

Il giudice Briigliadoca e lo strano caso della lettera b)

Sono già state commentate più di una volta le incertezze e le ambiguità che caratterizzano almeno due dei cinque metodi tra i quali sorteggiare quello da utilizzare ai fini dell'individuazione delle offerte anomale. [1]

La curiosità è suscitata dalla stranezza della disposizione di cui alla lettera b), del comma 2, dell'articolo 97 del nuovo Codice dei contratti che pare opportuno qui riportare:

«... la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati [2] i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: ...

*b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, **con esclusione del dieci per cento**, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra».*

La questione si incentra sulle parole «con esclusione del dieci per cento» che richiederebbero un commento non ineccepibile giuridicamente ma di intrinseca verità, detto alla romana «dieci per cento ... ma de ché aho?».

Prima di vedere la questione sotto un profilo da azzeccarbugli vediamo le soluzioni che si sono viste adottare nella prassi, ma probabilmente ve ne saranno altre, visto che agli operatori non manca la fantasia, almeno quando non serve:

- 1) attribuire ad una mera dimenticanza del legislatore delegato l'assenza, dopo le parole «dieci per cento» delle parole «arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso». Mutuando il procedimento dalle previsioni dei metodi di cui alla lettera a) e alla lettera e), che hanno molti punti in comune con il metodo in argomento. E' la soluzione maggiormente applicata nella pratica e, a prima vista, anche la più ragionevole, ma si scontra con la lettera della norma, anche in considerazione che così operando non siamo più all'esclusione (o, più correttamente: all'accantonamento) del 10 per cento delle offerte bensì del 20 per cento (dieci in alto e dieci in basso); [3]

¹ O, per meglio dire, delle offerte irrimediabilmente anomale se è applicata l'esclusione automatica di cui all'articolo 97, comma 8, o delle offerte sintomatiche di anomalia se si ricorre al subprocedimento delle giustificazioni in contraddittorio delle stesse offerte.

² Offerenti e non "candidati", un minimo di coerenza nelle definizioni non guasterebbe; stessa imperdonabile imprecisione agli articoli 76, comma 5, lettera a), e 106, comma 4, lettera a).

³ La violazione della lettera è certamente un argomento rilevante contro questa soluzione; lo è meno quello del numero, essendo universalmente noto che anche le lettere a) ed e), malgrado parlino del 10% più alto e del 10% più basso, possono comportare l'accantonamento di offerte in numero superiore (si rinvia alla datata e oggi risolta questione delle offerte uguali poste all'interno o "a cavallo" delle "ali").

- 2) l'omissione, in fase di sorteggio, del metodo b), ovvero sorteggiando il metodo da utilizzare tra gli altri quattro;
- 3) un nuovo sorteggio pubblico, immediato, qualora all'esito del primo sorteggio sia stato selezionato il metodo b).
- 4) un sorteggio "integrativo" con il quale sono accantonate le offerte, in numero pari al 10 per cento di tutte quelle ammesse, in modo del tutto casuale.

Nei casi 2), 3) e 4) indicando tali condizioni all'interno degli atti di gara (cosa ovviamente preferibile) o addirittura senza previa indicazione. Le peculiarità della questione, che rendono strano il caso della lettera b), appaiono due:

- la prima: il testo è certamente monco di almeno una locuzione essenziale, dal che deriva che tutte le interpretazioni sono possibili; riesce difficile trovare una soluzione utilizzando i canoni interpretativi usuali forniti dall'ordinamento o anche solo dal buonsenso e non vi sono modi di completare il testo, per dargli un senso compiuto, senza ricorrere all'arbitrio; [4]
- la seconda: qualunque sia la modalità di applicazione del metodo di cui alla lettera b), sia quelle citate che altre possibili, senza accantonamenti di offerte, con accantonamenti arbitrari o eccessivi, affidandosi alle interiora delle galline o al lancio dei dadi, i risultati possono essere due e solo due: o la prima cifra dopo la virgola è pari, allora la media resta tale, oppure la prima cifra dopo la virgola è dispari e la media è decrementata di una percentuale pari alla predetta prima cifra. Quindi in tutti i casi le possibilità di sbagliare o di agire correttamente sono pari al 50 per cento; la stessa probabilità di riverbera sulle possibilità di vincere o meno per il potenziale offerente.

