



Novità in materia di appalti pubblici 13/2024

SOMMARIO: 1. L'avvalimento nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici - 2. Il principio dell'autovincolo come limite alla discrezionalità delle stazioni appaltanti - 3. L'assoggettabilità a ribasso dei costi della manodopera

1. L'avvalimento nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Il Consiglio di Stato chiarisce le novità dell'istituto dell'avvalimento previsto all'art. 104 del D. Lgs. 36/2023 rispetto all'art. 89 del precedente codice.

[Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2024 n. 4732](#)

«Va osservato che nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, come si legge nella stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell'avvalimento è caratterizzata da un vero e proprio cambio di impostazione. Il risultato di tale cambio di impostazione è:

a) l'indicazione del tipo contrattuale dell'avvalimento, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;

b) la previsione della normale onerosità del contratto con l'ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell'impresa ausiliaria;

c) l'attenzione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, che ha consentito di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto a ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.»

2. Il principio dell'autovincolo come limite alla discrezionalità delle stazioni appaltanti

Il Consiglio di Stato conferma che il principio dell'autovincolo è previsto anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici e precisa che tale principio costituisce un limite all'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

[Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2024 n. 4659](#)

«Orbene, secondo il principio dell'autovincolo, la Stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti.

Il criterio di aggiudicazione di un appalto pubblico prescelto dalla Stazione appaltante in una procedura comporta sempre che la stessa è obbligata al rispetto della legge di gara, sicché l'individuazione del contraente deve avvenire sulla scorta delle regole prescelte.

Nel caso di specie, l'Amministrazione si è avvalsa della possibilità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76 del 2020, convertito con legge n. 120 del 2020, ma ciò, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non fa venire meno l'obbligo del rispetto della legge di gara (c.d. autovincolo).

Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente



codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023).

[...] L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'Amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fundamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della Commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.»

3. L'assoggettabilità a ribasso dei costi della manodopera

Il TAR Basilicata ribadisce che i costi della manodopera possono essere soggetti a ribasso, a condizione che l'operatore economico dimostri che il ribasso complessivo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

[TAR Basilicata, Sez. I, 21 maggio 2024 n. 273](#)

«Il Collegio richiama, dando qui a esso continuità, l'orientamento pretorio secondo cui l'art. 41, comma 14, del vigente codice dei contratti pubblici debba essere interpretato in maniera coerente con: - l'articolo 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali; - l'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale "Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione".

Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall'ultimo periodo del comma 14, dell'art. 41 citato, secondo cui: "Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale". Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta.

Inoltre, la tesi sostenuta dal ricorrente, dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante, determinerebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare ad esempio che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello di cui si discute, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante.

[...] Dunque, in base al comma 14 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali (in termini, TAR Toscana, IV, 29 gennaio 2024, n. 120).»



Contatti

Torino Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

Milano Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

Roma Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

AreaAmministrativo@pavesioassociati.it

Disclaimer

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.