



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 10939 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

“INERA S.r.l.”, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la società ETT e “ETT S.r.l.”, in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la società INERA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall’avv. Andrea Grazzini ed elettivamente domiciliate presso lo Studio dell’avv. Niccolò Bruno (Studio Visentini) in Roma, Piazza Barberini, n. 12;

contro

il MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA’ CULTURALI, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato per legge in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

“EUSTEMA S.p.a.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Vincenzo Greco, presso il cui Studio è elettivamente domiciliata in Roma, Via Federico Cesi, n. 21;

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, anche in virtù di motivi aggiunti

- del verbale della seduta di gara del 6 novembre 2012, relativa alla procedura per l’affidamento dei servizi professionali per il restyling del sito istituzionale del Ministero per i beni e le attività culturali, nella parte in cui la commissione di gara “dichiara all’unanimità, la non conformità del plico (fatto pervenire dalle ricorrenti) alle prescrizioni della lex specialis e decide di non procedere all’apertura dello stesso e non ammette l’offerta della Costituenda ATI ETT Srl-Inera Srl al proseguimento della procedura di gara”;

- della nota prot. n. 0043264, dell’8 novembre 2012, con cui la commissione di gara comunica al responsabile unico del procedimento l’esclusione dalla gara del costituendo ATI ETT Srl-INERA Srl, in quanto “il plico non è conforme a quanto prescritto dagli artt. 2 e 13 della lettera di invito perché non è presente la sigillatura su tutti i lembi di chiusura del plico compresi quelli già preincollati dal fabbricante. Il plico riporta l’indicazione del mittente con la soc. ETT s.r.l. mandataria del costituendo ATI, pur non essendo stata invitata, e la soc. Inera invitata a partecipare alla procedura di gara quale mandante, in violazione al disposto dell’art. 37 comma 12 del d.lgs. n. 163/06”;

- della nota prot. n. 43510 del 9 novembre 2012 con la quale la Direzione generale per l’organizzazione, gli affari

generali, l'innovazione, il bilancio ed il personale del Ministero per i beni e le attività culturali comunicava alla Inera s.r.l. l'esclusione dalla gara per i motivi indicati dalla commissione di gara al responsabile unico del procedimento con la nota impugnata;

- di ogni altro atto presupposto, ivi inclusa la lettera di invito;

- di ogni altro atto conseguente o, comunque, connesso al suddetto provvedimento e quindi anche all'eventuale provvedimento di aggiudicazione della gara disposta a favore dell'unico concorrente;

- di ogni altro atto sconosciuto alle ricorrenti;

- (motivi aggiunti) della nota prot. n. 47382 del 5 dicembre 2012 con la quale la Direzione generale per l'organizzazione, gli affari generali, l'innovazione, il bilancio ed il personale del Ministero per i beni e le attività culturali, ha espresso, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il diniego totale di autotutela in merito al provvedimento con cui è stata disposta l'esclusione del costituendo ATI ETT Srl-Inera Srl dalla gara per l'affidamento dei servizi professionali per il restyling del sito istituzionale del Ministero.

Visti il ricorso principale e quello recante motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visti la costituzione dell'Amministrazione intimata e della società Eustema nonché i documenti da queste prodotti;

Visto il decreto presidenziale 18 dicembre 2012 n. 4613, con il quale è stata disposta la sospensione delle operazioni di gara fino alla Camera di consiglio fissata per lo svolgimento della fase cautelare, in sede collegiale, del presente giudizio;

Esaminate le ulteriori memorie con i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2013 il dott. Stefano Toschei 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. – Premettono le società Inera S.r.l. ed ETT S.r.l. di aver partecipato alla procedura per l'affidamento dei servizi professionali per il restyling del sito istituzionale del Ministero per i beni e le attività culturali bandita da tale dicastero, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, la prima nella qualità di mandataria e la seconda nella qualità di mandante.

Soggiungono che, in occasione della seduta di gara del 6 novembre 2012, la commissione di gara ha escluso il suddetto raggruppamento rilevando la non conformità del plico alle prescrizioni della lex specialis e decidendo, di conseguenza, di non procedere all'apertura dello stesso e di non ammettere l'offerta del costituendo raggruppamento alle ulteriori fasi della procedura di gara.

Precisano le ricorrenti che dagli atti acquisiti in sede di accesso documentale emerge che:

A) la commissione ha trasmesso al responsabile unico del procedimento la nota prot. n. 0043264, dell'8 novembre 2012, con la quale comunica al predetto responsabile unico del procedimento l'esclusione dalla gara del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ETT-Inera, in quanto "il plico non è conforme a quanto prescritto dagli artt. 2 e 13 della lettera di invito perché non è presente la sigillatura su tutti i lembi di chiusura del plico compresi quelli già preincollati dal fabbricante. Il plico riporta l'indicazione del mittente con la soc. ETT s.r.l. mandataria del costituendo ATI, pur non essendo stata invitata, e la soc. Inera invitata a partecipare alla procedura di gara quale mandante, in violazione al disposto dell'art. 37 comma 12 del d.lgs. n. 163/06";

B) con nota prot. n. 43510 del 9 novembre 2012 la Direzione generale per l'organizzazione, gli affari generali, l'innovazione, il bilancio ed il personale del Ministero per i beni e le attività culturali ha comunicato alla Inera s.r.l. l'esclusione dalla gara per i motivi indicati dalla commissione di gara al responsabile unico del procedimento.

