



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 287 del 2014, proposto da:  
Show Solutions di Pozzetto Luca, rappresentata e difesa dall'avv. Gianna Di  
Danieli, con domicilio eletto presso lo studio della medesima, in Trieste, Via G.  
Bruni n. 5;

***contro***

Comune di Trieste, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Serena Giraldi, con  
domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Trieste, Via del  
Teatro Romano n. 7;

***nei confronti di***

Giemmeallestimenti di Guastini Fabio, non costituito;  
Consip S.p.A., non costituita;

***per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia esecutiva***

- della determina del Direttore Servizio Sport Comune di Trieste n. 2036/2014 con  
cui è stato aggiudicato alla ditta GIEMMEALLESTIMENTI il servizio di

allestimento palchi e service tecnici audio-luci nell'ambito della realizzazione della manifestazione "Trieste-Estate 2014";

- di ogni altro atto o provvedimento antecedente, successivo e/o comunque connesso e/o consequenziale e/o presupposto, e in particolare della comunicazione elettronica di esclusione della Show Solutions dalla procedura di gara avviata con Richiesta di Offerta n. 5107808 sul MEPA di data 18.06.2014, della comunicazione elettronica di data 23.06.2014 di invio alla Show Solutions della determina di aggiudicazione n. 2036/2014 della procedura di gara avviata con Richiesta di Offerta n. 528060;

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento, in forma specifica e/o per equivalente, dei danni patiti dalla ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trieste;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2014 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Espone il signor Luca Pozzetto di aver partecipato, quale titolare dell'impresa individuale Show Solutions, alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, svolta, tramite Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione – MEPA, dal Comune di Trieste per l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, del servizio di allestimento dei palchi e di supporto dei servizi tecnici di

amplificazione sonora e di illuminazione nell'ambito della manifestazione denominata "Trieste Estate 2014".

Espone altresì che la prima Richiesta di Offerta – RdO lanciata sul MEPA dall'Amministrazione comunale si concludeva con l'esclusione di entrambi i due offerenti (Show Solutions di Luca Pozzetto e Giemmeallestimenti di Fabio Guastini) e che la seconda RdO con l'aggiudicazione a favore dell'impresa controinteressata.

Accadeva, invero, che in sede di apertura delle buste elettroniche contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica dei due concorrenti si verificasse che due documenti (segnatamente, il "calcolo della spesa" e il "prospetto economico degli oneri complessivi"), nonostante fossero stati formati come immutabili dalla stazione appaltante, risultavano, anziché solamente sottoscritti digitalmente, anche modificati con indicazione al ribasso delle cifre ivi indicate. Accadeva, inoltre, che quei documenti così modificati era presenti sia nella busta di Show Solutions che in quella di Giemmeallestimenti, con identico contenuto e con la medesima firma digitale: risultavano, infatti, sottoscritti digitalmente dal signor Guastini Fabio, titolare di Giemmeallestimenti, sia quelli presentati da tale impresa che quelli presentati dall'impresa concorrente Show Solutions.

Alla luce di quanto occorso, il Comune di Trieste decideva di dichiarare la gara esperita infruttuosamente e di lanciare una nuova RdO, invitando solamente le due imprese che avevano partecipato alla precedente procedura, assegnando loro poco meno di ventiquattro ore per presentare le nuove offerte.

Nella seconda gara si verificava un ulteriore problema, perché la stazione appaltante non era in grado di aprire il file di Giemmeallestimenti contenente il Piano di sicurezza e coordinamento, di talché, dopo ulteriori tentativi infruttuosi,

L'impresa veniva da ultimo invitata a presentare il documento su supporto cartaceo e con sottoscrizione manuale.

All'esito della gara l'appalto veniva affidato al controinteressato.

Avverso gli atti delle due procedure di gara, come in epigrafe compiutamente individuati, insorge il signor Luca Pozzetto, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, e il risarcimento del danno, anche sotto forma di subentro nel contratto ove possibile.

I motivi di impugnazione possono essere sintetizzati come di seguito.

I<sup>^</sup>) *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006; Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990; Falsa applicazione dell'art. 81, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 – Eccesso di potere per carenza istruttoria e difetto di motivazione”*. Sostiene il ricorrente in riferimento alla prima gara che l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto escludere solamente l'impresa controinteressata, perché solamente l'offerta di questa risultava “trasparente”. Risulterebbe infatti che il signor Fabio Guastini anziché scaricare gli allegati di gara, sottoscriverli digitalmente e rinviarli, ne avrebbe costruiti di nuovi, alterando il contenuto di quelli formati dalla stazione appaltante. Di contro i documenti inviati da Show Solutions appaiono alterati solamente sulla piattaforma MEPA, mentre se scaricati hanno contenuto corretto.

