



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 966 del 2014, proposto da:

C.S.S. - Coordinamento Servizi Per Lo Sport - Società Sportiva Dilettantistica Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Barbara Bissoli, Davide Adami, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278;

contro

Comune di Verona in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni R. Caineri, Giovanni Michelin, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278, ai sensi dell'art. 25, comma1, lettera a), c.p.a.;

nei confronti di

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Bolognini, Andrea Santoro, Francesco De Marini, con domicilio eletto presso Paolo Emilio Rossi in Venezia, San Marco, 3911;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 2507 del 20.5.2014 con cui il Comune di Verona ha approvato i verbali e l'esito della gara ad evidenza pubblica di cui al bando n. 02/14 per l'affidamento in concessione del Centro Nuoto "Santini" di Verona alla controinteressata, per la durata di nove anni; dell'atto prot. n. 171091 del 23.6.2014 con il quale, in relazione all'informativa trasmessa da C.S.S. ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163 del 2006, il Comune di Verona ha comunicato che "non si ritiene di agire in autotutela"; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Verona in Persona del Sindaco P.T. e di -OMISSIS-;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco De Marini, Lorenzo Bolognini, Andrea Santoro, con domicilio eletto presso Paolo Emilio Rossi in Venezia, San Marco, 3911;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, la società sportiva dilettantistica s.r.l., denominata “Coordinamento servizi per lo sport” (C.S.S.), ha chiesto l’annullamento – previa sospensiva in via cautelare – delle determinazioni in epigrafe specificate, con le quali il Comune di Verona ha approvato i verbali della procedura di gara e l’affidamento in concessione del Centro Nuoto “Santini” alla società -OMISSIS-., per la durata di nove anni e per un importo complessivo di euro 259.333,00.

2. La ricorrente premette di aver a suo tempo impugnato in sede amministrativa la determinazione n. 5705 del 24 ottobre 2006 di aggiudicazione di una precedente gara per l’affidamento in concessione del medesimo impianto natatorio (giudizio estintosi in appello per perenzione) e di aver al contempo presentato un esposto alla Procura della Repubblica di Verona per una presunta *combine* tra l’aggiudicataria, odierna controinteressata, e un altro soggetto partecipante alla gara cui è seguita in data 18 aprile 2014 (con motivazione depositata il successivo 14 maggio), a carico di -OMISSIS-., una condanna in primo grado a mesi otto di reclusione e 300 euro di multa, pena sospesa, per il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

3. Ciò posto, la ricorrente, seconda classificata nella procedura oggetto dell’odierna impugnativa, ha censurato l’aggiudicazione

definitiva disposta con determinazione n. 2507 del 20 maggio 2014 in favore di -OMISSIS-. e gli atti della procedura di gara su cui essa si fonda sotto due distinti profili:

1) violazione degli artt. 38, comma 1, lettera f), e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis (punti III.2.1. e VI.3 del bando), eccesso di potere, poiché -OMISSIS-. non era in possesso dei requisiti di ordine generale richiesti a pena di esclusione e avrebbe, in ogni caso, omesso di dichiarare la sussistenza di circostanze a sé sfavorevoli, rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 2, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006;

2) violazione degli artt. 30, 143, comma 7, e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che dei principi di unicità e contestualità della procedura di gara e di par condicio, in quanto lo schema di piano economico finanziario (PEF) presentato in gara da -OMISSIS-. non sarebbe stato idoneo allo scopo di “illustrare la sostenibilità economica finanziaria dei lavori di riqualificazione e della gestione per tutta la durata della concessione” così come invece richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara. Inoltre la valutazione della relativa congruità sarebbe stata illegittimamente differita ad una fase successiva all'aggiudicazione.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Verona chiedendo la reiezione del ricorso, giacché la sentenza di condanna è stata depositata allorché le operazioni concorsuali erano già state espletate e considerato che, in ogni caso, il rilievo della presunta malafede o negligenza nell'esecuzione delle prestazioni inerenti precedenti

rapporti contrattuali è riservata alla “più lata valutazione della stazione appaltante”. Quanto al PEF, esso risulterebbe invero completo di tutti gli elementi essenziali per una compiuta valutazione della fattibilità dell’operazione.