2. - Le società ricorrenti hanno, dunque, impugnato i suindicati atti che hanno decretato l'espulsione dell'offerta presentata dal costituendo raggruppamento dalla selezione in corso, insieme con le prescrizioni contenute nella lex specialis di gara, chiedendone l'annullamento previa adozione di misure cautelari.

Con decreto presidenziale 18 dicembre 2012 n. 4613, è stata disposta la sospensione delle operazioni di gara fino alla Camera di consiglio fissata per lo svolgimento della fase cautelare, in sede collegiale, del presente giudizio.

3. - Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione procedente che la società Eustema, altra unica partecipante alla selezione ed ammessa alle fasi successive, pure evocata in giudizio dalle ricorrenti.

La difesa erariale tra l'altro fa sapere, producendo documentazione, che:

a) con nota prot. n. 44494 del 15 novembre 2012, il presidente della commissione di gara ha trasmesso al RUP gli atti della procedura con la proposta di aggiudicazione provvisoria in favore della società Eustema;

b) con nota prot. n. 44822 del 19 novembre 2012 è stata comunicata l'aggiudicazione provvisoria alla Eustema;

c) in data 28 novembre 2012 l'amministratore delegato della società Inera ha proposto comunicazione, ai sensi dell'art. 243-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, volta ad ottenere l'annullamento della disposta esclusione;

d) in data 5 dicembre 2012, un rappresentante delle società odierne ricorrenti ha effettuato la ostensione della documentazione di gara e nel relativo verbale "ha dichiarato, relativamente al plico contenente l'offerta della predetta ATI che: il plico è sigillato con nastro adesivo solamente sul lembo di apertura/chiusura del plico nella parte anteriore dello stesso e in una porzione ristretta del medesimo, si rilevano infatti delle evidenti aperture sui bordi laterali superiori del detto lembo non coperti dal nastro adesivo che risultano privi di sigillatura, è mancante la sigillatura sui restanti tre lembi del plico preincollati dal fabbricante";

e) con nota prot. n. 47382 del 5 dicembre 2012 il RUP ha confermato la disposta esclusione delle società ricorrenti dalla procedura;

f) con nota prot. n. 49131 del 17 dicembre 2012, ritenuta la necessità ed urgenza di affidare il servizio, ha proposto l'aggiudicazione definitiva della selezione alla Eustema, proponendo altresì l'affidamento immediato del servizio "poiché la mancata esecuzione dello stesso nei termini fissati dal capitolato tecnico di gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che tali servizi sono destinati a soddisfare" (così, testualmente, a pag. 5 della memoria della difesa erariale).

Ciò posto, insistendo sulla circostanza che la commissione di gara non ha fatto altro che constatare l'irregolarità delle modalità di partecipazione del raggruppamento in quanto non erano state da quest'ultimo osservate le puntuali e chiare indicazioni della lex specialis relative alle prescrizioni per il confezionamento del plico recante i documenti di partecipazione alla selezione, ha confermato la correttezza dell'attività svolta dall'Amministrazione chiedendo la reiezione del gravame.

Per completezza la difesa erariale ha depositato copie fotostatiche delle fotografie raffiguranti i due plichi prodotti dalle due uniche concorrenti.

La Eustema, a propria volta, produceva le fotografie del plico confezionato dalle odierne ricorrenti e di quello da essa realizzato e fatto pervenire all'Amministrazione procedente, chiedendo anch'essa la reiezione del gravame proposto avverso l'esclusione.

4. - Con ricorso recante motivi aggiunti le ricorrenti hanno impugnato la risposta dell'Amministrazione resa con riferimento alla comunicazione ex art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, nella quale non solo si conferma la

disposta esclusione reiterando le motivazioni già rese note nel relativo provvedimento espulsivo, ma si da rilievo, a dimostrazione della legittima ed inevitabile decisione assunta dalla commissione, alla circostanza che, in sede di accesso documentale, la stessa rappresentante del raggruppamento aveva rilevato non solo l'assenza di sigilli sui quattro lembi che compongono la busta e quindi la evidente violazione delle prescrizioni recate dalla lex specialis di gara, ma anche l'effettiva inidoneità del plico a poter essere avviato alle ulteriori fasi della procedura in corso risultando non intatto.

Le ricorrenti, contestano, la legittimità dell'atto di reiezione dell'invito a provvedere in sede di autotutela, ribadendo sostanzialmente le doglianze già dedotte con il ricorso principale.

5. – Alla Camera di consiglio del 17 gennaio 2013, rilevata la completezza del contraddittorio e sentite sul punto le parti costituite, il Collegio ha trattenuto la controversia per la decisione da rendersi con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., per come espressamente richiamato dall'art. 120 c.p.a.. La decisione è stata riservata alla suindicata Camera di consiglio ed è stata sciolta alla Camera di consiglio del 31 gennaio 2013.