Lamenta, inoltre, parte ricorrente un'insufficienza di istruttoria da parte della stazione appaltante, che non si sarebbe tempestivamente attivata per comprendere le ragioni dell'anomalia informatica verificatasi nel corso della procedura di gara.

Lamenta, infine, parte ricorrente una carenza di motivazione del provvedimento che ha dichiarato la gara deserta, perché anche a voler ammettere che le due offerte fossero entrambe “trasparenti” non vi sarebbe stata alcuna alterazione della par condicio, tenuto conto che la procedura è svolta in via telematica, sicché una volta

inviare le offerte non erano modificabili, e tenuto altresì conto che non vi è stato un terzo offerente.

II^) “*Violazione di legge: violazione dell’art. 125 comma 11 D.Lgs. n. 163/2006 e dell’art. 328, comma 2 del DPR n. 20772010; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; violazione art. 1, comma 1 e 3 L. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell’art. 6, comma 1, lett. b) della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell’art. 46, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere primo per disparità di trattamento, difetto di motivazione*”. Contesta la ricorrente in riferimento alla seconda gara l’esercizio da parte della stazione appaltante a favore dell’impresa controinteressata di quel potere di soccorso istruttorio, che invece avrebbe negato nella prima gara a favore di Show Solutions, consentendole così di ovviare all’anomalia informatica verificatasi in tale frangente. In tal modo si sarebbe dato luogo a una disparità di trattamento, in spregio ai principi che presidiano l’azione amministrativa.

III^) “*Violazione di legge: violazione dell’art. 70, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell’art. 328, comma 4 del DPR n. 207/2010; violazione dell’art. 7, lett. C) del regolamento per le spese in economia del comune di Trieste approvato con D.C. n. 78 dd. 4.10.2004 e dell’art. 50 delle Regole del sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione. Violazione dei principi di pubblicità, partecipazione e proporzionalità*”. Si duole il ricorrente che per la seconda RdO la stazione appaltante abbia concesso alle imprese invitate a offrire meno di ventiquattro ore per formulare la nuova offerta, in violazione delle suindicate previsioni legislative e regolamentari, che fissano un termine minimo, per le ipotesi di urgenza, di otto giorni. Si duole altresì della circostanza che alla seconda gara siano state invitate esclusivamente due imprese.

Si è costituito in giudizio il Comune di Trieste, contestando la prospettazione avversaria, e chiedendo conseguentemente il rigetto del ricorso proposto da Show Solutions. Precisa l’Amministrazione resistente che la procedura tramite MEPA è predisposta da altro soggetto (Consip S.p.A.) ed è organizzata tramite sequenze

predeterminate sulle quali la stazione appaltante non può intervenire, per cui il mancato superamento di una fase non consentirebbe di accedere a quella successiva, né di tornare indietro. Di talché, a fronte di quanto verificatosi nella prima gara, la stazione appaltante non avrebbe in alcun modo potuto esercitare il soccorso istruttorio, né escludere un solo concorrente.

Con riferimento alla seconda gara la difesa comunale evidenzia l'urgenza dell'aggiudicazione, sottolinea come, nonostante il breve preavviso entrambe le imprese invitate siano riuscite a presentare l'offerta. Di talché non sarebbe dato comprendere quale lesione abbia patito il ricorrente dalla contrazione del termine per offrire.

Contesta, infine, il Comune la fondatezza della domanda risarcitoria svolta dalla ricorrente, sia in punto di *an* che in punto di *quantum*.

Non si è costituito in giudizio il controinteressato Fabio Guastini per Giemmeallestimenti, pure ritualmente evocato in giudizio; parimenti non si è costituita in giudizio Consip S.p.A., pure notiziata dal ricorrente del contenzioso in atto.

Entrambe le parti costituite hanno poi depositato memorie difensive, nelle quali hanno sostanzialmente ribadito le proprie tesi. Nella specie, il ricorrente ha prodotto ulteriore documentazione volta a suffragare la circostanza dell'anomalia informatica.

Si oppone, invece, a tale conclusione il Comune di Trieste, il quale insiste particolarmente nella diversità di situazioni che si erano verificate nella prima e nella seconda gara, tali da giustificare solo in un caso l'utilizzo del potere di soccorso istruttorio, e nell'assenza di prova in ordine al danno asseritamente patito dall'impresa ricorrente.

