



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 837 del 2017, proposto dal Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Ezio Tomasello, elettivamente domicilio presso l'Avvocatura comunale, in Palermo, piazza Marina 39;

contro
CONTRO

La 'TERZO MILLENNIO S.r.l. Progetti Artistici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Marolda, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Piersanti Mattarella n. 9;

nei confronti

- Della Associazione Levana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la
Sicilia (Sezione Terza) n. -OMISSIS-***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della -OMISSIS-;

Visto l'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020 n. 70;

Visto l'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021 svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il consigliere Giovanni Ardizzone;

Nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Palermo ha proposto appello avverso la sentenza in epigrafe indicata con la quale il T.a.r. ha accolto il ricorso n. -OMISSIS-, proposto dall'odierna appellata per chiedere il risarcimento dei danni conseguenti all'affidamento da parte dell'Amministrazione comunale di Palermo dell'incarico per la realizzazione dello spettacolo artistico della notte di Capodanno (31 dicembre 2013) in Palermo, Piazza Politeama, con pretermissione della società stessa e, in particolare, per il risarcimento dei pregiudizi da essa patiti in dipendenza dell'approvazione della graduatoria pubblicata in data 27 dicembre 2013 e della conseguente Determinazione Dirigenziale n.138/2013 del 27 dicembre 2013 (prot. n. 1077968 del 30/12/13) di affidamento dell'incarico all'intimata -OMISSIS-; nonché per l'annullamento della nota prot. n. 180001 del 28 febbraio 2014, con la quale il Comune di Palermo ha

negato parzialmente l'accesso agli atti indicati nell'istanza dell'originaria ricorrente il 12 febbraio 2014;

1.1. Nell'impugnata sentenza vengono richiamati i presupposti di fatto dedotti dall'originario ricorrente che per maggiore intellegibilità si riportano:

- la -OMISSIS- opera nel settore dell'organizzazione di eventi culturali, festival, rassegne, nonché di allestimento di mostre e scenografie e nel tempo ha organizzato numerosi ed importanti eventi culturali, molti dei quali giusta affidamento di incarico da vari enti pubblici;
- l'Amministrazione, con avviso pubblico del 23 novembre 2013, aveva invitato *«associazioni e società di manifesta esperienza a presentare proposte e/o idee progettuali per la Festa-Concerto di Capodanno da svolgersi la notte del 31 dicembre, come da tradizione, in Piazza Politeama»*;
- l'avviso prevedeva che le proposte progettuali dovessero comprendere oltre alla prestazione artistica, gli allestimenti e i servizi tecnici necessari, anche l'ottenimento delle autorizzazioni previste dalla normativa vigente, e che esse sarebbero state valutate da una commissione appositamente costituita;
- il suddetto avviso stabiliva altresì i criteri di valutazione delle proposte e testualmente prevedeva: *«il presente avviso non impegna in alcun modo l'Amministrazione comunale che rimane libera di determinarsi, senza vincolo alcuno in ordine all'approvazione dei progetti artistici presentati»*;
- di avere presentato domanda per partecipare alla gara;
- in data 11 dicembre 2013 veniva nominato il gruppo di lavoro per la valutazione delle proposte pervenute e il 13 dicembre 2013 il Sindaco, con Determinazione n.168 nominava anche due consulenti esterni *«per la valutazione artistica e culturale delle idee progettuali inerenti all'avviso pubblico per le manifestazioni natalizie e di fine anno»*;
- detti consulenti esterni, con nota prot.1049791 del 16 dicembre 2013 trasmettevano al gruppo di lavoro costituito per la valutazione globale delle proposte

gli esiti delle loro valutazioni -esclusivamente sotto il profilo della valutazione artistica – contrassegnando le proposte come segue: «1. *proposte di ottimo livello*; 2. *proposte di buon livello*; 3. *proposte di livello inferiore*».