6. – Giova premettere che in materia di selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche costituiscono ormai comune bagaglio di conoscenza per gli operatori del settore e, conseguentemente, di faro orientativo della giurisprudenza amministrativa. I principi comunitari della trasparenza, della par condicio tra i concorrenti, della massima partecipazione e, soprattutto, della proporzionalità (tutti peraltro espressamente richiamati dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici), la cui applicazione informa e condiziona il potere della Pubblica amministrazione nel momento della predisposizione e della redazione della lex specialis di gara, per come peraltro (altrettanto espressamente) è anche ribadito nell'art. 74, comma 5, del ridetto Codice. Ciò vuol dire che, con riferimento all'attività della c.d. stazione appaltante prodromica all'avvio della selezione, pur confermandosi in capo ad essa il potere discrezionale a predisporre le regole di gara, detto potere appare essere ormai legislativamente ridotto nella latitudine di sviluppo, in quanto condizionato al rispetto delle prescrizioni normative che impongono all'Amministrazione procedente di non ignorare, in tema di introduzione di clausole ostative alla partecipazione ovvero di modalità di partecipazione il cui inadempimento provoca l'espulsione del concorrente, la recente formula normativa di estrinsecazione del principio della esclusiva indicazione legislativa, con portata tassativa, delle cause di esclusione dalla selezione.

Orbene, oltre a quanto sopra specificato, va anche rilevato che costituisce principio pacifico, in materia di procedure ad evidenza pubblica, che le clausole di esclusione sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbero di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, il principio della par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2012 n. 2064 nonché T.A.R. Basilicata, Sez. I, 19 aprile 2012 n. 177).

D'altronde la disciplina di gara ben può richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304 nonché TAR Lazio, Sez. II, 9 dicembre 2008 n. 11147).

In altri termini:

- alla luce dei principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti ovvero speciali modalità per la partecipazione alle gare per

l'affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali o le peculiari modalità partecipative pretese in stretta relazione con le finalità proprie della selezione tra più aspiranti per la scelta di quello più idoneo e l'oggetto della commessa da affidarsi;

- in buona sostanza il potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di determinare le regole della gara e, in specie, di introdurre requisiti di partecipazione alla gara, oggettivi e/o soggettivi ovvero modalità specifiche di partecipazione - ulteriori e maggiormente selettivi rispetto a quelli stabiliti dalle norme - incontra il limite del rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza;

- in tal modo i requisiti e le peculiari modalità partecipative non devono restringere indebitamente l'accesso alla procedura e devono essere giustificati da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 12 ottobre 2010 n. 2293).

Va poi rimarcato che lo stesso interesse pubblico alla tutela della concorrenza non può che essere perseguito in stretta adesione con il principio comunitario di proporzionalità, che richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo

7. – Fermo quanto sopra si rende necessario rammentare che l'art. 46, comma 1 bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, introdotto dall'art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, conv. in legge 12 luglio 2011 n. 106 (e senza alcun dubbio applicabile *ratione temporis* al caso di specie), stabilisce che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Con la disposizione sopra riprodotta il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza ad individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della *lex specialis*, tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale, tale cioè da non esigere nemmeno un'espressa impugnazione, come risulta dal ricorso all'espressione "comunque".

Appare evidente che la ratio di tale recente modifica normativa, che indubbiamente si colloca in un ambito di applicazione del principio del *favor participationis*, va rinvenuta nell'intento di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti. Ciò in quanto il nuovo testo del citato art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici determina che l'Amministrazione procedente può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR 5 ottobre 2010 n. 207) e da altre disposizioni legislative vigenti;

- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;

- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura

del plico, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

8. - Pervero, in sede pretoria e nel corso del primo periodo di applicazione della disposizione surriprodotta, non si è mancato di rilevare una certa oscurità del testo normativo, in quanto, si afferma, che "la formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi " (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 15 dicembre 2011 n. 9791 e Tar Liguria, Sez. I, 26 settembre 2011 n. 1396).

Ciò nondimeno, nel successivo periodo di applicazione, si è assistito ad un consolidamento giurisprudenziale della rilevanza della ridetta disposizione, soprattutto nell'ottica legislativa volta a provocare sempre di più il completo adeguamento dell'ordinamento nazionale in materia di affidamento dei commesse pubbliche ai principi del Trattato UE e soprattutto alle prescrizioni delle direttive 31 marzo 2004 nn. 17 e 18 (come è chiarito nella relazione illustrativa al decreto legge n. 70 del 2011, c.d. decreto Sviluppo, nella quale si legge che la finalità dell'introduzione nel Codice dei contratti pubblici della disposizione recata dal comma 1-bis dell'art. 46 è quella di effettuare una "tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante", limitando "le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici".

Su questo solco interpretativo di recente si è espressa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione 10 ottobre 2012 n. 4, ove si può leggere che "la ratio delle nuove disposizioni è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico. Secondo l'art. 4, comma 1, lett n), del Decreto Sviluppo, infatti, la novella è volta a sancire la «tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara".

Sempre nella citata determinazione sono riportati due passaggi significativi fatti propri dalla recente interpretazione giurisprudenziale in argomento, vale a dire che:

- le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale;

- a sua volta, l'art. 64, comma 4-bis, stabilisce che la "tipizzazione" delle cause di esclusione deve essere effettuata ex ante dall'Autorità nei "bandi-tipo" che, quindi, elencano le cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nella documentazione di gara. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto, intendendosi per tali la previsione di ulteriori ipotesi di esclusione.

9. – Tutto quanto sopra premesso in via di diritto, può ora definirsi il perimetro del fatto oggetto della presente controversia, secondo le risultanze documentali acquisite al fascicolo del processo.

