

## **Penultimo giorno di scadenza, legittima la revoca in assenza di concorrenti se, per errore materiale, il capitolato speciale non rispecchia l'intento della Giunta comunale**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Ragionevole la revoca, rispondendo essa all'interesse dell'Amministrazione di poter esercitare tra il maggior numero di concorrenti possibile la scelta di quello più idoneo al migliore espletamento del servizio.

**Sintesi di Consiglio di stato, V sez., decisione n. 56**

**del 13 gennaio  
2004**

Parole chiave:

appalti di lavori/ appalti di servizio - legittima la revoca della procedura al penultimo giorno di scadenza - nessun concorrente - errore nella richiesta di alcuni requisiti speciali -

Determinazione del punteggio sull'anzianità di servizio - deve riferirsi ad un servizio assolutamente identico

Il quesito posto dal ricorrente:

E'' legittimo il comportamento di un'amministrazione pubblica che, accortasi di un errore nella richiesta dei requisiti speciali richiesti in un appalto di servizi, revochi la precedente deliberazione per approvare un nuovo capitolato speciale d'appalto, sulla base del quale si procedeva a nuova gara?

La risposta dei giudici:

Poiché che la revoca della gara è intervenuta in un momento in cui nessuna impresa aveva ancora presentato la sua offerta, benché si fosse giunti al penultimo giorno utile in base al precedente bando, si può affermare che non era ancora obiettivamente configurabile una posizione soggettiva meritevole di attenzione, neppure della consistenza di un concreto affidamento nell'ulteriore corso della procedura aperta, che imponesse un particolare onere di esternazione delle ragioni di pubblico interesse assunte a base del provvedimento

Conseguenze operative:

Deve convenirsi, infatti, sul rilievo dato alla circostanza che la revoca della gara sia intervenuta in un momento in cui nessuna impresa aveva ancora presentato la sua offerta, benché si fosse giunti al penultimo giorno utile in base al precedente bando.

In tale situazione di fatto, invero, non era ancora obiettivamente configurabile una posizione soggettiva meritevole di attenzione, neppure della consistenza di un concreto affidamento nell'ulteriore corso della procedura aperta, che imponesse un particolare onere di esternazione delle ragioni di pubblico interesse

assunte a base del provvedimento.

Questo, in ogni caso, appare adeguatamente motivato lì dove si chiarisce, sia pure con espressione non perspicua, che “per errore materiale è stato allegato alla succitata delibera” (quella che viene revocata) “un capitolato che non è conforme a quanto disposto dalla Giunta Comunale”, esplicitandosi, in tal modo, l’intento di correggere l’errore materiale commesso attraverso l’allegazione all’atto di indizione del concorso di un capitolato più restrittivo e non rispondente alla volontà dell’organo deliberante.

In concreto, come si ricava dal capitolato approvato per la nuova gara, con l’atto contestato la Giunta comunale ha voluto eliminare dai requisiti di partecipazione, di cui all’articolo 23, quello erroneamente inserito nel primo capitolato relativo al possesso di una documentata esperienza biennale presso un ente pubblico, allo scopo evidente di consentire un ampliamento del numero di soggetti legittimati a partecipare alla gara. Decisione, questa, che non può ritenersi irragionevole, rispondendo essa all’interesse dell’Amministrazione di poter esercitare tra il maggior numero di concorrenti possibile la scelta di quello più idoneo al migliore espletamento del servizio

Di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il  
Consiglio  
di

Stato  
in  
sede  
giurisdizionale

Quinta  
Sezione

ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3087 del 2003 proposto dal COOPERATIVA SOCIALE \*\*\*\* Soc. Coop. A r. l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata in Roma Via Aurelia 190/A presso lo studio dell'Avv. \*\*\*\*\* ,

contro

il Comune di Usini e la Commissione di gara per l'appalto del servizio di ludoteca, non costituiti in giudizio e nei confronti

della \*\*\*\*\*à \*\*\*\*\* a r. l., non costituita in giudizio,

per l'annullamento

della sentenza n. 1711 in data 26 novembre 2002 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e quello di appello incidentale dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. \*\*\*\*\*;

Udito alla pubblica udienza del 25 novembre 2003 l'avv. \*\*\*\*\*, su delega dell'avv. \*\*\*\*\*;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

Con la sentenza n. 1711 in data 26 novembre 2002, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna ha respinto il ricorso proposto dalla Cooperativa Sociale "\*\*\*\*" soc. coop. A r. l. per l'annullamento degli atti, specificamente indicati nell'atto introduttivo del giudizio, con cui il Comune di Usini aveva revocato la deliberazione di indizione di una gara d'appalto per l'affidamento della gestione del servizio di ludoteca comunale, indetto nuova gara, sulla base di nuovo capitolato speciale ed aggiudicato il servizio alla controinteressata società \*\*\*\*

Di tale sentenza la ricorrente chiede, con l'appello in epigrafe, l'annullamento e la riforma siccome errata ed ingiusta, con il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento degli atti e provvedimenti con esso impugnati. Vinte spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

Nessuno degli appellati si è costituito in giudizio.

La causa è stata trattata all'udienza pubblica del 25 novembre 2003, nella quale, sentito il difensore presente, il Collegio si è riservata la decisione.

## DIRITTO

L'appello è fondato nei limiti di seguito indicati.

Occorre premettere in fatto che il Comune appellato aveva stabilito, con deliberazione della Giunta Comunale n. 1 del 7 gennaio 2002, di procedere all'espletamento di una gara d'appalto per l'affidamento della gestione del servizio di ludoteca comunale, approvando, a tal fine, il relativo capitolato speciale. Il giorno precedente il termine per la presentazione delle offerte, la Giunta provvedeva con atto n. 13 del 28 gennaio 2002 a revocare la precedente deliberazione per approvare un nuovo capitolato speciale d'appalto, sulla base del quale si procedeva a nuova gara, conclusasi poi con l'aggiudicazione del servizio alla società controinteressata.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ripropone il corrispondente mezzo dedotto in primo grado, con cui aveva denunciato la mancata esternazione delle ragioni poste a fondamento dell'atto di ritiro e la sua illogicità ed irragionevolezza, avuto anche riguardo alla sostanziale identità del nuovo bando rispetto a quello revocato, salvo che per l'eliminazione del requisito dell'esperienza biennale maturata presso un ente pubblico nel settore delle ludoteche, che si richiedeva agli aspiranti concorrenti.

Al riguardo non si ritiene che il giudice di primo grado abbia errato nel respingere come infondata la censura.

Deve convenirsi, infatti, sul rilievo dato alla circostanza che la revoca della gara sia intervenuta in un momento in cui nessuna impresa aveva ancora presentato la sua offerta, benché si fosse giunti al penultimo giorno utile in base al precedente bando.

In tale situazione di fatto, invero, non era ancora obiettivamente configurabile una posizione soggettiva meritevole di attenzione, neppure della consistenza di un concreto affidamento nell'ulteriore corso della procedura aperta, che imponesse un particolare onere di esternazione delle ragioni di pubblico interesse assunte a base del provvedimento.

Questo, in ogni caso, appare adeguatamente motivato lì dove si chiarisce, sia pure con espressione non perspicua, che "per errore materiale è stato allegato alla succitata delibera" (quella che viene revocata) "un capitolato che non è conforme a quanto disposto dalla Giunta Comunale", esplicitandosi, in tal modo, l'intento di correggere l'errore materiale commesso attraverso l'allegazione all'atto di indizione del concorso di un capitolato più restrittivo e non rispondente alla volontà dell'organo deliberante.

In concreto, come si ricava dal capitolato approvato per la nuova gara, con l'atto contestato la Giunta comunale ha voluto eliminare dai requisiti di partecipazione, di cui all'articolo 23, quello erroneamente inserito nel primo capitolato relativo al possesso di una documentata esperienza biennale presso un ente pubblico, allo scopo evidente di consentire un ampliamento del numero di soggetti legittimati a partecipare alla gara. Decisione, questa, che non può ritenersi irragionevole, rispondendo essa all'interesse dell'Amministrazione di poter esercitare tra il maggior numero di concorrenti possibile la scelta di quello più idoneo al migliore espletamento del servizio.

Il primo motivo d'impugnazione si rivela, quindi, infondato, insieme al secondo, con il quale il preteso vizio fin qui considerato si fa valere, sotto specie di illegittimità derivata, nei confronti degli atti della seconda gara.

Opposto è, invece, il giudizio che deve darsi della doglianza introdotta con il terzo motivo d'appello. Con questa si contesta l'errore in cui è caduto il giudice di primo grado, che, ritenendo anche il servizio di asilo nido svolto dalla controinteressata suscettibile di essere inquadrato nello specifico settore di gara, ha considerato legittima l'attribuzione ad entrambe le concorrenti dello stesso punteggio per l'anzianità di servizio maturata.

Sostiene la ricorrente, ricavando elementi di conforto alla sua tesi dal piano socio assistenziale regionale in vigore per l'anno 2002 e dallo stesso capitolato speciale d'appalto, che il servizio di asilo nido e quello di ludoteca sono sostanzialmente diversi, in quanto il primo è rivolto a bambini di età fino a tre anni ed ha funzione prettamente educativa; il secondo, invece, è reso a favore di bambini di età compresa fra i tre e quindici anni - anzi, secondo quanto richiesto nel capitolato speciale predisposto dal Comune appaltante, di età compresa fra i cinque ed i quattordici anni - e svolge un ruolo di sostegno nell'età evolutiva in un percorso parallelo all'impegno scolastico. Diverse sono, inoltre, le figure professionali richieste: per la gestione del servizio di asilo nido la figura professionale è quella dell'educatore che deve essere in possesso del diploma universitario di "educatore delle comunità infantili"; per il servizio di ludoteca sono richiesti i ludotecari e gli assistenti ludotecari, in possesso della specifica qualificazione professionale conseguita con la frequenza di appositi corsi organizzati dallo Stato o dalla Regione.

La doglianza è fondata.

Nel quadro normativo vigente, invero, gli asili nido sono considerati quali "strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni ed a sostenere le famiglie e i genitori", secondo la definizione che si legge nell'art. 70 della legge 28 dicembre 2001 n. 448, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria per il 2002"; o come si evince dall'art. 12, primo comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, "legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate", che garantisce "al bambino da 0 a 3 anni handicappato l'inserimento negli asili nido". Il servizio fornito dall'asilo nido, peraltro, "comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino di età inferiore ai tre anni" (Corte Cost. 22 novembre 2002 n. 467).

Nel caso in esame, ad ogni modo, assume portata determinante il rilievo che, secondo quanto è dato leggere nell'art. 1 del capitolato speciale per la gestione del servizio messo a concorso, "l'appalto ha per oggetto la gestione del servizio di ludoteca comunale a favore dei minori di età compresa fra cinque e quattordici anni". Pertanto, il servizio espletato dalla cooperativa controinteressata, interamente svolto in asili nido e, quindi, per bambini da zero a tre anni ed espressivo di una ben diversa professionalità, non era suscettibile di valutazione in quanto attinente a servizio diverso da quello da appaltare. E di tanto v'è conferma nello stesso capitolato che, all'art. 2, prescrive che i concorrenti "dispongano delle seguenti figure professionali: ludotecari; unità di sostegno per i portatori di handicap (aiuto ludotecario); animatori" e, nell'art. 9, indica quale sia la "anzianità di servizio" valutabile individuandola nel "servizio espletato nel settore ludico-ricreativo".

Per le considerazioni fin qui svolte, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in primo grado deve essere accolto in parte, con il conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio in argomento alla cooperativa appellata.

Stante la parziale soccombenza della ricorrente va disposta la compensazione tra le parti in causa delle spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado ed annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva con esso impugnato.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 25 novembre 2003 DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 13 gennaio 2004

<https://www.diritto.it/penultimo-giorno-di-scadenza-legittima-la-revo-ca-in-assenza-di-concorrenti-se-per-errore-materiale-il-capitolato-speciale-non-rispecchia-l-intento-della-giunta-comunale/>