- il massimo punteggio veniva attribuito soltanto a due proposte, quella della ricorrente -OMISSIS- e quella della controinteressata -OMISSIS-;

- si riuniva poi la commissione la quale attribuiva il punteggio più alto, pari a 98 (sui cento punti disponibili), a quattro proposte, tra cui quella della ricorrente; in particolare veniva attribuito il medesimo punteggio di 58 punti per la qualità artistica, di 20 punti per compatibilità e coerenza e di 20 punti per il curriculum, alle proposte presentate dal -OMISSIS-, -OMISSIS-, da -OMISSIS-;

- in data 27 dicembre 2013 veniva pubblicata sul sito istituzionale del Comune di Palermo la graduatoria con i punteggi parziali attribuiti dal gruppo di lavoro, che vedeva i quattro soggetti collocati a parità di punteggio in prima posizione;

- successivamente, con D.D. n.138 del 27 dicembre 2013, ma pubblicato soltanto il 30 dicembre 2013 (dunque il giorno precedente all'evento) il Dirigente dell'area Cultura del Comune di Palermo disponeva di affidare alla -OMISSIS- la realizzazione dell'evento della notte di Capodanno, attestando “la regolarità contributiva” sulla scorta della dichiarazione resa dal suo legale rappresentante.

1.2. La società ricorrente, quindi, ha chiesto il risarcimento dei danni conseguenti all'affidamento (ritenuto illegittimo) all'-OMISSIS- dell'incarico per la realizzazione dello spettacolo artistico della notte di Capodanno (31 dicembre 2013), vinte le spese.

La domanda risarcitoria è stata quantificata in via principale in € 15.000,00 a titolo di lucro cessante per il mancato profitto; in subordine nella misura del 10% del prezzo base offerto dalla ricorrente, e dunque pari a € 13.740,00; oltre, in ogni caso al risarcimento del danno curriculare.

In subordine, per l'ipotesi in cui il Tribunale amministrativo avesse ravvisato solo una mera possibilità (e non certezza) di aggiudicazione, la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno da perdita di *chances* nella medesima misura di cui sopra, eventualmente ridotta in proporzione delle ritenute concrete possibilità di aggiudicazione.

Inoltre la ricorrente ha, altresì, chiesto l'annullamento della nota prot. n. 180001 del 28 febbraio 2014, con la quale il Comune di Palermo ha negato in parte l'accesso agli atti indicati nella istanza datata 12 febbraio 2014, non consentendo la visione e la estrazione di copia delle agibilità rilasciate dall'Inps, gestione *ex* Enpals, riferite ai gruppi indicati in scaletta nel progetto della -OMISSIS-, nonché delle medesime agibilità relative alla stessa associazione.

1.3. Il Comune di Palermo e l'-OMISSIS-, regolarmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

1.4. Il T.a.r. con ordinanza n. 2947/2014 del 21 ottobre 2014 ha accolto la domanda di accesso agli atti proposta dalla ricorrente.

1.5. Successivamente si è costituito il Comune chiedendo il rigetto del ricorso.

2. Il T.a.r., con la sentenza in epigrafe indicata, preliminarmente ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Comune con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno formulata dalla ricorrente in via autonoma ai sensi dell'art. 30 c.p.a.

Ritiene che la fattispecie in esame non rientra tra "le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture" e che la disciplina del codice degli appalti viene in rilievo unicamente nei limiti dei rinvii ad esso riferiti, contenuti nell'avviso pubblico circa il possesso dei requisiti professionali dei ricorrenti. Precisa che la disciplina applicabile al caso in esame non può nemmeno essere ricondotta nell'alveo delle procedure di cui all'art. 57 d.lgs. n. 163/2006, come subordinatamente sostenuto dal Comune di Palermo, che consente una modalità di selezione del contraente