Rinunciata la domanda cautelare da parte del ricorrente, per essere stato nelle more completamente eseguito il contratto di appalto di cui si discute, la causa veniva

chiamata all'udienza di merito del 3 dicembre 2014 e in quella sede veniva introitata per la decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente va osservato come al ricorrente residui oramai la sola tutela risarcitoria per equivalente dell'interesse legittimo di cui è portatore, essendo stato interamente eseguito il contratto di appalto di servizio affidato al controinteressato all'esito delle due procedure di gara la cui legittimità è qui contestata. Detto rimedio presuppone, peraltro, solamente a tali limitati fini, l'accertamento della illegittimità degli atti impugnati in relazione alle singole doglianze dedotte specificamente dall'interessato, oltre che della sussistenza degli altri elementi costitutivi la responsabilità aquiliana.

Un tanto premesso, il Collegio ritiene il ricorso fondato.

Risulta incontrovertibilmente dagli atti di causa che nel corso della prima procedura di gara si sia verificata un'anomalia di sistema. In disparte la questione della modifica dei documenti formati dalla stazione appaltante, va presa in considerazione la presenza nella busta elettronica di un concorrente (Show Solutions) di documenti firmati digitalmente da altro concorrente (il signor Fabio Guastini di Giemmeallestimenti). Poiché è irragionevole ipotizzare che Show Solutions abbia volontariamente caricato a sistema files firmati digitalmente da un soggetto diverso dal proprio legale rappresentante – ammesso che un tanto sia possibile – e porsi così nella condizione di farsi escludere dalla gara, è logico concludere che si sia verificata una disfunzione della piattaforma MEPA utilizzata per lo svolgimento della procedura negoziata.

A fronte di questa che era l'unica conclusione logicamente accettabile, la stazione appaltante avrebbe dovuto attivarsi presso Consip S.p.A. per appurare cosa fosse realmente accaduto e solamente all'esito di tali acquisizioni istruttorie assumere la decisione se ammettere entrambe le offerte e valutarle, se escluderle entrambe, o

se, infine, ammetterne una soltanto delle due e a essa aggiudicare l'appalto di servizi per cui è causa.

Invece, il Comune di Trieste ha ritenuto più semplice dichiarare la gara deserta e reiterare la procedura, facendo così gravare sulle imprese offerenti il malfunzionamento del sistema che esso stesso aveva scelto e imposto alle controparti.

Né può condividersi l'argomentazione della difesa comunale, secondo cui, per come è strutturata, la piattaforma MEPA non consentirebbe alla stazione appaltante di intervenire sulla procedura, men che mai di mantenere in gara un offerente la cui offerta non abbia passato una delle sequenze nelle quali si articola la procedura.

Innanzitutto, l'affermazione è smentita proprio da quanto accaduto nel corso della seconda gara, laddove in presenza di un documento inviato telematicamente che non si apriva, l'Amministrazione comunale non ha escluso l'offerente, ma ha acconsentito che l'interessato depositasse quel documento su supporto cartaceo con firma manuale. Di talché non si comprende allora perché non esaminare i files in discussione presenti nella busta di Show Solutions una volta scaricati su computer, posto che - per stessa ammissione del Comune - solo se letti sulla piattaforma MEPA tali files risultano firmati digitalmente dal legale rappresentante dell'impresa concorrente. Solamente a questo punto la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se vi fosse stata o meno la contestata alterazione dei documenti della stazione appaltante con tutte le conseguenze che questo comporta in punto di esclusione o meno dalla gara.

Ulteriormente, va considerato che la scelta dello strumento telematico non altera i principi che informano i rapporti fra Amministrazione e amministrati, segnatamente quello di leale collaborazione, né i poteri che competono alla stazione appaltante al fine di perseguire il duplice pubblico interesse di contrarre



con il miglior offerente possibile e di assicurare la massima concorrenzialità possibile. Nel caso di specie il Comune avrebbe dovuto immediatamente rappresentare a Consip S.p.A. l'accaduto, chiedendo l'espletamento delle necessarie verifiche: in base al regolamento del MEPA spettano, infatti, a Consip S.p.A. da un lato le contestazioni al gestore del sistema, e dall'altro lato l'accertamento di eventuali violazioni da parte delle imprese che operano nel MEPA.

Né rileva che secondo quanto dichiarato dal patrocinio di parte resistente alla data dell'udienza di merito Consip S.p.A. non avesse ancora riscontrato la richiesta infine inviata dalla stazione appaltante. Quel che rileva è semmai che la denuncia dell'Amministrazione comunale sia intervenuta con molto ritardo, ovvero sia non solo dopo che la seconda gara era stata esperita e aggiudicata, ma vieppiù dopo che l'odierno ricorrente aveva notificato il preavviso di impugnativa prima e il ricorso giurisdizionale poi. In tal modo il Comune è venuto meno ai propri obblighi di diligente collaborazione.

Fondatamente, pertanto, il ricorrente si duole di una carenza di istruttoria (primo motivo di impugnazione) e di una disparità di trattamento tutta a favore dell'impresa controinteressata (secondo motivo di impugnazione).

Di contro, è inammissibile per carenza di interesse - come puntualmente rilevato dalla difesa comunale - il terzo motivo di impugnazione: il ricorrente avrebbe interesse a dolersi della violazione del termine minimo di otto giorni per presentare la propria offerta, se per effetto di tale violazione non fosse stato in grado di partecipare alla gara.

Analogamente, avrebbe interesse a dolersi del fatto che alla seconda RdO fossero state invitate esclusivamente le due imprese che avevano risposto alla prima, solamente se per effetto di tale decisione gli fosse stata preclusa la partecipazione alla RdO. In concreto, invece, Show Solutions ha beneficiato di questa restrizione

della concorrenza che andava ad aumentare le sue chances di aggiudicazione dell'appalto.

Accertata, dunque, la illegittimità degli atti impugnati, e dando per oramai definitivamente acclarata la riconducibilità al paradigma aquiliano della responsabilità della pubblica Amministrazione per atto amministrativo illegittimo (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV<sup>^</sup>, sentenza n. 1117/2014), deve ora passarsi alla verifica nel caso di specie degli altri elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito, che sono l'elemento soggettivo, il nesso di causalità, l'esistenza di un danno meritevole di tutela.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'accertamento della sussistenza degli altri elementi costitutivi della fattispecie, avendo il ricorrente fallito l'onere della prova che, giusta quanto dispone il combinato disposto degli articoli 2014 e 2697 Cod. civ., su di esso gravava in ordine all'esistenza e alla misura di un danno risarcibile.

Chiede il ricorrente il risarcimento del mancato utile di impresa, quantificato nella misura del 10% del valore dell'appalto, il risarcimento del pregiudizio derivante dalla minore competitività, quantificato nella medesima misura, il risarcimento degli interessi sugli utili di impresa che avrebbe via via maturato, il tutto maggiorato di interessi legali e rivalutazione.

E, tuttavia, Show Solutions non ha fornito prova puntuale, né in ordine all'utile che avrebbe ricavato in caso di aggiudicazione dell'appalto, né in ordine al cd. danno curriculare che asserisce aver subito per effetto degli atti illegittimi del Comune di Trieste.

Senonché, nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal principio acquisitivo proprio dell'azione di annullamento, non dandosi nella prima ipotesi quella asimmetria informativa che giustifica nella seconda l'esercizio di poteri istruttori da parte dell'Organo giudiziale; al contempo, il ricorso alla valutazione equitativa è ammesso solamente

quando la prova dell'ammontare del danno effettivamente subito è impossibile o estremamente difficile (cfr., C.d.S., Sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 4248/2014).

Invece, parte ricorrente si è limitata a chiedere l'applicazione automatica del criterio del 10%, peraltro previsto a ben altri fini dall'articolo 345 L. n. 2248/1865 All. F, e dunque come tale inapplicabile alla liquidazione forfettaria del lucro cessante (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. II<sup>^</sup>, sentenza n. 3906/2014).

Ulteriormente, parte ricorrente non ha nemmeno adempiuto, prima ancora che all'obbligo di prova, a quello di allegazione del cd. aliunde perceptum vel percepiendum. E' infatti ragionevole ritenere che in mancanza dell'aggiudicazione il concorrente abbia utilmente impiegato le proprie risorse umane e strumentali in altri servizi, in applicazione del principio contenuto nell'articolo 1227 Cod. civ. per cui il danneggiato non deve concorrere ad aggravare il nocumento patito (cfr., C.d.S., Sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 966/2013). Sicché, laddove il ricorrente non dimostri di non aver incolpevolmente inutilizzato le proprie risorse, il risarcimento del lucro cessante non può spettare integralmente (cfr., C.d.S., Sez. VI<sup>^</sup>, sentenza n. 7004/2010).

Avendo fallito l'onere della prova che su di essa incombeva, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria formulata da Show Solutions.

Né può qui soccorrere l'articolo 1226 Cod. civ., che consente al Giudice la liquidazione in via equitativa del danno, atteso che nel caso di specie la prova o quanto meno un principio di prova era tutt'altro che impossibile o difficile, risultando ad esempio sufficiente la produzione di estratto autentico delle scritture contabili.

In definitiva, viene dichiarata l'illegittimità degli atti impugnati.

Viene respinta la domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara l'illegittimità degli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese del giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00, oltre ad accessori, e al rimborso del contributo unificato come da norma di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2014

IL SEGRETARIO

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