5. Anche la controinteressata -OMISSIS- si è costituita in giudizio controdeducendo nel merito di tutti i motivi di ricorso e proponendo al contempo ricorso incidentale volto a dimostrare l’illegittimità dell’ammissione alla gara della ricorrente principale.

5.1. Il ricorso incidentale risulta proposto avverso la determinazione dirigenziale n. 2508 del 20 maggio 2014 (con la quale sono stati approvati i verbali e l’esito della gara) e la determinazione del 26 maggio 2014 (di assegnazione della concessione a -OMISSIS-), nonché avverso i verbali di gara del 21 e 27 febbraio 2014, “nella parte in cui non è stata esclusa e/o non è stato dato atto dell’avvenuta esclusione della ricorrente principale C.S.S.”.

5.2. L’impugnativa è articolata nei seguenti motivi:

I) violazione del punto III.2.2. del bando di gara per inidoneità della dichiarazione, richiesta a pena di esclusione, attestante la disponibilità di un istituto di credito a concedere al concorrente un finanziamento non inferiore al 70% dei lavori previsti per l’intervento di riqualificazione;

II) violazione del punto III.2.2., lettera c), del bando di gara e lettera f) del disciplinare in quanto la “referenza bancaria” per l’attestazione della solidità finanziaria della ditta per l’assunzione della concessione non sarebbe conforme a quanto richiesto, a pena di esclusione, dalla

lex specialis;

III) violazione della lettera b) relativa alla busta n.2 del disciplinare di gara per l'inidoneità delle informazioni contenute nel piano economico finanziario (PEF) tenuto conto dell'espressa clausola di esclusione di garanzie riguardo la correttezza, la completezza e la precisione di esse contenuta a pag. 2 del PEF medesimo.

6. Alla camera di consiglio del 1° ottobre 2014, in sede di esame della domanda cautelare, ricorrendo tutti i presupposti di legge, la causa è stata trattenuta in decisione per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

7. Preliminarmente deve essere affrontato l'ordine di esame fra ricorso principale e ricorso incidentale.

7.1. Costituisce principio giurisprudenziale consolidato in materia quello per cui, nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario.

7.2. Tuttavia, nella fattispecie oggetto di scrutinio, caratterizzata dalla partecipazione alla gara di due sole concorrenti, sia il ricorso principale che quello incidentale fanno valere un vizio reciprocamente escludente relativo alla carenza dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione alla gara per ciascuna impresa e, dunque, un vizio appartenente al medesimo segmento procedimentale.

7.3. Ne consegue che «l'identità del vizio, nella sua consistenza

fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo. In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale» (così Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014, § 8.3.5.).

7.4. Pertanto, in applicazione dei richiamati principi enucleati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014, deve ritenersi che ricorra fra i due ricorsi una situazione di simmetria invalidante che impone l'esame di entrambi i ricorsi proposti in via principale e in via incidentale.

8. Tanto premesso, può ora passarsi all'esame del ricorso principale.

8.1. Con il primo motivo di impugnazione, C.S.S. ha censurato i provvedimenti in epigrafe specificati per violazione dell'art. 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici, della *lex specialis* di gara (cfr. punto "III.2.1" del bando e punto n. "4" della lettera "D" del disciplinare di gara), ed eccesso di potere, in relazione al mancato possesso in capo alla aggiudicataria dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla gara e, in ogni caso, alla mancata dichiarazione da parte di quest'ultima in sede di domanda di partecipazione di fatti rilevanti ai fini della valutazione della sussistenza di essi da parte della stazione appaltante.