Le società ricorrenti, che hanno presentato l'offerta partecipando alla selezione in costituendo raggruppamento, sono state escluse dalla stessa per due ragioni ben scolpite nel corpo del provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso principale che riproduce quanto già indicato nel 1° verbale redatto dalla commissione giudicatrice e relativo alla seduta del 6 novembre 2012, vale a dire in quanto:

A) il plico “reca l'indicazione del mittente costituenda ATI ETT srl Mandataria-Inera srl-Mandante” (così, testualmente, nel verbale del 6 novembre 2012), invertendo quindi i ruoli delle due società. Pertanto “il plico riporta l'indicazione del mittente con la soc. ETT Srl mandataria del costituendo ATI, pur non essendo stata invitata, e la soc. Inera invitata a partecipare alla procedura di gara quale mandante, in violazione del disposto dell'art. 37 comma 12 del d.lgs 163/2006 che recita ... nelle procedure ristrette o negoziate ... l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso ... hanno la facoltà di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatari di operatori riuniti” (così, testualmente, nella comunicazione di esclusione dell'8 novembre 2012 inviata dal presidente della commissione al RUP, il cui contenuto è stato successivamente riprodotto nel provvedimento di esclusione dalla gara del 9 novembre 2012);

B) il plico “non è confezionato in conformità a quanto prescritto dalla lettera di invito, non presentando la prescritta sigillatura su tutti i lembi” (così, testualmente, nel verbale del 6 novembre 2012). La commissione ha quindi statuito che il plico non fosse “conforme a quanto prescritto dagli artt. 2 e 13 della lettera di invito poiché non è presente la sigillatura su tutti i lembi di chiusura del plico compresi quelli già preincollati dal fabbricante” (così, testualmente, nella comunicazione di esclusione dell'8 novembre 2012 inviata dal presidente della commissione al RUP, il cui contenuto è stato successivamente riprodotto nel provvedimento di esclusione dalla gara del 9 novembre 2012).

10. - Il primo motivo, dunque, che ha portato alla esclusione dalla selezione l'offerta presentata dalle società ricorrenti va ricercato nella inadeguata predisposizione della busta (rectius, del plico), contenente i documenti e l'offerta richiesti dalla lex specialis di gara, non perché realizzata in contrasto con le disposizioni del bando (rectius, lettera di invito) inerenti le modalità di presentazione dell'offerta, ma in quanto non in linea con la prescrizione dell'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui stabilisce che “In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sè o quale mandatario di operatori riuniti”. Dal momento che la ETT srl è mandante del costituendo raggruppamento, del quale la Inera srl è mandataria, con la inversione dei ruoli e delle qualità sul frontespizio del plico (dove si legge, per come risulta anche dalla riproduzione delle foto depositate, che la ETT srl è “mandataria” e che la Inera srl è “mandante” del costituendo raggruppamento) si sarebbe provocata una insanabile violazione della surriprodotta disposizione del Codice dei contratti pubblici.

Sul punto il Collegio non ritiene che la valutazione espressa dalla commissione e fatta propria dal RUP e, quindi, dall'Amministrazione nel provvedimento espulsivo impugnato con il ricorso principale possa essere condivisa, ritenendosi al contrario fondata la corrispondente censura dedotta dalle società ricorrenti.

In disparte la circostanza di fatto, che pure assume rilevanza non indifferente sulla questione in esame al fine di escludere che fosse necessaria la decisione espulsiva a carico delle società oggi ricorrenti, che il rappresentante legale del costituendo raggruppamento, presente alle operazioni di verifica della corretta predisposizione dei plichi effettuate nel corso della seduta del 6 novembre 2012, aveva immediatamente svelato l'errore materiale in cui le società erano incorse riproducendo sul plico, con sequenza invertita, la denominazione delle due aderenti al

costituendo raggruppamento e la qualità con la quale ciascuna di esse partecipava alla selezione (sul verbale della seduta, prodotto in atti, si legge infatti che: "Il rappresentante della soc. ETT interviene e chiede che sia messo agli atti che nell'intestazione del plico, a causa di un refuso, sono stati riportate le qualità di Mandataria e Mandante invertite. Inoltre afferma che nei documenti contenuti nel plico, le qualità delle due società che si impegnano a costituire l'ATI sono correttamente indicate e documentate"), la presenza di un mero errore materiale nella intestazione del frontespizio del plico, quando le indicazioni ivi contenute siano complete, con riferimento ai nominativi dei partecipanti e chiariscano, in caso di partecipazione in raggruppamento, i ruoli di intervento delle aderenti alla selezione, di modo tale che non possano insorgere dubbi sulla qualità dei soggetti partecipanti e quindi quando, come è avvenuto nel caso in esame, non affiorino ipotesi "di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione" (così, l'art. 46-bis del Codice dei contratti pubblici), non possono giustificare, di per sé, la sanzione espulsiva del costituendo raggruppamento concorrente. In tali casi, infatti, la stazione appaltante può scegliere di interpretare "in bonam partem" l'irregolarità rilevata ovvero consentire, attraverso il corretto e doveroso esercizio del c.d. potere di soccorso, che il concorrente svolga una integrazione "a chiarimento".

