

N. 00793/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 01582/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia  
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cpa;

sul ricorso numero di registro generale 1582 del 2011, proposto da:

STUDIO AEDITECNE, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Bertacche, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

*contro*

COMUNE DI LUZZANA, non costituitosi in giudizio;

GUALTIERO OBERTI, non costituitosi in giudizio;

*per l'annullamento*

- della determinazione del responsabile del Servizio Territorio n. 22 del 27 ottobre 2011, con la quale è stata dichiarata chiusa senza vincitore la procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione del restauro dell'ex chiesa parrocchiale di S. Bernardino;

- della determinazione del responsabile del Servizio Territorio n. 23 del 27 ottobre 2011, con la quale il suddetto incarico è stato affidato tramite procedura negoziata all'arch. Gualtiero Oberti;

con richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e domanda di risarcimento danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cpa;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Luzzana (avvalendosi degli uffici dell'Unione Media Val Cavallina) con avviso pubblico del 6 ottobre 2011 ha indetto una selezione pubblica per l'incarico di progettazione relativo al restauro dell'ex chiesa parrocchiale di S. Bernardino. Il valore del progetto è stimato in € 40.000 (IVA esclusa), mentre il costo complessivo del restauro è indicato in € 520.000 (IVA esclusa).

2. Per l'affidamento è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 comma 3 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163, sulla base del confronto a coppie *“con il metodo Analytic Hierarchy Process (AHP) di T.L. Saaty (1986), come definito nella letteratura scientifica”*.

3. Nel bando il peso dei macrocriteri di valutazione è stato così ripartito: 55% al curriculum; 10% alla proposta metodologica e organizzativa; 35% all'offerta economica. Il disciplinare di gara (parimenti pubblicato il 6 ottobre 2011) ha poi ulteriormente suddiviso il curriculum in tre sottocriteri, disposti in ordine di importanza decrescente, ossia (1) incarichi professionali relativi a opere di restauro, (2) esperienze in allestimenti attinenti all'incarico in questione, (3) pubblicazioni, studi e ricerche nella

medesima materia o in discipline connesse. Il disciplinare di gara ha anche precisato il macrocriterio riguardante l'offerta metodologica e organizzativa ripartendolo in due sottocriteri, precisamente (1) sviluppo dei rilievi e del progetto e (2) chiarezza e completezza della formulazione, ciascuno con un peso pari al 5%.

4. La commissione di gara nella seduta del 19 ottobre 2011 ha stabilito di graduare i giudizi del confronto a coppie su una scala da 1 a 9 utilizzando le seguenti associazioni: 1 parità; 3 moderata preferenza; 5 forte preferenza; 7 preferenza molto forte; 9 importanza assoluta; 2-4-6-8 valori intermedi tra due giudizi adiacenti. La commissione ha poi ulteriormente specificato i macrocriteri e i sottocriteri di valutazione. In particolare:

(a) per quanto riguarda il curriculum, (1) agli incarichi professionali è stato attribuito un peso pari al 24,75%, (2) alle esperienze in allestimenti è stato attribuito un peso pari al 16,50%, (3) a pubblicazioni, studi e ricerche è stato riservato il restante 13,75%. Inoltre a proposito degli incarichi professionali si è convenuto di prescindere dall'importo dei lavori realizzati, dalla consistenza dell'organico impiegato e da eventuali requisiti di carattere speciale;

(b) relativamente alla proposta metodologica e organizzativa la commissione ha deciso di privilegiare la concezione organizzativa e la struttura tecnico-organizzativa che meglio possono garantire la qualità della prestazione, anche con riguardo all'articolazione temporale dei lavori e alle proposte migliorative;

(c) quanto al prezzo, sono state individuate tre ripartizioni allo scopo di orientare la valutazione (importo inferiore a € 20.000, importo compreso tra € 20.000 e € 25.000, importo superiore a € 25.000).

5. Nella medesima seduta del 19 ottobre 2011 la commissione di gara, in considerazione dell'elevato numero di plichi pervenuti nei termini (24), ha deciso di effettuare un primo confronto con il metodo AHP tra tutte le

offerte e di ripetere poi l'esame, con il medesimo sistema, concentrandosi sulle migliori cinque. La commissione ha anche esposto la propria interpretazione del metodo AHP soffermandosi in particolare sui seguenti aspetti: (a) il metodo AHP non contiene logiche di non compensazione in base alle quali un risultato negativo in uno dei parametri potrebbe comportare l'esclusione per inidoneità dell'offerta; (b) i punteggi non compongono una graduatoria e non escludono la necessità di una valutazione intrinseca della singola offerta e di una comparazione con le migliori offerte pervenute; (c) l'offerta preferibile non è necessariamente quella che ottiene il punteggio più elevato ma quella che coniuga al meglio tutti i parametri di valutazione mantenendosi coerente al proprio interno e con le offerte gerarchicamente comparabili; (d) la valutazione finale non è vincolante per l'amministrazione, poiché la commissione di gara svolge unicamente una funzione di supporto tecnico.

6. Una volta fissate queste linee-guida la commissione di gara ha immediatamente svolto la prima valutazione con il metodo AHP individuando le cinque migliori proposte, tra cui quella del ricorrente (Studio Aeditecne) e quella del controinteressato (Studio Gualtiero Oberti). Questa prima fase è stata condotta esclusivamente sulla base dell'offerta tecnica, senza aprire le buste contenenti l'offerta economica.

7. Nella seduta del 21 ottobre 2011 la commissione di gara ha aperto le suddette buste associando alle cinque migliori proposte le rispettive offerte economiche, e ha quindi ripetuto, limitatamente a questi concorrenti, il confronto a coppie con il metodo AHP utilizzando tutti e tre i macrocriteri di valutazione (curriculum, proposta metodologica e organizzativa, prezzo) e i relativi sottocriteri. Al termine delle operazioni è stato predisposto il documento chiamato "sintesi finale", nel quale (sulla base delle matrici del confronto a coppie) si è proceduto alla ripartizione del punteggio disponibile tra i cinque concorrenti rimasti in gara. In tale documento il

ricorrente ha ottenuto il punteggio globale più alto (27,61 punti su 100 disponibili) e posizionamenti parziali molto elevati nei vari macrocriteri e nei relativi sottocriteri. In particolare il ricorrente si è collocato al primo posto per il curriculum (14,63 punti su 55 disponibili), al secondo posto per la proposta metodologica e organizzativa (2,69 punti su 10 disponibili), e ancora al secondo posto per il prezzo (10,29 punti su 35 disponibili). Il controinteressato si è invece collocato terzo nel punteggio globale (19,31 punti su 100 disponibili), ottenendo il secondo posto per il curriculum (13,43 punti su 55 disponibili), il quarto posto per la proposta metodologica e organizzativa (1,62 punti su 10 disponibili), e il terzo posto per il prezzo (4,27 punti su 35 disponibili).

8. A questo punto la commissione di gara, anziché proclamare vincitore il ricorrente, ha ritenuto insoddisfacenti tutte le offerte a causa del forte divario tra i prezzi (i corrispettivi richiesti spaziano da € 17.348 a € 31.000; il ricorrente ha proposto € 19.400, il controinteressato € 25.000). Vi sarebbe quindi uno squilibrio tra componenti qualitative e componenti quantitative. L'offerta del controinteressato è stata indicata come l'unica suscettibile di ottimizzazione attraverso la riduzione del prezzo.

9. Questa impostazione è stata ripresa dal responsabile del Servizio Territorio del Comune nella determinazione n. 22 del 27 ottobre 2011, con la quale la procedura di gara è stata dichiarata chiusa senza vincitore. Contestualmente con determinazione n. 23 del 27 ottobre 2011 il medesimo funzionario ha affidato l'incarico di progettazione al controinteressato, il quale tramite negoziazione diretta si era dichiarato disposto a ridurre il corrispettivo richiesto da € 25.000 a € 22.400 ottimizzando così la propria offerta secondo gli auspici della commissione di gara.

10. Contro i suddetti provvedimenti il ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 1 dicembre 2011 e depositato il 14

dicembre 2011. In sintesi il ricorrente lamenta la violazione delle regole di gara e l'assenza dei presupposti normativi per il passaggio alla procedura negoziata (v. art. 57 comma 2-a del Dlgs. 163/2006). Oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati è stato chiesto il risarcimento dei danni, in forma specifica o per equivalente.

11. Con ordinanza n. 46 del 14 gennaio 2012 questo TAR ha chiesto chiarimenti al presidente della commissione di gara, inibendo contemporaneamente la sottoscrizione del contratto. Dalla relazione che il suddetto funzionario ha trasmesso in data 30 gennaio 2012 risulta che il metodo AHP è stato in concreto applicato seguendo un'impostazione così riassumibile:

(a) il grado di preferibilità delle offerte non è fatto dipendere soltanto dal maggior punteggio globale, inteso come somma dei punteggi per i vari fattori di valutazione (dominanza), ma anche dalla maggiore vicinanza (*performance*) alla media dei punteggi (*benchmark*);

(b) dopo aver ultimato il confronto a coppie e aver trasformato i risultati in punteggi è quindi necessario sottoporre a verifica l'offerta vincitrice (o le migliori offerte) per stabilire quale sia lo scostamento dal *benchmark*;

(c) se l'offerta vincitrice domina in tutti i fattori di valutazione può essere considerata senz'altro preferibile (decisione razionale), ma se domina solo in alcuni di questi, lo scostamento dal *benchmark* diventa l'elemento decisivo;

(d) nello specifico il ricorrente domina nel macrocriterio curriculum complessivamente inteso, ma andando a esaminare i sottocriteri si può osservare che la dominanza esiste solo nel sottocriterio degli incarichi professionali, il quale ha un peso pari al 24,75% del punteggio totale, mentre negli altri due sottocriteri (esperienze in allestimenti e pubblicazioni, studi e ricerche), che uniti ammontano al 30,25% del punteggio totale, i punteggi sono inferiori a quelli medi dei concorrenti. A giudizio della

commissione di gara l'allontanamento dalla media danneggia il profilo della *performance* e impone di considerare insoddisfacente l'offerta;

(e) quindi in presenza di scostamenti significativi generalizzati la decisione razionale diventa quella di non decidere, ovvero di considerare insoddisfacenti tutte le offerte e di negoziare una modifica delle stesse, individuando l'offerta ottimizzabile;

(f) la modifica negoziata dovrebbe tendere a ricondurre l'offerta ottimizzabile sulla linea del *benchmark*. In relazione a una gara come quella in esame non sono quindi ottimizzabili le offerte che hanno conseguito la maggior parte del punteggio in fattori di valutazione riferiti al passato (curriculum), mentre potrebbero essere ottimizzate le offerte che hanno ottenuto un punteggio modesto per il contenuto delle prestazioni proposte o per il prezzo delle stesse;

(g) in questa prospettiva sono esclusi dalla procedura negoziata i concorrenti che (come il ricorrente) in gara hanno proposto prezzi molto contenuti, in quanto l'ottimizzazione comporterebbe un aumento dei prezzi stessi allo scopo di determinare un avvicinamento alla media.

12. Per stabilire se la suddetta applicazione del metodo AHP sia accettata dalla letteratura scientifica questo TAR ha disposto un ulteriore approfondimento istruttorio. Il risvolto giuridico di quanto emerge dagli atti della procedura e dai chiarimenti del presidente della commissione di gara è infatti il problema della certezza del diritto. Poiché il bando richiama il lavoro di T.L. Saaty (1986) e la letteratura scientifica sviluppatasi successivamente, occorre accertare se questi riferimenti siano in grado di dare ai concorrenti adeguate informazioni non solo circa il fatto che la selezione avviene tramite confronto a coppie, ma anche sull'interrelazione tra fattori di dominanza e di *performance*, e sulla possibilità che la gara sia dichiarata fallita nonostante la regolarità delle offerte e l'individuazione di un vincitore.

13. Con ordinanza n. 92 del 10 febbraio 2012 è stata quindi affidata una verifica su questi temi al prof. Ricardo Alberto Marques Pereira del Dipartimento di Informatica e Studi Aziendali (Facoltà di Economia) presso l'Università degli Studi di Trento. Il verificatore è ordinario di metodi matematici dell'economia e delle scienze attuariali e finanziarie.

14. Nella relazione depositata il 30 marzo 2012 il verificatore ha svolto le seguenti considerazioni:

(a) in via di inquadramento generale “[i]l metodo AHP (*Analytic Hierarchy Process*) di Thomas L. Saaty è stato introdotto nel 1977 in un noto articolo sulla rivista *Journal of Mathematical Psychology* (vol. 15, n. 3, pp. 234-281). Nel 1980 viene pubblicato dalla McGraw-Hill il classico titolo «*Multicriteria Decision Making: The Analytic Hierarchy Process*» (uscito successivamente per la RWS Publications in varie edizioni) e nel 1986 appare un altro fondamentale articolo sulla rivista *Management Science* (vol. 32, n. 7, pp. 841-855). Da allora la letteratura sull’AHP in ambito scientifico e applicativo si è sviluppata enormemente, tanto da non essere più possibile seguirne tutte le istanze, soprattutto quelle di tipo applicativo”;

(b) possono tuttavia essere individuati dei caratteri costanti: “la formulazione classica del metodo AHP si basa unicamente sulla composizione gerarchica di medie ponderate, i cui pesi (espressi dal cosiddetto autovettore principale) derivano dalle matrici di confronto a coppie ai vari livelli della gerarchia”. Pertanto “nella sua formulazione classica [il metodo AHP] non presuppone di per sé alcuna logica di non compensazione e non richiede alcun confronto con alternative reali o virtuali di riferimento (*benchmark*)”;

(c) in astratto è possibile ipotizzare delle varianti al metodo AHP che prevedano sia la logica di non compensazione sia il confronto con delle alternative di riferimento “ma certamente né l’una né l’altro sono componenti strutturali del metodo”;

(d) inoltre “l’eventuale utilizzo di un *benchmark* in associazione con l’AHP avrebbe senso soprattutto nell’ambito della definizione (attraverso la struttura di ponderazione

