

## **Carenza di interesse all'annullamento della gara a seguito di astensione volontaria dal partecipare alla stessa – L'eccezione che conferma la regola**

*di Gianluca Taddeo*

*Data di pubblicazione: 2-2-2018*

1. Alla regola generale – per cui il soggetto che volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una gara pubblica non è legittimato a chiederne l'annullamento – si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, in ipotesi tassative come quella in cui la ricorrente contesti che la gara sia mancata avendo la Stazione Appaltante disposto l'affidamento diretto del servizio. (1)

*(1) Conforme: Consiglio di Stato, Ad. Plen. 25.2.2014, n. 9*

2. Laddove sia consentito il ricorso alla trattativa privata la Stazione Appaltante deve rispettare le regole del confronto concorrenziale. Nella fattispecie, invece, risulta non essere stato garantito alcun confronto concorrenziale tra gli operatori invitati alla procedura di negoziazione perché il confronto concorrenziale presuppone la presenza di un vincitore che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre nella fattispecie l'Amministrazione ha imposto il costo orario del servizio ed ha assegnato unilateralmente ad ogni partecipante alla procedura le parti di servizio da svolgere. (2)

*(2) Conforme: TRGA, Trento, 21.11.2012, n. 339*

3. Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance* è necessario che il danneggiato dimostri, anche facendo ricorso a presunzioni ed al calcolo delle probabilità (ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate), la sussistenza in concreto dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta.

*(3) Conforme: Consiglio di Stato, Sez. III, 5.5.2017, n. 2075*

### **Guida alla lettura**

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Stazione Appaltante, dopo avere già sfruttato la possibilità di disporre la proroga di un anno prevista nella legge di gara, ha rinnovato l'affidamento del servizio al gestore uscente per un ulteriore anno.

A seguito di diffida della ricorrente a disporre l'annullamento in autotutela del predetto rinnovo

e ad indire una gara pubblica per l'affidamento del servizio, la Stazione Appaltante ha invitato la ricorrente e gli altri operatori ad un incontro nel corso del quale l'Amministrazione non prendeva posizione sulla predetta diffida ma si limitava a prospettare l'ipotesi che, in luogo dell'affidamento del predetto servizio tramite un appalto pubblico, per acquisire risorse umane avrebbero potuto essere stipulate apposite «*convenzioni*».

A seguito di ulteriori incontri, avendo la ricorrente declinato ogni «*ipotesi di dialogo*» con l'Amministrazione in ordine alla possibilità di stipulare una delle predette convenzioni, le convenzioni venivano sottoscritte solo con gli altri operatori.

La ricorrente ha dunque contestato il *modus operandi* della Stazione Appaltante sotto diversi profili.

Avendo l'Amministrazione convenuta eccetto l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e di legittimazione ad agire in ragione della dichiarata indisponibilità della ricorrente a partecipare alla procedura sfociata nella sottoscrizione delle convenzioni, il Collegio ha ritenuto che, come puntualizzato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 25 febbraio 2014, n. 9), alla regola generale per cui il soggetto che volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una gara pubblica non è legittimato a chiederne l'annullamento si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, in ipotesi tassative come quella sottoposta all'esame del Collegio in cui la ricorrente contesta che la gara sia mancata, avendo la Stazione Appaltante disposto l'affidamento diretto del servizio mediante le convenzioni stipulate con gli altri operatori.

Nel merito, l'Amministrazione ha poi sostenuto in via subordinata che la suddetta procedura di negoziazione si sarebbe dovuta configurare come un vero e proprio confronto concorrenziale e, conseguentemente, non sarebbe stato violato l'art. 21 della legge provinciale n. 23/1990 dal momento che tale disposizione consentirebbe il ricorso alla trattativa privata, previo confronto concorrenziale con almeno tre operatori, allorquando il valore del contratto non superi la soglia di € 190.600,00.

Il Collegio non ha ritenuto di condividere nemmeno tale prospettazione difensiva rammentando che, al contrario di quanto sostenuto dalla Stazione Appaltante, secondo una consolidata giurisprudenza (cfr. TRGA, Trento, 21.11.2012, n. 339), anche laddove sia consentito il ricorso alla trattativa privata la stazione appaltante deve rispettare le regole del confronto concorrenziale. Nella fattispecie, invece, il TRGA ha rilevato non essere stato garantito alcun confronto concorrenziale tra gli operatori invitati alla procedura di negoziazione. Infatti, il confronto concorrenziale presuppone la presenza di un vincitore che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa; invece, nel caso *de quo*, l'Amministrazione ha imposto il costo orario del servizio ed ha assegnato unilateralmente ad ogni partecipante alla procedura le materie e le ore da svolgere mentre gli operatori, che – diversamente dalla ricorrente – hanno sottoscritto le convenzioni, si sono limitati a recepire le condizioni imposte dal Comune.

Infine, il Collegio ha rigettato la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente non sussistono i presupposti per accogliere la stessa. Rileva il TRGA che, secondo la prevalente giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2075; *id.*, 9 febbraio

2016, n. 559), il danno da perdita di *chance* (che comprende il lucro cessante ed il c.d. danno curriculare) - da intendersi quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - può essere risarcito solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita.

Conseguente il Collegio, evidenziando la necessità di distinguere fra probabilità di riuscita (che va considerata quale *chance* risarcibile) e la mera possibilità di conseguire l'utilità sperata (da ritenersi *chance* irrisarcibile), ha affermato che il risarcimento del danno da perdita di *chance* richiede l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una eventualità di conseguimento del bene della vita.

In definitiva, il TRGA ha stabilito che al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance* è necessario che il danneggiato dimostri, anche facendo ricorso a presunzioni ed al calcolo delle probabilità (ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate), la sussistenza in concreto dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno del quale si chiede il ristoro deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2017, proposto dal CDM - Centro Didattico Musicateatro danza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Osele, con domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 75 presso lo studio del predetto avvocato;

**contro**

- il Comune di Rovereto, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Tita, con il quale è domiciliato in Trento, via Lunelli n. 48;
- la Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Lucia Bobbio e Maurizio Dalla Serra, con domicilio eletto in Trento, Piazza Dante n. 15, presso l'avvocato Maurizio Dalla Serra, nella sede dell'Avvocatura della Provincia;

### nei confronti di

- Scuola Musicale Jan Novak S.c.a.r.l., non costituita in giudizio;
- Scuola Musicale Quattro Vicariati – Opera Prima soc. coop., non costituita in giudizio;