11. - Come è noto nelle procedure di tipo concorsuale quali gare d'appalto, concorsi pubblici, selezioni pubbliche per la concessione di finanziamenti et simila, per giurisprudenza assolutamente pacifica, la regolarizzazione documentale può essere consentita quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della "par condicio"(cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2010 n. 6687, Sez. IV, 19 giugno 2006 n. 3660 e 6 marzo 2006 n. 1068, Sez. VI 18 maggio 2001 n. 2781).

Sanatorie documentali sono possibili, dunque, con la possibilità d'integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, nel rispetto di un duplice limite: a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2004 n. 5734); b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali che abbiano violato prescrizioni del bando (o della lettera di invito) sanzionate con una comminatoria di esclusione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, dicembre 2002 n. 6675), sempreché queste ultime non si rivelino affette da nullità.

D'altronde (cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. II, 13 novembre 2012 n. 9306) l'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, così recita: "Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati ". Tale potere va considerato realmente un obbligo per l'Amministrazione procedente, in una ottica interpretativa delle norme ad ispirazione comunitaria volta a garantire la massima partecipazione alla selezione delle imprese ed a considerare l'esclusione di un concorrente un fatto grave, che costituisce la extrema ratio alla quale la stazione appaltante deve ricorrere solo in totale assenza di presentazione delle dichiarazioni sostitutive o della documentazione, la cui produzione entro la scadenza del termine di partecipazione alla gara sia legittima e sempreché non possa farsi ricorso al potere (rectius, dovere) di soccorso. Sicché, quando nel corso dell'istruttoria volta ad esaminare la regolarità della posizione del concorrente rispetto alle prescrizioni di partecipazione recate dal bando emergono, come nel caso in esame, elementi utili a riconsiderare una incompletezza dichiarativa rilevata a carico del medesimo concorrente dalla stazione appaltante, quest'ultima deve prontamente tornare sui propri passi, provvedendo a riammettere in gara quel concorrente.

Le suesposte coordinate interpretative si attagliano, ancor di più, al caso in esame ove, con riferimento al primo dei

due deficit partecipativi imputati alle odierne società ricorrenti dalla stazione appaltante, non è contestata una carenza documentale ma una inesattezza nella indicazione dei nominativi della mandante e della mandataria sul frontespizio del plico, che comunque reca, seppur invertite nella qualità, la denominazione di entrambe le società del costituendo raggruppamento temporaneo. Peraltro la lettera dell'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, che si assumerebbe violato per effetto dell'erronea indicazione nel frontespizio del plico, non ne suggerisce una lettura formale, con riferimento alle indicazioni che debbono assolutamente comparire nel frontespizio del plico in caso di partecipazione di un raggruppamento, ma consente al contrario una interpretazione sostanziale della partecipazione, come peraltro ha avvertito prontamente nel corso della seduta del 6 novembre 2012 il rappresentante della ETT presente ai lavori.

Va, da ultimo, rilevato che nel bando di gara (rectius, lettera di invito), all'art. 2, è prescritto che "Sul plico, sempre a pena di esclusione, dovrà essere indicato il nominativo dell'impresa mittente, ivi compresi l'indirizzo, il recapito telefonico e l'indirizzo di Posta elettronica certificata (...)" senza ulteriori indicazioni in tema di iscrizioni da riprodurre sul plico in caso di partecipazione di società in costituendo raggruppamento: sotto tale profilo quindi, verificato, grazie alle copie fotostatiche delle fotografie del plico prodotte in atti, che tutti gli elementi riconoscitivi del soggetto partecipante per come prescritti dal bando sono stati trascritti nel frontespizio del plico in questione, l'asserito vizio partecipativo va derubricato a mero errore materiale ed inadeguata è stata, sotto tale aspetto, la sanzione espulsiva decretata dall'Amministrazione precedente.

12. – Il secondo deficit individuato dalla commissione di gara, e fatto proprio dal RUP e dall'Amministrazione precedente, in merito alle modalità di presentazione del plico recante le buste contenenti l'offerta e la documentazione di gara richiesta dalla lex specialis da parte delle società odierne ricorrenti, si radica nella contestazione che il plico non sarebbe stato confezionato in conformità a quanto prescritto dalla lettera di invito (in particolare a quanto prescritto dagli artt. 2 e 13 della ridetta lettera di invito) poiché non presentava la necessaria sigillatura su tutti i lembi di chiusura del plico "compresi quelli già preincollati dal fabbricante" (così, testualmente, nella comunicazione di esclusione dell'8 novembre 2012 inviata dal presidente della commissione al RUP, il cui contenuto è stato successivamente riprodotto nel provvedimento di esclusione dalla gara del 9 novembre 2012).

La lettera di invito:

- in tema di modalità di inoltro della documentazione, all'art. 2 recita: "Le offerte a pena di esclusione dovranno pervenire, entro le ore 12,00 del giorno 5 novembre 2012, in plico chiuso e sigillato, controfirmato su tutti i lembi di chiusura compresi quelli già preincollati dal fabbricante";

- nel riprodurre i casi in cui si verificherà la "immediata ed insanabile esclusione dalla gara", all'art. 13 prevede tale conseguenza per il mancato rispetto delle prescrizioni relative alla "sigillatura e controfirma su tutti i lembi di chiusura del plico compresi quelli preincollati dal fabbricante".

