

Publicato il 15/12/2020

N. 13527/2020 REG.PROV.COLL.

N. 06759/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6759 del 2020, proposto da Althea Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mascia Fumini, Lidia Scantamburlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella, Egidio Mammone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del Bando (inviato per pubblicazione in GUUE in data 30 giugno 2020 e pubblicato il 2 luglio 2020, nonché successivamente pubblicato in G.U. – 5° Serie Speciale, n. 80, in data 13 luglio 2020) con cui l'Azienda Ospedaliera San Camillo – Forlanini, UOSD Ingegneria Clinica, ha indetto la "Procedura aperta per l'affidamento dell'Appalto per i Servizi Integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di Alta Tecnologia dell'Azienda Ospedaliera San Camillo - Forlanini" articolata in 4 (quattro) lotti;

- del Disciplinare di Gara riguardante la "procedura aperta per l'affidamento per l'affidamento dell'Appalto per i Servizi Integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di Alta Tecnologia dell'Azienda Ospedaliera San Camillo - Forlanini " articolata in 4 (quattro) lotti;

- del Capitolato relativo alla "Procedura aperta per l'affidamento dell'Appalto per i Servizi Integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di Alta Tecnologia dell'Azienda

Ospedaliera San Camillo - Forlanini" articolata in 4 (quattro) lotti; in particolare, nella parte in cui non consente "l'utilizzo di ricambi, sub-assemblaggi, parti e/o componenti che non siano originali e/o approvati dalla ditta produttrice" prevedendo inoltre che "inoltre che il montaggio e la sostituzione di eventuali parti originali deve essere effettuata da personale in possesso delle adeguate e certificate capacità tecniche secondo quanto stabilito e autorizzato dai singoli produttori" e, a tal fine, richiede agli operatori economici di "produrre in sede di gara apposite dichiarazioni rilasciate dai produttori/fornitori ufficiali riguardo alla disponibilità a fornire il materiale di ricambio originale, nonché attestazione della qualificazione della manodopera per le apparecchiature oggetto dell'Appalto";

- ove occorrer possa, della Deliberazione del Direttore Generale n. 821 del 3 giugno 2020;

oltreché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2020 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame è stato impugnato il bando (inviato per pubblicazione in GUUE in data 30 giugno 2020 e pubblicato il 2 luglio 2020, nonché successivamente pubblicato in G.U. – 5° Serie Speciale, n. 80, in data 13 luglio 2020) con cui l'Azienda Ospedaliera San Camillo – Forlanini - UOSD Ingegneria Clinica, ha indetto la "Procedura aperta per l'affidamento dell'Appalto per i Servizi Integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di Alta Tecnologia dell'Azienda Ospedaliera San Camillo - Forlanini" articolata in 4 (quattro) lotti;

il relativo Disciplinare di Gara, e del Capitolato, nella parte in cui non consente "l'utilizzo di ricambi, sub-assemblaggi, parti e/o componenti che non siano originali e/o approvati dalla ditta produttrice", prevedendo inoltre che "inoltre che il montaggio e la sostituzione di eventuali parti originali deve essere effettuata da personale in possesso delle adeguate e certificate capacità tecniche secondo quanto stabilito e autorizzato dai singoli produttori" e, a tal fine, richiede agli operatori economici di "produrre in sede di gara apposite dichiarazioni rilasciate dai produttori/fornitori ufficiali riguardo alla disponibilità a fornire il materiale di ricambio originale, nonché attestazione della qualificazione della manodopera per le apparecchiature oggetto dell'Appalto".

La ricorrente censura la portata immediatamente escludente della Lex di gara.

La procedura risulta suddivisa in 4 (quattro) lotti individuati, ciascuno, in ragione del produttore delle apparecchiature la cui manutenzione è posta a base di gara; trattasi di una manutenzione "post" vendita di tipo "full risk", inclusiva, quindi, di "tutte le parti di ricambio che dovessero rendersi necessarie a garantire il corretto funzionamento delle singole apparecchiature (comprese le parti in vetro), ad eccezione dei soli materiali definiti monouso (ad es circuiti monopazienti, carta per stampanti)" (art. 2 del Capitolato, pag. 6).

Secondo la ricorrente, la lex di gara non consente di fatto la partecipazione ai c.d. manutentori indipendenti, cioè quegli operatori economici, quali Althea, che non sono in alcun modo legati ai produttori delle apparecchiature medicali (anche detti original equipment manufacturer - OEM).

