

Pubblicato il 17/07/2024

N. 01886/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00508/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 508 del 2024, proposto da Beta 80 s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B033C39A34, rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco e Alfonso Polillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Viveracqua s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Gaz ed Enrico Gaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Acquevenete s.p.a., Acque del Chiampo s.p.a., Acque Veronesi s.c.a.r.l., Alto Trevigiano Servizi s.p.a., Azienda Gardesana Servizi s.p.a., Bim Gestione Servizi Pubblici s.p.a., Etra s.p.a., Livenza Tagliamento Acque s.p.a., Medio Chiampo s.p.a., Piave Servizi s.p.a. e Viacqua s.p.a., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della comunicazione trasmessa a mezzo pec in data 12 aprile 2024 da Viveracqua s.c.a.r.l. e avente ad oggetto "Procedura aperta avente ad oggetto lo sviluppo di una piattaforma software unica per le società consorziate aderenti a Viveracqua per i 'Piani di Sicurezza delle Acque' e servizi accessori - codice gara VAG23F4765 // COMUNICAZIONE, ai sensi dell'art. 90 del d. Lgs. 36 del 2023, di esclusione dell'offerta", in relazione alla gara con codice VAG23S4765 e CIG B033C39A34 bandita da Viveracqua con bando di gara dell'1 febbraio 2024;

- del provvedimento di rigetto dell'istanza in autotutela, presentata da Beta 80 S.p.A. in data 17 aprile 2024, di cui alla nota del RUP del 22 aprile 2024;

- dei verbali di gara e/o delle determinazioni (allo stato non conosciuti) che hanno disposto in merito all'esclusione di Beta 80 s.p.a. nonché del successivo verbale e/o determinazione che ha disposto in merito al rigetto dell'istanza in autotutela;

- del bando di gara dell'1 febbraio 2024, del disciplinare di gara, delle norme tecniche e relativi allegati, del capitolato speciale d'appalto, dei chiarimenti nonché in ogni caso di tutti i documenti e gli atti di

gara e di tutti i verbali di gara di seduta pubblica e di seduta riservata, anche non conosciuti, in parte qua hanno determinato e/o legittimato l'esclusione della società Beata 80 s.p.a. dalla gara con codice VAG23S4765 e CIG B033C39A34;

- del bando di gara nonché degli artt. 7.2., 7.2. lett. b) e 8 del disciplinare di gara, in parte qua hanno determinato e/o legittimato – in virtù delle disposizioni ivi contenute in merito ai requisiti di ordine speciale, alla previsione del fatturato specifico quale requisito di capacità tecnica e professionale nonché all'avvalimento – l'esclusione della società Beata 80 S.p.A. dalla gara medesima;

- ove occorrer e possa, della deliberazione del Consiglio di amministrazione di Viveracqua s.c.a.r.l. del 29 novembre 2023, con la quale è stato deliberato di avviare la procedura di gara nonché la determinazione n. 12/24 sempre di Viveracqua s.c.a.r.l. avente ad oggetto “*procedura aperta avente ad oggetto lo sviluppo di una piattaforma software unica per le società consorziate aderenti a viveracqua per i ‘Piani di Sicurezza delle Acque’ e servizi accessori - codice gara VAG23F4765/ APPROVAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE DI GARA E INDIZIONE DELLA PROCEDURA*”, in parte qua hanno determinato e/o legittimato l'esclusione della società Beata 80 S.p.A. dalla gara con codice VAG23S4765 e CIG B033C39A34;