derogatoria rispetto alla regola generale del confronto concorrenziale. Il Comune di Palermo non ha mai fatto riferimento, né nell'avviso pubblico né nei verbali di gara, alla citata disposizione (art. 57 d.lgs. n. 163/2006). Difetterebbe sia il requisito dell'urgenza di provvedere (che non sia imputabile all'amministrazione) sia la deroga alla pubblicazione del bando. L'Ente, invece, avrebbe autonomamente deciso di vincolarsi allo svolgimento di una procedura comparativa, preceduta da un avviso di manifestazione di interesse, nel quale sono state fissate precise cause di esclusione della procedura, puntuali criteri di valutazione delle proposte progettuali con relativa assegnazione di punteggi, e infine anche criteri finali di scelta dell'affidatario. Rilevata, quindi, *«in via incidentale la palese illegittimità dell'affidamento dell'evento in favore della controinteressata»*, ha condannato l'Amministrazione a risarcire la ricorrente del danno subito determinato in via equitativa, ai sensi dell'art.1226 c.c., liquidandolo in € 5.000,00.

3. Il Comune ha proposto, quindi, l'odierno gravame deducendo plurimi motivi rubricati nell'unico titolo di *«erronea rappresentazione dei fatti e motivazione incongrua e contraddittoria; violazione e /o falsa applicazione di legge»*. In primo luogo l'appellante evidenzia che l'avviso pubblico relativo al reperimento di proposte per le manifestazioni natalizie, comprensive dello spettacolo di S. Silvestro 2013 *«era all'evidenza meramente ricognitivo e non era da intendersi quale bando idoneo ad attivare una procedura rigidamente comparativa tra differenti prestazioni artistiche, anche perché, per loro natura siffatte prestazioni sono uniche ed infungibili e, pertanto acquisibili senza la previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. b) del codice degli appalti vigente all'epoca dei fatti e dell'art. 31 comma 1 lett b) della direttiva U.E. 2004/18 "aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara"»*. L'Amministrazione con la pubblicazione dell'avviso, avente natura meramente esplorativa e prodromica all'acquisizione delle diverse e disparate prestazioni artistiche non si è autovincolata, come si evince dall'assenza di una preventiva determinazione dirigenziale che

approvasse un bando di gara (*lex specialis*). Non sarebbe stato possibile l'affidamento dell'evento in parola con le regole della gara. L'appellante evidenzia la testuale chiarezza della clausola: *«il presente avviso non impegna in alcun modo l'Amministrazione Comunale che rimane libera di determinarsi, senza vincolo alcuno, in ordine alla approvazione dei progetti tecnico-artistici presentati»*. Un avviso ricognitivo, atto prodromico della procedura negoziata, non può essere considerato un bando di gara mancando, come nella specie dei seguenti elementi: a) indicazione della determinazione dirigenziale a contrarre che adotta il bando di gara o le regole della procedura comparativa; b) il codice identificativo di gara (CIG); c) indicazione importo base d'asta, su quale poi ogni ditta deve praticare anche il ribasso come offerta economica; d) termine di scadenza perentorio: *“entro e non oltre”*; e) segretezza delle offerte; f) pagamento tassa per partecipare alla gara ANAC con rilascio relativa ricevuta da allegare all'offerta; g) indicazione indispensabile del criterio di aggiudicazione; h) commissione formata secondo la norma di cui all'art. 8 della l.r. 12/2011 e nominata dall'UREGA; i) aggiudicazione in seduta pubblica; l) indicazione che i punteggi relativi ai criteri e ai sottocriteri devono essere riparametrati secondo casi ponderali applicando le apposite formule previste dal regolamento. Asserisce che *«tutti i sopra citati elementi non sono per nulla presenti nell'avviso pubblico del 2013, come non lo sono stati in quello del 2012 e del 2011 e, neppure, in quello del 2014 (successivo ai fatti di causa). Una gara celebrata con proposte presentate in buste aperte, sarebbe risultata radicalmente viziata perché chiunque, in qualsiasi momento, poteva integrare la documentazione e il contenuto della stessa proposta»*.

L'appellante, ancora, sottolinea che il gruppo di lavoro - giammai seggio di gara – ha avuto il compito di selezionare in brevissimo tempo le proposte artistiche per tutta la kermesse natalizia. Le proposte, che prevedevano compensi esagerati e non sostenibili, sono state rimodulate in quanto erano *“libere nella forma”*. La clausola dell'esclusione delle proposte prive della documentazione e dei requisiti richiesti, non ha voluto significare che si è optato per una procedura comparativa in quanto *«il*

possesso dei requisiti minimi è sempre condizione indispensabile per la conclusione di un contratto con la P.A., a prescindere se si procede con affidamento diretto senza pubblicazione di bando di gara, o con indizione di gara e/o qualsivoglia procedura comparativa». Osserva che il gruppo di lavoro ha ritenuto discrezionalmente che gli artisti principali che potevano alternativamente animare la piazza fossero Vinicio Capossela e Max Gazzè, attribuendo loro pari apprezzamento e tenendo in debita considerazione altri elementi fondamentali, non previsti espressamente come criteri nell'avviso generico. Medesimo apprezzamento agli artisti hanno riservato i consulenti esterni del Sindaco i quali hanno attribuito un giudizio "di ottimo livello" sia alla proposta della -OMISSIS- con artista principale Capossela sia alla proposta dell'-OMISSIS- con artista principale Max Gazzè. Contesta la sentenza laddove statuisce che, una volta esclusa dalla procedura comparativa la -OMISSIS-, l'appellata Millennio sarebbe risultata la prima: le altre proposte (-OMISSIS- e Musica e Suoni) contenevano il medesimo artista, Vinicio Capossela. Lamenta che il T.a.r. facendo prevalere il giudizio di "gradazione artistica e culturale" di grado superiore attribuito dai consulenti alla proposta della -OMISSIS-, si contraddice rispetto a quanto affermato circa l'inserimento di un criterio postumo nell'avviso, quale quello della dichiarazione di esclusiva: l'avviso pubblico non ha mai previsto né la presenza dei consulenti né il loro ruolo determinante ai fini del decidere. Con riferimento al possesso del requisito dell'esclusiva l'appellante evidenzia che trattasi di un elemento essenziale e naturale del contratto di agenzia ai sensi dell'art. 1743 c.c.: *«il proponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo»*. I quattro operatori, per *par condicio*, sono stati invitati a produrre una dichiarazione di esclusiva rilasciata dall'agente management, al fine di avere la certezza della conclusione del contratto. Tale dichiarazione è stata resa solo dalla società management dell'artista Max Gazzè in favore della -OMISSIS-. Rileva che il management "Ponderosa" dell'artista Capossela si limitava a inviare un fax all'associazione -OMISSIS- e non al

Comune, dando la disponibilità all'esecuzione dello spettacolo per la sera del 31 dicembre senza individuare la stessa -OMISSIS- quale esclusivista rispetto alle altre, mentre contemporaneamente teneva una trattativa con la città di Cosenza dove già il 25 dicembre un organo di informazione della città calabra pubblicava che la trattativa era quasi conclusa per l'esibizione dell'artista Caposella. L'appellante evidenzia come al gruppo di lavoro l'intera vicenda sia apparsa anomala: lo stesso artista (Vinicio Caposella) veniva proposto da tre diversi subagenti con «*compensi sensibilmente diversi*». Riferisce che le subagenzie, convocate per le vie brevi, sono state invitate a produrre la certificazione comprovante il possesso di esclusiva: «*elemento naturale del contratto di agenzia musicale*». Evidenzia che la regolarità del DURC è stata attestata sulla base delle autocertificazioni rese dai legali rappresentanti; comunque l'avvio dell'esecuzione del contratto era consentito, in via d'urgenza, ai sensi del comma 9 dell'art. 11 del vigente, *ratione temporis*, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163 del 12 aprile 2006) secondo cui «*la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare*»: scongiurare un danno di immagine della città. Non c'è stata alcuna violazione della *par condicio*. Solo a partire dal 2015 l'INPS ha disposto la visura in tempi reali della regolarità contributiva e con il cosiddetto "decreto del fare" (d.l. n. 69/2013) è stata consentita agli interessati la possibilità di regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni. L'ente non aveva alcun obbligo di acquisire informazioni sul DURC poiché la "prestazione artistica" rientra nella categoria dei servizi (all. B) cui debbono applicarsi, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 163/2006, esclusivamente gli artt. 68 (*specifiche tecniche*), 65 (*avviso sui risultati della procedura di affidamento*), 225 (*avvisi relativi agli appalti aggiudicati*). L'appellante rileva, infine, che la certificazione di agibilità ENPALS non rileva nella fase di affidamento dello spettacolo, ma semmai potrebbe inibire la liquidazione nel caso di mancata regolarizzazione postuma. Sostiene, infine, che l'-OMISSIS- Onlus poteva rientrare

nella tipologia di quelle esentate dalla certificazione ai sensi del comma 188 dell'art. 1 della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (finanziaria 2007). In ultimo l'appellante rileva che la menzione in sentenza dell'esposto presentato dalla -OMISSIS- alla Procura della Repubblica e della circostanza che il Comune di Palermo si sia costituito come parte civile offesa nel conseguente giudizio penale fa parte dell'indirizzo che l'Amministrazione si è data di costituirsi parte civile nei confronti di chiunque anche potenzialmente potesse dare adito a presunte lesioni di immagine dell'Ente, senza che ciò comporti l'espressione di un giudizio di colpevolezza a carico degli indagati/imputati.

4. Il Comune con nota depositata il 1° settembre 2020 ha manifestato la persistenza del proprio interesse alla decisione.

5. La società appellata, già costituita con atto di mera forma del 10 novembre 2017, con memoria del 10 febbraio 2021, ha controdedotto evidenziando in particolare che: l'Ente comunale ha deciso di vincolarsi allo svolgimento di una procedura comparativa preceduta da un avviso di manifestazione di interesse, nel quale sono stati fissati puntuali criteri di valutazione delle proposte progettuali, con ciò regolamentando e autolimitando l'esercizio del proprio potere discrezionale; alla fattispecie è inapplicabile l'art.57 comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, trattandosi di una procedura eccezionale che la Stazione appaltante ha inteso invocare *«dopo l'esame delle proposte al solo fine velleitario di tentare di giustificare il proprio operato»*. La richiesta postuma della dichiarazione di esclusività per rappresentare o vendere sul territorio lo spettacolo dell'artista avrebbe alterato l'intera procedura di aggiudicazione. Ritiene che anche la -OMISSIS- aveva offerto dichiarazione di esclusiva della proposta del proprio artista mentre la dichiarazione prodotta -OMISSIS- era comunque inidonea a soddisfare l'esigenza la cui tutela è stata assunta, seppure illegittimamente, come criterio decisivo.

7. All'udienza pubblica del 7 luglio 2021, svoltasi con collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. L'appello è fondato e va accolto, con conseguente riforma dell'impugnata sentenza e reiezione del ricorso di prime cure, nei termini esposti nella motivazione che segue.

8.1. Il Collegio, in via preliminare, osserva che il T.a.r. ha ritenuto di riconoscere il diritto al risarcimento del danno alla società appellata avendo incidentalmente rilevato l'illegittimità dell'affidamento all' -OMISSIS-.

Pertanto occorre esaminare, per priorità logico giuridica, prima le censure attinenti la legittimità del sopradetto affidamento (capo 5.1.); poi quelle relative ai capi di sentenza (5.2. e 6.) inerenti il riconoscimento e la determinazione del danno quale conseguenza dell'illegittimo affidamento.

8.2. Il Collegio, in premessa, per una maggiore intellegibilità della vicenda, rileva che si controverte sulla disciplina da applicare alla fattispecie in esame in ragione della natura, comparativa o meno, della procedura scelta *«al fine di reperire proposte o idee progettuali»*, per le manifestazioni da organizzarsi per le festività di fine anno, e soprattutto per la *«festa-concerto di Capodanno da svolgersi la notte del 31 dicembre, come da tradizione in Piazza Politeama»*. Osserva, quindi, che la procedura comparativa fra più soggetti presuppone che sia già stato analiticamente definito l'oggetto della prestazione del contratto che si intende affidare, altrimenti esso sarebbe nullo *ab origine*. Nel caso di specie, poiché la procedura avviata con l'avviso del 23 novembre 2013 aveva, testualmente, lo scopo di *«reperire proposte o idee progettuali»*, appare di tutta evidenza che l'oggetto della prestazione, elemento essenziale del contratto, non fosse ancora né determinato né determinabile.

I criteri di valutazione e la richiesta di documentazione amministrativa (dichiarazioni d.P.R. n. 445/2000) risultano correttamente inserite nell'avviso al fine di selezionare,

a monte, tra le tante proposte artistiche, provenienti da «*associazioni e società di manifesta esperienza nell'organizzazione e gestione di spettacoli ed eventi culturali*», quelle di maggiore qualità, idonee a definire l'oggetto della prestazione da affidare nella fase successiva, ai sensi del vigente *ratione temporis*, art. 57, comma 2 lett. b) del d. lgs. 163/2006.

Il gruppo di lavoro, insediato dall'Amministrazione comunale, che aveva il compito di selezionare le proposte artistiche per tutta la kermesse natalizia, è così potuto pervenire, per l'esibizione durante il concerto di Capodanno a Piazza Politeama, all'individuazione di due riconosciuti artisti (Vinicio Capossela e Max Gazzè), anche sulla base del giudizio espresso dai consulenti sulle qualità artistiche e culturali dei programmi. È da questo momento, dunque, che si delinea l'oggetto della prestazione, non certo dalla pubblicazione dell'avviso che aveva una propedeutica funzione esplorativa e i cui criteri erano stati inseriti per consentire la presentazione delle proposte artistiche a soggetti di qualificata esperienza: l'individuazione dei progetti che indicano gli artisti Max Gazzè e Vinicio Capossela, avviene a seguito dell'esame di "oltre 260" proposte pervenute in esito all'avviso pubblico del 27 novembre 2013, come risulta dal verbale del 24 dicembre 2013. È da ritenere errata, quindi, la censurata decisione del T.a.r. che, in merito alla richiesta di dichiarazione di esclusività dell'artista, ha ritenuto che l'Amministrazione abbia virato «*in corso d'opera da una procedura di tipo competitivo aperto verso una procedura negoziata [...]*». Tale assunto è, quindi, errato poiché la legittimità della richiesta di dichiarazione di esclusività andava valutata con riferimento al momento di individuazione dell'artista e non con riferimento alla pubblicazione dell'avviso, essendo essa una fase propedeutica alla definizione dell'oggetto della prestazione.

Casomai, per i motivi infra spiegati, erano proprio i privati che, al momento della presentazione delle rispettive proposte avrebbero dovuto avere, *ope legis*, la certezza della disponibilità dell'artista proposto. In altri termini, l'Amministrazione ha

definito il proprio programma (oggetto della prestazione) anche sulla base delle proposte presentate tra le quali, tra le oltre 260, ha selezionato quelle relative all'artista Vinicio Capossela (proposto da tre differenti operatori: -OMISSIS-, -OMISSIS- s.r.l. e alla Musica e Suoni s.n.c.) e Max Gazzè proposto -OMISSIS-. Appare, quindi, condivisibile l'assunto della difesa comunale secondo cui il possesso del requisito dell'esclusività è un elemento essenziale e naturale del contratto di agenzia come previsto dall'art. 1743 c.c e cioè che le parti devono essere legate da un reciproco patto di esclusiva: *«il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività»*, ragione per cui è infondata in radice la censura che esso sarebbe un requisito illegittimamente introdotto perché non previsto nell'avviso. A riprova di ciò si evidenzia che nel progetto finale proposta da "Musica e Suoni", con artista principale lo stesso Vinicio Capossela, viene espressamente dichiarato che *«ad accettazione della proposta invieremo completa documentazione di esclusiva per il territorio siciliano degli artisti proposti»*. Tale interpretazione appare coerente con la delibera n. 64/2014 della Corte dei Conti della Liguria, richiamata dalla difesa comunale, secondo cui *«in primo luogo si deve rilevare come la prestazione non possa rientrare di per sé nella materia dell'appalto di servizi, costituendo una prestazione di opera professionale disciplinata dall'art. 2229 c.c.. Non sussistono, pertanto, ab origine, le ragioni per l'applicazione del codice dei contratti pubblici alla fattispecie in esame. [...]* *Quand'anche si dovesse ritenere che la medesima possa rientrare tra gli appalti di servizi, essa deve essere ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 57 comma 2 lett. b) d.lgs. 163/2006 che consente la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato. È di tutta evidenza che l'infungibilità della prestazione artistica rende la medesima inidonea ad essere oggetto di procedure comparative o elettroniche»*. Per di più, ed a monte, con portata assorbente, nel caso di specie, è da escludere la sussistenza di una procedura comparativa, fondata sul presupposto che l'amministrazione si sarebbe