Facciamo un passo avanti e arriviamo al nostro bravo presidente del seggio di gara, che affronta la questione con la prima interpretazione che gli passa per la mente, per astrusa che sia, o con il lancio dei dadi: se la somma della faccia superiore dei due dadi è pari, la media delle offerte si consolida in soglia di anomalia, se è dispari la media delle offerte è decrementata della percentuale pari alla prima cifra decimale. E' vero che la percentuale di "decremento" può assumere 5 valori diversi (corrispondenti ai numeri dispari da 1 a 9), ma questa è un'operazione subordinata alla prima, cioè alla condizione che la prima cifra dopo la virgola sia un numero dispari.

Quindi il comportamento arbitrario del seggio di gara è senz'altro *contra legem* (in realtà attenendosi a soluzioni più serie come quelle elencate all'inizio, la condizione *contra legem*, sarebbe possibile ma non certa, fino a quando la norma equivoca o monca non sarà inequivocabilmente chiarita). Ma restiamo alla casualità dei dadi, chiedendo perdono dell'estremizzazione dell'esempio, nel tentativo di superare la depressione causata dal nuovo Codice e dalle Linee guida. [5]

⁴ Non è il solo caso di testo incomprensibile per l'evidente assenza di alcuni termini (o la ripetizione incongrua di termini); si veda ad esempio l'individuazione delle persone fisiche destinatarie delle misure penali all'articolo 80, comma 3.

⁵ Le iniziali maiuscole sono pura convenzione, in realtà sono immeritate.

Quale concorrente sarebbe leso da tale conclusione della gara?

In astratto tutti quelli che, applicando le diverse combinazioni interpretative possibili della disciplina di cui alla lettera b), secondo la propria soggettiva logica interpretativa, avrebbero potuto divenire aggiudicatari, richiedendo una diversa modalità applicativa della lettera b).

Un certo numero di offerenti, dunque, sarebbe potenzialmente legittimato a ricorrere al giudice amministrativo. Ovviamente nessuno potrebbe fornire una seria prova di resistenza, non potendo disporre di una possibilità anche lontanamente ragionevole, di sostenere in modo ineccepibile la propria interpretazione della disciplina di cui alla lettera b). [6]

Il giudice potrebbe certamente imporre la correzione della soglia di anomalia escludente [7] ma dovrebbe condividere l'interpretazione della norma fattane dal ricorrente, ovvero dare una interpretazione "attivamente e arditamente ricostruttiva" della predetta norma nel senso voluto dal ricorrente.

Come noto nel processo amministrativo la decisione del giudice non è vincolata a un risultato in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità, ma la sua decisione è vincolata e limitata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede la tutela, interesse che nel caso di specie non pare facilmente dimostrabile. La debolezza della tesi del ricorrente, qualora fosse accolta, si riverbererebbe sulla decisione del primo giudice e poi potrebbe essere facilmente messa in discussione in appello.

Ecco che qui rientrano in gioco i dadi e il buon giudice Briogliadoca, chiamato in causa davanti alla Corte centumvirale «*per giustificarsi d'aver pronunciato sentenza contraria all'eletto Toccarotondo, sentenza che non pareva in tutto equa ...*

Pantagruele entra di buon grado e trova là Briogliadoca seduto in mezzo alla sala. Per tutte ragioni e scuse egli nulla rispondeva se non che era divenuto vecchio e non aveva più la vista tanto buona come il solito, e allegava parecchie miserie e calamità che la vecchiaia porta con sé. Egli non vedeva più tanto distintamente i punti dei dadi come pel passato, così nel decidere il processo in questione, aveva potuto scambiare un quattro per un cinque, tanto più considerando che aveva adoperato i suoi dadi più piccoli. Per norma di diritto le imperfezioni di natura non devono esser imputate a crimine. E chi altrimenti facesse non accuserebbe l'uomo, ma la natura.