8.2. Il motivo è fondato sotto entrambi i profili sollevati.

8.3. Posto che la legittimità degli atti impugnati in sede giurisdizionale deve essere valutata in base ai presupposti di fatto e di diritto sussistenti all'epoca dell'emanazione delle determinazioni che si pretendono lesive, giova, preliminarmente, ricostruire la fattispecie concreta da cui origina il presente contenzioso sulla base dei fatti allegati e documentati in atti.

8.3.1. Con bando di gara n. 2/14 datato 10 gennaio 2014 il Comune di Verona indiceva una procedura di gara per la «concessione del Centro Nuoto “Santini” ... per la durata di nove anni», da aggiudicarsi al concorrente che «avrà offerto il massimo rialzo rispetto al canone annuo a base d'asta pari a euro 43.550,00 oltre I.V.A.»; il termine di presentazione delle offerte veniva fissato al 19 febbraio 2014.

8.3.2. In data 25 maggio del 2012, con decreto di citazione diretta dinanzi al Tribunale di Verona (cfr. doc. 20 della ricorrente), veniva esercitata l'azione penale nei confronti del legale rappresentante della società -OMISSIS-. in relazione ad un fatto di presunta turbativa d'asta ipotizzato nell'ambito di una gara indetta in data 11 agosto 2006 dallo stesso Comune di Verona per l'affidamento del medesimo impianto natatorio, cui aveva partecipato anche l'odierna ricorrente.

8.3.3. In sostanza, secondo l'ipotesi accusatoria, -OMISSIS-. (in vista della partecipazione a quella procedura) avrebbe alterato l'esito della gara concordando la propria offerta tecnica ed economica con quella di altro concorrente con specifico riguardo agli interventi manutentivi

richiesti dal bando, ottenendo in tal modo l'«aggiudicazione della gara ad un canone sensibilmente inferiore rispetto a qualsiasi altra offerta, senza pari esborso in relazione agli interventi manutentivi (essendo alcuni di questi in sovrapprezzo ed altri soltanto astratti e ipotetici...))».

8.3.4. Tale condotta, sempre secondo l'ipotesi accusatoria, avrebbe determinato un «ingente danno per la P.A., che in tal modo aggiudicava la gara per il sessennio al canone annuo inferiore di ben 65.700,00 euro rispetto a quello offerto da C.S.S. SSd a r.l.», oltre che per la stessa C.S.S. «che giungeva seconda, pur avendo presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa».

8.3.5. Qualche giorno prima dell'aggiudicazione definitiva disposta in data 20 maggio 2014 nell'ambito della procedura oggetto della presente impugnativa, il Tribunale di Verona condannava il legale rappresentante della società -OMISSIS- per l'ipotesi di reato sopra descritta (cfr. -OMISSIS-).

8.3.6. Ciò nondimeno, in sede di domanda di partecipazione alla gara, la società -OMISSIS- si limitava a dichiarare che nei confronti dell'impresa e del legale rappresentante della medesima società «non ricorre alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006» (cfr. doc. 15 della ricorrente). Né comunicava la sopravvenuta sentenza di condanna.

8.3.7. Dall'altro lato, a fronte del preavviso di ricorso di cui all'art. 243 bis del codice dei contratti consegnato a mani il 9 giugno 2014 con il quale si allegava anche l'intervenuta sentenza di condanna,

l'Amministrazione comunale, con atto prot. n. 171091 del 23 giugno 2014, si limitava a comunicare che «non si ritiene di intervenire in autotutela» (cfr. doc. 3 di parte ricorrente).

8.4. In sostanza, già al momento dell'indizione della gara, era stata esercitata un'azione penale per comportamenti del legale rappresentante della società -OMISSIS-, in tesi, finalizzati ad ottenere, nell'ambito della procedura concorsuale precedente a quella per cui è causa, l'«aggiudicazione della gara ad un canone sensibilmente inferiore rispetto a qualsiasi altra offerta, senza pari esborso in relazione agli interventi manutentivi» preventivati, senza che il concorrente ne facesse menzione in sede di partecipazione né nel corso della procedura.

8.5. Né l'Amministrazione, una volta informata da parte dell'odierna ricorrente, mediante preavviso di ricorso, dell'esistenza della condanna penale per tali fatti (intervenuta fra l'altro prima dell'aggiudicazione definitiva), riteneva di dover valutare la vicenda per verificare la permanenza dei requisiti morali della concorrente e l'eventuale sussistenza dei presupposti per l'adozione di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione in autotutela.

9. Ad avviso del Collegio, tale *modus procedendi* ha determinato la violazione dell'art. 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici che così stabilisce: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] f) che, secondo

motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

9.1. La disposizione citata fissa una condizione soggettiva negativa del concorrente idonea a far venir meno l'affidabilità professionale dell'impresa su cui deve necessariamente basarsi il rapporto fiduciario destinato ad instaurarsi con l'amministrazione aggiudicatrice, la cui sussistenza non preclude solo la partecipazione alla gara ma giustifica anche, qualora sopravvenuta nel corso della procedura, il rifiuto dell'amministrazione a stipulare il contratto o a mantenere il rapporto contrattuale in atto.

9.2. L'accertamento dell'esistenza *ab origine* o della sopravvenienza di tale condizione negativa non è vincolato dalla sussistenza di una sentenza di condanna passata in giudicato, com'è invece previsto dalla precedente lettera c) della medesima disposizione, ma può scaturire da qualunque elemento di conoscenza, ed è rimesso ad una prudente e rigorosa valutazione discrezionale dell'amministrazione finalizzata alla tutela dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'agire pubblico.

9.3. Più in particolare, ai fini dell'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, assume rilevanza ogni compromissione della regola della lealtà contrattuale da valutarsi alla

stregua degli ordinari canoni civilistici in materia di negoziale, che impongono alle parti, oltre che l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte, di tenere un comportamento improntato a buona fede sia nella fase delle trattative sia durante l'esecuzione del contratto (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 10 settembre 2013, n. 4210; TAR Lazio Roma, Sez. III ter, 20 novembre 2012 n. 9548; Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6951;).

9.4. Sotto tale profilo, i fatti dai quali è scaturita l'indagine penale sopra riportata risultavano di sicuro rilievo sia al momento dell'indizione della gara in oggetto sia all'atto dell'aggiudicazione della concessione in esame, ipotizzando a carico della stessa -OMISSIS- una condotta di slealtà contrattuale in sede di trattative tale da alterare l'esito della procedura di scelta del contraente nella precedente procedura ad evidenza pubblica intercorsa fra le stesse parti, con considerevole danno nei confronti del Comune di Verona.

9.5. Conseguentemente, l'offerente, proprio in applicazione del principio di buona fede contrattuale, specificamente valorizzato dall'art. 38, comma 1, lettera f) nell'ambito dell'affidamento di appalti pubblici, non poteva affermare l'insussistenza di alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, omettendo di allegare l'esistenza di un accertamento penale in corso su una vicenda astrattamente idonea a minare in radice l'affidabilità morale della propria impresa in relazione ad una procedura concorsuale identica a quella per la quale vi era causa.

9.6. Sul punto, il Collegio non ritiene condivisibili le controdeduzioni

difensive svolte dalla controinteressata in ordine alla pretesa infondatezza in fatto e in diritto dell'accusa mossa nei propri confronti in sede penale: spetta infatti all'Amministrazione aggiudicatrice "il potere di valutare la gravità delle infrazioni commesse, con riferimento alla specificità del rapporto, e reputare se sia conseguentemente venuto meno il rapporto fiduciario con la stessa impresa" (così Cons. Stato n. 6951 del 2011 cit.), sicché detta valutazione non rientra nella disponibilità del privato.

9.7. Del pari, una tale omissione dichiarativa non poteva trovare giustificazione nella circostanza secondo cui comunque il processo penale si sarebbe fondato su vicende ben note fin dall'origine all'Amministrazione, la quale avrebbe disposto "di ogni elemento utile per poter valutare, nell'ambito del proprio potere discrezionale, l'operato di -OMISSIS-" (cfr. pag. 8 della memoria difensiva della controinteressata datata 29 luglio 2014).

9.8. Invero, il fatto che gli addebiti si riferiscano ad un precedente rapporto contrattuale di durata intrattenuto con la medesima stazione appaltante durante il quale non sarebbe stato mai contestato alcun inadempimento, così come la verosimile conoscenza della vicenda oggetto del procedimento penale da parte dell'amministrazione, costituiscono circostanze di fatto rilevanti solo all'interno della precedente procedura e del rapporto negoziale ad essa conseguente, ossia in un ambito diverso da quello deputato alla verifica dei requisiti di ordine generale nell'ambito della nuova procedura di evidenza pubblica per la selezione del miglior contraente. Verifica da condurre

secondo gli irrinunciabili principi di completezza dell'istruttoria, di par condicio e di trasparenza.

9.9. Né, ancora, è sostenibile che il modulo di partecipazione alla gara predisposto dall'Amministrazione comunale non richiedesse alcuna specificazione al riguardo essendo evidente che la generica affermazione cui era tenuto il concorrente, secondo cui “nei confronti dell'Impresa” e di tutte le persone fisiche dotate di potere di rappresentanza “non ricorre alcuna delle clausole di esclusione previste dall'art. 38”, riguardava necessariamente anche la condizione soggettiva prevista dall'art. 38, comma 1, lettera f), il cui contenuto concreto e i conseguenti oneri dichiarativi si modellano in relazione alla clausola generale di buona fede.

10. Dalle considerazioni che precedono -OMISSIS-. era tenuta a dichiarare già in sede di domanda di partecipazione alla gara la pendenza del procedimento penale, in cui era persona offesa dal reato (oltre che il concorrente, in tesi, ingiustamente penalizzato dalla turbativa) la stessa Amministrazione procedente e, al contempo, a comunicare l'intervenuta condanna penale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare il permanere, o meno, della propria affidabilità morale.

10.1. Per altro verso, benché la norma non abbia carattere sanzionatorio, contemplando “una misura a presidio dell'elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una ‘motivata valutazione’” (Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012 n. 2761; Cons.

Stato,. V, 27 gennaio 2010, n. 296; VI, 28 luglio 2010, nn. 5029 e 5030), l'Amministrazione comunale, in applicazione degli irrinunciabili principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, non poteva esimersi, una volta venuta comunque a conoscenza dell'addebito in questione e, ancor più, una volta specificamente investita della questione in sede di preavviso di ricorso, di farsi carico, con atto espresso e motivato sul punto, di valutare la sussistenza ovvero il permanere delle condizioni soggettive necessarie per consentire la partecipazione alla gara e di procedere al nuovo affidamento in favore di -OMISSIS-.

10.2 Ne consegue che, in mancanza di una siffatta valutazione espressa, tutti gli atti impugnati risultano illegittimi, oltre che per violazione di legge, anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, per insanabile difetto di istruttoria, irragionevolezza e contrarietà ai principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento sopra richiamati.

11. Passando all'esame del secondo motivo del ricorso principale, la censura attiene alla pretesa inidoneità del PEF presentato da -OMISSIS-., nonché all'erronea valutazione di esso alla stregua di un requisito di partecipazione alla gara, anziché quale elemento essenziale dell'offerta economica.

11.1. Il motivo merita accoglimento nei limiti di quanto di seguito osservato.

11.2. L'oggetto dell'appalto in esame è la concessione del Centro Nuoto "Santini" per la durata di nove anni. Secondo l'art. 3 del

Capitolato speciale d'oneri il concessionario è tenuto ad eseguire i “lavori manutenzione straordinaria e riqualificazione” specificati nel “progetto preliminare” preparato dal Coordinamento Edilizia Civile e Sportiva del Comune, allegato alla legge speciale di gara (allegato “B”). Detto appalto è da aggiudicarsi, secondo il punto IV.2.1. del bando di gara, “ai sensi degli artt. 73, comma 1, lettera c) e 76, comma 2, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, al concorrente che avrà offerto il massimo rialzo rispetto al canone annuo a base d'asta pari a Euro 43.500,00 oltre I.V.A. Non sono ammesse offerte in ribasso, indeterminate, condizionate, parziali, plurime”.

11.3. Il Disciplinare di gara prescrive che all'interno della “Busta 2” relativa all’ “offerta economica” dovranno essere inseriti, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

- a) “OFFERTA ECONOMICA”, consistente “nell’indicazione del canone annuo offerto rispetto all’importo del canone a base d'asta di Euro 43.500,00 + I.V.A. (...)”;
- b) “idoneo PIANO ECONOMICO FINANZIARIO, sottoscritto dal legale rappresentante concorrente, illustrante la sostenibilità economica finanziaria dei lavori di riqualificazione e della gestione per tutta la durata della concessione” (cfr. disciplinare di gara, sub “busta n. 2”, pag.9).

11.4. Alla luce delle richiamate disposizioni della *lex specialis* di gara, deve ritenersi illegittimo il *modus procedendi* seguito dalla commissione di gara che ha proceduto all’aggiudicazione provvisoria a -OMISSIS-, ritenendola “migliore offerente” senza aver prima operato la

necessaria verifica della congruità del PEF presentato in gara (cfr. verbale 21 febbraio 2014, pp.3-4, doc. 2 della ricorrente).

11.5. Sulla base della disciplina speciale di gara citata, infatti, il PEF costituisce senz'altro elemento essenziale dell'offerta economica in quanto deputato a dimostrarne la sostenibilità economica e la concreta fattibilità anche sotto il profilo finanziario, cosicché la verifica della relativa congruità non può essere rimandata ad un momento successivo all'aggiudicazione, costituendo elemento indefettibile di valutazione per selezionare la "migliore offerta" in relazione all'oggetto dell'affidamento in oggetto.

11.6. Ne consegue che l'aggiudicazione disposta in assenza della necessaria previa verifica di congruità suddetta in sede di valutazione delle offerte e di selezione del miglior offerente deve ritenersi illegittima per violazione della *lex specialis* di gara e dei principi di unicità e di contestualità delle procedure di gara.

11.7. Il profilo d'illegittimità procedurale appena esaminato assorbe quello concernente la pretesa inidoneità/incongruità della formulazione del PEF in concreto presentato in gara da -OMISSIS-, che implicherebbe, fra l'altro, un apprezzamento avente natura di discrezionalità-tecnica, in quanto tale riservato all'Amministrazione.

11.3. Da quanto precede deriva l'accoglimento del ricorso principale.

12. Deve ora passarsi all'esame del ricorso incidentale.

12.1. Con il primo motivo la controinteressata lamenta l'inidoneità della dichiarazione presentata da C.S.S. richiesta a pena di esclusione dalla lettera "G" del disciplinare di gara con riferimento alla

documentazione amministrativa da inserire nella “busta n.1”.

12.2. Il disciplinare di gara richiedeva in particolare l'allegazione di una “dichiarazione da parte di un istituto di credito di disponibilità al finanziamento per almeno il 70% dell'importo dell'investimento di riqualificazione oltre I.V.A. (euro 573.770,40 oltre I.V.A.)”.