autovincolata con l'avviso; il tenore della clausola posta a chiusura dello stesso è chiaro: *«il presente avviso non impegna in alcun modo l'Amministrazione Comunale che rimane libera di determinarsi, senza vincolo alcuno, in ordine all'approvazione dei progetti tecnico artistici presentati»*. Sulla corretta interpretazione dei contratti pubblici la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che, per assicurare il rispetto del principio di concorrenza e, in particolare, il principio del pari trattamento tra i diversi concorrenti, assume valenza primaria il criterio letterale, per cui la valutazione del comportamento dell'amministrazione rileva soltanto nel caso in cui il testo risulti non chiaro (Cons. di Stato, sez. VI, 24 settembre 2019, n. 6378; Id. 16 giugno 2016 n. 2652). Il Collegio osserva che sulla citata clausola, il cui chiaro contenuto appare dirimente per escludere l'applicazione di una procedura comparativa, non vi è stata alcuna esplicita contestazione da parte dell'originaria ricorrente né tantomeno conseguenziale pronuncia; l'odierna appellata, con la memoria del 10 febbraio 2021, e prima nell'originario ricorso, si è limitata di riferire che è stata inserita *«una, quanto meno singolare, clausola secondo cui [...]»*.

Il Collegio, ancora, ritiene che la legittimità degli atti compiuti dall'Amministrazione vada valutata alla luce del complessivo comportamento tenuto da tutte le parti, nel quadro unitario della vicenda, alla luce del principio generale dettato dall'art. 1337 c.c., secondo cui *«le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»*; a tal fine evidenzia le perplessità emerse nel corso della procedura ed in parte indicate nella motivazione dell'impugnata determina di affidamento: a) lo stesso artista (Vinicio Capossela) veniva proposto da tre subagenti diversi; b) le proposte degli operatori che proponevano lo stesso artista, sebbene con artisti di spalla differenti, richiedevano compensi sensibilmente diversi; c) nessuno dei tre operatori era in possesso della dichiarazione di esclusività. La difesa comunale riferisce, altresì, fatti da ritenere fondati ai sensi del 2° comma dell'art. 64 del c.p.a. in quanto non contestati: *«il management Ponderosa si limitava ad inviare un fax*

alla -OMISSIS- dando disponibilità alla esecuzione dello spettacolo per la sera del 31 dicembre, senza individuare la stessa -OMISSIS- quale esclusivista rispetto alle altre, mentre, contemporaneamente teneva una trattativa anche con la città di Cosenza dove già il 25 dicembre un organo di informazione della città calabra pubblicava che la trattativa era quasi conclusa e dove l'artista Capossela, si è poi esibito sempre la sera del 31 dicembre 2013». Alla luce dei superiori fatti appare legittima la determinazione di affidamento dell'incarico, ai sensi del comma 2, lett. b), art. 57 del d. lgs. 163/2006, vigente *ratione temporis*, all'-OMISSIS-, a cui, come agli altri operatori era stata richiesta la dichiarazione di esclusività rilasciata dall'agente management con riferimento all'artista Max Gazzè. Dichiarazione di esclusività di cui gli altri operatori avrebbero dovuto avere la certezza di poterla produrre all'Amministrazione richiedente fin dal momento della presentazione dell'iniziale proposta, secondo il richiamato principio di buona fede e della reciproca lealtà, che deve governare sempre il rapporto tra le parti, ad iniziare dalla fase precontrattuale. Altrimenti argomentando, sull'Amministrazione, portatrice di interessi pubblici, si sarebbe riversato il rischio del mancato svolgimento dello spettacolo.

