

Scovare le proposte insostenibili I criteri e le procedure per definire la soglia di allarme

Il primo passo è l'individuazione della soglia di anomalia che segue regole diverse a seconda che l'aggiudicazione avvenga con il metodo del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

Il problema costituito dalla presenza in gara di offerte anormalmente basse, ovvero di offerte che non risultino sostenibili in concreto, è molto avvertito dalle stazioni appaltanti e rappresenta una delle fonti più frequenti di possibili contenziosi.

La questione delle offerte anomale può essere considerata come bipartita. Da un lato, le stazioni appaltanti hanno il problema di individuare correttamente la soglia di anomalia, dall'altro hanno - a meno che non si versi nell'ipotesi eccezionale di esclusione automatica ai sensi dell'articolo 122, comma 9 del Codice contratti - il problema di valutare la congruità delle offerte che ricadano al di là di tale soglia.

Per quanto attiene alla prima questione, i criteri di individuazione delle offerte anomale sono stabiliti dall'articolo 86 del Codice contratti e ulteriormente "chiariti", in considerazione anche delle oscillazioni giurisprudenziali sul punto e dell'elevato numero di contenziosi in materia, dall'articolo 121 del nuovo Regolamento di attuazione, approvato con Dpr 207/2010.

Il massimo ribasso

Nel caso in cui si proceda con l'aggiudicazione al prezzo più basso, la determinazione della soglia di anomalia avviene con l'applicazione di un processo matematico apparentemente semplice, ma complesso nella pratica. Il citato articolo 86, comma 1 del Codice prevede

**L'applicazione
concreta ha dato luogo
a interpretazioni
diverse soprattutto
in caso di sconti
percentuali identici**

che, in questo caso, «le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di

quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media».

Il procedimento matematico

In concreto, l'applicazione del procedimento matematico finalizzato all'individuazione delle offerte anomale (che è il medesimo già previsto a suo tempo dall'articolo 64 del Dpr 554/1999) ha dato luogo a diverse interpretazioni, in particolare per quanto concerne i casi dei cosiddetti "blocchi unitari" ovvero di offerte diverse che esprimono tutte il medesimo ribasso percentuale e che si pongono a cavallo delle ali.

In buona sostanza, immaginando che vi siano in gara 25 offerte, il taglio delle ali andrebbe operato considerando le tre offerte che presentano maggior ribasso e le tre che presentano minor ribasso (il 10% di 25 è 2,5, arrotondato all'unità superiore, è 3). L'operazione non presenta particolari problemi se tutti i ribassi proposti sono differenziati, ma se vi sono, a cavallo delle ali, delle offerte che presentano ribasso uguale, il procedimento si complica, atteso che non era chiarito espressamen-

te da alcuna norma come dovessero essere trattati i ribassi omogenei. Per esemplificare, tornando al caso delle 25 offerte, potrebbe darsi che le tre offerte di maggior ribasso esprimano: 31%, 30% e 29%, ma che vi siano altre tre offerte che ugualmente esprimono il ribasso del 29 per cento. Poiché il procedimento prevede, una volta tagliate le ali, il calcolo di due medie - la «media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse» e «lo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media» - è evidente che considerare o meno ai fini del calcolo di una, nessuna o entrambe le medie, le tre ulteriori offerte che, nell'esempio, presentano il ribasso del 29% ha l'effetto di modificare totalmente la soglia di anomalia.

La giurisprudenza sul punto si era divisa, ritenendo taluni che non si potesse, in mancanza di una norma espressa, considerare le offerte presentanti un identico ribasso come un "blocco unitario", atteso che la lettera della legge fa riferimento alle offerte e non ai ribassi, e altri ritenendo che, quanto meno per le offerte "a cavallo delle ali" non considerare il "blocco unitario" escluso dalle medie avrebbe di fatto frustrato la *ratio* della norma, finalizzata a escludere alterazioni delle medie effettuate mediante la presentazione di offerte "estreme". Da ultimo, pur se con alcune incertezze, la giurisprudenza si era orientata nel senso di ritenere, come regola generale, che le offerte presentanti uno stesso ribasso non andassero considerate come un blocco unico, ferma restando l'eccezione rappresentata dal caso di offerte con il medesimo ribasso che vengano a trovarsi a cavallo della percentuale del 10% e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte. Solo in questo caso le offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10% dovevano essere integralmente escluse dal computo delle successive operazioni, quindi

sia dal calcolo della media che dello scarto medio (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sentenza n. 6323 del 15 ottobre 2009).

Il nuovo Regolamento

Anche se la formulazione del comma 1 dell'articolo 121 del Regolamento attuativo del Codice non appare felicissima, potendo sembrare a una prima lettura che i due periodi contenuti nella disposizione citata siano in radicale antitesi, nella sostanza la norma parrebbe aver voluto codificare il principio da ultimo affermato in giurisprudenza. Difatti, il citato comma dispone che «ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 86, comma 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribas-

che non si trovano a cavallo delle ali - a titolo esemplificativo, altre tre offerte che esprimono il ribasso del 26%, che non ricade né a cavallo dell'ala superiore né di quella inferiore - le stesse concorreranno separatamente a formare la media e, se del caso, verranno considerate separatamente ai fini del calcolo dello scarto medio aritmetico.

Meno di cinque

Il criterio di individuazione della soglia di anomalia indicato dal primo comma dell'articolo 86 è sostanzialmente un criterio "statistico", nel senso che per determinare quale sia l'area di possibile anomalia fa ricorso all'applicazione di valori medi, depurati degli estremi. È evidente che il criterio può avere un senso nella misura in cui il campione considerato (quindi il numero delle offerte complessivamente ammesse) risulti significativo, altrimenti il concetto stesso di valore medio risulterebbe svuotato di significato. Conseguentemente, l'articolo 86, comma 4 del Codice contratti prescrive che, laddove il numero delle offerte valide ammesse a una gara sia inferiore a cinque, il campione non è ritenuto sufficientemente significativo per poter consentire la valutazione della soglia di sospetta anomalia in base a un confronto matematico. In buona sostanza, eliminate le ali, al massimo potrebbero residuare due sole offerte per la determinazione della media. Se le offerte, dunque, sono in numero ridotto, la stazione appaltante, ai sensi del comma 3 dell'articolo 86 citato, non è obbligata a procedere all'individuazione delle offerte anomale ma, pur non essendo obbligata alla valutazione di congruità, vi potrà procedere laddove, "in base a elementi specifici" un'offerta risulti anormalmente bassa.

L'offerta economica

Nel caso di utilizzo di questo metodo di aggiudicazione, le offerte esprimono un "mix" di qualità e prezzo. In altre parole, è ragionevole

Una proposta di alta qualità non può coniugarsi con un'eccessiva convenienza economica

so sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia». In estrema sintesi e per riprendere l'esempio fatto sopra, le tre offerte ulteriori che presentano il ribasso del 29% vanno accantonate e non entrano nella determinazione della media aritmetica delle offerte ammesse e neppure nel calcolo dello scarto medio, mentre, nel caso vi siano altre offerte

le presumere che, in termini generali, un'offerta che sia molto elevata sotto il profilo qualitativo non possa risultare al contempo notevolmente conveniente anche sotto il profilo economico perché in tal caso sarebbe legittimo il dubbio che il concorrente abbia promesso di fornire prestazioni di consistenza e/o qualità superiori a quelle che sarà effettivamente in grado di garantire nel caso di aggiudicazione, con il conseguente sospetto di anomalia dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 7441 del 26

novembre 2009). Conseguentemente, il criterio di individuazione delle offerte potenzialmente anomale nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa è quello indicato al comma 2 dell'articolo 86 del codice, ovvero «le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara».

L'applicazione del criterio in questo caso non è particolarmente problematica.

I settori speciali

L'articolo 206 del codice stabilisce che l'articolo 86 trova applicazione ai settori speciali, con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerte. ■