### per l'annullamento

dei seguenti atti: A) delibera della Giunta comunale del Comune di Rovereto n. 158 in data 8 settembre 2017, avente il seguente oggetto «*Deliberazione giuntale n. 118 del 4 luglio 2017 ... revoca, in sede di autotutela, alla luce delle modifiche sopravvenute del regolamento di esecuzione approvato con decreto del Presidente della provincia Autonoma di Trento il 16 ottobre 2012 n. 22/97/LEG*»; B) delibera della Giunta comunale del Comune di Rovereto n. 159 in data 8 settembre 2017 avente il seguente oggetto «*Approvazione della convenzione con le scuole musicale Jan Novak di Villa Lagarina e dei Quattro Vicariati – Opera Prima di Ala per l'attuazione dei corsi di formazione musicale e strumentale della civica scuola musicale "Riccardo Zandonai" a partire dall'anno scolastico 2017/2018*», ed il relativo allegato denominato "Convenzione"; C) determinazione dirigenziale del Comune di Rovereto n. 1466/2017 in data 11 settembre 2017 avente il seguente oggetto «*Civica Scuola Musicale "R. Zandonai": Affidamento di parte dei corsi di formazione musicale e strumentale alla Scuola Musicale Jan Novak Scarl di Villa Lagarina (TN) per l'anno scolastico 2017/2018 – (Impegno di spesa € 141.588,00) CIG 7199553B13*» e relativa allegata bozza di convenzione; D) determinazione dirigenziale del Comune di Rovereto n. 1467/2017 in data 11 settembre 2017 avente il seguente oggetto «*Civica Scuola Musicale "R. Zandonai": Affidamento di parte dei corsi di formazione musicale e strumentale alla Scuola Musicale Quattro Vicariati – Opera Prima di Pilcante di Ala per l'anno scolastico 2017/2018 – (Impegno di spesa € 30.780,00) CIG 7199553B13*», e relativa allegata bozza di convenzione; E) delibera della Giunta provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 1170 del 21 luglio 2017 avente il seguente oggetto «*Approvazione del Regolamento recante "Modificazione del decreto del Presidente della Provincia 16 ottobre 2012, n. 22-97/Leg. (Approvazione del regolamento per il sistema di qualificazione dei soggetti culturali di cui all'articolo 16, comma 2, della l.p. 3 ottobre 2007, n. 15 (Disciplina delle attività culturali))*» e pareri in essa citati; F) delibera della Giunta provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 860 in data 9 giugno 2017 avente il seguente oggetto «*Approvazione del documento denominato Stato di attuazione e scenari tecnico-economici connessi al Protocollo di intesa tra la Provincia autonoma di Trento e il Comune di Rovereto relativo alle strategie programmate nel quinquennio 2016-2020*»; F) nota del Dipartimento Cultura, turismo, promozione e sport della Provincia autonoma di Trento prot. n. 336173 in data 16 giugno 2017 avente il seguente oggetto «*Comunicazione schema di regolamento ...*» e nota del Servizio Attività Culturali della Provincia autonoma di Trento prot. n. 411805 in data 26 luglio 2017 avente il seguente oggetto «*Modifica regolamento – invio delibera*»; G) decreto del

Presidente della Provincia autonoma di Trento n. 11/64/Leg del 1° agosto 2017; H) art. 9 del decreto del Presidente della Provincia autonoma di Trento n. 22-97/Leg del 16 ottobre 2012; I) note interlocutorie del Comune di Rovereto prot. n. 004441 in data 25 luglio 2017, prot. n. 0045943 in data 2 agosto 2017, prot. n. 0045607 in data 7 agosto 2017, prot. n. 0047514 in data 11 agosto 2017, prot. n. 0049028 in data 23 agosto 2017; L) documento «*Riunione Scuole Musicali Ambito Vallagarina Verbale – 27 luglio 2017*»; M) documento «*Incontro Centro Musica Teatro e Danza di Rovereto per convenzione gestione corsi Scuola Musicale Zandonai anno scolastico 2017/2018. Verbale – 3 agosto 2017 per 10.00*»; N) documento «*Incontro Centro Musica Teatro e Danza di Rovereto per convenzione gestione corsi Scuola Musicale Zandonai anno scolastico 2017/2018. Verbale – 21 agosto 2017 per 10.00*»; O) gli atti consequenziali, presupposti, endoprocedimentali e connessi,

nonché per la declaratoria di inefficacia, ai sensi degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., delle convenzioni medio tempore stipulate tra il Comune di Rovereto e le società controinteressate, con conseguente subentro nell'esecuzione delle stesse, ovvero per la condanna del Comune di Rovereto, ai sensi dell'art. 30 cod. proc. amm., al risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale per perdita di chance, del danno curriculare e del danno da mancato profitto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rovereto e della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti gli avvocati Marco Zanella, in sostituzione dell'avvocato Maria Cristina Osele, per la parte ricorrente, l'avvocato Antonio Tita, per il Comune di Rovereto, e l'avvocato Lucia Bobbio, per la Provincia autonoma di Trento;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La parte ricorrente - associazione senza scopo di lucro iscritta nel registro delle scuole musicali trentine, giusta determinazione dirigenziale del 21 marzo 2017 - dopo aver ricostruito il quadro dei provvedimenti in forza dei quali la scuola musicale Jan Novak, a partire dal 2011, ha gestito il servizio di formazione musicale e strumentale offerto dalla civica scuola musicale "R. Zandonai", rappresenta quanto segue: A) la Giunta comunale del Comune di Rovereto con la delibera n. 118/2017 - in violazione della delibera n. 41/2014, con la quale è stato indetto l'appalto per la gestione del predetto servizio per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016 (aggiudicato con la determinazione n. 961/2014), prevedendo la possibilità di proroga per un solo anno, poi sfruttata per l'anno scolastico 2016/2017 (cfr. la delibera n. 72/2016) - ha dato mandato di rinnovare l'affidamento del servizio alla scuola

musicale Jan Novak anche per l'anno scolastico 2017/2018; B) con atto in data 19 luglio 2017 il Comune di Rovereto è stato diffidato dalla ricorrente medesima a disporre l'annullamento in autotutela della predetta delibera e ad indire una gara pubblica per l'affidamento del servizio; C) a tale diffida ha fatto seguito la nota del Sindaco del Comune di Rovereto in data 25 luglio 2017 con cui la ricorrente medesima, la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati sono state invitate ad un incontro avente ad oggetto la sopravvenuta delibera della Giunta provinciale n. 1170 del 21 luglio 2017, con la quale è stato modificato il D.P.P. 22.97/Leg del 12 ottobre 2012, di "Approvazione del regolamento per il sistema di qualificazione dei soggetti culturali di cui all'articolo 16, comma 2, della l.p. 3 ottobre 2007, n. 15 (Disciplina delle attività culturali)"; D) nel corso dell'incontro, svoltosi in data 27 luglio 2017 l'Amministrazione comunale non ha preso posizione sulla predetta diffida, limitandosi a prospettare l'ipotesi che, in luogo dell'affidamento del predetto servizio tramite un appalto pubblico, per acquisire risorse umane avrebbero potuto essere stipulate apposite convenzioni ai sensi della predetta delibera n. 1170/2017; E) la delibera n. 118/2017 è stata impugnata dalla odierna ricorrente innanzi a questo Tribunale (con ricorso rubricato al n. 177 del 2017), ma nelle more della definizione del giudizio (poi deciso con la sentenza di questo Tribunale n. 307 in data 24 novembre 2017, con la quale il ricorso è stato dichiarato inammissibile), a seguito di ulteriori incontri - ai quali ha preso parte, oltre alla scuola musicale Jan Novak e alla scuola musicale Quattro Vicariati, anche la ricorrente medesima, che però in data 27 agosto 2017 ha declinato ogni «ipotesi di dialogo» con l'Amministrazione in ordine alla possibilità di stipulare una delle predette convenzioni - sono state adottate la delibera n. 158 in data 8 settembre 2017, con cui è stata disposta la revoca in autotutela della delibera n. 118/2017 ed è stata conseguentemente demandata al competente dirigente l'adozione degli atti necessari per consentire il regolare avvio delle attività scolastiche, la deliberazione n. 159 in data 8 settembre 2017, con cui è stato approvato lo schema di convenzione ai sensi della delibera n. 1170/2017 per l'anno scolastico 2017/2018 e sono stati ripartiti compensi e corsi in favore della scuola musicale Jan Novak (€ 141.588,00, per 92 ore settimanali) e della scuola musicale Quattro Vicariati (€ 30.780,00, per 20 ore settimanali), nonché l'impugnata determinazione dirigenziale n. 1466/2017 in data 11 settembre 2017 con la quale parte dei corsi è stata affidata alla scuola musicale Jan Novak e l'impugnata determinazione n. 1467/2017, con la quale parte dei corsi è stata affidata alla scuola musicale Quattro Vicariati; F) le convenzioni con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati state sottoscritte in data 11 settembre 2017.

2. Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente deduce le seguenti censure:

l) Quanto alla delibera n. 158 in data 8 settembre 2017: *violazione della deliberazione della giunta provinciale n. 1170 del 21 luglio 2017 e del D.P.P. 22-97/leg del 12 ottobre 2012; violazione degli articoli 59 e 63 del decreto legislativo n. 50/2016, dell'art. 21 della legge provinciale n. 23/1990, dell'art. 1 della legge 241/1990, dell'art. 2 della legge provinciale n. 23/1992 e dell'art. 97 cost.; violazione dell'art. 3 della legge 241/1990 e dell'art. 4 della legge provinciale n. 23/1992; violazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nonché dei principi comunitari di trasparenza, concorrenza, pubblicità, par condicio, non discriminazione e parità di trattamento; violazione dell'art. 79, comma 4, del D.P.Reg. 3/L 2005, e degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 82/2005; eccesso di potere per travisamento dei fatti, violazione del principio di proporzionalità e carenza istruttoria.*

La ricorrente - premesso che la delibera n. 158/2017, nonostante l'errato *nomen juris* alla stessa attribuito dalla Giunta comunale, si configura non già come un provvedimento di revoca in autotutela, bensì come un annullamento d'ufficio - precisa innanzi tutto che essa non intende contestare la decisione assunta con tale provvedimento, che comunque preclude l'ulteriore rinnovo del contratto con la scuola musicale Jan Novak, ma piuttosto censurare le motivazioni addotte a supporto di tale decisione. In particolare l'Amministrazione, dopo aver dato atto dell'adozione della delibera n. 118/2017, afferma che «*Medio tempore la Giunta Provinciale di Trento nella seduta del 21 luglio 2017 con provvedimento n. 1170 ha modificato l'art. 9 del Regolamento di esecuzione approvato con Decreto del Presidente della Provinciale di Trento il 16 ottobre 2012 n. 22/97/leg ... Tale decreto ... legittima l'ente locale ad aprire un tavolo di negoziazione con le realtà musicali accreditate ed operanti nel bacino territoriale di competenza, finalizzato alla gestione a mezzo di convenzioni ad hoc di alcuni corsi di insegnamento*». Tale affermazione confligge con quanto previsto dalla delibera della Giunta Provinciale n. 1170/2017, che non legittima affatto l'ente locale ad «*aprire un tavolo di negoziazione*» in deroga alle disposizioni in materia di contratti pubblici che impongono il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente privato; difatti la predetta delibera - nel modificare l'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012, rubricato «*Registro provinciale delle scuole musicali*», il quale si limitava a prevedere che la scuola musicale deve «*essere gestita da un soggetto in possesso della qualificazione di cui al presente regolamento*» - ha aggiunto il seguente periodo: «*Al fine della qualificazione della scuola musicale, con riferimento agli standard di qualità indicati nell'allegato A, le risorse umane si considerano adeguate allo svolgimento dell'attività culturale anche quando la scuola utilizza personale non proprio, attraverso apposite convenzioni con altre scuole musicali, qualificato ai sensi della lettera d), idoneo a svolgere l'attività didattica per un numero di ore settimanali, definito con deliberazione della Giunta provinciale, rispetto al numero minimo di 100 ore settimanali di formazione previsto dalla lettera c)*»; pertanto la Giunta Provinciale avrebbe soltanto modificato gli standard richiesti per ottenere e mantenere l'iscrizione nell'apposito registro che permette di accedere alle agevolazioni provinciali e, quindi, il Comune di Rovereto per stipulare convenzioni ai sensi del predetto art. 9 sarebbe comunque tenuto ad individuare il contraente privato nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica. Inoltre, seppure le procedure finalizzate alla stipula delle predette convenzioni fossero qualificate come affidamenti a trattativa privata, risulterebbe comunque violato l'art. 21 della legge provinciale n. 23/1990, che prevede un limite di € 46.000,00, complessivamente superato nella fattispecie in esame. In via subordinata, se la disposizione dell'art. 9, come modificata dalla delibera n. 1170/2017, fosse interpretata nel senso che sottrae le convenzioni ivi previste alla disciplina dei contratti pubblici, la delibera stessa sarebbe illegittima (e, per tale motivo, è oggetto anch'essa del presente ricorso).

La ricorrente censura poi il passo della motivazione della delibera n. 158/2017 ove si afferma che il «*processo di negoziazione con la Pubblica Amministrazione*», asseritamente legittimato dal predetto art. 9, garantirebbe «*il rispetto del principio della par condicio, della concorsualità e della trasparenza ai fini della scelta del soggetto musicale deputato alla gestione dei corsi didattici, che non possono essere gestiti dai docenti di ruolo della Civica Scuola musicale "Riccardo Zandonai" di Rovereto*»; tale processo di negoziazione non rispetterebbe invece: A) il principio della *par condicio*, perché il Comune ha deciso unilateralmente i soggetti da contattare, limitandoli alle sole scuole musicali della Vallagarina; B) il principio della

concorsualità, perché il Comune ha imposto il prezzo orario (per il quale non erano previsti ribassi), fissandolo ad € 40,50 all'ora (cfr. l'art. 6 convenzione di cui alla deliberazione 159/2017), ha limitato la platea dei partecipanti alla negoziazione ed ha assegnato unilateralmente ad ogni partecipante le materie e le ore da svolgere, riservando alla scuola musicale Jan Novak la parte più consistente del servizio (92 ore per un corrispettivo di € 141.588,00); C) il principio della trasparenza, perché la negoziazione è stata gestita senza forme di pubblicità.

Parimenti da censurare, secondo la ricorrente, è anche il successivo passo della motivazione ove si afferma che, *«Alla luce del nuovo strumento giuridico introdotto dalla Provincia Autonoma di Trento, si impone la necessità di revocare ... la deliberazione n. 118 del 4 luglio 2017, conferendo il compito di convocare con solerzia le realtà musicali accreditate operanti nel territorio della Vallagarina (CDM, Jan Novak, Opera Prima) al fine di intavolare il processo di negoziazione che porti alla stipula della convenzione»*, perché la Giunta comunale venerdì 8 settembre 2017 ha delegato il competente dirigente e questi ha concluso la propria attività adottando le impugnate determinazioni lunedì 11 settembre 2017; pertanto la negoziazione, asseritamente improntata al rispetto del principio della *par condicio*, della concorsualità e della trasparenza, ha richiesto appena due giorni, escluso il fine settimana, perché le due controinteressate (ossia la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati) si sono limitate a recepire le condizioni imposte dal Comune di Rovereto. Da ultimo la ricorrente - premesso che la Giunta comunale ha dichiarato che la delibera n. 158/2017 era immediatamente eseguibile, mentre il Segretario generale del Comune nella certificazione di esecutività dichiara che la delibera è divenuta esecutiva il 24 settembre 2017, dopo il decimo giorno dall'inizio della sua pubblicazione, avvenuta il 13 settembre 2017 - lamenta: A) la violazione dell'art. 79, comma 4, del D.P.Reg. 3/L 2005, secondo il quale *“nel caso di urgenza, le deliberazioni del consiglio o della giunta possono essere dichiarate immediatamente eseguibili con il voto espresso dalla maggioranza dei componenti. In tal caso, la pubblicazione deve avvenire, a pena di decadenza, entro cinque giorni dall'adozione”* in quanto, dovendo il termine di cinque giorni computarsi includendo il giorno 8 settembre 2017, la pubblicazione sarebbe dovuta essere effettuata entro il 12 settembre 2017; B) che la delibera n. 158/2017 sia stata pubblicata sull'albo on-line priva di autenticazione e di firma digitale, con conseguente violazione degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 82/2005 (che risultano, invece, richiamati nelle impugnate determinazioni, debitamente sottoscritte con firme digitali).

II) Quanto alla delibera della Giunta comunale n. 159 in data 8 settembre 2017: *illegittimità derivata per effetto dei vizi dedotti con il primo motivo; violazione della deliberazione della Giunta provinciale n. 860 del 9 giugno 2017, eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, carenza istruttoria e violazione dei principi di proporzionalità, buon andamento, efficacia ed efficienza della pubblica azione, nonché per antieconomicità delle convenzioni.*

Innanzitutto la delibera n. 159/2017, costituendo atto conseguente alla decisione assunta con la precedente deliberazione n. 158/2017, è affetta dai medesimi che inficiano l'atto presupposto, denunciati con il primo motivo. La ricorrente lamenta poi che, come si evince dalla motivazione della delibera n. 159/2017, la Giunta Comunale - per rafforzare la scelta di stipulare convenzioni con soggetti privati senza procedura di gara - ha forzato l'interpretazione della deliberazione della Giunta provinciale n. 860 del 9 giugno 2017, affermando che con tale

delibera la Giunta «*proponeva una modifica regolamentare per affrontare la situazione della Civica scuola musicale Riccardo Zandonai attraverso l'uso di apposite convenzioni con le altre scuole musicali appartenenti al Registro, consentendole di fatto di mantenere la qualificazione e quindi il sostegno finanziario provinciale*». Difatti nell'unico punto della delibera n. 860/2017 ove si parla della scuola musicale Zandonai si legge quanto segue: «*Nuova gestione Scuola musicale Zandonai. Su questo tema è stato attivato un gruppo di lavoro misto costituito da tecnici provinciali e comunali dei settori di competenza ed è in corso un confronto con lo studio di esperti che si sta occupando - per conto della Provincia - degli aspetti organizzativi concernenti le scuole musicali che fanno parte del sistema trentino. Il lavoro di valutazione tecnica sulla nuova forma di gestione della Scuola Zandonai si è concluso entro il 2016; il predetto gruppo di lavoro è stato incaricato di formulare, in tempi brevi, la proposta definitiva*»; quindi tale delibera non adombra alcuna modifica regolamentare, né tantomeno autorizza la stipula diretta di convenzioni. Inoltre la delibera n. 159/2017 non reca alcuna motivazione riguardo all'omessa indicazione di una gara pubblica, aperta a tutte le altre scuole musicali comunque iscritte al registro provinciale, e alla decisione di procedere con le sole scuole musicali della Vallagarina, con una ripartizione di ore e compensi che ha manifestamente avvantaggiato la scuola musicale Jan Novak, cui sono state attribuite ben 92 ore settimanali su 112 complessive. Infine la ricorrente deduce che l'importo complessivo previsto dalle due convenzioni non prevede gli oneri per la sicurezza e implica per l'Amministrazione un esborso superiore a quello previsto nella determinazione n. 961/2014, che per 117 ore settimanali fissava l'importo (esclusi oneri per la sicurezza) di € 341.516,16 per due anni, ossia di € 170.758,08 all'anno, mentre l'impugnata delibera n. 159/2017 prevede un costo di € 172.368,00 per 112 ore settimanali, a dimostrazione del fatto che le due convenzioni, proprio perché stipulate in violazione delle regole dell'evidenza pubblica, sono anche antieconomiche.

III) Quanto alle determinazioni n. 1466/2017 e n. 1467/2017: *illegittimità derivata per effetto dei vizi dedotti con i primi due motivi; nullità delle convenzioni medio tempore stipulate.*

A corredo dei primi due motivi, la ricorrente deduce che l'illegittimità delle deliberazioni n. 158/2017 e n. 159/2017 (atti presupposti) determina, in via derivata, l'illegittimità delle determinazioni n. 1466/2017 e n. 1467/2017, con conseguente nullità delle convenzioni stipulate con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati.

3. A supporto della domanda risarcitoria formulata in via subordinata - ossia per il caso in cui, nonostante l'annullamento degli atti impugnati, non fosse riaperto il confronto concorrenziale - la ricorrente deduce che sotto il profilo dell'elemento oggettivo, sussiste la lesione della situazione giuridica soggettiva protetta; sotto il profilo dell'elemento soggettivo, si configura la colpa del Comune di Rovereto non soltanto in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, ma anche in ragione della successione di atti (ivi inclusi quelli impugnati nel separato giudizio introdotto con il ricorso n. 177/2017) tesi a limitare la concorrenza; inoltre essa ha perso la *chance* di risultare affidataria del servizio, con conseguente danno da mancato guadagno, quantificato in € 20.000,00 (pari al 10% del corrispettivo previsto), e danno curriculare per mancata acquisizione di credenziali e qualificazioni per eventuali ulteriori appalti. Infine la ricorrente chiede che venga disposta la trasmissione degli atti del presente giudizio alla Procura della Corte dei Conti di Trento perché il Comune di Rovereto, scegliendo deliberatamente di violare le regole dell'evidenza pubblica, ha causato un danno erariale.

4. Il Comune di Rovereto si è costituito in giudizio in data 15 dicembre 2017 per resistere al ricorso.

5. La ricorrente con memoria depositata in data 22 dicembre 2017 ha eccepito la tardività dei depositi documentali effettuati dal Comune di Rovereto alle ore 16,52 e 18,59 del 21 dicembre 2017.

6. La Provincia di Trento, nel costituirsi in giudizio con memoria depositata in data 22 dicembre 2017, ha replicato alle suesposte censure osservando che la normativa provinciale sulle scuole musicali è caratterizzata dall'istituzione di un apposito registro provinciale, l'iscrizione al quale costituisce presupposto necessario per accedere ai finanziamenti della Provincia; ad oggi le scuole musicali iscritte nel registro sono tredici, ivi compresa la scuola musicale Zandonai, e la Provincia finanzia la formazione musicale erogata da tali scuole per un importo annuo di € 4.850.000,00; le convenzioni previste dall'art. 9 del Regolamento sono finalizzate a *«realizzare reti tra scuole musicali (soprattutto in quei bacini di utenza che vedono la presenza di più scuole, come è appunto il caso del bacino di utenza della Vallagarina)»* e, quindi, *«rappresentano uno strumento innovativo per creare economie di scala, assetti di governance tra più scuole, un miglior utilizzo delle risorse umane e delle professionalità oltre che delle risorse finanziarie che può, nel tempo, non solo garantire l'attuale livello di erogazione di servizio di formazione musicali, ma anche ampliarlo a fasce di popolazione oggi escluse da questo servizio»*.

7. Il Comune di Rovereto con memoria depositata in data 22 dicembre 2017 ha innanzi tutto rappresentato che la scuola musicale Zandonai *«costituisce un unicum nel panorama delle scuole musicali trentine, in quanto si incardina nell'organizzazione dell'ente istituzionale territoriale del Comune di Rovereto e come tale è sottoposta ai vincoli di Spending review che impediscono all'Amministrazione l'assunzione di personale docente ad integrazione di quello uscente per ragioni di pensionamento»*; l'Amministrazione comunale, quindi, al fine di consentire alla scuola musicale Zandonai di proseguire la sua attività e di ottenere i contributi della Provincia, ha intessuto da anni *«rapporti di collaborazione con le altre scuole musicali pure appartenenti al distretto territoriale della Vallagarina»*, quali il Centro Didattico Musicateatro danza, la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati; *«tenendo in considerazione il "bene della vita" garantito dalle scuole musicali, nonché il ristretto numero delle stesse presenti nel bacino di riferimento, appare icu oculi come il sistema di diffusione della cultura musicale in Vallagarina si caratterizzi per essere un sistema chiuso ed oligopolistico, al quale partecipano solo quattro scuole organizzate in forme giuridiche non aventi scopo di lucro»*.

Quindi il Comune - dopo aver ricostruito l'iter che portato alla sottoscrizione delle convenzioni con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati - ha precisato che la ricorrente con nota del 27 agosto 2017 ha manifestato la propria indisponibilità a partecipare al progetto formativo, avanzando perplessità al riguardo, ed ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, per carenza di legittimazione e di interesse ad agire, stante la dichiarata indisponibilità della ricorrente, e l'inammissibilità della domanda di annullamento della delibera n. 158/2017, per carenza di interesse ad agire, osservando che l'eventuale annullamento della stessa comporterebbe la reviviscenza del precedente atto di indirizzo politico della Giunta relativo alla

proroga del contratto a suo tempo stipulato con la scuola musicale Jan Novak e, quindi, non attribuirebbe alla ricorrente alcun beneficio, fermo restando che la predetta delibera si configurerebbe come un atto di indirizzo politico - al pari della revocata delibera n. 118/2017 - come tale insuscettibile di sindacato ai sensi dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm..

Nel merito il Comune ha innanzi tutto replicato alle censure incentrate sul mancato rispetto della disciplina sull'evidenza pubblica osservando che - ferma restando la non applicabilità della normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici alla fattispecie in esame, per la non sussunzione della stessa nello schema dell'appalto - non sussiste la lamentata violazione della legge provinciale n. 23/1990 perché le convenzioni in questione sono state stipulate ai sensi del combinato disposto dell'art. 39-*quinquies*, comma 1, lett. a), della legge stessa (che consente all'amministrazione di avvalersi di personale esterno qualificato "*per esigenze cui non può essere fatto fronte con personale in servizio, trattandosi dell'affidamento di incarichi ad alto contenuto di professionalità qualora non presente o comunque non disponibile all'interno dell'amministrazione*") con l'art. 9, comma 2, del regolamento approvato con il D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012. Dal corretto inquadramento della fattispecie discenderebbe poi l'infondatezza della censura incentrata sull'entità del compenso orario pattuito con le predette convenzioni, avendo il Comune estrapolato il compenso stesso dal contratto collettivo nazionale delle scuole musicali, in applicazione dell'art. 39-*decies* della legge provinciale n. 23/1990 che impone di prendere a riferimento le tariffe professionali. In definitiva il Comune avrebbe inteso «*intessere una rete di concertazione con le tre scuole musicali di bacino*», ivi compresa la ricorrente, offrendo alle stesse la possibilità di occupare le cattedre messe a disposizione secondo le modalità previste dalla legge provinciale n. 23/1990, nel pieno rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza. In ogni caso, seppure si accedesse alla tesi di controparte, comunque non risulterebbe violato l'art. 21 della legge n. 23/1990, perché tale disposizione consente il ricorso alla trattativa privata, previo confronto di almeno tre operatori, allorquando il valore del contratto non superi € 190.600,00 e le due convenzioni in questione sono state stipulate per un importo complessivo di € 172.368,00, a seguito di un «*confronto con le tre scuole musicali del territorio*».

Il Comune osserva poi che la censura incentrata sul mancato rispetto del termine di cinque giorni di cui all'art. 79, comma 4, del D.P.Reg. n. 3/L 2005 non tiene conto della regola generale secondo la quale *dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur*, non derogata in materia di termini per la pubblicazione delle deliberazioni. Né sussiste la denunciata contraddittorietà tra l'immediata eseguibilità di una delibera e l'esecutività della stessa, perché trattasi di due istituti diversi. Infine, nessuna norma prevede l'obbligo di apporre la firma digitale sulle delibere, ancorché formate digitalmente, non essendo tali provvedimenti inclusi dall'art. 21 del decreto legislativo 82/2005 tra i documenti soggetti a tale obbligo.

Infine l'amministrazione comunale eccepisce: A) l'inammissibilità, per difetto di giurisdizione, della domanda proposta ai sensi degli articoli art. 121 e 122 cod. proc. amm, ribadendo che nel caso in esame non si controverte della legittimità dell'azione amministrativa in materia di affidamento di contratti pubblici, con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui al Titolo V del codice del processo amministrativo, fermo restando che controparte non ha interesse ad ottenere la declaratoria di inefficacia delle convenzioni stipulate con la scuola musicale Jan

Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati perché ha manifestato il proprio disinteresse al progetto formativo; B) l'infondatezza della domanda di risarcimento dei danni per equivalente perché non è provato che controparte avrebbe conseguito tutte le cattedre messe a disposizione dal Comune, non vi è prova della concorrenzialità del corrispettivo che controparte avrebbe offerto rispetto a quelli oggetto di convenzione, determinati in base alla tariffa prevista dal contratto collettivo nazionale, né vi è prova del danno curricolare, non quantificato da controparte.

8. La ricorrente con memoria depositata in data 30 dicembre 2017 ha replicato alle difese della Provincia di Trento osservando che non valgono a smentire le censure incentrate sull'elusione delle regole dell'evidenza pubblica.

Quindi ha diffusamente replicato alle difese in rito del Comune di Rovereto, in particolare evidenziando che essa non ha inteso assecondare il sistema delle convenzioni, essendo il proprio interesse quello di ottenere l'annullamento degli atti impugnati affinché sia bandita una gara pubblica, da aggiudicare al miglior offerente, alla quale prendere parte.

Da ultimo ha insistito per l'accoglimento delle censure incentrate sull'elusione delle regole dell'evidenza pubblica osservando che - come si può evincere dalla disciplina negoziale posta con le convenzioni stipulate con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati (in particolare, dagli articoli 1, 3 e 7) - tali convenzioni altro non sono che appalti pubblici di servizi. Non giova poi a controparte invocare il fatto che la collaborazione instaurata con le Scuole musicali sarebbe finalizzata a reperire personale docente dotato di alta professionalità, perché la fattispecie andrebbe comunque qualificata come un appalto di somministrazione lavoro, per l'affidamento del quale è comunque necessario l'espletamento di una gara pubblica, così come non giova invocare la disciplina posta dal capo I-bis della legge provinciale n. 23/1990, perché non si tratta di contratti stipulati tra l'Amministrazione ed il prestatore d'opera. Né tantomeno vale a smentire la violazione dell'art. 21 della legge provinciale n. 23/1990 il fatto che le convenzioni ammontino ad un importo complessivo di € 172.368,00, inferiore alla soglia posta dall'art. 21, comma 2, lett. h) per il ricorso alla trattativa privata, e siano state precedute da un confronto concorrenziale con le tre scuole musicali del territorio, come previsto dal comma 5 dell'art. 21, perché *«il confronto concorrenziale comporta la presenza di un vincitore che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e non la spartizione di comodo del servizio tra le Scuole musicali prescelte dal Comune»*.

10. Alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2018 le parti sono state avvisate, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., della possibile applicazione delle sanzioni alternative previste dall'articolo 123 cod. proc. amm.. Quindi il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. È innanzitutto priva di fondamento l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e di legittimazione ad agire, sollevata dal Comune di Rovereto in ragione della dichiarata indisponibilità della ricorrente a partecipare alla procedura sfociata nella sottoscrizione delle convenzioni ai sensi dell'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012. Come ha puntualizzato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 25

febbraio 2014, n. 9), **alla regola generale per cui il soggetto che volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una gara pubblica non è legittimato a chiederne l'annullamento si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, in ipotesi tassative come quella sottoposta all'esame del Collegio, in cui la ricorrente contesta che la gara sia mancata**, avendo il Comune di Rovereto disposto l'affidamento diretto del servizio, mediante le convenzioni stipulate con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati.

2. Diverse considerazioni valgono per l'eccezione di inammissibilità della domanda di annullamento della delibera n. 158/2017 per carenza di interesse, del pari sollevata dall'Amministrazione comunale. Premesso che questo Tribunale nella sentenza n. 177 del 2017 ha già chiarito che *«il primo atto della procedura che assume effetti lesivi nei confronti dell'operatore del settore che intenda partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, ma veda preclusa la propria partecipazione dalla scelta della stazione appaltante di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e di non invitarlo a partecipare, o di procedere al rinnovo o alla proroga di un precedente contratto o comunque dalla scelta di procedere ad un affidamento diretto, va individuato nella determina a contrarre»*, coglie senz'altro nel segno la difesa del Comune di Rovereto quando afferma che l'annullamento delibera n. 158/2017, nella parte in cui viene disposta la revoca della delibera n. 118/2017, determinerebbe la reviviscenza di quest'ultima delibera, con la quale la Giunta comunale aveva dato mandato di rinnovare l'affidamento del servizio alla scuola Musicale Jan Novak per l'anno scolastico 2017/2018 e, quindi, non attribuirebbe alcun vantaggio alla ricorrente. Purtuttavia la Giunta con delibera n. 158/2017 non si è limitata a disporre la revoca della propria precedente delibera, perché ha demandato altresì al competente dirigente comunale *«l'adozione degli atti consequenziali per consentire il regolare avvio delle attività scolastiche della Civica Scuola musicale Riccardo Zandonai»*, atti che - come si può evincere dalla motivazione della predetta delibera - sono da individuare proprio nelle convenzioni ai sensi dell'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012. L'eccezione risulta, quindi, fondata solo limitatamente alla domanda di annullamento della delibera n. 158/2017 nella parte in cui dispone la revoca della delibera n. 118/2017, mentre persiste l'interesse all'annullamento della restante parte, con cui viene disposto l'avvio della procedura conclusasi con la sottoscrizione delle convenzioni con la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati.

3. Sempre in via preliminare il Collegio ritiene che si possa prescindere dall'esame dell'eccezione processuale relativa alla tardività dei depositi documentali effettuati dal Comune, sollevata dalla ricorrente con la memoria depositata in data 22 dicembre 2017, perché sono fondate le censure con cui essa lamenta che il Comune di Rovereto abbia erroneamente interpretato la disposizione dell'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012, come modificato dalla delibera n. 1170/2017, ed abbia conseguentemente proceduto a reperire personale docente da impiegare all'interno della Scuola musicale Zandonai mediante due convenzioni sottoscritte ai sensi del medesimo art. 9, comma 2, in violazione delle vigenti disposizioni in materia di contratti pubblici che, ai fini della stipula di un contratto di appalto, impongono lo svolgimento di una gara pubblica per la scelta del contraente privato.

4. Il predetto art. 9, nell'istituire il registro provinciale delle scuole musicali (comma 1), indica i

requisiti che una scuola musicale deve possedere per ottenere l'iscrizione nel registro stesso (comma 2), tra i quali qui rileva in questa sede quello di cui al comma 2, lett. a), secondo il quale la scuola interessata deve *“essere gestita da un soggetto in possesso della qualificazione di cui al presente regolamento”*, fermo restando che *“al fine della qualificazione della scuola musicale, con riferimento agli standard di qualità indicati nell'allegato A, le risorse umane si considerano adeguate allo svolgimento dell'attività culturale anche quando la scuola utilizza personale non proprio, attraverso apposite convenzioni con altre scuole musicali, qualificato ai sensi della lettera d), idoneo a svolgere l'attività didattica per un numero di ore settimanali, definito con deliberazione della Giunta provinciale, rispetto al numero minimo di 100 ore settimanali di formazione previsto dalla lettera c)”*.

Assume quindi rilievo decisivo qualificare giuridicamente le predette convenzioni, perché le parti hanno prospettato al riguardo due interpretazioni diametralmente opposte. Secondo la ricorrente le convenzioni sarebbero veri e propri contratti di appalto di servizi e, come tali, sarebbero sottoposte ai principi ed alla disciplina europea in materia di contratti pubblici, nonché alla relativa disciplina di recepimento posta, a livello nazionale, dal decreto legislativo n. 50/2016 e, a livello provinciale, dal capo I della legge provinciale n. 23/1990; di conseguenza le delibere n. 158/2017 e n. 159/2017 (atti presupposti) e le determinazioni dirigenziali n. 1466/2017 e n. 1467/2017 (atti consequenziali) sarebbero viziata perché l'Amministrazione, invece di indire una gara pubblica per selezionare il fornitore del personale docente da impiegare all'interno della scuola musicale Zandonai, avrebbe arbitrariamente derogato alle regole sull'evidenza pubblica procedendo ad affidamenti diretti in favore di due soggetti individuati al di fuori di qualsiasi confronto concorrenziale.

Invece secondo la difesa del Comune di Rovereto le predette convenzioni non sarebbero contratti di appalto di servizi, bensì contratti stipulati ai sensi del capo I-bis della legge provinciale n. 23/1990 - trattandosi dell'affidamento di incarichi retribuiti a soggetti esterni all'amministrazione, giustificato, ai sensi dell'art. 39-*quinquies* della stessa legge n. 23/1990 (secondo il quale l'amministrazione *“si avvale prioritariamente del personale dipendente assegnato alle strutture organizzative”*, ferma restando la possibilità di affidare incarichi retribuiti a soggetti esterni *“per esigenze cui non può essere fatto fronte con personale in servizio, trattandosi dell'affidamento di incarichi ad alto contenuto di professionalità qualora non presente o comunque non disponibile all'interno dell'amministrazione”*) - per i quali non trovano applicazione le disposizioni del capo I della legge stessa in materia di acquisto di beni e di fornitura di servizi; di conseguenza l'Amministrazione, non essendo tenuta ad indire una gara pubblica per selezionare il fornitore, avrebbe correttamente svolto, ai sensi del combinato disposto del predetto art. 39-*quinquies*, comma 1, lett. a), con l'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012, una procedura di negoziazione finalizzata alla stipula di convenzioni con le scuole musicali del *«sistema chiuso ed oligopolistico»* della Vallagarina, offrendo alle stesse la possibilità di occupare le cattedre messe a disposizione nel pieno rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

5. La prospettazione della difesa del Comune di Rovereto non può essere condivisa, alla luce delle considerazioni che seguono.

Occorre preliminarmente chiarire la ragione per cui la delibera della Giunta provinciale n.

1170/2017, nel novellare la disposizione regolamentare dell'art. 9, comma 2, del D.P.P. n. 22-97/Leg. del 2012, abbia utilizzato un termine giuridicamente neutro - qual è "convenzione", che si riferisce a un incontro di volontà senza ulteriori specificazioni - per denominare l'accordo attraverso il quale la scuola musicale interessata ad ottenere l'iscrizione nell'apposito registro provinciale, che non sia in possesso della qualificazione richiesta dal regolamento per la carenza di personale qualificato, può acquisire personale qualificato. Innanzi tutto si deve considerare che la scuola musicale carente di personale potrebbe essere un soggetto privato o un soggetto pubblico; parimenti la scuola musicale che fornisce il personale qualificato potrebbe essere un soggetto privato o un soggetto pubblico. Di conseguenza, l'utilizzo del termine "convenzione" si spiega considerando che la Giunta provinciale correttamente non ha inteso prendere posizione sulla natura giuridica dell'accordo, che potrebbe essere costituito da un contratto di diritto privato, qualora sia concluso tra due soggetti privati, ovvero da un contratto pubblico di appalto, qualora sia concluso da un soggetto pubblico che intenda acquisire il personale qualificato da un soggetto privato, ovvero ancora da un accordo ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990, qualora sia concluso tra due soggetti pubblici. Particolare rilievo sistematico assume proprio quest'ultima ipotesi, perché la giurisprudenza e lo stesso legislatore europeo hanno avuto cura di specificare i presupposti in presenza dei quali, finanche laddove dell'accordo siano parte due soggetti pubblici, può ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici una normativa nazionale che consenta la stipulazione dell'accordo stesso senza gara.

In particolare - come rammentato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel parere reso con la delibera n. 918 del 31 agosto 2016 - alla luce della giurisprudenza i presupposti legittimanti la sottoscrizione di accordi tra amministrazioni possono così riassumersi: A) l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti; B) alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità; C) i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno; D) il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme europee in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Tale elaborazione giurisprudenziale trova oggi conferma nell'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE secondo il quale «*Gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva*». Risulta allora evidente che, se l'accordo concluso tra soggetti pubblici ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990 non può avere finalità elusive delle norme di derivazione europea in tema di appalti pubblici, analoghe considerazioni debbono valere per l'accordo concluso tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato.

6. Applicando i suddetti principi alla fattispecie in esame, il Collegio ritiene che le convenzioni sottoscritte dal Comune di Rovereto (soggetto pubblico), nell'interesse della scuola musicale

Zandonai, con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati (soggetti privati) vadano qualificate come veri e propri contratti pubblici di appalto per la fornitura di servizi di formazione musicale attraverso personale docente qualificato. Valgono, a evidenziare tale qualificazione, le seguenti considerazioni.

L'art. 1 delle predette convenzioni (rubricato "oggetto del servizio") al comma 2 dispone che *"la responsabilità organizzativa e amministrativa dei corsi, compreso il coordinamento dei docenti, è in capo al Comune (raccolta domande d'iscrizione, determinazione e incasso delle rette, titolarità del contributo provinciale, direzione collegio docenti e rapporti con le famiglie), mentre la Scuola è responsabile dal punto di vista didattico per i corsi, che Le sono stati affidati e dal punto di vista amministrativo per tutti gli adempimenti obbligatori relativi al proprio personale"*. Coglie allora nel segno la ricorrente quando afferma che le convenzioni in questione hanno per oggetto l'affidamento diretto dei servizi di formazione musicale e strumentale destinati ad essere erogati dalla scuola musicale Zandonai, in parte prevalente alla scuola musicale Jan Novak e in parte minoritaria alla scuola musicale Quattro Vicariati: tali scuole sono infatti tenute a garantire l'erogazione dei servizi con le modalità, gli orari e le attività propedeutiche e conseguenti enunciate all'art. 2 (rubricato "Caratteristiche del servizio") e ad assolvere i compiti indicati dall'art. 3 (per l'appunto rubricato "Compiti della Scuola"), secondo il quale spetta alla scuola contraente curare *"la realizzazione dei corsi di formazione e di strumento di cui all'Art. 2, coerentemente con il progetto formativo della scuola e gli orientamenti didattici della Provincia"*, mentre spetta al Comune di Rovereto la vigilanza sull'esecuzione del servizio, come si desume dall'art. 7 (rubricato "Controllo del Comune"), secondo il quale *"il dirigente del Servizio comunale competente ... esercita la vigilanza ed il controllo sull'andamento dei corsi e, in particolare, vigila sulla presenza dei docenti"*. La scuola Jan Novak e la scuola Quattro Vicariati non si limitano, quindi, a prestare mano d'opera qualificata, ma svolgono un vero e proprio servizio, organizzandolo e gestendolo per il tramite dei loro docenti, e assumono un rischio di risultato, come dimostrano il secondo comma dell'art. 7, secondo il quale *"Il Comune si riserva di sottoporre agli utenti questionari strutturati relativi alla qualità del servizio e di effettuare altre forme di verifica della stessa"*, ed il sesto comma del medesimo art. 7, secondo il quale *"Il Comune, verificata la persistenza degli inadempimenti ... si riserva di non confermare il compenso di cui al punto 6"*. In definitiva - essendo la scuola Jan Novak e la scuola Quattro Vicariati tenute a garantire l'erogazione di servizi di formazione che esse debbono organizzare e svolgere per il tramite dei loro dipendenti, sotto il controllo e la vigilanza del Comune - l'accordo oggetto delle predette convenzioni non implica il mero acquisto di ore di insegnamento, ancorché il compenso sia commisurato secondo tariffa oraria, ma deve piuttosto essere qualificato, parafrasando la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. ii) del decreto legislativo n. 50/2016, come un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante e un operatore economico, avente per oggetto la prestazione di servizi di formazione, con l'ulteriore conseguenza che l'affidamento delle due convenzioni avrebbe dovuto essere preceduto da una gara pubblica.

7. Né appare possibile pervenire a diverse conclusioni sulla scorta della disciplina in materia di affidamento di incarichi retribuiti a soggetti esterni posta dal capo I-bis della legge provinciale n. 23/1990, per le ragioni diffusamente esposte dalla ricorrente nella memoria depositata in data 30 dicembre 2017. Difatti - premesso che solo in giudizio la difesa del Comune di

Rovereto ha invocato l'applicazione della disciplina posta dal capo I-bis, che non risulta richiamata in nessuno dei provvedimenti impugnati - il Collegio ritiene che, a prescindere da ogni considerazione in merito alla possibilità di ritenere tale disciplina applicabile ad enti diversi dalla Provincia di Trento, nel caso in esame non sussistano i presupposti per qualificare le suddette convenzioni come contratti aventi ad oggetto l'affidamento di incarichi professionali, perché dall'art. 39-*quater*, comma 2, della legge provinciale n. 23/1990 si desume chiaramente che la disciplina posta dal capo I-bis riguarda la stipulazione di contratti tra l'Amministrazione ed il prestatore d'opera, mentre le convenzioni di cui trattasi sono state stipulate dal Comune di Rovereto con scuole musicali tenute a garantire l'erogazione del servizio e non con i singoli docenti.

8. Né può condividersi la linea difensiva prospettata in via subordinata dalla difesa del Comune di Rovereto, secondo la quale non sarebbe comunque violato l'art. 21 della legge n. 23/1990 perché tale disposizione consente il ricorso alla trattativa privata, previo confronto concorrenziale con almeno tre operatori, allorquando il valore del contratto non superi la soglia di € 190.600,00 e la suddetta procedura di negoziazione si configurerebbe come un vero e proprio confronto concorrenziale. **Innanzi tutto giova rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza, anche di questo Tribunale (sentenza 21 novembre 2012, n. 339), anche laddove sia consentito il ricorso alla trattativa privata la stazione appaltante deve rispettare le regole del confronto concorrenziale.** E nella fattispecie in esame non è stato garantito alcun confronto concorrenziale tra le scuole musicali invitate alla procedura di negoziazione, perché - come ben osservato dalla ricorrente - il confronto concorrenziale presuppone la presenza di un vincitore che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa; invece il Comune di Rovereto ha imposto il costo orario del servizio ed ha assegnato unilateralmente ad ogni partecipante alla procedura le materie e le ore da svolgere, mentre la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati si sono limitate a recepire le condizioni imposte dal Comune.

7. Ne consegue che la prima domanda proposta dalla ricorrente deve essere accolta in parte e, per l'effetto, si deve disporre l'annullamento della delibera di Giunta n. 158/2017 nella parte in cui viene demandato al competente dirigente comunale di adottare gli «*atti consequenziali per consentire il regolare avvio delle attività scolastiche della Civica Scuola musicale Riccardo Zandonai*», come indicato in motivazione, e della delibera di Giunta n. 159/2017, nonché delle determinazioni dirigenziali n. 1466/2017 e n. 1467/2017, per le ragioni che precedono e con assorbimento delle restanti censure. Non può invece essere accolta la domanda di annullamento della delibera della Giunta provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 1170 del 21 luglio 2017, in quanto la stessa - come innanzi evidenziato - si presta ad essere interpretata in modo da risultare conforme alla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici.

8. Non sussistono i presupposti per accogliere la domanda di declaratoria di inefficacia delle convenzioni stipulate dal Comune di Rovereto la scuola musicale Jan Novak e la scuola musicale Quattro Vicariati. Al riguardo giova rammentare che l'art. 121, comma 1, cod. proc. amm. - da ritenersi applicabile alla fattispecie in esame in ragione della qualificazione delle predette convenzioni come appalto pubblico di servizi, con conseguente infondatezza dell'eccezione di inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione, sollevata dalla

difesa del Comune di Rovereto - tra i casi di gravi violazioni a fronte delle quali il giudice che annulla l'aggiudicazione è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto d'appalto, *"precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva"*, include quella in cui *"l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando"*. Tuttavia il secondo comma del medesimo art. 121 prevede che *"Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia"*. Ciò posto, il Collegio ritiene che sussistano apprezzabili esigenze di continuità nell'erogazione dei servizi offerti dalla Scuola musicale Zandonai attraverso le suddette convenzioni - qualificabili come *"esigenze imperative connesse ad un interesse generale"* - tali da rendere palese che i residui obblighi contrattuali possano essere rispettati solo dagli attuali esecutori del servizio, ossia dai docenti messi a disposizione dalla scuola musicale Jan Novak e dalla scuola musicale Quattro Vicariati. Considerato che l'anno scolastico 2017/2017 è giunto alla metà, non vi è dubbio, infatti, che un'eventuale dichiarazione di inefficacia delle suddette convenzioni finirebbe per pregiudicare gravemente coloro che frequentano i corsi di formazione musicale offerti dalla scuola musicale Zandonai.

9. Non sussistono neppure i presupposti per accogliere la domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente. Secondo la prevalente giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2075; *id.*, 9 febbraio 2016, n. 559), il danno da perdita di *chance* (che comprende il lucro cessante ed il c.d. danno curriculare) - da intendersi quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - può essere risarcito solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità di successo, con conseguente necessità di distinguere, fra probabilità di riuscita (che va considerata quale *chance* risarcibile) e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi *chance* irrisarcibile; il risarcimento del danno da perdita di *chance* richiede, infatti, l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una eventualità di conseguimento del bene della vita. **Resta quindi fermo che, al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è necessario che il danneggiato dimostri, anche facendo ricorso a presunzioni ed al**

**calcolo delle probabilità, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno del quale si chiede il ristoro deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta.**

Nella fattispecie in esame la ricorrente non addotto alcun elemento idoneo a dimostrare con quale grado di probabilità avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione dell'appalto. Coglie allora nel segno la difesa del Comune di Rovereto quando osserva che non è stata fornita la prova della concorrenzialità del corrispettivo che la ricorrente avrebbe offerto rispetto a quelli pattuiti con le suddette convenzioni, né delle altre condizioni necessarie per riconoscere il risarcimento richiesto.

10. Fermo restando quanto precede, il Collegio d'ufficio osserva che - stante la previsione dell'art. 121, comma 4, cod. proc. amm., secondo il quale *“Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123”* - la perdurante efficacia delle suddette convenzioni, dovuta alle considerazioni di cui sub 8), impone l'applicazione della sanzione pecuniaria alternativa di cui all'art. 123, comma 1, lett. a), cod. proc. amm., che prevede, in tale caso, l'irrogazione di una *“sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5%(per cento) al 5%(per cento) del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo”*. Il secondo comma dell'art. 123 dispone, poi, che la misura delle sanzioni alternative deve essere determinata *“in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”*. Ciò posto - tenuto conto della gravità della condotta complessiva della stazione appaltante, resa palese dalla decisione assunta con la delibera n. 118/2017, con la quale era stato originariamente deciso di rinnovare il contratto d'appalto alla scuola musicale Jan Novak, e dal fatto che solo in giudizio sia stata invocata la disciplina posta dal capo I-bis della legge provinciale n. 23/1990, nel vano tentativo di giustificare a posteriori il mancato rispetto delle regole dell'evidenza pubblica - il Collegio ritiene equo irrogare al Comune di Rovereto una sanzione pecuniaria di importo pari al 2% del valore complessivo delle suddette convenzioni.

11. In applicazione dell'art. 121, comma 3, e dell'art. 123, comma 1, cod. proc. amm. la presente sentenza deve essere trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie (che potrà valutare anche la sussistenza dei presupposti per notificare la competente Procura Regionale della Corte dei Conti), nonché al Ministero dell'economia e delle finanze.

12. Le spese del giudizio, quantificate nella misura indicata nel dispositivo, devono essere

poste a carico delle Amministrazioni soccombenti, mentre possono essere compensate nei confronti delle due controinteressate, che non si sono neppure costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 210/2017 lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla la delibera della Giunta comunale del Comune di Rovereto n. 158 in data 8 settembre 2017 nella parte indicata in motivazione, la delibera della Giunta comunale del Comune di Rovereto n. 159 in data 8 settembre 2017 e le determinazioni dirigenziali del Comune di Rovereto n. 1466 e n. 1467 in data 11 settembre 2017.

Condanna il Comune di Rovereto al pagamento, a titolo di sanzione alternativa, di una somma di importo pari al 2% del valore complessivo delle convenzioni sottoscritte con la scuola musicale Jan Novak e con la scuola musicale Quattro Vicariati in data 11 settembre 2017, da versare all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «*Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria*» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Condanna il Comune di Rovereto e la Provincia autonoma di Trento in solido al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese del presente giudizio, complessivamente liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), di cui 2.000,00 a carico del Comune di Rovereto e 1.000,00 a carico della Provincia autonoma di Trento, oltre accessori di legge. Dispone altresì la rifusione, in solido, del contributo unificato.

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