*dell'AHP) di una strategia di miglioramento di un'alternativa nei confronti di un'alternativa migliore ritenuta best practice, non dunque nell'ambito di una scelta tra l'alternativa migliore e l'alternativa migliorabile. Se invece si volesse intendere il benchmark come un'alternativa reale o virtuale di tipo medio, come mi sembra di capire sia stato fatto nella procedura di gara contestata, si rischierebbe di cadere nel paradosso di preferire un'alternativa con valutazioni multicriteriali consistentemente medie in relazione ad un'altra alternativa con valutazioni consistentemente alte”;*

(e) per quanto riguarda l'attività della commissione di gara, il verificatore ritiene di poter confermare la correttezza dell'applicazione del metodo AHP sino documento chiamato “sintesi finale” (v. sopra al punto 7): “*[n]ella tabella sono calcolati i punteggi parziali e totali di ciascuna offerta secondo il metodo AHP ed emerge chiaramente il maggiore punteggio complessivo dell'offerta Aeditecne, che nella logica del metodo sarebbe dunque da considerare l'offerta migliore*”. In proposito viene sottolineato “*come le valutazioni ottenute dall'offerta Aeditecne dominino quelle conseguite dall'offerta Oberti su tutti e tre i macrocriteri: curriculum, proposta metodologica e organizzativa, prezzo. Questo scenario non cambia neppure se si tiene conto di una riduzione dell'offerta economica Oberti di circa il 10% (come poi è avvenuto)*”;

(f) il verificatore così conclude: “*nell'ambito dell'applicazione del metodo AHP e coerentemente con la logica di ponderazione che lo caratterizza, non mi sembra ci fossero elementi concreti a sostegno della decisione di far fallire la gara, e non credo neppure si possa ragionevolmente sostenere la successiva scelta negoziata di un'offerta che sarebbe stata comunque ritenuta (su tutti i macrocriteri) inferiore ad un'altra offerta già presente nella gara*”. In altri termini “*nella fattispecie, e al meglio delle mie conoscenze [...], le indicazioni del metodo AHP erano ragionevolmente chiare e favorevoli all'offerta Aeditecne*”.

15. Sulla base dei risultati della verifica è quindi possibile affermare che (i) l'introduzione, accanto al confronto a coppie, di un ulteriore confronto con un *benchmark* dato dalla media delle valutazioni delle migliori

offerte non costituisce un elemento strutturale del metodo AHP, e potrebbe anzi determinare risultati paradossali; (ii) in ogni caso, essendo mancata una specifica previsione relativa al *benchmark* nel bando e nel disciplinare di gara, l'utilizzazione di un simile parametro nel corso della procedura costituisce alterazione della *lex specialis* e più in generale violazione del principio di certezza del diritto; (iii) poiché la commissione di gara era autorizzata ad applicare il metodo AHP solo nella sua versione base, ossia limitatamente al confronto a coppie, cadono tutte le considerazioni utilizzate per giustificare il fallimento della gara; (iv) la procedura si deve quindi ritenere utilmente conclusa con il documento chiamato "sintesi finale", dal quale emerge che il ricorrente occupa il primo posto della graduatoria; (v) essendovi un vincitore la gara ha raggiunto il suo scopo e di conseguenza manca il presupposto per avviare una procedura negoziata ex art. 57 comma 2-a del Dlgs. 163/2006; (vi) l'affidamento dell'incarico al controinteressato è dunque illegittimo e deve essere annullato (la sottoscrizione del contratto era già stata inibita in sede cautelare).

16. In conclusione il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati. Per effetto della presente pronuncia al ricorrente è riconosciuta la posizione di vincitore della selezione pubblica: come tale il ricorrente ha titolo al conferimento dell'incarico e alla sottoscrizione del relativo contratto. Questo risultato è da considerare pienamente soddisfattivo e fa cadere la pretesa al risarcimento del danno per equivalente.

17. Il costo della verifica, liquidato € 550 (oltre agli oneri eventualmente dovuti) deve essere sopportato dal Comune, che è tenuto a erogare il predetto importo nel termine di 30 giorni dal deposito della presente sentenza. È inoltre a carico del Comune l'importo del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n.

115. Tenuto conto della complessità di alcune delle questioni coinvolte nel ricorso, le restanti spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(i) accoglie il ricorso come precisato in motivazione, e conseguentemente annulla i provvedimenti impugnati;

(ii) condanna il Comune a versare al verificatore l'importo di € 550 (oltre agli oneri eventualmente dovuti) nel termine di 30 giorni dal deposito della presente sentenza;

(iii) condanna il Comune a rimborsare al ricorrente il contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115;

(iv) compensa per il resto le spese di giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)