Per completezza si osserva che risulta priva di riscontro l'affermazione dell'appellata secondo cui *«anche la -OMISSIS- aveva offerto dichiarazione di esclusiva della proposta del proprio artista per l'evento oggetto (cfr. doc.2, proposta progettuale, pag.1)»*, ove è dato leggere, invero, che *«l'evento, pensato in esclusiva per la città di Palermo e per il suo Capodanno, prevede il coinvolgimento di alcuni artisti della città a fianco di un'ospite d'eccezione: Vinicio Capossela e la Banda della Posta, in collaborazione con RGS (la radio più ascoltata in Sicilia)»*. È di tutta evidenza che, da parte della -OMISSIS-, l'aver pensato un evento in esclusiva per la città di Palermo, in cui potesse partecipare anche Vinicio Capossela, fosse cosa ben diversa dal possedere la dichiarazione di esclusività dell'artista.

8.3. Sebbene quanto sinora esposto militi in termini assorbenti per l'accoglimento dell'appello, per completezza può ancora rilevarsi che, (con riguardo a quanto

affermato dal T.a.r. al capo 5.1. dell'impugnata decisione) quanto all'asserita mancanza dei requisiti contributivi per partecipare alla selezione e dei certificati di agibilità E.N.P.A.L.S. da parte dell'-OMISSIS-, per cui l'organizzazione sarebbe stata affidata ad un soggetto sprovvisto dei requisiti di legge, il Collegio rileva, invece, che la determina di affidamento è stata legittimamente adottata sulla base delle autocertificazioni rese dai legali rappresentanti.

Il controllo delle autocertificazioni da parte delle Amministrazioni risulta procedimentalizzato, nelle modalità e nei tempi, per cui appare corretto il richiamo dell'appellante al comma 9 dell'art. 11 del d.lgs. 163/2006 che prevede l'avvio dell'esecuzione del contratto *«nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinato a soddisfare»*.

Solo *ad colorandum*, dunque, possono trovare ingresso, non senza fondamento, le ulteriori argomentazioni dell'appellante per il quale *«all'epoca dei fatti l'INPS non aveva ancora attivato la visura in tempi reali che è stata disposta a partire dal luglio 2015»* e che, in base all'art. 31 comma 8 del cosiddetto "decreto del fare", d.l. n. 69/2013 convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98, *«Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero' degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità»*. Parimenti fondata appare la l'osservazione che il possesso della certificazione ENPALS è necessaria ai fini della liquidazione ma non dell'affidamento.

8.4. L'accoglimento delle censure relative alla insussistenza di un "autovincolo rilevante" e sulla legittimità dell'affidamento comporta conseguentemente

l'assorbimento di quelle relative all'accertamento del diritto al risarcimento e della determinazione del relativo importo di cui ai capi 5.2. e 6. della sentenza.

8.5. Infine, per completezza si osserva che le dedotte argomentazioni relative al parallelo procedimento penale, anche in ordine ai motivi inerenti la determinazione dell'Amministrazione di costituirsi parte civile, come anche accennato dal decidente in primo grado, appaiono inconducibili se richiamate nel presente giudizio amministrativo poiché il Giudice è stato evocato per decidere sulla legittimità degli atti e sul diritto al risarcimento dei danni.

9. Per le suesposte ragioni l'appello merita di essere accolto.

10. Le spese del doppio grado del giudizio possono essere compensate in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado del giudizio.

Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021, svoltasi con collegamento da remoto, con l'intervento contemporaneo e continuativo dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Ardizzone

IL PRESIDENTE

Fabio Taormina

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.