

Il calcolo dell'offerta anomala e l'arte del cazzeggio

Si dice che una scimmia ammaestrata (ma non troppo) si sia introdotta nottetempo in un ufficio del Palazzo mettendosi a battere a caso sulla tastiera di un *computer*. Si trattava dell'ufficio dove era conservata l'ultima versione del nuovo Codice dei contratti.

Così è nato l'articolo 97, comma 2; qualunque altra spiegazione appare meno plausibile.

Nel sempre declamato principio della semplificazione, si sono inventate cinque formule per l'individuazione delle offerte anomale nelle gare bandite con il criterio del solo prezzo.

Prima di entrare nel dettaglio si deve notare che si tratta di una norma la cui applicazione sarà limitata, malgrado l'enfasi che la caratterizza e l'impegno nella sua redazione.

Innanzitutto la norma è efficace e ha un senso solo se viene prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale (articolo 97, comma 8, primo periodo) e solo se il numero delle offerte è almeno pari a 10 (stesso comma, terzo periodo). Se manca anche una sola delle due condizioni la norma è pressoché inutile.

In assenza di previsione dell'esclusione automatica, l'individuazione delle offerte anomale con le formule del comma 2 non serve: la presunta anomalia da verificare e giustificare sarà sempre quella dell'offerta di maggior ribasso e poi a seguire in ordine di graduatoria. Si consideri anche che ai sensi del comma 6, secondo periodo *«La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa»*, condizione che potrebbe essere una adeguata alternativa alle formule del comma 2.

Sempre in relazione al perimetro di applicazione della norma, è noto che l'articolo 95, comma 4, limita il criterio del solo prezzo ai lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro e ai servizi e forniture di importo pari o inferiore a 209.000 euro (in questo caso solo in presenza di condizioni di elevata ripetitività e in assenza di contenuti tecnologici o innovativi). Queste condizioni, combinate con l'articolo 36, comma 2, lettera b), che prevede la possibilità di limitare a 5 gli operatori da invitare negli appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro e negli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 209.000 euro, espelle dal perimetro di applicazione della norma tutte queste fattispecie, in presenza di un numero di offerte inferiore a 10. Ma anche i lavori di importo fino a 1.000.000 non avranno grande rilievo; potendo limitare gli inviti a 10 operatori, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera c), basterà che un invitato non presenti offerta e l'esclusione automatica non sarà applicabile. Per lavori così modesti non è raro che vi siano operatori invitati che non presentano offerta in quanto interessati per ragioni di distanza geografica (fattispecie quasi naturale se gli invitati sono selezionati con sorteggio).

Incidentalmente si noti che l'articolo 97, comma 8, ammette letteralmente l'esclusione automatica anche nelle gare per lavori di importo superiore a 1.000.000 di euro e inferiore a 5.225.000 euro, fattispecie che non dovrebbe esistere in forza del limite posto dall'articolo 95, comma 4.

Tornando al merito dell'articolo 97, comma 2, **il metodo di cui alla lettera a)**, ricalca esattamente l'articolo 86, comma 1, dell'abrogato decreto legislativo n. 163 del 2006. Questo metodo non presenta problemi data l'esperienza decennale maturata sul punto. Se si può immaginare un margine di incertezza questo sta nella presunta conferma dell'inclusione, nel

calcolo delle cosiddette “ali” (il 10 per cento delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso) delle eventuali offerte di valore uguale che si collocano all’interno delle stesse ali, oppure al margine delle ali medesime (cioè a cavallo tra le ali e l’80 per cento costituito dalle offerte centrali). E’ noto che questa prassi è stata prima introdotta dalla giurisprudenza e poi codificata dall’articolo 121, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Oggi, espulso dall’ordinamento il predetto articolo 121, il metodo di calcolo descritto non è più assistito dalla norma regolamentare, tuttavia si spera che non muti il citato orientamento giurisprudenziale e pertanto il metodo resti esattamente come nel regime previgente.

Il metodo di cui alla lettera b), sembra avere una parte iniziale simile a quanto visto a proposito del metodo di cui alla lettera a), tuttavia sorgono almeno tre dubbi.

1. Il legislatore ha usato l’espressione «*media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento*» ma non si capisce il 10% di cosa né come calcolarlo. Sembrerebbe che sia stata “dimenticata” la frase che compare alla lettera a), ovvero «*arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso*».

Quindi non si capisce cosa sia questo 10 per cento da “escludere”, come vada individuato e che conseguenze abbia sul calcolo della soglia. Peraltro il termine “esclusione” è utilizzato impropriamente anche alla lettera a), interpretato e applicato pacificamente come “accantonamento”. Probabilmente assume lo stesso significato anche alla lettera b), ma non ci sono certezze. Diversamente il metodo resta incomprensibile, almeno in relazione a questo fantomatico 10 per cento.

Si presume che la media da utilizzare per il calcolo sia la media delle offerte “centrali”, cioè la media delle offerte senza considerare le “ali” accantonate, come per il metodo a). Tuttavia anche questo aspetto non appare certissimo.