Fermo quanto sopra, in via di fatto due circostanze appaiono ineludibili:

- che la lex specialis di gara con puntualità e chiarezza imponeva ai partecipanti di presentare il plico sia sigillato che controfirmato "su tutti i lembi di chiusura del plico compresi quelli preincollati dal fabbricante";

- che il plico della odierna controinteressata Eustema è sigillato e siglato su tutti e quattro i lati che lo compongono mentre quello delle ricorrenti, peraltro di fattura identica a quello utilizzato dalla Eustema, appare chiuso con lo scotch e controfirmato per il lembo lasciato aperto dal fabbricante, ma non risulta sigillato e controfirmato anche nei lati preincollati.

Appare dunque fondamentale, ai fini della decisione della presente controversia, appurare se la previsione della lex specialis di gara, volta ad escludere dalla selezione i concorrenti che non avessero puntualmente rispettato le

indicazioni di sigillatura e controfirma del plico dalla stessa dettate, sia compatibile con l'attuale assetto normativo in materia di cause di esclusione dalle selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche, che si informa al principio della massima partecipazione degli aspiranti alla selezione e della dequotazione dei vizi formali di partecipazione rispetto alla possibilità di consentire il valido mantenimento in gara del maggior numero di concorrenti, soprattutto se costoro sono stati invitati (come è accaduto nella specie) dalla stessa stazione appaltante. In altri termini occorre comprendere se, tenuto conto dei principi che si sono più sopra richiamati, la qui scrutinata previsione di gara si iscriva nel novero delle prescrizioni "dovute" perché indispensabili a garantire la par condicio dei concorrenti ed a rendere possibile la segretezza delle offerte presentate, oltre che ad evitare l'inquinamento del contenuto dei plichi, tendendo ad evitare che possa essere alterato il corretto sviluppo di una imparziale selezione, ovvero, all'opposto, si risolva in una previsione superflua, la cui applicazione finisce con il sottrarre, ingiustificatamente, chance partecipative all'aspirante concorrente che infranga quella regola.

13. – Nei dizionari della lingua italiana alla parola "plico" viene dato il significato di "busta, perlopiù chiusa o sigillata, contenente documenti, lettere o altro"; alla parola "lembo", oltre che il significato di "parte finale di un vestito" viene attribuito il senso di "margine, orlo". Appare evidente dunque che, unendo i significati comuni attribuiti alle due parole in questione, si finisce per affermare che il plico è una busta già chiusa in tutti i suoi margini, tranne uno per consentire di inserirvi documenti. E ciò è quel che percepiamo tutti, nella comune esperienza rispetto alla "busta" in questione, utilizzata da entrambi i concorrenti nel caso qui in esame: tre lati della stessa sono chiusi ermeticamente dal fabbricante mentre il restante lato resta aperto per l'introduzione di ulteriori buste e/o documenti.

Ai fini, quindi, dell'obiettivo che si è proposto il legislatore nel formulare la previsione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, le prescrizioni della legge di gara debbono essere necessarie affinché sia scongiurato il rischio che, attraverso modalità irregolari di "chiusura dei plichi", possa essere "violato il principio di segretezza delle offerte". Il requisito della necessità della specifica prescrizione della legge di gara in ordine alla modalità di presentazione delle offerte imposta ai concorrenti deve essere tale che, "secondo le circostanze concrete" e quindi alla luce della comune esperienza, per il tipo di prodotto (busta) utilizzato dal concorrente per presentare l'offerta, emerga il ragionevole dubbio che attraverso l'utilizzo di tale prodotto (busta) possa consentirsi la manomissione del plico ed essere posto a repentaglio il principio della segretezza delle offerte.

Quando però il plico è preincollato su tre dei quattro lati dal fabbricante, come è accaduto nella specie, la cura della salvaguardia della inidoneità del plico ad essere manomesso non può che concentrarsi sull'unico lembo aperto. Opinare il contrario si manifesterebbe ultroneo ed eccessivo rispetto alle intenzioni del legislatore che non ha voluto affatto aggravare le condizioni di presentazione delle offerte, intendendo al contrario snellire da inutili formalismi tale, pur sempre delicata, fase della procedura.

Imporre quindi la sigillatura e la controfirma anche sui lembi chiusi in fabbrica al momento della produzione della busta pare, al Collegio, attività superflua ai fini del mantenimento della garanzia della segretezza del contenuto del plico, apparendo sufficiente, come è nella specie avvenuto senza che né la commissione né il RUP siano espressamente intervenuti sul tema segnalando alcuna manomissione del plico al momento della presentazione dello stesso (si veda, sul punto, il verbale del 5 novembre 2012) e della verifica svolta dalla commissione nel corso della seduta del 6 novembre 2012, la tradizionale chiusura del lembo lasciato aperto dal fabbricante con scotch (nastro adesivo trasparente, nel caso di specie) e la sovrastante controfirma.

Il termine "sigillatura" sta ad indicare, secondo la comune nozione, una modalità di chiusura che garantisca l'integrità del contenuto e quindi, è indicativa di tutte le precauzioni che garantiscono la non manomissione della busta e che rendono evidente ogni tentativo di apertura: atteso che nelle buste del tipo utilizzato dalle due

concorrenti nella selezione in esame tre lati sono già sigillati dal fabbricante, si presenta superfluo imporre ai concorrenti una sigillatura di quella parte del plico che nasce, per effetto di produzione, già sigillata e di conseguenza è superflua anche la controfirma su tali lati, perché è incomprendibile lo scopo di tale prescrizione restrittiva.

Ne consegue che la previsione della lettera di invito (all'art. 2, prima e , di conseguenza, all'art. 13), che imponeva ai partecipanti alla selezione la sigillatura e la controfirma anche dei tre lembi del plico preincollati dal fabbricante, si presenta violativa del disposto dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici e quindi nulla; di talché la commissione, prima ed il RUP, poi, avrebbero dovuto disapplicarla, piuttosto che adottare l'atto espulsivo che si manifesta, anche sotto il secondo profilo qui esaminato, illegittimo per violazione di legge.

14. – Merita ancora rammentare che nelle gare pubbliche, per giurisprudenza ormai consolidatasi, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici, le cause di esclusione dalle gare di appalto sono tassative e, quindi, limitate a quelle previste espressamente dalla legge, con conseguente nullità ex lege di tutte le altre eventualmente inserite nella *lex specialis* (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II 10 settembre 2012 n. 914 e T.A.R. Basilicata, Sez. I, 11 agosto 2012 n. 393). In virtù della suddetta previsione, infatti, nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo dell'esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara allo scopo di garantire il migliore risultato per l'Amministrazione stessa (cfr., Cons. Stato, Sez. III, 4 ottobre 2012 n. 5203).

Orbene, interpretando la citata clausola della *lex specialis* (artt. 2 e 13 della lettera di invito) alla luce del criterio valutativo introdotto dal comma 1-bis dell'art. 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006, in maniera non formalistica al fine di garantire la massima partecipazione alla gara, deve ritenersi necessaria e sufficiente una modalità di sigillatura del plico tale da impedire che il plico possa essere aperto e manomesso senza che ne resti traccia visibile, oltre ulteriore prescrizione non si pone a garanzia della segretezza delle offerte ma si trasforma in un ostacolo partecipativo. Ne deriva che, anche in caso di mancata osservanza pedissequa e cumulativa di ciascuna delle singole modalità di chiusura contemplate nella lettera di invito, deve ritenersi preclusa l'esclusione di un'impresa concorrente in presenza di una modalità di sigillatura comunque idonea a garantire l'ermetica e inalterabile chiusura del plico. A tal fine, l'apposizione dei timbri e la controfirma sul lembo di chiusura – da intendersi quale imboccatura della busta soggetta ad operazione di chiusura a sé stante, talché è sufficiente che l'adempimento formale imposto alle imprese concorrenti venga limitato ai lembi della busta chiusi dall'utilizzatore, con esclusione di quelli preincollati dal fabbricante – costituisce una modalità di sigillatura di per sé idonea a prevenire eventuali manomissioni.

Ed è ciò che è avvenuto nella fattispecie sub iudice, dovendosi in esito agli acquisiti elementi probatori – segnatamente alla luce dell'allegata documentazione fotografica – ritenere incontrovertibilmente comprovato che:

a) il plico fatto pervenire dalle odierne ricorrenti era costituito da una busta di ordinaria commercializzazione di colore giallo/beige, impermeabile alla vista, per cui non se ne potevano leggere i contenuti se non al momento dell'apertura;

b) quanto alle modalità di sigillatura, il quarto lato della busta recante la fessura per l'inserimento della documentazione è stato sigillato con nastro adesivo trasparente (del tipo "a prima vista", scotch) che non risultava rimosso né ne è stata constatata la rimozione nel verbale e nella lettera di esclusione dal personale della stazione appaltante (anche perché, quale ulteriore dato di comune esperienza, tale tipo di nastro adesivo una volta incollato su superfici di tipo cartaceo non è possibile eliminarlo senza rimuovere unitamente a questo anche la superficie

cartacea sottostante, che vi resta incollata);

c) sul nastro adesivo, eccedendo anche sulla parete della busta, sono stati apposti i timbri e le sigle della ETT;

d) non sono state rilevate manomissioni del plico.

Risulta, con ciò, essere stata adottata un modalità di sigillatura idonea ad evitare, anche in astratto, qualsiasi possibile manomissione, tanto che non risulta né dal verbale della seduta del 6 novembre 2012 né dalla comunicazione di esclusione alcun richiamo a manomissioni o aperture del plico, sicché la mancata apposizione della sigillatura e della controfirma sui tre lembi della busta preincollati dal fabbricante non poteva considerarsi irregolarità idonea a far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza dell'offerta.

15. – Le suesposte considerazioni, che conducono all'accoglimento delle censure dedotte dalle società ricorrenti, non sono scalfite dalle ulteriori notizie documentali di cui al verbale di accesso agli atti del 5 dicembre 2012 (prodotto in giudizio) nel quale si legge che la dottoressa Gaudetti, presente alle operazioni di ostensione per conto delle odierne ricorrenti, ha chiesto di dichiarare a verbale che “il plico è sigillato con nastro adesivo solamente sul lembo di apertura/chiusura del plico nella parte anteriore dello stesso e in una porzione ristretta del medesimo, si rilevano infatti delle evidenti aperture sui bordi laterali superiori del detto lembo non coperti dal nastro adesivo che risultano privi di sigillatura, è mancante la sigillatura sui restanti tre lembi del plico preincollati dal fabbricante, si rilevano altresì due fori paragonabili a due fori di matita nella parte inferiore in prossimità di uno degli angoli posteriori del plico stesso in corrispondenza della firma posta nell'angolo medesimo dall'Impresa ETT”.

Siffatte constatazioni, evidentemente, si riferiscono allo stato del plico al momento dell'accesso documentale, mentre in precedenza, durante la verifica delle modalità di presentazione dell'offerta, nel corso della seduta del 6 novembre 2012, tali manomissioni del plico non sono state rilevate dalla commissione (né successivamente dal RUP ovvero dall'Amministrazione precedente nel provvedimento di esclusione delle odierne ricorrenti), dal momento che nel verbale di ricevimento delle buste, in data 5 novembre 2012 (prodotto anch'esso in atti), nulla è detto in proposito.

Le constatate manomissioni, pertanto, si riferiscono ad una fase successiva rispetto alle operazioni di gara che hanno condotto alla esclusione della stessa delle ricorrenti ed in ordine alle quali è qui controversia, non potendo tali eventi successivi, realizzatisi peraltro in un periodo in cui il plico era mantenuto nella custodia dell'Amministrazione precedente, sulla quale incombe, come è noto, l'obbligo di adeguata custodia della documentazione quando la stessa non è posta nella disponibilità della commissione di gara durante le sedute della procedura, assumere alcun rilievo nel presente processo, semmai nelle successive fasi di svolgimento della procedura all'esito del presente giudizio. Ad ogni modo, la rilevata manomissione del plico relativo alla offerta presentata dalle società odierne ricorrenti giammai può tradursi in un pregiudizio nei confronti di esse né, tanto meno, costituire il presupposto per un risultato espulsivo dalla procedura, dal momento che il surrichiamato obbligo di corretta ed adeguata custodia documentale che incombe sulla stazione appaltante determina la presunzione che la manomissione del plico sia imputabile a scarsa attenzione e vigilanza da parte dell'Amministrazione precedente, in difetto di prova contraria.

16. - Con ricorso recante motivi aggiunti le ricorrenti hanno impugnato la risposta dell'Amministrazione resa con riferimento alla comunicazione ex art. 246-bis del Codice dei contratti pubblici, nella quale non solo si conferma la disposta esclusione reiterando le motivazioni già rese note nel relativo provvedimento espulsivo, ma si dà rilievo, a dimostrazione della legittima ed inevitabile decisione assunta dalla commissione, alla circostanza che, in sede di accesso documentale, la stessa rappresentante del raggruppamento aveva rilevato non solo l'assenza di sigilli sui quattro lembi che compongono la busta e quindi la evidente violazione delle prescrizioni recate dalla lex specialis

di gara, ma anche l'effettiva inidoneità del plico a poter essere avviato alle ulteriori fasi della procedura in corso risultando non intatto.

Sull'argomento il Collegio ha già sopra espresso la propria valutazione di talché, tenuto conto del tipo di atto impugnato, sostanzialmente riproduttivo delle motivazioni che hanno indotto l'Amministrazione procedente ad escludere le ricorrenti dalla selezione e con la formulazione di ulteriori profili motivazionali che confermerebbero la correttezza dell'operato della commissione e del RUP, paiono dunque fondate le censure dedotte dalle ricorrenti nei confronti del provvedimento di risposta alla comunicazione avanzata ai sensi dell'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici, con conseguente accoglimento anche del secondo gravame.

17. – In ragione delle suesposte considerazioni, le censure dedotte con il ricorso principale e con quello recante motivi aggiunti si presentano fondate ed i gravami vanno accolti con annullamento del provvedimento di esclusione delle ricorrenti dalla selezione in corso. La decisione, assunta in sede collegiale, costituisce anche conferma del decreto presidenziale 18 dicembre 2012 n. 4613, con il quale è stata disposta la sospensione delle operazioni di gara fino alla decisione da parte del Collegio; operazioni che allo stato, per quanto documentalmente appare ed in adempimento del disposto cautelare di cui sopra, non sono state completate, essendosi arrestato il percorso procedimentale alla fase, ancora precedente rispetto al completamento del percorso medesimo, della aggiudicazione provvisoria alla concorrente Eustema.

Le spese seguono la soccombenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c. come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., e vanno imputate sia a carico dell'Amministrazione resistente che a carico della società Eustema che ha accettato il contraddittorio replicando nel merito alle censure dedotte dalle ricorrenti e restando anch'essa soccombente nella sede processuale, seppure in misura differenziata tra le due soccombenti non avendo Eustema provocato la patologia procedimentale accertata nel corso del presente giudizio. Stima equo, quindi, il Collegio che le spese vadano rimesse a carico dell'Amministrazione nella misura complessiva di € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) oltre accessori come per legge ed imponendosi alla stessa anche la restituzione del contributo unificato, se versato; le spese giudiziali debbono, altresì, porsi a carico della società Eustema nella misura complessiva di € 1.000,00 (euro mille/00), oltre accessori come per legge.

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sul ricorso e sui motivi aggiunti indicati in epigrafe:

- 1) li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) condanna il Ministero per i beni culturali e le attività culturali, in persona del Ministro pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore delle società ETT Srl e Inera Srl, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, che liquida in complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) oltre accessori come per legge ed alla restituzione del contributo unificato, se versato;
- 3) condanna la società Eustema Spa, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore delle società ETT Srl e Inera Srl, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, che liquida in complessivi € 1.000,00 (euro mille/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 17 gennaio 2013 e del 31 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2013

IL SEGRETARIO

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