intendere, per costante affermazione della giurisprudenza (ex multis, da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n.6855) il soggetto, individuato testualmente dall'atto e quello facilmente individuabile in ragione delle indicazioni contenute nell'atto impugnato, al quale quest'ultimo attribuisce una posizione di vantaggio e che sia, pertanto, interessato alla relativa conservazione; nel caso di specie il disciplinare di gara prevede, all'art. 24, che in caso presentazione di offerte uguali il RUP debba invitare gli offerenti alla presentazione di una offerta migliorativa e, in caso di mancata presentazione di quest'ultima, al sorteggio, così che tale società non può ritenersi controinteressata ma, se mai, cointeressata, potendo ottenere dall'annullamento degli atti impugnati una eventuale chance di ottenere l'aggiudicazione.

9.1.1. In ogni caso l'art. 41 comma II c.p.a. impone la notificazione del ricorso ad "almeno uno dei controinteressati" così che, anche qualora la San'Angelo S.r.l. dovesse ritenersi tale, dovrebbe, se mai, essere disposta l'integrazione del contraddittorio.

9.2. Deve essere respinta anche l'eccezione di carenza di legittimazione passiva formulata dall'ATER; se è vero, infatti, che i provvedimenti impugnati sono stati emanati da Invitalia quale Centrale di Committenza, così che la stessa deve certamente ritenersi parte necessaria del giudizio ai sensi del citato art. 41 c.p.a., ciò non comporta che l'Ente per conto del quale la procedura di affidamento è stata svolta debba ritenersi del tutto estraneo al processo avente ad oggetto l'aggiudicazione, dovendo lo stesso stipulare il contratto con l'aggiudicatario. Proprio l'effetto ostativo alla stipula derivante dalla proposizione dell'istanza cautelare (c.d. "stand still") previsto dall'art. 32 comma 9 del d.lgs. 50/2016 comporta, infatti, ad avviso della Sezione, che l'ATER non possa ritenersi estranea al presente giudizio.

10. Nel merito il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati, nei termini di seguito esposti.

10.1. L'art. 105 del d.lgs. 50/2016 prevede:

- al comma 2: "... Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture;

- al comma 5: "Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso".

10.2. L'art. 89 comma 11 dello stesso decreto, richiamato dall'art. 105 comma 5, ha ad oggetto le "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera

superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori”.

10.3. L'art. 2 lett d) del DM 10 novembre 2016 n. 248 individua la categoria “OS4 - Impianti elettromeccanici trasportatori” tra quelle oggetto della disciplina dei citati art. 89 comma 11 e 105 comma 5 d.lgs. 50/2016.

10.4. L'art. 105 commi 2 e 5 del Codice dei Contratti è stato, in primo luogo, oggetto della procedura di infrazione 2018/2273, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019; quest'ultimo, al punto 1.3, ha evidenziato il contrasto delle citate disposizioni con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (“la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 2, terza frase, e l'articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l'articolo 63, paragrafo 2, e l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE”).

10.5. Prima della definizione di tale procedura, peraltro, la Corte di Giustizia, sez. V, con la sentenza del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE dal TAR per la Lombardia con ordinanza del 13 dicembre 2017 (inerente un appalto di lavori) ha affermato che:

- (40) “la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”;

- (45) “... occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui

trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.”.

10.5.1. La sentenza in argomento, come risulta dal par. 22, ha valutato la questione di compatibilità dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 con il diritto dell'Unione esclusivamente in relazione alla direttiva 2014/24 - nonostante il TAR Lombardia, nell'ordinanza ex art. 267 TFUE, avesse sollevato la questione anche con riferimento alla ipotizzata violazione delle disposizioni generali di cui agli art. 49 e 56 TFUE e del principio di proporzionalità - rilevando che “poiché il valore dell'appalto di cui al procedimento principale, al netto dell'IVA, è superiore alla soglia di EUR 5 225 000 prevista all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, è con riferimento a quest'ultima che occorre rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale”.

