



PARERE AVVISO PUBBLICO

avv.natalepietrafitto@virgilio.it <avv.natalepietrafitto@virgilio.it>

A: "contabilita_lugliomusicale.it" <contabilita_lugliomusicale.it>

Cc: Consigliere Delegato Luglio Musicale <consigliere.delegato@lugliomusicale.it>

12 marzo 2021 00:52

Si allega quanto in oggetto.

Cordialmente,

Avv. Natale Pietrafitta

Studio Legale Avv. Luigi Pipitone & Partners

Via Massimo D'Azeglio, 14 - 91025, Marsala (TP)

&

Studio Legale MINERVA

Via Tenente Alberti, 64 - 91100, Trapani (TP)

Avv. Natale Pietrafitta

avv.natalepietrafitto@virgilio.it

natalepietrafitto@pec.it

+ 39 388.0649662

 **PARERE - avviso pubblico.pdf**

190K

Spett.le Ente Luglio Musicale Trapanese

Teatro di Tradizione

Largo San Francesco di Paola n. 5

91100 - Trapani (TP)

e.p.c. Egr. **Consigliere Delegato**

Dott. Matteo Giurlanda

OGGETTO: parere legale richiesto con missiva del 10.3.2021

In data 10.3.2021, Codesto Spett.le Ente in intestazione si è rivolto al sottoscritto Avvocato, iscritto presso l'Albo ordinario degli avvocati del foro di Marsala, affinché fornisse un parere legale, il quale avesse ad oggetto il seguente quesito:

Egr. avv. Pietrafitta,

d'ordine del Consigliere Delegato, alla luce del contenuto dell'avviso pubblico esplorativo prot. n. 734 del 13/07/2020 e pubblicato dall'Ente scrivente sull'area trasparenza, nonché della contrattualizzazione di diritto privato sottoscritto il 03/08/2020 con la Dott.ssa Marchingiglio,

si chiede

di voler chiarire se l'Ente rimane obbligato alla sottoscrizione di un nuovo contratto di affidamento diretto con la dott.ssa Marchingiglio, stante la scadenza del predetto, tenuto conto che il termine finale fissato sullo stesso avviso pubblico non è ancora scaduto, alla luce delle esigenze di questo Ente di dotarsi di una nuova figura professionale addetta alla comunicazione.

Si allega alla presente:

- avviso pubblico*
- contratto*

In attesa di cordiale riscontro porgo distinti saluti.

Dopo aver ascoltato la parte interessata e appreso il suo punto di vista, presi in consegna i necessari documenti, si ritiene di poter formulare il presente parere *pro veritate*.

Fatto storico:

L'Ente Luglio Musicale Trapanese bandiva un avviso pubblico d'indagine esplorativa di mercato, preliminare all'affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), del D.lgs. n. 50/2016

per l'incarico professionale di consulente per la comunicazione e per la cura dell'immagine visiva e del suo coordinamento, con riferimento alle attività di promozione ed istituzionali dell'Ente stesso, avente nr. prot. 734 del 13/07/2020 e pubblicato dall'Ente scrivente sull'area trasparenza.

Proponeva, così, la propria candidatura, tra gli altri, la sig.ra Marchingiglio Giuseppa Maria Anna Domenica, quale Amministratore Unico della ditta Alter Creatività Visibile S.r.l..

Alla luce delle alternative proposte, dunque, l'Ente in indirizzo, per il tramite della commissione aggiudicatrice, con verbale del 31.7.2020, rassegnava l'esito della valutazione dando atto che la Ditta di cui la Marchiniglio è Amm. Unico risultava aver conseguito il maggiore punteggio.

Le parti interessate, dunque, davano luogo ad una contrattualizzazione di diritto privato, con una scrittura privata, vergata in data 3.8.2020, per la durata di mesi 3, mediante la quale le parti hanno costituito e regolato il loro rapporto giuridico patrimoniale.

Orbene, all'esito del prefato rapporto giuridico, l'Ente Luglio Musicale, per ragioni squisitamente aziendali, ha inteso non avvalersi delle facoltà previste dal par. 6, comma 3, dell'avviso pubblico d'indagine esplorativa di mercato del 13.7.2020, sicché, controparte, alla luce del disposto di cui al par. 6, comma 1, del predetto avviso pubblico (... *L'esito del presente Avviso Pubblico esplorativo avrà la durata di anni due a decorrere dal 27/07/2020* ...), ritenendo di aver conseguito un diritto soggettivo alla proroga/rinnovo del contratto di affidamento diretto, ha sollecitato l'Ente alla sottoscrizione di un nuovo contratto di diritto privato avente il medesimo contenuto di quello del 3.8.2020.

Esame degli atti:

- avviso pubblico d'indagine esplorativa di mercato del 3.7.2020;
- scrittura privata del 3.8.2020.

