

17 MAGGIO 2024 ore 10:00

**DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI
APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE
C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA
LUCE DEL D.LGS. 36/2023**

RELATORE: AVV. FEDERICO BUSBANI

ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Approfondimenti in tema di discrezionalità delle stazioni appaltanti nella valutazione delle c.d. “esperienze pregresse”, previste ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. a) e b), del d.Lgs. n. 36/2023.

Nello specifico si prenderanno le mosse dal Parere del MIT del 26 luglio 2023, n. 2192 in tema di valutazione delle esperienze pregresse nell'affidamento diretto e i limiti di discrezionalità della SA.

In tale ambito verrà ripercorsa la lettura al nuovo Codice dei Contratti data dal il Consiglio di Stato, all’interno della relazione illustrativa, in merito alle “**esperienze idonee**” piuttosto che di “**esperienze analoghe**”, come invece indicato nel D.L. n. 76/2020, ampliando il margine valutativo.

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023 e Art. 1, comma 2, D.L. n. 76 del 2020

Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023

Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

- a) **affidamento diretto** per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali** anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali**, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; [...]

Art. 1, comma 2, D.L. n. 76 del 2020

Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

- a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti **soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento**, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

Relazione illustrativa del Consiglio di Stato - Codice d.lgs. 36/2023



Con riferimento all'affidamento diretto (comma 1, lett. a) e b)) si è riproposta la previsione del decreto-legge n. 76 del 2020 secondo cui, nonostante la mancanza di necessario confronto competitivo, deve essere assicurato che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante. Il testo del decreto-legge n. 76 del 2020 si riferisce a «esperienze analoghe a quelle oggetto di riferimento» mentre il testo della disposizione in esame fa riferimento a «esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento». La **preferenza per il richiamo a “esperienze idonee” piuttosto che a “esperienze analoghe”** attiene alla scelta di **ampliare il margine valutativo della stazione appaltante**, che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico **in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento**

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Art. 100 d.lgs. 36 del 2023 (Requisiti di ordine speciale)

- 1. Sono requisiti di ordine speciale:
 - a) l' idoneità professionale;
 - b) la capacità economica e finanziaria;
 - c) le capacità tecniche e professionali.
- 2. Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all' oggetto dell' appalto.
- 3. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l' iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l' artigianato o presso i competenti ordini professionali per un' attività pertinente anche se non coincidente con l' oggetto dell' appalto. [...]
- 4. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L' attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall' ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all' importo delle stesse è disciplinato dall' **allegato II.12**. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l' esecuzione, a qualsiasi titolo, dell' appalto. [...]

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Articolo 28, all. II.12 d.lgs. 36 del 2023 - Requisiti per lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro

1. Fermo restando quanto previsto dal Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice, in materia di esclusione dalle gare, gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo **pari o inferiore a 150.000 euro** qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo:
 - a) **importo dei lavori analoghi** eseguiti direttamente nel **quinquennio** antecedente la data di pubblicazione del bando **non inferiore all'importo del contratto da stipulare**;
 - b) **costo** complessivo sostenuto per il **personale** dipendente **non inferiore al 15 per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando**; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a);
 - c) **adeguata attrezzatura tecnica**.
2. Nel caso di operatori economici già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti.
3. Gli operatori economici, per partecipare agli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro concernenti i lavori relativi alla categoria OG 13 [opere di ingegneria naturalistica], fermo restando quanto previsto dal comma 1, devono aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, dell'avviso o della lettera di invito, **lavori analoghi** per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire, e presentare **l'attestato di buon esito degli stessi** rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti.
4. I requisiti, previsti dal bando di gara, dall'avviso di gara o dalla lettera di invito, sono determinati e documentati secondo quanto previsto dal presente allegato, e dichiarati in sede di domanda di partecipazione o di offerta con le modalità di cui all'articolo 91, comma 3, del codice.

Parere MIT del 26 luglio 2023, n. 2192

D.Lgs. 36/2023, art. 50, comma 1, lett. a) e b) – Scelta dei soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse

Nel disciplinare gli affidamenti diretti il nuovo Codice indica che “... siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse **idonee** all’esecuzione delle prestazioni”.

- i. Nella **relazione** viene spiegato che, la preferenza per il richiamo ad “esperienze idonee” piuttosto che ad “esperienze analoghe” come invece indicato nel DL 76/20 e smi, attiene alla scelta di AMPLIARE IL MARGINE VALUTATIVO della Stazione Appaltante (SA) che può apprezzare attività precedenti dell’Operatore Economico (OE), in ambiti anche non strettamente analoghi all’oggetto della gara, ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell’affidamento.
- ii. La legge indica poi che, tali OE debbano essere individuati tra **gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla SA**.
- iii. Al fine di applicare in modo pratico e semplice la norma, questa SA ragionerebbe come segue: il MEPA opera come un albo fornitori che offre, alla sezione “cerca impresa” del “cruscotto”, una modalità capillare d’individuazione degli OE. Nello specifico per i beni ed i servizi, inserendo l’attinente bando e categoria di dettaglio, il sistema consente di filtrare gli OE per “fatturato medio annuo”: digitandone il valore minimo pari all’importo a base dell’affidamento diretto, **si ritiene che l’individuazione di una ditta con “esperienze idonee” sia implicita ed inconfutabile**. Lo stesso vale per quanto concerne i lavori qualora dall’applicativo emerga che l’OE individuato sia munito di un’attinente SOA. In caso di possesso dei soli requisiti di cui all’art. 90 del DPR 207/10 invece, al fine di evitare eccessive complicazioni, si ritiene sufficiente basarsi sulla nuova autocertificazione richiesta dal MEPA, nella quale viene asserito che “Il sottoscritto OE, dichiara sotto la propria responsabilità che le attività presenti nel proprio oggetto sociale ricomprendono una o più attività previste nella categoria per cui viene richiesta l’ammissione al MEPA”. Si chiede un autorevole parere a riguardo