- *Di che dadi parlate, amico mio? domandò Trincamella, gran presidente della Corte.*

I dadi delle sentenze, rispose Briogliadoca (alea judiciorum); dei quali dadi voialtri, Signori, usate comunemente in questa Corte Sovrana; così fanno anche tutti gli altri giudici per decidere i

⁶ Ad altri la critica sul combinato disposto dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti con l'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del Codice del processo amministrativo, sul ricorso giurisdizionale "preventivo" anche in assenza di un interesse legittimo attuale, contro ammissioni poi non più contestabili.

⁷ Naturalmente stiamo parlando di gare di importo inferiore a 1.000.000 di euro e di preventiva determinazione di avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97, comma 8. Se non c'è l'esclusione automatica, per assenza di almeno 10 offerte ammesse o per decisione iniziale della stazione appaltante, la soglia di anomalia, qualunque essa sia, non assume più alcun rilievo ai fini dell'aggiudicazione.

processi. E osservano che la decisione è eccellente, onesta, utile e necessaria alla risoluzione dei processi e delle dissensioni.

- Ma come procedete voi, amico mio? domandò Trincamella.

- Risponderò brevemente, disse Briogliadoca, (secondo l'insegnamento della legge amplioem ... gaudent brevitare moderni). Faccio come voialtri, Signori, e come vuole l'uso di giudicatura al quale il nostro diritto comanda sempre essere ossequenti.

Ecco dunque: quando ho ben veduto, riveduto, letto, riletto, ripassato e sfogliato le querele, citazioni, comparizioni, commissioni, informazioni, pregiudiziali, produzioni, allegazioni, interdetti, contraddetti, istanze, inchieste, repliche, duplicati, triplicati, scritture, biasimi, accuse, riserve, raccolte, confronti, contradditorî, libelli, documenti apostoloci, lettere reali, compulsazioni, declinazioni, anticipatorie, evocazioni, invii, rinvii, conclusioni, non luogo a procedere, accomodamenti, rilievi, confessioni, atti e altrettali amminicoli e droghe, da una parte e dall'altra, come deve fare il buon giudice, allora poso da una parte della tavola del mio gabinetto, tutti gl'incartamenti dell'imputato e getto i dadi per lui dandogli la precedenza della sorte, come voialtri, Signori (Cum sunt partium iura obscura reo favendum est potius quam actori). Ciò fatto poso gl'incartamenti del querelante, come voialtri, Signori, dall'altra parte della tavola (visum visu poiché, opposita iuxta se posita magis elucescunt, ut not). E parimenti getto di nuovo i dadi. [8]

- Ma, domandò Trincamella, da che cosa conoscete, amico mio, l'oscurità dei pretesi diritti delle parti contendenti?

- Come voialtri, Signori, rispose Briogliadoca, vale a dire quando vi sono molti incartamenti da una parte e dall'altra. E allora adopero i miei dadi più piccoli, come voialtri, Signori, secondo la legge. Possiedo anche dei dadi grossi ben belli e armoniosi che adopero, come voialtri, Signori, quando la materia è più liquida, vale a dire quando c'è meno incartamenti.

- Dopo ciò, come sentenziavate voi, amico mio? chiese Trincamella.

- Come voialtri, Signori, rispose Briogliadoca; do sentenza favorevole a colui che primo arriva al punto richiesto dalla sorte giudiziaria, tribuniana, pretoriale dei dadi. Così comanda il nostro diritto».

Non si può negare che il giudice Briogliadoca possa avere avuto la ragionevole presunzione di aver giudicato rettamente nel 50 per cento dei casi.

E questa era o doveva essere una riforma epocale (qualcuno lo sostiene ancora adesso), tanto epocale da ritrovarci a parlare di dadi, di numeri pari e di numeri dispari.

Buon lavoro

⁸ *Un burlone potrebbe dire che qui è l'origine del conflitto sulla precedenza o meno del ricorso incidentale sul ricorso principale.*