- degli eventuali verbali che abbiano disposto nelle more l'apertura dell'offerta tecnica e/o economica degli altri concorrenti ammessi alla procedura, la graduatoria dei concorrenti e/o l'aggiudicazione e/o l'esecuzione d'urgenza dell'appalto disposta in favore di uno di detti concorrenti e dei connessi provvedimenti di aggiudicazione e/o di esecuzione d'urgenza dell'appalto;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto, ivi incluso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione e/o di affidamento in via d'urgenza nelle more disposto;

e per l'effetto

- per la riammissione della società BETA 80 s.p.a. alla procedura di gara con conseguente ammissione alla fase di apertura delle buste tecniche ed esame dell'offerta tecnica di Beta 80 s.p.a. e/o con conseguente riconvocazione (ove già riunitasi) della Commissione Giudicatrice al fine di valutare l'offerta tecnica (ed eventualmente anche economica) di BETA 80 s.p.a. e con rifacimento delle valutazioni da parte della Commissione Giudicatrice e rinnovazione della graduatoria della gara o ancora, in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura di gara per illegittimità del bando di gara e del disciplinare di gara per i profili di cui al presente ricorso, o ancora, in estremo subordine,

- per l'accoglimento della richiesta di risarcimento del danno per equivalente;

nonché

- per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Viveracqua s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2024 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando dell'1-2-2024 Viveracqua s.c.a.r.l. (in seguito, Viveracqua), quale centrale di committenza, ha indetto per conto delle consorziate la procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36 del 2023, per l'affidamento, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di *“Sviluppo di una piattaforma software unica per i gestori idrici del veneto per i ‘piani di sicurezza delle acque’ e ‘servizi accessori’”*, per la durata di 36 mesi, per un importo pari ad euro 1.090.010,00 oltre IVA, codice gara VAG23F4765, CIG B033C39A34.

1.1. Alla gara hanno partecipato tre operatori economici tra cui Beta 80 s.p.a. (in seguito, Beta), la quale ai fini della dimostrazione del requisito di cui all'art. 7.2 lett. b) del disciplinare di gara – *“svolgimento di un servizio analogo allo sviluppo software inerente alla gestione del rischio, di importo pari ad almeno 100.000,00”* – ha presentato alla stazione appaltante il contratto di avvalimento concluso in data 14 marzo 2014 con l'ausiliaria Edith Group s.r.l. (in seguito, Edith).

1.2. Con nota del 12 aprile 2024, Viveracqua comunicava a Beta l'esclusione dalla procedura, in quanto nel contratto di avvalimento non sono indicate *“quali siano le risorse e i mezzi prestatati messi a disposizione con l'avvalimento e/o quali siano le modalità con le quali il concorrente potrà utilizzare le capacità dell'ausiliaria (Edith Group s.r.l.)”*, in contrasto con quanto richiesto dall'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 e dall'art. 8 del disciplinare.

1.3. Beta in data 17-4-2024 presentava istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione dalla procedura, evidenziando che il requisito oggetto di avvalimento riguarderebbe la capacità economico-finanziaria e si tratterebbe pertanto di avvalimento di garanzia.

1.4. Viveracqua respingeva tuttavia l'istanza di autotutela con nota 23-4-2023 in quanto *“diversamente da quanto sostenuto dal concorrente,*

1. il requisito del fatturato specifico di cui all'art. 7.2, lett. b, del disciplinare di gara, debba attestare una capacità tecnica del concorrente, dimostrata dall'esperienza acquisita nello svolgimento di contratti analoghi, e non meramente la solidità finanziaria dell'operatore;

2. conseguentemente, il contratto di avvalimento non è, quindi, di semplice garanzia e deve indicare le risorse messe a disposizione, individuandole nell'apparato aziendale che ha consentito l'esecuzione dei contratti analoghi e la maturazione dell'esperienza richiesta”.

2. Con il ricorso in esame Beta ha impugnato tali provvedimenti di esclusione dalla procedura e di rigetto dell'istanza di autotutela dalla medesima presentata sulla base dei seguenti motivi.

I - Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 100, 101, 104, 141, 153, 168 e 169 del d.lgs. n. 36/23. violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, e 97 della Costituzione e dei principi di trasparenza, concorrenza, imparzialità, par condicio e massima partecipazione. in subordine: illegittimità in parte qua della legge di gara per assoluta irragionevolezza laddove interpretata come legittimante il contestato operato della stazione appaltante.