Ciò perché la lex di gara sarebbe strutturata in modo tale che l'affidamento dei servizi possa intervenire unicamente in favore dei produttori delle apparecchiature o di terzi operatori legati ai primi da accordi di esclusiva (ovvero che sono con i produttori in un rapporto di controllo e/o collegamento societario).

In proposito, la ricorrente rileva che il Disciplinare di Gara, ai fini della qualificazione e dei requisiti di capacità tecnica e professionale, impone agli operatori il possesso "di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001 in corso di validità, idonea, pertinente e proporzionata all'oggetto dell'Appalto" (punto 7.3 del Disciplinare di cui al doc. 2) (requisito di cui Althea è in possesso).

Ma questa apparente apertura al mercato sarebbe poi disattesa dalle previsioni del Capitolato, il cui contenuto sarebbe "tailor made" per i produttori (impiego di manodopera certificata e autorizzata dal produttore, disponibilità di ricambi, sub-assemblaggi, parti e/o ricambi solo originali e/o approvati dalla ditta produttrice).

In conclusione, la lex di gara consentirebbe unicamente ai produttori delle apparecchiature di cui a ogni singolo di lotto di presentare offerta ovvero di eseguire l'appalto, escludendo tutti gli altri operatori indipendenti e che non sono legati ai produttori per ragioni societarie o commerciali (di esclusiva).

Al fine di dimostrare ciò, la ricorrente evidenzia che:

- l'art. 2 ("Servizi oggetto dell'appalto") del Capitolato recita che: "...non è consentito l'utilizzo di ricambi, sub-assemblaggi, parti e/o componenti che non siano originali e/o approvati dalla ditta produttrice, inoltre il montaggio e la sostituzione di eventuali parti di ricambio deve essere effettuato da personale in possesso delle adeguate e certificate capacità tecniche secondo quanto stabilito e autorizzato dai singoli produttori. Le Ditte concorrenti dovranno produrre in sede di gara apposite dichiarazioni rilasciate dai produttori/fornitori ufficiali riguardo alla disponibilità a fornire il materiale di ricambio originale, nonché attestazione della qualificazione della manodopera per le apparecchiature oggetto dell'Appalto" (art. 6 del Capitolato – doc. 3);

- gli artt. 6.2 ("Manutenzione preventiva"), 6.3 ("Manutenzione correttiva") e 6.6 ("Verifiche di Sicurezza Elettrica") del Capitolato dispongono, rispettivamente, quanto segue: (i) "tutti i materiali sostituiti nel corso della manutenzione dovranno essere originali e la manodopera dovrà essere certificata" (art. 6.2, pag. 11); (ii) "I ricambi e i materiali necessari alla risoluzione del guasto dovranno essere originali, la manodopera dovrà essere certificata ed autorizzata dal produttore" (art. 6.3, pag. 13) ed ancora "Tutti i ricambi utilizzati per le attività di manutenzione a guasto dovranno essere originali, ovvero certificati e approvati dalla ditta produttrice, nonché la manodopera dovrà essere autorizzata dal produttore" (art. 6.3, pag. 14); (iii) "Nel caso in cui l'intervento di "rimessa a

norma" comporti una modifica dell'apparecchiatura, tale attività dovrà essere eseguita dalla casa produttrice o esclusivista e verrà considerato quale attività di manutenzione correttiva extra canone" (art. 6.6, pag. 17).

Ai fini dell'interesse al ricorso, la ricorrente precisa che l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando che, come nel caso di specie, siano formulate in contrasto con il principio di equivalenza di cui all'art. 68 e 100 del D. Lgs. n. 50/2016 s.m.i. sarebbe stato recentemente confermato da questa Sezione con sentenza n. 8724 del 27 luglio 2020.

E in relazione a una procedura di gara che la ricorrente definisce "assolutamente speculare a quella di cui oggi si discute", con decreto n. 5307 del 9 agosto 2020 sempre questa Sezione ha disposto la sospensione provvisoria degli atti di gara che erano stati impugnati sempre da Althea per le medesime doglianze di cui al presente ricorso; e in seguito all'adozione del decreto, la stazione appaltante ha ritenuto necessario intervenire in autotutela, annullando tutti gli atti di gara.

La Lex di gara contiene inoltre l'illegittimo limite al subappalto fissato nella percentuale del 30%.

L'Azienda rileva che la ricorrente non ha in alcun modo dimostrato l'impossibilità di acquisire le attestazioni richieste.

Non è stato infatti, prodotto un rifiuto del costruttore/fornitore al rilascio delle dichiarazioni né documentate obiettive ragioni che ne impediscano l'acquisizione.

Già la predetta mancata idonea allegazione renderebbe il ricorso inammissibile perché non sussiste un interesse diretto, attuale e concreto ma si agisce per un danno temuto.

L'Azienda spiega anche che con la richiesta di "dichiarazioni", che volutamente non sono state tipizzate e che vengono indicate del tutto genericamente, non ha inteso minimamente limitare la partecipazione, ma ha solamente voluto garantire che le imprese concorrenti alla gara abbiano idonee referenze e siano in grado di fornire prestazioni di altissima specializzazione in un settore ad elevatissima tecnologia.

Pertanto qualsiasi tipo di dichiarazione attestante la disponibilità di prodotti originali e la qualificazione della manodopera può soddisfare il requisito prescritto nella lex specialis e potrà essere agevolmente reperito e presentato dalle ditte concorrenti appartenenti a tale ambito di mercato.

Peraltro gli operatori economici del settore che svolgono abitualmente dette attività, come la ricorrente, sono già in possesso di certificazioni e di attestazioni dalle quali risulta che la manodopera utilizzata per gli interventi tecnici è qualificata ed è in grado in modo professionale di mantenere e/o riparare apparecchiature di alta tecnologia.

Ancora, l'Azienda segnala in particolare che Althea (già da tempo subentrata alla mandante Ingegneria Biomedica Santa Lucia) è una delle imprese associate in ATI con altre note aziende costruttrici di apparecchiature biomediche, e fornisce prestazioni altamente qualificate nell'ambito dell'appalto attualmente in esecuzione per la manutenzione e riparazione delle apparecchiature sanitarie in dotazione alla resistente azienda ospedaliera (cfr. all.1).

In ogni caso, la richiesta della S.A. per accertare la qualificazione delle imprese, appare legittima e giustificata perché è la procedura di gara indetta con deliberazione n. 821/2020, per l'affidamento dei servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche di alta tecnologia,

riguarda attrezzature sanitarie che rivestono carattere di particolare complessità nel panorama della dotazione tecnologica dell'Azienda, poiché sono sistemi di elevatissima complessità tecnologica e di altrettanto elevata criticità di utilizzo, in quanto preposti al trattamento e diagnosi di patologie gravi e delicate quali a titolo esemplificativo, quelle oncologiche, cardiache, neurologiche.

Con ordinanza n. 6176 del 05.10.2020 questa Sezione ha rigettato l'istanza cautelare, "considerato, nella valutazione sommaria propria della fase cautelare, che la ricorrente non ha in alcun modo dimostrato l'impossibilità di acquisire le attestazioni previste, che non ha neppure richiesto, e che peraltro è una delle imprese associate nell'ATI che fornisce prestazioni nell'ambito dell'appalto attualmente in esecuzione per la manutenzione e riparazione delle apparecchiature sanitarie in dotazione alla resistente Azienda ospedaliera".

Alla pubblica udienza dell'01.12.2020 la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso è infondato, e quindi da rigettare.

1) Come correttamente rilevato dall'Azienda, le case produttrici non possono rifiutarsi di vendere prodotti originali a manutentori accreditati né di certificare imprese indipendenti che hanno i requisiti di qualità e professionalità, perché un simile comportamento si rivelerebbe un abuso di posizione dominante, qualificabile come "abuso di impedimento in danno dei concorrenti", idonea a favorire regimi di monopolio, ovvero una condotta protezionista suscettibile di essere sanzionata come anticoncorrenziale.

La materia trova la propria principale fonte di regolamentazione nell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che vieta lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, come anche ribadito dall'art. 3 della L. 10 ottobre 1990 n. 287.

Qualora si verifichi un abuso la condotta può essere sanzionata dall'Autorità Garante, che può disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato, ma può anche essere oggetto di una azione risarcitoria da parte di chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese.

Tale divieto per i costruttori di favorire il restringimento del mercato, nonché la circostanza della effettiva e attuale collaborazione commerciale di Althea con i produttori, dimostra che la ricorrente avrebbe potuto, se avesse voluto, acquisire quelle attestazioni utili per la partecipazione alla gara.

Inoltre, la S.A. ha richiesto solo "dichiarazioni" e/o "attestazioni" da parte dei produttori/fornitori, che volutamente non sono state tipizzate e che vengono indicate del tutto genericamente, con l'intento proprio di non restringere la partecipazione e poter consentire all'Azienda di accettare qualsiasi forma di accordo commerciale o di accreditamento delle "case madri" nei confronti dei manutentori indipendenti.

Pertanto, ogni dichiarazione attestante la disponibilità di prodotti originali e la qualificazione della manodopera poteva soddisfare il requisito prescritto nella lex specialis, e poteva essere agevolmente reperita e presentata dalle ditte concorrenti appartenenti a tale ambito di mercato.

E come già rilevato, alcuni operatori economici del settore che svolgono abitualmente dette attività, come la ricorrente, sono già in possesso di certificazioni e di attestazioni dalle quali risulta che la manodopera utilizzata per gli interventi tecnici è qualificata ed è in grado in modo professionale di mantenere e/o riparare apparecchiature di alta tecnologia come quelle de quibus.

Ne consegue che ha ragione l'Azienda a rilevare che la mancata partecipazione di Althea alla gara rientra in una sua autonoma scelta commerciale, e non è dovuta all'impossibilità di presentare offerta.

Secondo il Collegio, la circostanza, valorizzata dalla ricorrente, che, alla scadenza del termine previsto, "per ciascuno lotto ha presentato offerta solo il produttore dell'apparecchiatura la cui manutenzione costituisce oggetto di gara", non è probante nel senso affermato dalla ricorrente.

La ricorrente ha poi fatto invocato la circostanza che in, relazione a una procedura di gara che essa definisce "assolutamente speculare a quella di cui oggi si discute", con decreto n. 5307 del 9 agosto 2020, emesso sulla base della sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta con ricorso n. 6499/2020, con cui la ricorrente aveva fatto valere motivi di ricorsi identici, e che "in seguito all'adozione del decreto, la stazione appaltante ha ritenuto necessario intervenire in autotutela, annullando tutti gli atti di gara".

In realtà, in quella gara, con Delibera del Direttore Generale n. 722 del 25.08.2020, la ASL Roma 1, nell'esercizio del proprio potere generale di revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, del tutto indipendenti dai profili di censura sollevati dalla ricorrente, ha disposto, ai sensi dell'art. 21 quinquies L. 241/1990, la revoca della Delibera di indizione della gara.

Infine, la ricorrente ha dato molta enfasi alla circostanza, che rileverebbe nel contenzioso in esame, che, a seguito di sua specifica segnalazione, con provvedimento n. 27007 del 31.01.2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM ha deliberato "l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di GE Medical Systems Italia S.p.A., e delle sue controllanti GE Healthcare Italia S.r.l. e GE Italia Holding S.r.l, di Siemens Healthcare S.r.l., e della sua controllante Siemens Healthineers Holding III B.V., di Philips S.p.A., e delle sue controllanti Philips SAECO S.p.A e Koninklijke Philips N.V., per accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 102 TFUE".

Ma, come specificato al par. III della delibera, "le presunte condotte restrittive si articolerebbero come segue":

- i) "recente apposizione, da parte delle case produttrici, sui propri dispositivi medicali di diagnostica per immagini, di software di protezione e relativi codici/password o chiavi di accesso (di seguito "chiave service") e contestuale rifiuto a concedere l'accesso a fattori necessari a svolgere l'attività di manutenzione, tra cui l'accesso ai software di gestione e ai manuali di service e il rifiuto a concedere le chiavi service di protezione";
- ii) "rifiuto a cedere pezzi di ricambio originali, anche tramite l'assenza di risposte o di azioni dilatorie nelle risposte a fronte di richieste di quotazioni formulate dal segnalante, e/o ritardi nella consegna (cd rifiuto costruttivo)";
- iii) "azioni di denigrazione, in particolare poste a danno del segnalante, presso le strutture sanitarie per screditarne l'operato e per ingenerare la convinzione che solo i fabbricanti dei dispositivi siano in grado di fornire i servizi di manutenzione sui propri dispositivi di diagnostica per immagini ad alta tecnologia in quanto unici a disporre dei fattori essenziali".

Il Collegio non può tuttavia ritenere tale circostanza determinante, nel senso prospettato dalla ricorrente, e ciò per una serie di ragioni.

Innanzitutto, perché si tratta del mero avvio di una istruttoria, e non di un provvedimento che della violazione dell'art. 102 abbia accertato la effettiva violazione, nel senso indicato.

Poi perché è la stessa AGCM, al punto 43 della delibera, che, effettivamente, “dagli atti emergerebbe che le condotte, apparentemente non giustificate, potrebbero essere motivate dal mero intento di ostacolare o porre in evidente svantaggio competitivo i concorrenti, in particolare quelli, quali il segnalante, che operano in qualità di manutentori indipendenti. Ciò anche alla luce del fatto che, sulla base delle informazioni acquisite, a fronte di rifiuti opposti al segnalante, le case produttrici parti del presente procedimento non sono estranee ad accordi commerciali o partnership tra loro, anche a livello mondiale, per assicurarsi la disponibilità dei fattori necessari allo svolgimento della manutenzione, in particolare quando si tratta di servizi multi-vendor”.

E tuttavia, “sempre con riguardo alle richieste del segnalante, si è visto, peraltro, che a differenza delle condotte assunte da GE, Siemens e Philips, altri produttori interpellati nelle medesime occasioni dal segnalante hanno, invece, manifestato la propria collaborazione al concorrente, nel caso risultasse affidatario del servizio”.

E pertanto, tale circostanza conferma che le descritte previsioni del bando non impedivano tout court alla ricorrente di presentare offerta.

2) Col secondo motivo, la ricorrente lamenta che la Lex di gara contiene illegittimamente il limite al subappalto fissato nella percentuale del 30%, mentre il decreto “sblocca cantieri” avrebbe innalzato la percentuale al 40%, e la disciplina europea non ammetterebbe una limitazione quantitativa.

Al fine di sostenere la censura, la ricorrente invoca la sentenza di questa Sezione n. 11304 del 03.11.2020, che a sua volta richiama T.A.R. Lazio, sez. I, 24.04.2020 n. 4183.

Ma la sentenza richiamata di questa Sezione dà torto alla ricorrente.

In quel giudizio, la ricorrente si era lamentata del fatto che il disciplinare di gara avesse fissato al 40% la quota massima dell'appalto subappaltabile, sostenendo che ciò fosse in contrasto con le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea – CGUE nelle sentenze 27 novembre 2019, C – 402/18 e 26 settembre 2019 C – 63/18.

Ora, è vero che in particolare quest'ultima pronuncia ha affermato che “la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici deve 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”.

Ma quella pronuncia della Corte europea trova una precisa giustificazione nella particolarità del caso esaminato, trattandosi di valutare se il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, come più volte la Corte ha ammesso.

E allora la Corte ha specificato che, “anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”, nel senso che, “durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i

quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità”; e siccome la normativa nazionale sottoposta all’esame della Corte, cioè l’art. 105, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, “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”, e “un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell’ente aggiudicatore”, si ha come conseguenza che, “per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev’essere realizzata dall’offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto, anche nel caso in cui l’ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell’ambito dell’appalto in questione”.

E allora, ha affermato la Corte, “misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l’obiettivo perseguito dal legislatore italiano”, tenendo anche conto che, “come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l’accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese”.

Ed è solo per questo, ma non certo come divieto generalizzato al legislatore di fissare limiti al subappalto, che la Corte ha ritenuto che, in quel caso, “una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24”.

Ed è in relazione a tali conclusioni che, con la citata sentenza, questa Sezione ha precisato che la pronuncia della Corte, “pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell’Unione di limiti superiori”, nel senso che la Corte ha sì “considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato”, ma “non escludendo invece che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo”, cosicché “non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l’attuale limite pari al 40% delle opere, previsto dall’art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019.

Infatti, è l’art. 1, comma 18, del D.L. 18/04/2019 n. 32, conv. in L. 14.06.2019 n. 55, ad aver previsto che, “nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all’articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l’applicazione del comma 6 dell’articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell’articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all’articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore”.

Vale a dire che detta previsione non vincola le Amministrazioni, limitandosi a stabilire un tetto massimo, in considerazione delle caratteristiche dell’appalto, lasciando alla discrezionalità delle stazioni appaltanti di scegliere la percentuale più adeguata.

È possibile, pertanto, che, come è accaduto nella specie, la S.A. preveda dei limiti inferiori al 40% per le prestazioni subappaltabili, avendo essa individuato il limite del 30% in considerazione della natura altamente specialistica e tecnologica dell’appalto de quo.

In conclusione, il ricorso va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Quater, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 3.000,00, oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE  
Dauno Trebastoni

IL PRESIDENTE  
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO