



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 Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2808 del 2011, proposto da:
Soc Cts Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Dario Meneguzzo,
Orlando Sivieri, Giovanni Sala, con domicilio eletto presso Orlando
Sivieri in Roma, via Cosseria, 5;

contro

Istituto superiore per la conservazione ed il restauro; Ministero per i
beni e le attività culturali, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato per
legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Bresciani Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avv. Enzo Barila', Lorenzo Grisostomi
Travaglino, con domicilio eletto presso Lorenzo Grisostomi

Travaglini in Roma, via Antonio Bosio,2;

per l'annullamento

- del verbale della commissione giudicatrice relativo alla seduta del 21.2.2011, nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta della ricorrente "non può essere presa in considerazione" e nella parte in cui non ha escluso la controinteressata Bresciani s.r.l.;

del Capitolato speciale d'appalto artt. 1 e 7, laddove interpretati nel senso di ricomprendere negli obblighi contrattuali quelli relativi allo sdoganamento ;

- del provvedimento eventualmente già emanato di aggiudicazione definitiva della gara alla Bresciani s.r.l.;

- nonché di ogni altro provvedimento avente come effetto quello di determinare l'aggiudicazione della gara alla Bresciani s.r.l.;

della comunicazione prot. 1604/34.13.03 pervenuta il 9.3.2011, con la quale l'Istituto Superiore per la Conservazione ed il Restauro ha comunicato il diniego alla richiesta di accesso agli atti amministrativi avanzata dalla ricorrente;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto eventualmente medio tempore sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero per i beni e le attività culturali e della Bresciani Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente impugna alcuni atti di una gara indetta dall' Istituto superiore per la conservazione ed il restauro per la fornitura di materiali e attrezzature per restauro di beni archeologici per il Museo Nazionale iracheno di Bagdhad e *l'Iraqi Institute for the Conservation of Antiquities and Heritage* di Erbil.

In particolare, la ricorrente impugna il verbale della commissione giudicatrice relativo alla seduta del 21.2.2011, nella parte in cui ha ritenuto che la sua offerta "non può essere presa in considerazione" in quanto condizionata e nella parte in cui non ha escluso la controinteressata Bresciani s.r.l. pur non avendo essa prestato la cauzione provvisoria.

Il ricorso è articolato in varie censure di violazione dei legge ed eccesso di potere.

Sia l'Avvocatura generale dello Stato che la contro interessata si sono costituite per chiedere il rigetto del ricorso perché infondato.

All'udienza del 28.4.2011, l'istanza cautelare è stata accolta.

Sia la ricorrente che la contro interessata hanno depositato memorie per l'udienza e memorie di replica nelle quali hanno ulteriormente argomentato le loro precedenti difese.

All'odierna udienza, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente rigettata l'eccezione di tardività del ricorso prospettata dalla società controinteressata.

Secondo la sua prospettazione, ai fini della tempestività della notifica, non dovrebbe essere considerata la data di spedizione del ricorso bensì quella del giorno successivo visto che l'ufficio postale, che aveva ricevuto il plico alle ore 18.09 del 23 marzo 2011, vi aveva apposto la dicitura: "oltre l'orario limite" il che comporta che non vi era stato l'invio in giornata del plico in questione.

Si tratta di una tesi che non può essere condivisa.

Come è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 69 del 1994 e n. 477 del 2002) ha chiarito che in caso di notifica a mezzo posta, la notifica di un atto processuale dal lato dell'istante si perfeziona al momento dell'affidamento dell'atto all'ufficiale giudiziario, posto che il notificante deve rispondere soltanto del compimento delle formalità che non esulano dalla sua sfera di controllo, secondo il principio della scissione soggettiva del momento perfezionativo del procedimento notificatorio. (v. ex multis Cassazione civile, sez. III, 13 dicembre 2010, n. 25127)

La giurisprudenza ha inoltre rilevato che detto principio ha carattere generale e trova, pertanto, applicazione anche nell'ipotesi in cui la notifica a mezzo posta, venga eseguita, anziché dall'ufficiale giudiziario, dal difensore della parte, essendo irrilevante la diversità

soggettiva dell'autore della notificazione, con l'unica differenza che la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario va in tale caso sostituita con la data di spedizione del piego raccomandato, da comprovare mediante il riscontro documentale dell'avvenuta esecuzione delle formalità richieste presso l'ufficio postale. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 08 novembre 2010 , n. 33262)

Applicando tali principi al caso di specie, l'eccezione della Bresciani s.r.l. deve essere disattesa. Infatti, ciò che conta ai fini della perfezione della notifica da parte del ricorrente è che il ricorso sia stato spedito, ovvero accettato dall'ufficio postale entro il termine ultimo per la notifica, termine che in base all'art. 2962 del c.c. – da intendersi come norma di principio generale - si intende scadere alle ore 24 dell'ultimo giorno, ovvero “quando è compiuto l'ultimo giorno del termine.”

Tutte le circostanze ulteriori, tra cui quella su cui si sofferma la controinteressata, ovvero il fatto che l'inoltro del plico sia avvenuto il giorno successivo, per essere stato consegnato all'ufficio postale oltre l'orario limite di accettazione per gli invii in giornata, non rilevano poiché il notificante, una volta che ha tempestivamente consegnato il plico all'agente notificatore (nel caso di specie l'ufficio postale), è tenuto indenne da tutto quanto avviene successivamente fino alla perfezione della notifica per il destinatario.

2. Nel merito il ricorso è fondato.

2.1. Va previamente esaminata la questione della legittimazione ad

impugnare della ricorrente, giacché ai sensi della recente pronuncia della Plenaria, n. 4 del 2011, “ il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.” e a prescindere - prosegue la plenaria - “dallo strumento processuale utilizzato” (ricorso incidentale, mera deduzione difensiva ovvero rilievo d'ufficio).

Va quindi in primo luogo rilevato, in punto di fatto, che l'offerta della ricorrente CTS s.r.l. è stata ritenuta non suscettibile di “essere presa in considerazione” in quanto si tratterebbe di un' “offerta condizionata con clausola non prevista dal bando”.

La ricorrente ha interpretato tale valutazione della commissione aggiudicatrice come un atto di esclusione e come tale, pertanto, lo ha impugnato.

Il collegio ritiene che nonostante l'irritualità nell'uso della espressione: “non può essere presa in considerazione” da parte della commissione, tale formula debba comunque essere interpretata come atto di esclusione, stante il riferimento alla asserita natura condizionata dell'offerta alla quale consegue la declaratoria di inammissibilità dell'offerta.

Recenti pronunce giurisprudenziali hanno chiarito che, nella materia delle procedure di evidenza pubblica, la nozione di "offerta condizionata" non coincide con la figura civilistica della "condizione" intesa come evento futuro ed incerto da cui si fa dipendere l'efficacia

del negozio, ma ricorre quando l'offerente subordina il proprio impegno contrattuale a che la controparte accetti una controproposta concernente un patto aggiuntivo o modificativo rispetto allo schema proposto dalla stazione appaltante; di conseguenza essa è inammissibile, atteso che le regole dell'evidenza pubblica esigono la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato. (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 11 giugno 2010 , n. 369)

In sostanza, dunque, l'offerta dell'impresa partecipante può dirsi condizionata e, quindi, inammissibile, quando il concorrente subordina la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero ad elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato. (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 aprile 2010 , n. 239)

Nel caso in esame, il condizionamento dell'offerta della ricorrente è stato ravvisato dalla commissione nelle condizioni di fornitura, laddove è specificato che: “la merce dovrà essere sdoganata a cura del destinatario in entrata in Iraq presso la dogana di Zanco (al confine tra Turchia ed Iraq) indipendentemente dalla destinazione finale della merce (Baghdad o Erbil).” (v. verbale del 21.2.2011).

E' evidente che l'asserito “condizionamento” – secondo la stazione appaltante - non attiene alla scelta della dogana di Zanco (trattandosi di una libera scelta nella esecuzione del contratto rimessa

al trasportatore) ma alla questione della mancata assunzione degli oneri concernenti lo sdoganamento. Sostiene infatti l'amministrazione resistente che nel capitolato speciale tali oneri dovessero essere ricompresi.

La ricorrente, sul punto, ha riferito di aver chiesto alla stazione appaltanti chiarimenti in ordine alla questione dello sdoganamento della merce e all'esistenza di eventuali accordi governativi per l'importazione e il transito della merce in Iraq ma di non aver avuto altra risposta che il rinvio al capitolato speciale, il quale non si occupa espressamente dello sdoganamento.

Nel secondo motivo di ricorso, dunque, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità della decisione di escludere la sua offerta per violazione del principio del *favor participationis* in presenza di una disciplina non chiara del capitolato speciale. Sostiene infatti la ricorrente di aver voluto solo specificare il modo nel quale intendeva eseguire la prestazione.

Naturalmente di opposto avviso è la controinteressata, la quale sostiene che il capitolato doveva chiaramente interpretarsi nel senso di ricomprendere anche gli oneri di sdoganamento in quanto prevedeva la "consegna franco sede" ed espressamente comprendeva: "l'imballo, il carico, trasporto e scarico". Nella formula "franco destinatario", trattandosi di merce da consegnare all'estero, dovrebbe infatti comprendersi anche le prestazioni accessorie necessarie allo sdoganamento.

Anche nella relazione depositata in atti dalla Avvocatura, si sottolinea che il capitolato, nel prevedere la consegna “franco sede” implicitamente comportava anche l’obbligo di provvedere alle operazioni di sdoganamento.

Ritiene il collegio che la censura debba trovare accoglimento.

E’ incontestato che il capitolato speciale non menzionasse espressamente la questione dei costi e degli oneri correlati alle pratiche di sdoganamento della merce. Esso infatti all’art. 1 prevede unicamente che “E’ parte integrante dell’appalto della fornitura la consegna della merce franco presso la sede del Museo Nazionale iracheno di Bagdhad e l’Iraqi Institute for the Conservation of Antiquities and Heritage di Erbil, compreso l’imballo, il carico, trasporto e scarico”.

Tale clausola è stata ribadita all’art. 7 del Capitolato, concernente i prezzi contrattuali, prevedendo: “I prezzi si intendono franco sede del Museo Nazionale iracheno di Bagdhad e l’Iraqi Institute for the Conservation of Antiquities and Heritage di Erbil e comprensivi di tutti gli oneri del presente capitolato, compreso l’imballo, il carico, trasporto e scarico e ogni movimentazione in genere della merce e delle attrezzature e quant’altro al fine di effettuare la fornitura come richiesto”.

Il tenore di queste clausole, in relazione alla questione dell’obbligo di assunzione da parte dell’appaltatore anche delle prestazioni accessorie concernenti lo sdoganamento e dei relativi oneri, - come

già rilevato in sede di sospensiva - non può certamente dirsi chiara.

Infatti, le esemplificazioni che pure sono in esse contenute riguardano tutte le operazioni di movimentazione (carico, scarico, ecc.), il che non consente di ritenere nemmeno implicitamente menzionate anche le operazioni di dogana. Inoltre, nemmeno può valorizzarsi la clausola residuale (“e quant’altro al fine di effettuare la fornitura come richiesto.”), la quale ha un contenuto troppo vago e generico e, seguendo le precedenti esemplificazioni attinenti come si è detto alle operazioni di movimentazioni, sembra riferirsi ancora a questi profili, senza contare che la stessa, essendo contenuta nell’art. 7 del capitolato, comunque attiene unicamente alla questione dei prezzi dell’appalto e non al suo oggetto.

La non chiarezza del capitolato sul punto è confermata dal fatto che la stessa Commissione aggiudicatrice, anziché rilevare la difformità dell’offerta della ricorrente dalle prescrizioni del bando, ha parlato di “offerta condizionata” che non poteva essere “presa in considerazione”.

Pertanto, a tale ambiguità del capitolato, la stazione appaltante non ha voluto porre rimedio nemmeno a seguito dei chiarimenti richiesti dalla ricorrente in data 28.1.2011 (v. allegato n. 6 al ricorso), limitandosi a rinviare al capitolato speciale.

Inoltre, ulteriore conferma del fatto che effettivamente il capitolato speciale non contenesse indicazioni univoche sul tema dello sdoganamento si trae dal fatto che l’offerta della controinteressata

(Bresciani s.r.l.) ugualmente non contiene alcuna esplicita menzione dei profili relativi alle operazioni doganali e relativi oneri, limitandosi a reiterare la lettera del capitolato senza scioglierne le ambiguità sul punto. Di contro, la ricorrente, invece, ha prima chiesto (inutilmente) chiarimenti e poi si è premurata di specificare i termini della propria offerta, in modo da non lasciare aspetti indefiniti suscettibili di creare problemi in sede esecutiva dell'appalto.

Infine, la circostanza che successivamente, in un altro analogo appalto per una fornitura destinata a Belgrado (cfr. produzione di parte ricorrente all'udienza del 28.4.2011), lo stesso Ministero abbia espressamente incluso nell'oggetto della prestazione le spese per l'esportazione della merce dall'Italia, con esclusione dei costi/obblighi doganali per l'importazione della merce in Serbia, ancorché non decisiva, trattandosi di bando successivo rispetto a quello in esame, costituisce comunque un elemento da prendere in considerazione a favore della tesi del ricorrente.

D'altro canto, laddove il Ministero ritenesse assolutamente essenziale per la convenienza del contratto anche l'assunzione da parte dell'appaltatore delle operazioni doganali e dei relativi oneri potrebbe comunque revocare in autotutela il bando e il capitolato speciale e rinnovare la procedura sulla base di regole di gara più chiare.

In conclusione il motivo deve essere accolto.

2.2.Va invece ritenuto assorbito il terzo motivo di ricorso, peraltro proposto in via meramente subordinata e concernente

l'impugnazione degli artt. 1 e 7 del capitolato speciale per indeterminatezza e impossibilità dell'oggetto.

2.3. Veniamo ora all'esame della prima censura, diretta contro l'aggiudicazione dell'appalto alla Bresciani s.r.l., con la quale la ricorrente lamenta la sua mancata esclusione per non aver prestato la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del codice dei contratti.

Va rilevato in punto di fatto che la commissione aggiudicatrice, verificato che la mancata prestazione della cauzione provvisoria non era sanzionata nel bando con l'esclusione, ha ammesso la Bresciani s.r.l.. Successivamente, con nota del 10.3.2010, l'amministrazione ha chiesto alla Bresciani di regolarizzare la propria posizione, producendo la cauzione provvisoria, onere al quale la Bresciani si è attenuta producendo una fideiussione della BPM (banca popolare di Milano).

La tesi della ricorrente è invece che la clausola del bando di gara, che impone la prestazione della cauzione, dovesse essere intesa a pena di esclusione anche in assenza di specifica previsione in tal senso. Si tratterebbe, in sostanza, di una ipotesi di etero integrazione del bando da parte di normativa nazionale di natura inderogabile. Aggiunge la ricorrente che la prestazione della garanzia costituisce un rilevante onere economico per l'impresa partecipante, cosicché sarebbe in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti ammettere una impresa che non abbia sostenuto tale spesa.

La controinteressata ha contestato tale ricostruzione sostenendo che

nel testo del bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della comunità europea del 23.12.2010 non si faceva alcun riferimento né diretto né indiretto alla necessità di prestazione della cauzione. Solo nel bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana del 12 gennaio 2011 veniva inserito un riferimento alla cauzione provvisoria. Tale bando, ancorché da essa espressamente richiesto alla stazione appaltante, non le era stato fornito. Per tali ragioni, invoca il proprio incolpevole affidamento e il ricorso all'istituto della regolarizzazione per la sua posizione, in base ai principi del diritto comunitario recepito dall'art. 46 del codice dei contratti.

Sostiene, inoltre, la controinteressata che il diritto comunitario (e specificamente l'art. 36, comma 5 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004) prevede un obbligo di conformità tra i bandi pubblicati a livello nazionale ed a livello europeo. Inoltre, ai sensi della medesima direttiva, allegato VII a) punto 14), il bando deve indicare “se del caso, cauzione e garanzie richieste”.

Sulla base di tali argomentazioni, la controinteressata ritiene che l'eterointegrazione del bando incompleto ad opera del diritto interno non possa essere effettuata per contrasto con il diritto comunitario; essa infatti consentirebbe di fatto alle stazioni appaltanti di eludere gli obblighi comunitari e di favorire le imprese che facciano riferimento alla gazzetta ufficiale nazionale piuttosto che a quella comunitaria.

La ricorrente ha contestato le affermazioni della Bresciani s.r.l. in

quanto sul bando pubblicato nella GUUE vi era, al punto III, 1.1., un riferimento, sia pur sintetico alla necessaria prestazione della garanzia.

La censura della ricorrente è fondata.

L'art. 75 del codice dei contratti prevede al comma 1 come obbligatoria la prestazione della cauzione provvisoria, che deve corredare l'offerta. Essa, pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, può avere la forma di cauzione o di fideiussione.

L'art. 75, comma 8, prevede inoltre che l'offerta debba essere inoltre corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

Rileva in primo luogo il collegio che la cauzione provvisoria, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa e confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione, deve essere riportato all'istituto della caparra cofirmataria: la sua *ratio* consiste infatti nell'garantire la serietà e affidabilità dell'offerta (cfr. Cassazione civile, sez. un., 04 febbraio 2009, n. 2634 e T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 19 marzo 2010, n. 4321), ovvero nel fornire una garanzia per la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15 gennaio 2010, n. 280).

Si tratta di un istituto di rilevante importanza in quanto è posto a presidio dell'interesse della amministrazione a non essere coinvolta in

contrattazioni non serie.

La norma, data la sua centralità nel sistema disegnato dal codice dei contratti, non può essere derogata dal bando poiché altrimenti verrebbe ad essere vanificato il controllo sulla sussistenza dei requisiti dei partecipanti alla gara ai sensi dell'art. 48, che prevede come sanzione appunto l'incameramento della cauzione provvisoria e l'amministrazione inoltre verrebbe ad essere privata della possibilità di rivalersi immediatamente su di una somma già disponibile per il caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (salva la possibilità di agire per l'ulteriore danno).

Va inoltre rilevato che l'art. 75 è costruito come norma imperativa, in quanto la possibilità per le amministrazioni precedenti di disporre – nel bando - diversamente da quanto in essa previsto è limitata alla sola questione della durata della garanzia (art. 75, comma 5). Per il resto, lo stesso art. 75 disciplina in modo completo e dettagliato ogni aspetto della prestazione della cauzione.

Sulla base di tali argomentazioni deve affermarsi – come peraltro già rilevato in giurisprudenza – che le stazioni appaltanti non siano libere di decidere di non avvalersi della cauzione provvisoria, richiedendo ad esempio solo la cauzione definitiva, di cui all'art. 113 d.lgs. n.163/2006 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746) ovvero consentendo comunque la partecipazione anche delle imprese che non l'abbiano prestata. Pertanto, anche nel caso in cui il bando non contempli la sanzione dell'esclusione per la mancata

prestazione della cauzione provvisoria, l'offerta che non sia corredata dalla cauzione provvisoria deve ugualmente essere dichiarata inammissibile, essendo la cauzione provvisoria un elemento essenziale dell'offerta (Cons. di Stato sez. IV, n° 7380 del 15.11.2004).

Nel caso in esame, peraltro, al punto 7 del bando, la stazione appaltante aveva espressamente richiamato l'art. 75 del codice dei contratti. Risulta pertanto irrilevante la circostanza che non fosse espressamente prevista anche la sanzione dell'inammissibilità per la mancata prestazione della cauzione provvisoria, giacché – come si è visto – l'art. 75 deve essere letto nel senso di imporre l'esclusione di una impresa che non abbia prestato la dovuta cauzione provvisoria.

Tanto chiarito, appare evidente come non fosse possibile ricorrere alla regolarizzazione di cui all'art. 46 del codice dei contratti.

Infatti, la regolarizzazione può – secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale – riguardare solo gli aspetti non essenziali dell'offerta. Invece, la cauzione provvisoria costituisce – come si è visto - un elemento essenziale dell'offerta e, pertanto non può esserne richiesta la regolarizzazione dopo che siano scaduti i termini per la presentazione di essa. (cfr. in termini T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 17 gennaio 2008 , n. 55, Cons. di Stato sez. V, n° 1495 del 13.3.2002, T.A.R. Veneto n° 1145 del 21.4.2004; T.A.R. Veneto n° 1325 del 13.4.2002 e in un caso di difformità della cauzione provvisoria prestata rispetto alle prescrizioni del bando,

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 04 agosto 2006 , n. 6915).

La giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che la regolarizzazione è ammissibile, nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, solo per l'integrazione e la regolarizzazione della documentazione di gara che sia già stata prodotta..(cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 febbraio 2006 , n. 1066 che non ha consentito, dopo lo spirare del prescritto termine, la sostituzione della polizza fideiussoria costituente cauzione).

Nemmeno può valorizzarsi, infine, ad avviso del collegio, quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la sussistenza di un affidamento incolpevole da parte della controinteressata a fronte di clausole ambigue del bando giustifica il ricorso alla regolarizzazione, nel rispetto del *favor participationis* (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 16 dicembre 2008 , n. 2355).

Si è già detto che il bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale italiana conteneva un espresso richiamo all'art. 75 del codice dei contratti. Il bando pubblicato sulla GUUE, invece – come ha rilevato la ricorrente – conteneva unicamente un sintetico riferimento alla necessità della prestazione di garanzia. La controinteressata ha ritenuto di adempiere al suo obbligo di diligenza chiedendo alla stazione appaltante tutta la documentazione e ricevendo solo il capitolato speciale e non il bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale nazionale. Tuttavia, un tale comportamento della amministrazione appaltante non può giustificare ad avviso del collegio un affidamento

incolpevole rispetto a clausole che – come nel caso di specie – sono meramente riproduttive di norme inderogabili di legge, le quali possono addirittura etero integrare il contenuto del bando anche in caso di sua lacunosità.

Un problema di non conoscenza della normativa nazionale italiana potrebbe porsi solo nei confronti di operatori economici stranieri, a tutela dei quali appunto è posta la norma comunitaria invocata dal ricorrente sulla necessaria corrispondenza tra il contenuto del bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale italiana e su quella dell'Unione Europea. Ma per i cittadini italiani, gli effetti di conoscenza legale derivanti dalla pubblicazione sulla gazzetta Ufficiale italiana non possono essere messi in discussione.

D'altro canto, il bando pubblicato sulla GUUE, pur non riproducendo il contenuto del punto 7 del bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale italiana, contiene, come ha rilevato la ricorrente, tuttavia al punto III, 1.1. un sia pur scarno riferimento alla necessità di prestare una garanzia.

Non è dato pertanto rinvenire un vero e proprio contrasto tra quanto previsto dal bando pubblicato sulla gazzetta ufficiale nazionale e quello pubblicato sulla gazzetta ufficiale europea.

L'accoglimento del motivo in esame consente di prescindere dall'esaminare l'ultimo motivo di impugnazione, svolto in via meramente subordinata.

Il ricorso in conclusione, è fondato e pertanto esso deve essere

accolto. Deve essere pertanto annullato il verbale della commissione giudicatrice relativo alla seduta del 21.2.2011, nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta della ricorrente "non può essere presa in considerazione" e nella parte in cui non ha escluso la controinteressata Bresciani s.r.l. per mancata prestazione della cauzione provvisoria, nonché il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

L'accoglimento del ricorso determina il venir meno dell'interesse all'esame della domanda in materia di accesso ai documenti di gara.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il verbale della commissione giudicatrice relativo alla seduta del 21.2.2011, nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta della ricorrente "non può essere presa in considerazione" e nella parte in cui non ha escluso la controinteressata Bresciani s.r.l. per mancata prestazione della cauzione provvisoria, nonché il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'azione di accesso ai documenti di gara.

Condanna il Ministero per i beni e le attività culturali e la

controinteressata Bresciani s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente, che liquida in euro 3.000 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 16 e 27 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2011

IL SEGRETARIO

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