Sotto un primo profilo, il contratto di avvalimento avrebbe determinato in modo specifico quanto fornito e messo a disposizione da parte della ausiliaria.

Nelle premesse del contratto infatti l'ausiliata Beta avrebbe dichiarato di voler acquisire *“i requisiti di cui è carente facendo affidamento su quelli posseduti dall'ausiliaria al fine di coprire quanto richiesto dai documenti di gara”* e l'ausiliaria Edith ha dichiarato *“di volersi obbligare a mettere a disposizione della stessa i predetti requisiti in fase di gara e per tutta la durata dell'appalto in caso di aggiudicazione”*.

Inoltre all'art. 2 del medesimo contratto di avvalimento l'ausiliaria Edith avrebbe precisato di obbligarsi a *“mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata e di fornire quindi le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari. Nel caso di specie, sarà fornita e messa a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il relativo patrimonio esperienziale nonché i seguenti mezzi”*:

- *“DOLOMITI ENERGIA SPA”* (committente), *“TRENTO”* (sede), *“CANONE ASSISTENZA WSP”* (descrizione prestazione), *“2023-2024”* (periodo esecuzione), *“€ 4.000,00”* (fatturato);

- *“C.I.I.P. SPA”* (committente), *“ASCOLI PICENO”* (sede), *“CANONE ASSISTENZA WSP”* (descrizione prestazione), *“2023-2024”* (periodo esecuzione), *“€ 4.000,00”* (fatturato);

- *“C.I.I.P. SPA”* (committente), *“ASCOLI PICENO”* (sede), *“SOFTWARE WATER SAFETY PLAN”* (descrizione prestazione), *“2022-2023”* (periodo esecuzione), *“€ 32.000,00”* (fatturato);

- *“DOLOMITI ENERGIA SPA”* (committente), *“TRENTO”* (sede), *“SOFTWARE WATER SAFETY PLAN”* (descrizione prestazione), *“2022-2023”* (periodo esecuzione), *“€ 35.000,00”* (fatturato);

- *“VIVA SERVIZI SPA”* (committente), *“ANCONA”* (sede), *“CANONE ASSISTENZA WSP”* (descrizione prestazione), *“2022-2023”* (periodo esecuzione), *“€ 4.000,00”* (fatturato);

- *“CAFC SPA”* (committente), *“UDINE”* (sede), *“CANONE ASSISTENZA WSP”* (descrizione prestazione), *“2022-2023”* (periodo esecuzione), *“€ 4.000,00”* (fatturato);

- *“VIVA SERVIZI SPA”* (committente), *“ANCONA”* (sede), *“SOFTWARE WATER SAFETY PLAN”* (descrizione prestazione), *“2021-2022”* (periodo esecuzione), *“€ 36.000,00”* (fatturato).

Inoltre il contratto di avvalimento andrebbe interpretato nel suo complesso e in buona fede e non sarebbe necessaria una rigida quantificazione dei mezzi d'opera e delle qualifiche del personale messo a disposizione.

Sotto un secondo profilo, il RUP prima di escludere la concorrente avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, nel corso del quale *“sarebbe certamente emersa la circostanza che l'ausiliaria è anche l'impresa con la quale Beta ha concluso il contratto di subappalto”* per l'esecuzione dei servizi *“coincidenti con quelli richiesti proprio dal requisito del fatturato specifico oggetto di avvalimento”*.

Sotto un ulteriore profilo, il fatturato specifico sarebbe un requisito economico-finanziario *“in quanto ancorato ad un dato verificatosi nel passato (vale a dire ai lavori analoghi realizzati nell'ultimo quinquennio) e non al possesso di specifiche professionalità o mezzi tecnici da impiegare nell'esecuzione dell'appalto”*.

Pertanto si tratterebbe non di avvalimento operativo, bensì di avvalimento di garanzia per il quale la giurisprudenza avrebbe chiarito che non è necessaria la precisa indicazione delle risorse dei mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Per le medesime ragioni la ricorrente ha impugnato anche le disposizioni della legge di gara che indicano il requisito del fatturato specifico come requisito di capacità tecnico-professionale, anziché di capacità economico-finanziaria.

Il - *Violazione e falsa applicazione degli artt. 10, 100, 101, 104, 141, 153, 168 e 169 del d.lgs. n. 36/23. Violazione e falsa applicazione della direttiva n. 2014/25/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 del disciplinare di gara. violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, e 97 della Costituzione e dei principi di concorrenza, par condicio e massima partecipazione.*

In via subordinata, sarebbe illegittima la prescrizione della legge di gara che richiede il requisito del fatturato specifico.

Il legislatore avrebbe infatti imposto una netta distinzione tra requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.

Invece l'art. 7.2, lett. b), del disciplinare avrebbe *"confuso e messo insieme le finalità proprie della dimostrazione dei requisiti di qualificazione di tipo economico-finanziario rispetto a quelli di capacità tecnico-professionale"*.

Inoltre sia la direttiva n. 2014/25/UE, sia il d.lgs. n. 36/23 consentirebbero alle stazioni appaltanti di richiedere come requisito speciale l'aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento, senza fare riferimento al valore dell'appalto. Le stazioni appaltanti non potrebbero quindi richiedere l'esecuzione di contratti analoghi di un determinato valore.

3. Viveracqua si è costituita in giudizio contestando nel merito le censure proposte.

4. Con ordinanza n. 193 del 10 maggio 2024 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare della ricorrente, ritenendo che il ricorso *"non presenti sufficienti profili di fondatezza"*.

4.1. L'appello avverso tale provvedimento cautelare è stato respinto - sotto il profilo del *periculum in mora* - dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2137 del 7 giugno 2024.

5. Le parti hanno depositato memorie e repliche in cui hanno sviluppato le loro difese e la ricorrente ha dato atto di avere successivamente sottoscritto un contratto preliminare per l'acquisto del 100% delle quote societarie dell'ausiliaria Edith e che sarebbe contrario al principio del risultato escluderla dalla procedura.

6. All'udienza del 10 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Le censure proposte non possono essere condivise.

7.1. Infondato è il primo profilo di censura, contenuto nel primo motivo, con cui la ricorrente sostiene che il contratto di avvalimento individuerebbe in modo specifico quanto fornito e messo a disposizione dall'ausiliaria Edith.

7.2. In base all'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, *"L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico"*.

In questo senso, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che ai fini della validità del contratto di avvalimento è necessario che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente *"cartolare e astratto"*, ma deve necessariamente risolversi nella concreta messa a

disposizione delle necessarie risorse e dell'apparato organizzativo dell'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2894; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396). La disponibilità del requisito in gara deve cioè tradursi nella effettiva disponibilità delle capacità e delle risorse necessarie in sede esecutiva.

L'art. 8 del disciplinare stabiliva quindi che *“l'ausiliario deve ... impegnarsi, verso il concorrente che si avvale verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse oggetto di avvalimento”*.

E ancora che *“Non è sanabile - e quindi è causa di esclusione - la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento”*.

7.3. Il contratto di avvalimento presentato in gara invece elenca puntualmente il requisito esperienziale “prestato” a Beta – i sette contratti conclusi da Edith con altrettanti committenti per l'esecuzione di servizi analoghi *“allo sviluppo software inerente alla gestione del rischio”*, per un importo complessivo di Euro 100.000,00 – ma non individua in alcun modo le *“dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali”* che dovrebbero garantire l'effettiva acquisizione di tale requisito esperienziale in capo all'ausiliata.

Nel contratto di avvalimento il prestito del requisito esperienziale risulta cartolare, non effettivo.

Nelle premesse infatti l'ausiliaria si limita a dichiarare di volersi obbligare *“in fase di gara e per tutta la durata dell'appalto in caso di aggiudicazione”* a mettere a disposizione di Beta i requisiti di cui è carente, senza alcuna ulteriore precisazione.

Nella tabella riportata all'art. 2 del contratto, ove dovrebbero essere indicati i mezzi trasferiti, vengono indicati esclusivamente i sette contratti sopra menzionati.

In definitiva il contratto di avvalimento non indica quali dipendenti e quali mezzi, che l'ausiliaria ha utilizzato per l'esecuzione di tali precedenti contratti, sono stati *“prestati”* all'ausiliata per garantire l'effettivo – non cartolare – trasferimento del requisito esperienziale di cui all'art. 7, lett. b), del disciplinare.

7.4. Non coglie nel segno il rilievo della ricorrente secondo cui sarebbe incongruente e ingiustamente penalizzante richiedere al solo concorrente, che ha fatto ricorso all'avvalimento, di individuare le risorse che dimostrano l'effettiva disponibilità del requisito esperienziale richiesto dal disciplinare.

7.4.1. Rientra nell'*id quod plerunque accidit* e può ritenersi quindi ragionevolmente dimostrato che l'operatore economico, il quale ha direttamente eseguito prestazioni analoghe a quelle oggetto di affidamento negli ultimi tre anni, con esito positivo, disponga effettivamente dei mezzi e delle risorse necessarie.

Nel caso in cui l'operatore economico si avvalga dell'esperienza maturata da un'altra impresa (ausiliaria) in precedenti commesse, non pare in alcun modo irragionevole che la stazione appaltante – peraltro in conformità a quanto previsto sia dal legislatore nazionale, sia dal legislatore comunitario - richieda che il prestito cartolare del requisito esperienziale sia accompagnato dall'effettiva messa a disposizione dei mezzi e del personale che hanno connotato l'acquisizione dello stesso.

In questo senso a mero titolo di esempio il contratto di avvalimento avrebbe potuto prevedere la messa a disposizione di Beta di alcuni dei tecnici informatici di Edith che hanno contribuito allo sviluppo *software* nelle precedenti commesse.

8. Infondato è il secondo profilo di censura, contenuto nel primo motivo, con cui la ricorrente lamenta che prima di escluderla dalla procedura, la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio.

8.1. Per costante giurisprudenza infatti non è ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento connesso all'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata (Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 322; Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191).

A ciò si aggiunga che l'art. 8 del disciplinare escludeva espressamente la sanabilità della mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

Peraltro va evidenziato che la stazione appaltante con la nota del 23-4-2023 ha dato riscontro all'istanza di autotutela della ricorrente, assicurando - prima della conclusione della gara - una forma di contraddittorio procedimentale.

8.2. Il contratto di subappalto concluso con l'ausiliaria non può ritenersi idoneo ad integrare il contratto di avvalimento né a costituire idonea prova dell'effettiva disponibilità del requisito prestato in quanto, in base all'art. 101, comma lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023 la mancata presentazione del contratto di avvalimento è sanabile *“mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”* e in base all'art. 8 del disciplinare il contratto di avvalimento *“deve essere nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti”*.

E il contratto di subappalto - prodotto in giudizio, non in gara - non risulta avere tali caratteristiche.

9. Infondato è il terzo profilo di censura, contenuto nel primo motivo, con cui la ricorrente sostiene che il requisito di cui all'art. 7, lett. b), del disciplinare sarebbe un requisito economico-finanziario; pertanto si tratterebbe non di avvalimento operativo, bensì di avvalimento di garanzia per il quale la giurisprudenza avrebbe chiarito che non è necessaria la precisa indicazione delle risorse dei mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria.

9.1. Invero l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, stabiliva che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nella legge di gara, possono richiedere *“che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto”* e, correlativamente, l'allegato XVII (*“Mezzi di prova dei criteri di selezione”*) prescriveva, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto.