Quesito unico:

se l'Ente Luglio Musicale Trapanese rimane obbligato alla sottoscrizione di un nuovo contratto di affidamento diretto con la dott.ssa Marchingiglio, stante la scadenza del predetto, tenuto conto che il termine finale fissato sullo stesso avviso pubblico non è ancora scaduto, alla luce delle esigenze di questo Ente di dotarsi di una nuova figura professionale addetta alla comunicazione.

Al fine di rispondere al quesito di cui sopra, occorre chiarire, in primo luogo, quale sia la natura giuridica, la *ratio* normativa e il trattamento giuridico del termine finale apposto in seno all'avviso pubblico d'indagine esplorativa di mercato.

Come già anticipato, infatti, il par. 6, comma 1, dell'avviso pubblico sancisce che *l'esito del presente Avviso Pubblico esplorativo avrà la durata a di anni due a decorrere dal 27/07/2020* e tale termine segna l'arco temporale entro il quale l'Ente si impegna - alle medesime condizioni ivi indicate - a far uso del medesimo avviso pubblico per la selezione di professionisti che si possano prendere cura del settore della comunicazione e dell'immagine visiva dell'Ente Luglio Musicale Trapanese.

Si tratta, in buona sostanza, di uno strumento finalizzato a consentire all'Ente medesimo di far uso dello stesso Avviso Pubblico per l'affidamento di nuovi incarichi di identico tenore di quello già conferito alla Spett.le Ditta Alter Creatività Visibile S.r.l., senza l'esigenza di dover pubblicare un nuovo Avviso avente, possibilmente, equivalente contenuto.

Il termine ivi indicato, chiaramente, non obbliga l'Ente - in alcun modo - a conferire nuovi e ulteriori incarichi al soggetto che ne abbia già ricevuto un precedente.

Ed infatti, l'unico istituto giuridico che vincolava e che vincolerebbe l'Ente a procrastinare il rapporto instauratosi con la ditta Alter Creatività Visibile S.r.l. è costituito dal contratto (*rectius*: negozio giuridico) sottoscritto in data 3.8.2020.

Il termine finale di cui al par. 6, co. 1, dell'Avviso Pubblico, infatti, non fa sorgere in capo a colui il quale è risultato aggiudicatario dell'incarico in precedenza, il diritto al rinnovo od alla proroga del contratto con il quale gli era stato affidato il primigenio.

A ciò si aggiunga, altresì, che l'Avviso Pubblico di cui in parte motiva ha avuto una mera funzione esplorativa, mediante il quale, quindi, l'Ente ha inteso svolgere una indagine di mercato al fine di verificare quali fossero gli operatori economici che, nel tessuto sociale di riferimento, potessero offrire il servizio di cui l'Ente stesso necessitava.

Non si è trattato, infatti, né di una bando di gara, né di un pubblico concorso, ma di una mera indagine di mercato all'esito della quale, l'Ente stesso avrebbe - addirittura - potuto scegliere un operatore economico diverso da quelli che avevano proposto la candidatura.

Ciò posto, *a fortiori*, dalla lettura del contenuto del prefato Avviso Pubblico, con sufficiente chiarezza espositiva, emergono due importanti elementi:

1. **par. 6, co. 1:** *L'esito del presente Avviso Pubblico esplorativo avrà la durata di anni 2 a decorrere dal 27/07/2020 ma non obbligherà l'Ente a contrattualizzare il soggetto selezionato senza soluzione di continuità per l'intero arco temporale sopra indicato;*
2. **par. 6, co. 3:** *Su valutazione discrezionale della Stazione Appaltante, nel rispetto degli obiettivi di progetto e di budget, e nella considerazione dell'attuale mutevole condizione caratterizzata dall'emergenza sanitaria Covid - 19, potrà essere esercitata una o entrambe delle seguenti OPZIONI: a) Rinnovo [...] b) Proroga [...].*

Come si evince, quindi, l'Ente Luglio Musicale, già in seno all'Avviso Pubblico, ha escluso l'obbligo di contrattualizzare l'operatore economico selezionato per l'intero arco di tempo di durata biennale; d'altro canto, altresì, ha previsto, quale mera facoltà (che si attegga alla stregua di una condizione potestativa) che il contratto con l'operatore selezionato potesse essere soggetto ad un rinnovo ovvero ad una proroga.

Orbene, alla luce del confronto tenutosi alla presenza delle parti coinvolte, parrebbe che la volontà della Ditta Alter Creatività Visibile S.r.l., si orientasse, proprio, alla volta di un rinnovo del contratto; ipotesi che l'Ente, però, ha previsto quale mera facoltà che, in questa sede, non intende valicare in alcun modo. Peraltro, la eventuale proroga rimarrebbe, quale facoltà esercitabile appena limitatamente al tempo utile alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente (vd. **art. 106, co.11, D.lvo 50/16**).

Trattandosi, quindi, di mere facoltà (*rectius*: opzioni) asservite ad una scelta discrezionale della *stazione appaltante*, il mancato esercizio di tali ipotesi esclude *in radice* una eventuale tutela, in sede giurisdizionale, da parte della Marchingilio la quale non potrà vantare alcun diritto in ordine ad una scelta di ordine puramente discrezionale della Amministrazione che non ha inteso avvalersene, per motivi insindacabili.