2. Trovata la media, questa rimane intatta se la prima cifra decimale dopo la virgola è pari, invece se la prima cifra decimale dopo la virgola è dispari, la media viene “decrementata” percentualmente di un valore pari a tale cifra. La prima cifra decimale della somma di tutte le offerte percentuali (tutte, quindi compreso il fantomatico 10 per cento escluso, ovvero comprese le “ali” accantonate nel calcolo della media), oppure la prima cifra decimale della somma delle offerte percentuali al netto del fantomatico 10 per cento escluso, ovvero al netto delle “ali” accantonate?

Si presume si tratti della prima cifra decimale della media di tutte le offerte ammesse, stante l’espressione letterale della norma; ma resta una presunzione.

3. Nel caso la prima cifra decimale dopo la virgola sia dispari, la media viene decrementata di tale cifra. Ma in che modo: il decremento è in forma di incidenza percentuale oppure in forma di sottrazione della percentuale?

In altri termini, se la media dei ribassi è 10,50, quindi la prima cifra decimale è 5, la soglia di anomalia sarà $10,50 - (10,50 \times 5\%) = 9,975$, oppure sarà $(10,5 - 5) = 5,5$?

Si propende per la prima soluzione, sia per il significato letterale delle parole «*tale media viene decrementata percentualmente ...*», sia per ragioni pratiche: se la media fosse inferiore a 10,00, ad esempio 7,90 o 7,80, potrebbe capitare una prima cifra decimale (9 o 8) che azzerava la

media o addirittura la porta in territorio negativo, cosa che peraltro può avvenire con i metodi di cui alle lettere c) ed e).

Il metodo di cui alla lettera c), è senz'altro il più semplice; trovata la media di tutte le offerte (non ci sono né accantonamenti né esclusioni), questa è incrementata del 20%. Quindi una media delle offerte percentuali pari al 15,50% darà luogo ad una soglia di anomalia del $15,50 + (15,50 \times 20\%) = 18,60\%$.

Nel caso insolito ma non impossibile di una media delle offerte inferiore di meno del 20 per cento rispetto all'offerta massima (la migliore), non vi sarebbe alcuna soglia di anomalia individuata o individuabile, quindi alcuna offerta da escludere o da giustificare. Nell'esempio che precede, in presenza di una media del 15,50% e di un'offerta massima (la migliore) del 18,50%, la soglia di anomalia sarebbe solo virtuale in quanto non raggiunta da alcuna offerta.

Il metodo di cui alla lettera d), lascia perplessi a causa dell'uso delle parole «*media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse ...*». L'espressione, sotto il profilo letterale è radicalmente diversa da quella utilizzata per il metodo di cui alla lettera c), già «*media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse...*».

Tuttavia sotto il profilo sostanziale non si coglie la differenza, dal momento che utilizzando la media dei ribassi "percentuali" oppure la media ribassi "in termini assoluti" il risultato è uguale.

Salvo una diversa interpretazione delle parole, l'unica differenza tra questo metodo e il metodo di cui alla lettera c), è che la media è "decrementata" del 20 per cento mentre col metodo precedente è incrementata della stessa percentuale.

Decrementare del 20 per cento un ribasso in termini assoluti di 155.000 euro (su un appalto di 1.000.000 di euro) significa ottenere una soglia di anomalia pari a 124.000 euro. Non si comprende la differenza con il decremento del 20 per cento di un ribasso percentuale del 15,50% che porta ad una soglia di anomalia del 12,40%.

Attendiamo fiduciosi un'interpretazione diversa, in ragione dell'uso delle due espressioni diverse.

Il metodo di cui alla lettera e), è del tutto simile al metodo di cui alla lettera a), con il suo bagaglio di "ali", accantonamenti, media delle offerte centrali, scarti e media degli scarti.

La differenza rispetto al metodo di cui alla lettera a) si ha con la "manipolazione" della media degli scarti. Ottenuta quest'ultima media, infatti, deve essere sorteggiato (sempre in seduta pubblica) un coefficiente casuale da 0,6 a 1,4 da applicare alla predetta media degli scarti. Se il coefficiente sorteggiato è 1, la soglia di anomalia è costituita dalla somma tra la media delle offerte centrali e la media degli scarti; in tal caso questo metodo coincide perfettamente con il metodo di cui alla lettera a).

Se il coefficiente è 0,6 o 0,8, la media degli scarti si abbassa e, sommata alla media delle offerte centrali, abbassa leggermente la soglia di anomalia (aumentando potenzialmente il numero delle offerte presunte anomale); se il coefficiente è 1,2 o 1,4 la media degli scarti si alza e, sommata alla media delle offerte centrali, incrementa leggermente la soglia di anomalia (riducendo potenzialmente il numero delle offerte presunte anomale).

Conclusione.

L'articolo 97, comma 2, costituisce attuazione della legge n. 11 del 2016, che all'articolo 11, comma 1, lettera ff), impone al legislatore delegato il seguente principio: «*indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala*».

Si può dire che in questo caso il principio è stato attuato, anche troppo; predeterminare i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala diventa un'avventura. Diciamo che se si voleva cazzeggiare, la scimmia alla fine ha fatto un buon lavoro. Certo che se si è così intesa introdurre l'arma letale contro gli accordi illeciti tra concorrenti, tanto valeva affidarsi ai numeri della tombola!

Dopo aver digerito l'articolo 97, comma 2, si potrà affrontare l'esame universitario di Perlocutoria della scatotecnica, Dipartimento di Tetrapiloctomia, Facoltà di Irrilevanza Comparata (Umberto Eco *dixit*).