

La difficile transizione dal PFTE, all'Offerta tecnica e poi al progetto esecutivo

A sette mesi dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti e a quattro mesi da quando ha acquistato efficacia (sia santificato che ne ha colto la differenza, a parte la certezza dei sette mesi da quando il vecchio codice è stato abrogato [1]) non si è ancora posato il polverone sulla sua applicazione che ancora si incontrano problematiche irrisolte.

Fino ad oggi le polemiche si sono concentrate sulla questione della manodopera (soggetta a ribasso a determinate condizioni o sottratta al ribasso) e sul suo trattamento negli ambiti dell'offerta economica, dell'anomalia, del rapporto con il CCNL applicabile [2] dove la dottrina si è sbizzarrita senza costrutto e dove ANAC ci ha messo del suo, prima col bando tipo n. 1 (delibera n. 309 del 27 giugno 2023), poi con le delibere n. 326 del 12 luglio 2023 e la n. 528 del 15 novembre 2023 alimentando dubbi e non ce n'era bisogno [3] e poi sulla questione secondaria dell'equo compenso [4] ma non torniamo su questi punti finché la palude delle sciocchezze non sarà prosciugata.

L'ostacolo apparentemente «nuovo» (che in realtà si ripropone sotto diversi aspetti sin dall'articolo 21 della dimenticata «legge Merloni» del 1994, è il rapporto tra il progetto di fattibilità tecnica ed economica, in breve «PFTE», l'Offerta dei concorrenti in gara e, in particolare del concorrente prima Aggiudicatario e poi contraente e il progetto esecutivo e la transizione (si perdoni la terminologia) tra questi tre momenti cruciali del sistema.

Dunque, in primo luogo [5] viene a maturazione l'approvazione del PFTE, con il quale sono effettuate e consolidate tutte le scelte fondamentali che devono caratterizzare tutto il percorso successivo; in tale fase, infatti, sono già definiti i prezzi unitari, il computo metrico estimativo e le sue articolazioni tra parte a corpo, parte a misura, categorie di qualificazione [6] (leggasi requisiti di attestazione SOA) categorie ed eventuali sottocategorie omogenee di prestazioni (sempre che si capisca, nell'ambiguità degli articoli articolo 31, comma 1 e 32, commi 5 e 7 dell'Allegato I.7 e 12, commi 1, lettera b) e 2 dell'Allegato I.13, se l'aggregazione in categorie omogenee ricorre per tutti i contratti o solo per i contratti a corpo o per la parte a corpo dei contratti a corpo e a misura, come sembrerebbe più logico se la logica avesse ancora qualche pregio); ovviamente il tutto con la separazione (tecnicamente «lo scorporo» del costo della manodopera e dei costi di sicurezza) indispensabile se si vorranno (dovranno) fare le verifiche richieste dall'articolo 110 del Codice, con riferimento agli elementi di cui agli articoli 11, comma 3 e 108, comma 9. [7]

Come accennato, il PFTE non è affatto il primo approccio, tutti gli elementi che lo caratterizzano sono già consolidati nel Documento preliminare alla progettazione (in breve «DPI»), come si evince dall'articolo 3, comma 1, lettere g), h), m) ed s) dell'Allegato I.7 e

¹ Anche questa tutt'altro che pacifica, tra ultrattività per gli interventi in ambito PNRR e l'inverecondo alternarsi di norme applicabili tra vecchio e nuovo codice disposto dall'articolo 235 (rubricato con senso dell'ironia «Disposizioni transitorie e di coordinamento»).

² Solo quest'ultimissima questione richiederebbe l'intervento di Frate Indovino

³ Perché ANAC non si ritira sul Monte Athos a meditare prima di turbare il sistema con le sue scoperte? quest'ultimissima questione richiederebbe l'intervento di Frate Indovino.

⁴ Secondaria solo per ragioni quantitative ma che dovrebbe precedere tutto dal momento che è riferita alle attività di progettazione le quali, necessariamente devono precedere qualunque intervento e comunque irrisolvibile se il legislatore non si riprende dal letargo.

⁵ Luogo che in realtà non è per niente il primo, come si vedrà oltre.

⁶ Con la distinzione tra prevalente e scorporabili e, sempre che abbia ancora un senso, tra qualificazione obbligatoria e qualificazione non obbligatoria.

⁷ E qui Frate Indovino, assunto come precario, si deve affidare a Bacco ed entrare in coma etilico irreversibile.

dall'articolo 5 dello stesso Allegato (Quadro economico, con riferimento ai commi a, lettere a), b) ed e) e comma 2) pur essendo vero che in tale fase il Quadro economico è «*predisposto con progressivo approfondimento in rapporto al livello di progettazione di cui fa parte*» ma allo stesso tempo «*presenta le necessarie specificazioni e variazioni in relazione alla specifica tipologia e categoria dell'opera*» ma come vedremo questo progressivo approfondimento soffre nel passaggio dal PFTE all'Offerta e o poi ancora al progetto esecutivo. In disparte il fatto che il PFTE, come in precedenza il vecchio progetto preliminare per sua natura potrebbe essere fortemente approssimativo considerato che parrebbe limitarsi a una «*stima sommaria dei costi, mediante l'adozione di (fantomatici) prezzi parametrici*», anche in applicazione del principio di proporzionalità richiamato all'articolo 2, comma 3 e all'articolo 3, comma 4 del citato Allegato I.7, con un preciso riferimento a un misterioso Quadro esigenziale che, in lode alla semplificazione:

- a) è di «*esclusiva competenza del committente*» (articolo 1, comma 3 dell'Allegato I.7, cioè della Stazione appaltante o per meglio dire, senza infingimenti, del RUP);
- b) costituisce la base sulla quale, intermediata dal DOCFAP, è costruito il DPI (si veda la sequenza articolo 2, comma 1 e articolo 3, comma 1 dello stesso Allegato).

Come si noterà fino a questo punto non è ancora entrato in scena l'attore protagonista, cioè il progettista, coinvolto nella progettazione solo al termine della predetta sequenza, con lo sviluppo del PFTE dopo le indagini conoscitive ma dove, come si dice «*Les jeux sont faits, rien ne va plus*» non ci saranno già più significativi spazi di manovra progettuale e l'applicazione dell'articolo 41, comma 6 (che elenca i contenuti del PFTE) diventa poco più di una presa d'atto di quanto già indicato. Pertanto, fino a qui il percorso è confinato nel perimetro della stazione appaltante (leggasi ancora: RUP e suoi supporti), la quale solo incidentalmente possiede le qualità e i requisiti professionali per la progettazione. [8] Dopo la pantomima della verifica del PFTE ai sensi dell'articolo 42 del Codice, si presentano tre coreografie:

caso 1), il PFTE è validato e posto a base dalla gara di affidamento della progettazione esecutiva «*in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica*» recita l'alinea dell'articolo 98, comma 1, dove, anche se il concetto di «*coerenza con ...*» ha un significato più attenuato rispetto al concetto di «*identità con ...*» e più logicamente pare assumere il significato di «*con contraddittorio con...*» il progetto esecutivo non avrà molte scappatoie per potersi discostare dal PFTE;

caso 2), concluso il caso 2) con la disponibilità del progetto esecutivo, è bandita la gara d'appalto della sola esecuzione;

caso 3), il PFTE è validato e posto a base di una gara di appalto integrato dove il vincolo di non contraddittorietà col PFTE si abbatte sul progettista dell'esecutivo dell'impresa offerente e, indirettamente, sull'Aggiudicatario e, nell'esecuzione, sull'Appaltatore.