Da ultimo, occorre chiarire che l'Avviso Pubblico in esame, altro non è che una indagine di mercato che non deve essere confusa con una gara tra offerte, piuttosto è opportuno che si consideri alla stregua di una richiesta di preventivi. Ed infatti, all'esito della procedura con cui l'Ente ha svolto l'indagine esplorativa, questo ha svolto un affidamento diretto, tenuto conto che è mancata l'aggiudicazione, in senso tecnico, ex art. 95 D. lvo. 50/16).

Ed infatti, benché vi sia stato l'uso di un metodo competitivo, questo è parso essere più un criterio guida, al fine di non rendere fiduciaria ovvero apodittica la scelta dell'operatore economico, ond'evitare di incorrere in una motivazione viziata da illogicità ed eccesso di potere, che ha sostituito - od in qualche modo affiancato - la motivazione del Responsabile Unico del Procedimento, resa ai sensi dell'art. 3 L. 241/1990.

Scelta che rimane, però, un mero esercizio di discrezionalità amministrativa da parte del responsabile del procedimento (*ex plurimis Tar Calabria, CZ, sez. I, 26.10.2018, n. 1801*).

Ad ogni buon conto, pur esorbitando rispetto al quesito proposto, il sottoscritto Avvocato consiglia l'Ente in indirizzo - per la programmazione e compilazione dei prossimi Avvisi Pubblici - la non apposizione di un termine finale, in quanto ciò potrebbe far rischiare all'Ente di incorrere in disguidi di carattere ermeneutico del contenuto dell'Avviso stesso.

Infine, si consiglia, per la programmazione e compilazione dei prossimi Avvisi Pubblici, di introdurre una clausola mediante la quale si avvisano tutti gli operatori economici che intendono proporre la propria candidatura di essere, previamente, iscritti all'interno d'una piattaforma di *procurement*, in assenza del quale requisito non potranno essere selezionati.

La clausola, in particolare, potrebbe possedere il seguente contenuto:

- **requisiti di ordine generale [...] pag. 2 e 3 Avv. Pubblico**

b.4) l'operatore economico che intenderà proporre la propria candidatura dovrà dare prova, mediante la produzione di apposita certificazione, della propria iscrizione all'interno della piattaforma MEPA (Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione) che la Stazione appaltante si riserverà di verificare, a pena di esclusione della domanda di partecipazione.

- **Alla domanda dovranno essere allegati: [...] pag. 4**

D. Il certificato di iscrizione all'interno della piattaforma MEPA.

Nel rigoroso rispetto dell'incarico conferito al Sottoscritto, si ritiene di aver condotto, con diligenza e scrupolo, l'attività che ne faceva oggetto, nei termini *ut supra*.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti ovvero integrazioni di sorta.

Cordialmente,

Trapani, 11.3.2021

Avv. Natale Pietrafitta


PARERE AVVISO PUBBLICO

10 marzo 2021 14:34

contabilita@lugliomusicale.it <contabilita@lugliomusicale.it>

A: avv.natalepietrafitto@virgilio.it

Cc: Consigliere Delegato Luglio Musicale <consigliere.delegato@lugliomusicale.it>

Egr. avv. Pietrafitta,
d'ordine del Consigliere Delegato, alla luce del contenuto dell'avviso pubblico esplorativo prot. n. 734 del 13/07/2020 e pubblicato dall'Ente scrivente sull'area trasparenza, nonché della contraddittoria di diritto privato sottoscritto in data 03/08/2020 con la Dott.ssa Marchingiglio,

si chiede
di voler chiarire se l'Ente rimane obbligato alla sottoscrizione di un nuovo contratto di affidamento diretto con la dott.ssa Marchingiglio, stante la scadenza del predetto, tenuto conto che il termine finale fissato sullo stesso avviso pubblico non è ancora scaduto, alla luce delle esigenze di questo Ente di dotarsi di una nuova figura professionale addetta alla comunicazione.

Si allega alla presente:

- avviso pubblico

- contratto

In attesa di cordiale riscontro porgo distinti saluti.

Sabina Gianquinto

Responsabile Ufficio Amministrazione

QR CODE - PARTITA IVA

Nazionalità: IT

Codice Fiscale: 01141350817

Partita Iva: 01141350817

Denominazione: ENTE LUGLIO MUSICALE TRAPANESE

Indirizzo: LARGO SAN FRANCESCO DI PAOLA 5, 91100 TRAPANI TP IT

Pec: lugliomusicaletrapanese@pec.it

Codice Destinatario: 0000000

Data generazione QR-Code:

03 gennaio 2019 13:08:34

2 allegati

 **AVVISO ESPLORATIVO ENTE LUGLIO.pdf**
343K

 **Marchingiglio 2020.pdf**
3217K