Tuttavia il nuovo Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come requisito di capacità tecnica e professionale il requisito esperienziale del c.d. fatturato specifico.

In base all'art. 100, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023 infatti *“Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati”*.

9.2. Inoltre nella fattispecie in esame lo stesso art. 7, lett. b), del disciplinare, rubricato “*capacità tecnica e professionale (art. 100, comma 1, lett. c)*”, stabiliva espressamente che “*Al fine di provare la propria idoneità tecnica ed organizzativa allo svolgimento delle attività oggetto del presente affidamento, l’operatore economico dovrà dimostrare di avere un fatturato specifico (FS), maturato nel triennio solare antecedente alla data di pubblicazione della presente procedura (01.02.2021-02.02.2024), determinato dallo svolgimento di un servizio analogo allo sviluppo software inerente alla gestione del rischio, di importo pari ad almeno 100.000,00*”.

Anche la legge di gara chiariva quindi in modo espresso che si trattava di requisito tecnico – non di requisito economico – e che tale requisito era richiesto non al fine di assicurare la solidità economica del concorrente, bensì per garantire che questo fosse in possesso delle capacità tecniche ed organizzative necessarie ad eseguire correttamente il servizio.

E, per quanto in relazione a fattispecie riguardanti procedure indette anteriormente all’entrata in vigore del nuovo Codice, alcune pronunce anche di questo Tribunale avessero ritenuto configurabile il fatturato specifico anche come requisito economico-finanziario, la giurisprudenza amministrativa prevalente aveva già affermato che qualora la *lex specialis* di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all’avalimento, si è in presenza non di un avalimento di garanzia, ma di un avalimento operativo, il che comporta la necessità da parte dell’ausiliaria di una concreta messa a disposizione di risorse determinate, espressamente individuate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 2023, n. 8126; Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784; Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704; Cons. Stato, Sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396).

9.3. D’altra parte, oltre che espressamente consentito, risulta del tutto ragionevole e coerente con il principio cardine del risultato che per un appalto di servizi complesso come quello in esame una stazione appaltante richieda come requisito di capacità tecnico-professionale l’esecuzione di servizi analoghi di un determinato importo.

Per quanto riferita a circostanze passate, l’esecuzione di prestazioni analoghe – con esito positivo - per un determinato importo è un requisito che “illumina” in ordine all’effettiva capacità tecnica dell’operatore a eseguire la prestazione oggetto di affidamento.

10. Infondato è il secondo motivo, proposto in via subordinata, con cui la ricorrente sostiene che sarebbe illegittimo lo stesso art. 7, lett. b), del disciplinare, in quanto sia il legislatore nazionale, sia il legislatore comunitario avrebbero imposto una netta distinzione tra requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.

10.1. Come già evidenziato il requisito in questione risulta del tutto coerente con il disposto dell’art. 100, comma 11, del nuovo Codice e altresì con le prescrizioni comunitarie, in tema di requisiti di partecipazione.

Il valore dell’appalto costituisce d’altra parte un parametro di definizione dei contratti analoghi ragionevole, proporzionato e non discriminatorio.

Deve quindi ritenersi del tutto legittimo – come nella fattispecie in esame - che una stazione appaltante richieda come requisito di capacità tecnica e professionale l’esecuzione di servizi analoghi di un determinato importo.

Ciò a *fortiori* nell’ambito dei c.d. settori speciali in cui le stazioni appaltanti dispongono di più ampi profili di discrezionalità anche nella definizione dei requisiti di partecipazione.

11. Stante l'infondatezza delle censure proposte, devono essere respinte le consequenziali domande di riammissione di Beta alla procedura e di risarcimento del danno.

12. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

13. In ragione delle peculiarità della fattispecie e in particolare della novità delle questioni trattate, sussistono invece le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Nicola Bardino, Primo Referendario

Filippo Dallari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Filippo Dallari

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO