

## Parere n. 133 del 19/11/2009

**Protocollo** PREC 317/08/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'architetto Pasquale Petruzzo - Concorso di idee per la riqualificazione urbana di piazza Duomo, via Seminario e dell'Area Archeologica ex seminario vescovile - S.A.: Comune di Avellino

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### Considerato in fatto

In data 30 maggio 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'architetto Pasquale Petruzzo, partecipante al concorso di idee in oggetto, bandito dal Comune di Avellino, ha contestato il mancato rispetto da parte di quest'ultimo dell'art. 14 del bando, il quale al secondo comma stabiliva «non saranno ammessi ex aequo», rappresentando che «nella graduatoria ci sono ex aequo», nonché il mancato rispetto del termine di dieci giorni, previsto dal medesimo art. 14 del bando (comma 4), tra la conclusione dei lavori della Commissione giudicatrice e la comunicazione dell'esito del concorso mediante pubblicazione della graduatoria sul sito internet del Comune di Avellino.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Avellino, con nota del 28 luglio 2008, ha riferito che dalle operazioni valutative della Commissione erano risultati cinque raggruppamenti con il medesimo punteggio (due con 87,60 e tre con 74,60) e che non vi era stata alcuna violazione dell'art. 14 del bando, laddove si escludevano gli ex aequo nell'assegnazione dei premi per coloro che sarebbero risultati vincitori, poiché l'Amministrazione, in realtà, non aveva proceduto alla divisione dei premi medesimi ma si era limitata a comunicare i risultati della graduatoria di merito, senza che fosse terminato il procedimento.

L'Amministrazione medesima, infatti, al fine di risolvere il problema e di reperire un modo corretto per individuare gli aventi diritto al premio, aveva convocato i cinque raggruppamenti comunicando loro che la Commissione si sarebbe nuovamente riunita per individuare un criterio per l'assegnazione del premio. Ciò di fatto avveniva con l'individuazione del criterio del sorteggio ex art. 77 del R.D. 827/1924, unico criterio ritenuto legittimo in mancanza di diverse indicazioni nel bando e nell'evidente impossibilità di richiedere elaborati aggiuntivi.

Il 18 luglio 2008 il Comune di Avellino provvedeva a pubblicare nelle forme di rito la determinazione dirigenziale (inviata in copia), con la quale si dava atto del risultato del sorteggio ed in pari data pubblicava l'esito del concorso sull'albo pretorio e sul sito internet del Comune medesimo, con assegnazione del primo premio di € 30.000,00 al RTP Arch. Giordano, del secondo di € 10.000 al RTP Arch. Rizzo e del terzo di € 5.000,00 al RTP Arch. Cerone.

L'Amministrazione comunale ha, inoltre, precisato di non aver nemmeno violato il termine di dieci giorni di cui all'art. 14, comma 4 del bando, poiché i lavori della Commissione terminavano solo dopo lo svolgimento del sorteggio (unico metodo ritenuto idoneo dalla Commissione, in quella particolare situazione, ad individuare dei vincitori) e cioè in data 8 luglio 2008, mentre la pubblicazione della determinazione di approvazione della graduatoria finale era pubblicata sull'albo pretorio e sul sito internet in data 18 luglio 2008.

La stazione appaltante ha, infine, evidenziato che in ogni caso l'Architetto Pasquale Petruzzo era risultato classificato al quattordicesimo posto sin dalla graduatoria pubblicata in data 17 aprile 2008 e, pertanto, la sua posizione non era stata in alcun modo compromessa dalla condotta dell'Amministrazione né questa aveva in qualche modo recato danno all'istante.

### Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, si osserva preliminarmente che sebbene, come rilevato dal Comune di Avellino nella nota del 28 luglio 2008, l'Architetto Pasquale Petruzzo fosse stato classificato nella graduatoria finale al quattordicesimo posto (in un concorso dove era prevista l'assegnazione di soli tre premi ed in presenza di cinque raggruppamenti risultati a pari merito con i due punteggi più alti), l'istanza è da ritenersi ammissibile, censurandosi in essa il mancato rispetto da parte della stazione appaltante di due clausole del bando di indubbio rilievo la cui violazione - in astratto - potrebbe inficiare la legittimità di tutta la procedura.

Quanto alla prima, e cioè all'art. 14 comma 2, essa - dopo avere indicato l'entità dei tre premi messi a concorso - precisa che «non saranno ammessi ex aequo».

Il tenore letterale della citata disposizione esclude la sostenibilità della contestazione sollevata dall'Architetto Pasquale Petruzzo che testualmente, nell'istanza, afferma: «ex aequo non previsti invece nella graduatoria ci sono ex aequo». Appare infatti evidente che la clausola del bando non possa essere interpretata nel senso di escludere in astratto che diversi progetti potessero ottenere il medesimo punteggio: una simile situazione sarebbe stata evidentemente illegittima, condizionando a priori la valutazione della Commissione nell'attribuzione dei punteggi ai singoli candidati. Piuttosto, detta clausola era diretta ad escludere - nell'ipotesi, possibile e consentita, di assegnazione del medesimo punteggio a più concorrenti - che i tre premi a concorso, rispettivamente dell'importo di € 30.000,00, € 10.000,00 e € 5.000,00, potessero essere attribuiti a più di tre concorrenti. In altri termini, la disposizione richiede che la Commissione "superi" l'impasse dell'ex aequo non conferendo il premio a tutti i "pari merito" ma risolvendo la situazione con modalità previste dalla legge.