Tutti i casi hanno in comune alcuni punti fermi:

- a) il progetto esecutivo costituisce sempre lo sviluppo del PFTE o, per meglio dire come recita l'alinea dell'articolo 41, comma 8, la progettazione esecutiva è redatta «*in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica*» dove il concetto di «*coerenza con ...*» ha un significato più attenuato rispetto al concetto di «*identità con ...*» e più logicamente pare assumere il significato di «*con contraddittorio con ...*»;

⁸ Infatti, generalmente si rivolge a professionisti esterni anche per tali adempimenti iniziali, spesso senza corrispettivo, non previsto dalle tariffe professionali, in barba all'equo compenso, sfruttando quella fantasiosa teoria secondo la quale se non c'è compenso non esiste il concetto di equo compenso!

- b) l'offerta dell'aggiudicatario (poi contraente) diventa sempre un'obbligazione contrattuale dello stesso e la sua offerta tecnica deve essere attuata senza che comporti una modifica dell'offerta economica (ovvero tutto quanto oggetto dell'offerta tecnica deve essere osservato e attuato all'interno dell'importo dell'offerta economica che, per la stazione appaltante resta insensibile all'entità e al "costo" che l'aggiudicatario dovrà sostenere; in altre parole l'offerta tecnica diventa parte delle obbligazioni contrattuali, senza modificare l'importo dell'offerta economica e questa è sempre stata e continua a essere una certezza (che, se venisse meno, potremmo chiudere baracca e concludere che è vero che la terra è piatta, Darwin era un ciarlatano, l'uomo non è mai stato sulla luna e il Covid-19 non è mai esistito);
- c) sono affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo una delle condizioni (da prevedere nella decisione a contrarre ex articolo 17 del Codice, unitamente all'individuazione delle prestazioni non subappaltabili o, meglio, riservate all'aggiudicatario ex articolo 119, comma 2) descritte nel seguito.

Nel caso 1), se di importo inferiore a 140.000 euro ex articolo 108, comma 2, lettera b), è possibile adottare il criterio del miglior prezzo o del minor costo, con esclusione automatica delle offerte anomale ex articolo 52 del Codice se l'appalto non presenta un interesse transfrontaliero certo. Sempre nel caso 1), se di importo pari o superiore a 140.000 euro è obbligatorio adottare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (in gergo impropriamente denominato offerta economicamente più vantaggiosa e qui in breve «oepv».

Nel caso 2, a prescindere dall'importo sono ammessi ambedue i criteri del miglior prezzo o del miglior rapporto qualità/prezzo che, malgrado il diritto comunitario e la prassi abbiano una preferenza per il secondo criterio, hanno la stessa dignità e non pare esserci alcun obbligo in un senso o nell'altro.

Nel caso 3, a prescindere dall'importo, per precisa imposizione dell'articolo 44, comma 4, del Codice, è obbligatorio il ricorso al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Esiste comunque una fattispecie particolare connessa alla controversa modalità di applicazione della legge 21 aprile 2023, n. 49 (cosiddetto «equo compenso») che si risolve nell'impossibilità di ribassare l'importo a base di gara, sua volta vincolato per la stazione appaltante ai corrispettivi determinati con decreto ministeriale, per cui nel caso 1), a prescindere dall'importo il criterio dell'offerta è limitato alla qualità o, per dirla con l'articolo 108, comma 5, del Codice 5: *«L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi»* senza attribuzione di alcun punteggio a un inammissibile ribasso sul prezzo; condizione applicabile anche al caso 3 (appalto integrato) limitatamente al corrispettivo per la progettazione esecutiva.

Per affrontare l'argomento del titolo delle presenti note non si può prescindere dall'approfondire il criterio dell'offerta del miglior rapporto qualità/prezzo, sia perché indissolubilmente legato all'appalto integrato, che perché preferito dalla stazioni appaltanti per ridurre il numero dei concorrenti (certamente disincentivati dal dover affrontare adempimenti e costi prime per la predisposizione dell'offerta tecnica o poi per costruire le giustificazioni dell'offerta economica a sostegno dell'eventuale ribasso anomalo o dell'eventuale ribasso sul costo della manodopera (articoli 41, comma 14, terzo periodo, 108, comma 9 e 110 del Codice; giustificazioni che non possono non estendersi alle obbligazioni assunte con l'offerta tecnica e agli impegni assunti ai sensi dell'articolo 102.

Noi non abbiamo risposte ad alcuna di queste domande ma, anche e se ci fossero risposte Darwin soddisfacenti, le stesse domande si riproporrebbero più avanti:

Nel caso 1), poco male, soprattutto se la gara si dovesse svolgere con il criterio del miglior prezzo o del minor costo, con esclusione automatica delle offerte anomale, non vi saranno spazi di manovra per l'offerta tecnica né per il progetto esecutivo rispetto al PFTE limitandosi ad implementare quest'ultimo con gli articoli da 22 a 33 dell'Allegato I.7 e si tratterà in pratica di prestazioni di "Manovalanza professionale" rispetto a scelte tecniche ed economiche già fatte e verificate in precedenza. Se invece fosse stato adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo [9] si pongono non tutti ma molti dei problemi argomentati di seguito.

Tra le differenze tra i due criteri la prima che salta agli occhi è la necessità o meno della presenza in gara di un progettista; nel caso 3 (appalto integrato) tale presenza è imprescindibile, sia perché lo richiede l'articolo 44, commi 3 e 6 che perché questo e solo questo sarà chiamato, dopo la stipula del contratto, a redigere e sottoscrivere il progetto esecutivo assumendone la responsabilità professionale, sia esso incardinato nello staff tecnico dell'offerente, raggruppato o semplicemente indicato dallo stesso. Negli altri casi nessuna norma prescrive la presenza di un progettista qualificato ma ANAC con proprio parere (delibera n. 427 del 26 maggio 2021) ha ritenuto che fosse necessaria la sottoscrizione del progettista qualificato «*sulle parti dell'offerta tecnica recanti le varianti migliorative*»; alla faccia dell'unitarietà dell'offerta e del progetto, in disparte l'annosa disputa tra varianti e miglioramenti, poi confluite in immaginarie varianti migliorative (con una impropria confusione concettuale dove le varianti **devono** essere migliorative ma i miglioramenti **non devono necessariamente** e a volte **non possono** essere varianti); così come T.A.R. Veneto, 22 novembre 2022, n. 1786 e T.A.R. Lombardia, Milano, 23 febbraio 2012 n. 595 «*qualora il progetto rappresenti elemento costitutivo dell'offerta tecnica, il difetto di sottoscrizione da parte del tecnico abilitato non solo priva di giuridica rilevanza il medesimo, ma si traduce anche nella mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, con conseguente legittimità dell'esclusione del concorrente che abbia prodotto l'offerta tecnica carente*» con altra copiosa giurisprudenza che ne ammette il soccorso istruttorio. Se appare stravagante che un'offerta tecnica (che anche se non contiene innovazioni strutturali o impiantistiche senz'altro è un'alterazione delle obbligazioni progettuali) possa essere sottoscritta dalla sola impresa (che, rammentiamo, è il solo offerente) senza la presenza di soggetti di natura professionale tecnica, sembra condivisibile l'unica soluzione "all'italiana" ovvero, nella documentazione di gara imporre la sottoscrizione del progettista dell'offerta tecnica, almeno quando questa contiene elementi innovativi o difformi dal progetto posto base di gara, attivando il soccorso istruttorio prima di incorrere in un ricorso per nullità ex articolo 10, comma 2 del nuovo codice (articolo 83, comma 9, del Codice abrogato).

Altra osservazione la palese contraddizione tra l'articolo 108, comma 11 del Codice: «*In caso di ... [omissis] ... le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta*» e

⁹ *Sempre che se ne condivida la prassi interpretativa consolidata, diversa da quanto esposto al paragrafo 4.2.3 e alla tabella 17 degli «Orientamenti in materia di Appalti Pubblici per Professionisti» pubblicati nel febbraio 2018 a cura della Commissione Europea.*

l'articolo 45 della direttiva 2014/24/UE del quale si riportano i primi tre paragrafi:

1. *Le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare o esigere la presentazione da parte degli offerenti di varianti. Esse indicano nel bando di gara ... se autorizzano o richiedono le varianti o meno; In mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto dell'appalto.*
2. *Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione [omissis].*
3. *Solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione», che trova la sua motivazione nel considerando (48) «In considerazione dell'importanza dell'innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile. Occorre pertanto attirare l'attenzione di tali autorità sulla necessità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare prima di indicare che possono essere presentate varianti».*

Quindi non solo il legislatore nazionale ha ignorato sul punto il diritto comunitario che non solo ammette pacificamente le varianti in offerta fino ad incoraggiarne o di prevedere che esse si esigano (come obbligatorie) ma addirittura le vieta ... In realtà non c'è un vero divieto esplicito alla loro presentazione ma un divieto a che concorrano alla valutazione qualitativa e premiale dell'offerta e se non è un divieto questo, dal momento che:

- a) il divieto riguarda le opere aggiuntive al progetto esecutivo poso a base di gara;
- b) se le parole hanno ancora un significato nell'appalto integrato non c'è alcun esecutivo a base di gara e se, a meno di violentare gli articoli 13 primo comma e 14 delle preleggi si può considerare inesistente la parola «esecutivo»;
- c) è difficile immaginare una variante in offerta, senza alcuna prestazione aggiuntiva, significherebbe condividere in toto il progetto a base di gara, virgole comprese;
- d) cavillando sul punto, ci sarà sempre chi ritiene che il divieto di attribuire punteggi alle opere aggiuntive non sia idoneo ad estenderlo ai lavori aggiuntivi o alle prestazioni aggiuntive che non sono opere; per i primi data la loro ontologica differenza delle due fattispecie (essendo l'«opera», il risultato di un insieme di lavori; [10])
- e) nessun offerente presenterà varianti che saranno per lui senz'altro dispendiose o almeno con un costo da sopportare che sarà corrisposto economicamente ma nemmeno gli recherà qualche vantaggio competitivo;
- f) non si può escludere che ci sia sempre un concorrente con la sindrome di primo della classe convinto di " *avecce li cojioni* " e che presenterà opere aggiuntive anche se inutili sotto il profilo della premialità (ma che poi dovrà attuare come obbligo contrattuale senza corrispettivo specifico) nella presunzione che, anche in assenza di punteggio, non potranno non influenzare favorevolmente i giudizi della commissione (fuori verbale ma ugualmente determinanti); in questo caso quale comportamento tenere? Esclusione dell'offerta (ma non ce ne sarebbe motivo se questa non si configura quale *aliud pro alio*

¹⁰ *Definizione all'articolo 3, lettera bb) dell'Allegato I.7 del nuovo Codice, distinta dai «lavori» già nelle diverse definizioni dell'articolo 3, del codice abrogato, alla lettera nn) per l'opera e alla lettera pp) per i lavori, mentre alle le prestazioni aggiuntive che non sono opere o che non reggono su un progetto esecutivo, quali i servizi, la giurisprudenza ha già escluso che siano interessate da tale divieto (allora posto dall'articolo 95, comma 14-bis, del codice abrogato).*

rispetto alla base di gara)? Ricorrere al soccorso istruttorio [¹¹]? E a qual fine? Per farsi dire dall'offerente che ha sbagliato ma non a dimenticare qualcosa di essenziale bensì ad aggiungere qualcosa di superfluo!

Ma ecco pronta ancora una volta la soluzione all'italiana, confortata dall'ultimo periodo del paragrafo 1 del citato articolo 45 della Direttiva 2024/23 il quale, dopo aver imposto al bando di gara di «*indicare se autorizzano o richiedono le varianti o meno*» chiude con l'affermazione perentoria «*In mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto dell'appalto*», saltando a piè pari il giudizio aleatorio di collegamento all'oggetto dell'appalto non ci lasceremo sfuggire la via d'uscita del silenzio assoluto (che corrisponde al divieto di varianti per le quali non si porrà più il problema di attribuire o meno un punteggio).

Torniamo all'origine della questione posta nel titolo.

Nell'appalto integrato l'offerente si trova a base di gara un PFTE completo di un computo metrico estimativo, un elenco dei prezzi unitari (collegati alle lavorazioni a misura o utilizzati per la determinazione delle lavorazioni a corpo e delle categorie e sub categorie omogenee), e anche un costo della manodopera e una valutazione precisa dei costi di sicurezza (si suppone da PSC ma anche in questo non c'è certezza in quanto l'articolo 108, comma 9, forse equivocando ma vai a saperlo, li definisce come «costi aziendali di sicurezza»); cosa può fare? Il progetto a base di gara in quanto verificato e validato:

- 1) quale PFTE (nel caso 1) non dovrebbe necessitare di alcunché per essere convertito (o forse solo "travasato") in un progetto esecutivo;
- 2) quale progetto esecutivo (nel caso 2) non dovrebbe necessitare di alcunché per essere messo in cantiere e dare avvio ai lavori; [¹²]
- 3) nel caso 3, quale PFTE da utilizzare prima per l'offerta tecnica e poi da porre a base del progetto esecutivo dopo il contratto, per poi essere approvato e messo in cantiere per l'avvio dei lavori, si sommano le condizioni e le problematiche dei primi due casi.

E allora? Esclusa o compromessa o almeno disincentivata la possibilità di introdurre opere o lavori aggiuntivi, sotto forma di varianti o miglioramenti (che il progettista originario e la stazione appaltante vivranno come un affronto o una denuncia di insufficiente capacità progettuale [¹³] a cosa si riduce se non ben poca cosa, l'offerta tecnica?

Anche ammesso che nelle pieghe del progetto a base di gara la fantasia possa individuare spazi di intervento ci sarà sempre il dubbio: ma se una proposta è veramente migliorativa, perché non è stata prevista e quantificata in origine dal progettista?

E l'offerta, anche se coerente con la base di gara, potrà modificare i lavori a corpo deducendoli a misura o viceversa, o ricalibrare il rapporto tra la parte a corpo e la parte a misura? E un'eventuale prestazione aggiuntiva o non aggiuntiva ma solo diversa, dove andrà collocata, nella parte a corpo o nella parte a misura? E il costo della manodopera e i costi della sicurezza dove andranno collocati (nella certezza che non possano ritenersi equamente distribuiti tra le diverse categorie omogenee ma nemmeno tra le diverse lavorazioni)? Ed eventuali lavorazioni non previste nel progetto a base di gara o previste in altra forma o in altro modo, a quali prezzi faranno riferimento? In conclusione, prima l'offerta tecnica o poi il progetto esecutivo in quale misura potranno modificare le condizioni contrattuali già definite

¹¹ *Nella sua versione eccezionale e straordinaria ex articolo 101, commi 3 e 4 del codice.*

¹² *A parte uno sconosciuto «progetto di cantierizzazione» inventato da talune deprecabili prassi a carico dell'Appaltatore, come anche sconosciute «direzioni artistiche», che saranno oggetto di altre note.*

¹³ *Spesso amara verità difficile da riconoscere ma che non può essere rimediata con l'offerta tecnica.*

dal PFTE posto a base di gara? Veramente è possibile affidare al progettista dell'impresa concorrente e poi esecutrice, nell'offerta tecnica o nella progettazione esecutiva cosa computare a corpo e cosa misura? Quale sarà l'incidenza del costo della manodopera necessariamente differenziato tra tipologie di opere o tra categorie di lavori? Con il solo vincolo del costo totale individuato ai sensi dell'articolo 41, comma 14, primo periodo?

Noi non abbiamo risposte ad alcuna di queste domande ma, anche e se ci fossero risposte soddisfacenti, le stesse domande si riproporrebbero in fase di gara o di aggiudicazione se non in fase di contabilità.