10.6. La Corte UE si è, inoltre, espressa in termini analoghi con la successiva sentenza della sez. V 27 novembre 2019, nella causa C-402/18, con riferimento ad un appalto pubblico di servizi bandito nel vigore della previgente direttiva 2004/18, affermando la contrarietà all'art. 25 di quest'ultima dell'art. 118, commi 2 e 4, del decreto legislativo n. 163/2006 (abrogato dal d.lgs. 50/2016).

10.7. La giurisprudenza interna ha recepito le indicazioni della Corte comunitaria affermando che:

- la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento “dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”, secondo la formulazione del comma 2 della

disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»)(Cons. di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020 n. 8101);

- è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24. Quest'ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente. (TAR Toscana, 9 luglio 2020 n. 898).

10.8. Dal riferito quadro giurisprudenziale deve inferirsi l'illegittimità, per contrasto con l'art. 71 della direttiva 2014/24, delle sopra riportate disposizioni dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 e, in generale, delle ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati al subappalto delle prestazioni contrattuali, fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare e adeguatamente motivare, in relazione alla specificità del caso, la previsione di eventuali limiti proporzionati allo specifico obiettivo da raggiungere.

10.9. Come noto, le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario.

10.10. I riferiti principi non possono, tuttavia, trovare applicazione al caso di specie, poiché lo stesso riguarda un appalto di importo (€ 1.718.887,01) inferiore alla soglia

comunitaria (fissata, per gli appalti di lavori, in € 5.225.000, ai sensi di quanto disposto, da ultimo, dai regolamenti n. 1828/2019 e 1827/2019 che modificano, rispettivamente, la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/23/UE, a decorrere dal 20 novembre 2019 e con effetto dal 1° gennaio 2020). Tale questione è stata sottoposta dal Collegio al contraddittorio delle parti presenti all'udienza del 3 febbraio 2021.

10.11. Le norme della direttiva 2014/24 - rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 - trovano infatti applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate, come periodicamente revisionate ai sensi dell'art. 6 della stessa direttiva.

10.12. Nel caso di specie Invitalia ha invece disposto (art. 18 comma II del disciplinare) che "Ai sensi ed in conformità dell'articolo 71 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, non vi sono limitazioni al subappalto delle prestazioni oggetto del presente intervento".

10.13. La norma comunitaria di cui la stazione appaltante ha disposto l'applicazione in luogo di quella interna (ad oggi non abrogata) non può tuttavia applicazione alla procedura di gara, poiché la prevalenza della prima sulla seconda ne presuppone l'applicabilità alla fattispecie concreta realizzandosi, in caso contrario, una violazione della legge nazionale vigente.

10.14. La stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato (sez. V, 5 aprile 2017, C-298/15 ("Borta")) che, con riferimento all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE "in particolare,

degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (v., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, EU:C:2016:747, punto 19)".

10.15. Nel caso di specie, tuttavia, Invitalia non solo ha espressamente disposto la diretta applicazione della direttiva 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero, così che, sotto tale dirimente profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 105 comma 5 d.lgs. 50/2016, alla quale consegue l'accoglimento del ricorso, con riferimento alla domanda caducatoria, e così l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

10.16. Non possono essere, invece, accolte le ulteriori domande spiegate da parte ricorrente (declaratoria di inefficacia del contratto e reintegrazione in forma specifica), sia perché il contratto non risulta stipulato, sia in quanto dal disposto annullamento discende per l'amministrazione l'obbligo non già di aggiudicare immediatamente al costituendo RTI di cui la ricorrente è mandataria, bensì di eseguire la procedura di cui all'art. 24 del disciplinare di gara in caso di presentazione di offerte uguali.

11. Le spese seguono la soccombenza nei confronti di Invitalia S.p.a., e sono liquidate in dispositivo, mentre sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle stesse nei confronti dell'ATER, non avendo la stessa partecipato all'emanazione dei provvedimenti risultati illegittimi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo D'Impresa - Invitalia S.p.A. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida nella somma di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge ed oltre al rimborso del contributo unificato, se versato.

Spese compensate nei confronti dell'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma - ATER.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Luca De Gennaro, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Emanuela Traina

Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)