12.3. La formulazione della dichiarazione presentata in gara dalla concorrente C.S.S., rilasciata in suo favore dalla Cassa di Risparmio del Veneto, era del seguente tenore: «Ci dichiariamo disponibili, ove ne sussistano le condizioni, con l'osservanza delle norme regolamentari e subordinatamente a delibera degli organi competenti della nostra Banca, ad esaminare la richiesta da parte dell'impresa ed eventualmente ad assisterla mediante nostri interventi finanziari fino all'ammontare euro 573.770,40 oltre I.V.A.» (cfr. doc. 6 di parte ricorrente in via incidentale).

12.4. Dinanzi a tale produzione ritenuta non idonea a stabilire “l'effettiva disponibilità della banca al finanziamento”, il dirigente del “Settore Gare Appalti” del Comune di Verone, con nota datata 21 febbraio 2014, chiedeva a C.S.S. di produrre una nuova dichiarazione conforme a quanto richiesto dalla legge di gara.

12.5. Orbene, ad avviso del Collegio, la citata dichiarazione di mera “disponibilità ad esaminare” un'eventuale successiva richiesta si discostava insanabilmente dal contenuto dell'impegno richiesto dalla *lex specialis*, con la conseguenza che non poteva essere considerata alla stregua di una mera irregolarità formale suscettibile di “soccorso istruttorio” ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

12.6. Infatti, sebbene la legge di gara non richiedesse un atto avente efficacia vincolante per l'istituto di credito, alla stregua di un finanziamento vero e proprio, già perfetto nel contenuto e nella forma all'atto della dichiarazione, né una promessa di pagamento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1988 c.c., ciò nondimeno essa richiedeva una dichiarazione espressa, proveniente da un istituto di credito, di disponibilità ad erogare – in caso di aggiudicazione – un determinato finanziamento, in relazione alle concrete condizioni soggettive del richiedente ed oggettive del tipo di opera da finanziare.

12.7. Ciò posto, a prescindere dal grado di vincolatività di una siffatta dichiarazione e dell'esatta qualificazione giuridica di essa, non può dubitarsi che essa costituisse una specifica garanzia (benché atipica) richiesta dalla legge di gara, a pena di esclusione, in funzione di accertamento dei requisiti soggettivi di affidabilità economica e finanziaria dell'offerente.

12.8. Pertanto, non poteva esserne consentita alcuna integrazione postuma della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa. (cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2728).

12.9. Tanto considerato, il motivo deve essere accolto.

13. Può ora passarsi all'esame degli ulteriori due motivi di impugnazione incidentale.

13.1. Quanto al primo, la referenza bancaria prodotta in gara dalla ricorrente C.S.S. (cfr. documento 25 di parte ricorrente) risulta conforme alla lettera F del disciplinare di gara che richiedeva

un'attestazione da parte di un istituto di credito "della solidità finanziaria ed economica della ditta per l'assunzione della concessione" in oggetto.

13.2. Quanto al secondo, la dichiarazione di esclusione di responsabilità (*disclaimer*) contenuta nel PEF prodotto in gara da C.S.S. non incide sul grado di attendibilità ovvero di congruità del documento prodotto circa la sostenibilità economica della gestione dell'impianto natatorio, ma si limita ad evidenziare che i dati in essi contenuti non sono stati verificati da "nessun soggetto indipendente", requisito peraltro non richiesto dagli atti di gara.

13.4. Conseguentemente, gli ultimi due motivi di ricorso incidentale vanno respinti.

14. In conclusione, per le ragioni che precedono, le impugnazioni proposte in via principale e in via incidentale debbono essere entrambe accolte, con conseguente annullamento di tutti gli atti di gara successivi e conseguenti al bando, impugnati sia dal ricorrente principale, sia dal ricorrente incidentale.

14.1. Da ciò discende la necessità di rinnovare *in toto* la procedura concorsuale indetta con il bando n.2/14 del Comune di Verona, mediante la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

15. Quanto alle spese di lite, tenuto conto della reciproca soccombenza, ricorrono eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

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

- a) accoglie il ricorso principale;
- b) accoglie il ricorso incidentale.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre
2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)