Ciò di fatto è avvenuto quando la Commissione, previa comunicazione ai cinque raggruppamenti risultati (tre e due) con il medesimo punteggio, ha proceduto nel contraddittorio al sorteggio onde potere procedere all'assegnazione dei premi, altrimenti non possibile in quanto esclusa dal bando in presenza di ex aequo. Al riguardo si evidenzia che il prescelto strumento del sorteggio è previsto dall'art. 77, comma 2 del R.D. 827/1924, il quale stabilisce che: «Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'art. 75 e all'ultimo comma dell'art. 76, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario». Seppure è indubbio che sarebbe stato conforme ad un principio di maggiore trasparenza, completezza e chiarezza nella redazione del bando prevedere nel medesimo art. 14 (dopo l'esclusione degli ex aequo, nel senso che non si sarebbe proceduto ad attribuire più premi ai raggruppamenti eventualmente aventi lo stesso punteggio) che nell'ipotesi di "pari merito" la Commissione avrebbe proceduto a scegliere il vincitore con il metodo del sorteggio, non può dirsi che il ricorrere a tale metodo - in una situazione di parità in concreto impeditiva dell'attribuzione dei premi - sia stato illegittimo. Ed infatti il sorteggio - secondo una costante giurisprudenza riferita invero, in prima battuta, all'"esperimento di miglioria" - costituisce una risorsa di carattere generale cui le stazioni appaltanti possono fare riferimento in caso di offerte aventi la medesima valutazione numerica (Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Palermo sez. III 19/1/2007 n. 165; CGA Regione Siciliana Sezione giurisdizionale 27/12/2006 n. 808; CGA Regione Siciliana, Sez. giurisdizionale - sentenza 21 settembre 2006 n. 537). I giudici amministrativi hanno avuto modo di evidenziare che il ripetuto art. 77 - contenuto nel regolamento di contabilità generale dello Stato - trova applicazione generalizzata indipendentemente dal suo richiamo nei bandi di gara; esso invero non è stato abrogato né implicitamente né esplicitamente dalla successiva normativa in materia di appalti, con la conseguenza che deve trovare applicazione in tutte le procedure di gara (così: TAR Sicilia Palermo, II, 17 maggio 2001, n. 739). Applicando tali insegnamenti pretori al caso di specie, ove l'esperimento di miglioria, trattandosi di concorso di idee, non era realizzabile (è noto infatti che esso debba riguardare solo il prezzo fermo ogni altro elemento: così v. CGA, Sez. Giurisdizionale - sentenza 27 dicembre 2006 n. 808), non rimaneva alla stazione appaltante che ricorrere, come è avvenuto, previa convocazione dei raggruppamenti interessati, al sorteggio.

In ordine alla seconda censura, secondo cui il Comune di Avellino non avrebbe rispettato il termine di dieci giorni previsto dall'art. 14 del bando necessariamente intercorrente tra il termine dei lavori della Commissione e la comunicazione dell'esito del concorso mediante pubblicazione della graduatoria, si osserva che l'Architetto Pasquale Petruzzo giunge a questa conclusione individuando il momento finale dei lavori della Commissione nel 28 novembre 2007 e la data di pubblicazione del risultato finale del concorso nel 17 aprile 2008. Invero, dall'esame della documentazione trasmessa dal Comune di Avellino e dall'attenta analisi delle scansioni procedimentali caratterizzanti la vicenda in esame, deve ritenersi che le predette date non corrispondano ai due "eventi" significativi di cui al citato art. 14 (termine dei lavori della Commissione; pubblicazione del risultato finale del concorso). Ed infatti, con il 28 novembre 2007 si è conclusa l'attività di concreta valutazione delle offerte dei diversi raggruppamenti; il 14 aprile 2007 la Stazione Appaltante, per garantire una migliore trasparenza delle operazioni, ha pubblicato la determinazione dirigenziale dell'8 aprile 2007 in cui si dava atto dei punteggi attribuiti ai diversi raggruppamenti, ove però - com'è ormai noto - erano individuabili due ex aequo (nel senso che a tre raggruppamenti era stato attribuito il medesimo punteggio, e così pure ad altri due). In siffatto contesto non può correttamente affermarsi che i lavori della Commissione erano terminati il 28 novembre 2007, né che la pubblicazione del 14 aprile 2007 fosse quella della graduatoria finale di merito. Ciò in quanto - proprio per la clausola impeditiva contenuta nell'art. 14 comma 2 del bando - non si poteva procedere alla distribuzione dei premi in presenza di ex aequo; dunque i lavori della Commissione non potevano dirsi terminati, dovendo essa individuare una modalità legittima per superare il problema della parità dei punteggi. Tant'è che la Commissione medesima veniva nuovamente convocata, stabiliva di procedere in base all'art. 77 del R.D. 827/24 al sorteggio tra i raggruppamenti risultati a pari merito, convocava a tal fine i cinque raggruppamenti interessati e - in data 8 luglio 2007 - procedeva di fatto al sorteggio, così individuando i tre vincitori del concorso di idee. La pubblicazione della graduatoria definitiva, contenente anche i nominativi dei tre raggruppamenti risultati vincitori dei premi messi a concorso,

era pubblicata in data 18 luglio 2007, nel rispetto, quindi, del termine di dieci giorni previsto dall'ultimo comma dell'art. 14 del bando. In sintesi, la determina dirigenziale dell' 8 aprile 2008 non può essere qualificata come atto conclusivo del procedimento equivalendo questo al provvedimento con cui vengono attribuiti i premi: dato evincibile dalla lettura sistematica del bando, dove il comma in questione è all'interno di una disposizione volta a disciplinare il tema dei "premi". Risulta in tale contesto evidente la volontà della stazione appaltante di individuare la conclusione dei lavori della Commissione con la formazione di una graduatoria utile alla effettiva attribuzione dei premi.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato del Comune di Avellino è conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 dicembre 2009