Quesito

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Parere MIT del 26 luglio 2023, n. 2192

Negli affidamenti diretti di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 50, comma 1, lett. a) e b) del D.Lgs. 36/2023, la scelta deve ricadere su operatori economici “in possesso di documentate esperienze pregresse **idonee** all'esecuzione delle prestazioni contrattuali”.

Come evidenziato nel quesito, la formulazione utilizzata ha inteso **ampliare i margini valutativi** della stazione appaltante rispetto all'analogo requisito introdotto dall'art. 1 del D.L. 76/2020 che obbligava a comprovare il possesso di pregresse e documentate esperienze “**analoghe**” a quelle oggetto di affidamento.

Come si evince dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato, laddove si richiamano le attività precedenti dell'Operatore Economico (OE), **in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara, ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento**, la ratio alla base del citato requisito specificamente previsto per gli affidamenti diretti sembra porre l'accento non tanto sul dato del fatturato generale, quanto sulla tipologia di attività svolta dall'operatore economico.

Risposta

Purtuttavia, rientra nell'ampia discrezionalità della stazione appaltante, tenuto conto delle caratteristiche delle prestazioni da acquisire, valutare le modalità con cui devono essere documentate le idonee esperienze pregresse.

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Parere MIT del 26 luglio 2023, n. 2192

Ciò posto, rispetto a quanto indicato nel quesito, **anche negli affidamenti diretti la stazione appaltante ha la facoltà e non l'obbligo di individuare gli operatori economici tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante**. L'individuazione dell'operatore economico rimane infatti “discrezionale”, come si desume dalla definizione di affidamento diretto fornita dall'art. 3, comma 1, lett. d), dell'Allegato I.1 ai cui sensi l'affidamento diretto è “l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”.

Per i contratti di **servizi e forniture** è inoltre **facoltà della stazione appaltante richiedere all'affidatario, in aggiunta alle pregresse esperienze idonee, il possesso di requisiti di ordine speciale secondo quanto previsto dall'art. 100 D.Lgs. 36/2023.**

Risposta

Per quanto attiene ai contratti di **lavori**, la disposizione che prescrive il requisito in argomento deve essere letta e declinata in coordinato disposto con **l'art. 28 dell'Allegato II.12**, relativo ai requisiti degli esecutori di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, che ripropone quanto già previsto dall'art. 90 del D.P.R. 207/2010 (requisiti dei lavori analoghi, del costo del personale e del possesso di adeguate attrezzature).

Parere MIT del 26 luglio 2023, n. 2192

Salvo il caso del possesso della SOA, per la comprova del requisito, la percorribilità della soluzione prospettata nel quesito circa l'utilizzo dell'autocertificazione prodotta dall'operatore economico in fase di abilitazione al MEPA o a seguito di aggiornamento, deve essere verificata tenendo conto dei seguenti due aspetti:

1. l'arco temporale rilevante per **documentare** il requisito dell'importo dei **lavori analoghi e del costo del personale** deve corrispondere al **quinquennio** antecedente la data del bando (art. 28, comma 1, lett. a) e b), Allegato II.12). Nella fattispecie dell'affidamento diretto deve intendersi la data di avvio della trattativa diretta sul MEPA;
2. alla **verifica dei requisiti** di cui al citato art. 28 dell'Allegato II.12 si procede ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. 36/2023, vale a dire: con acquisizione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ed effettuazione di **verifiche a campione per importi inferiori a 40.000 Euro** e con **acquisizione del DGUE e verifiche puntuali per importi pari o superiori a detto importo** anche nel caso di acquisizione effettuata sul MEPA.

Risposta

Nello specifico, per quanto attiene agli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000,00 Euro, il comunicato del MIT del 30 giugno 2023 ha precisato che anche il DGUE consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'art. 47 del DPR 445/2000, puntualizzando che, per importi inferiori a 40.000 Euro, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione oppure se adottare il DGUE, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità. Per quanto attiene agli affidamenti diretti di importo pari o superiore a 40.000 Euro si applica la disposizione di cui all'art. 17, comma 5, del D.Lgs. 36/2023 in base alla quale l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.

DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI NELLA VALUTAZIONE DELLE C.D. “ESPERIENZE PREGRESSE” ALLA LUCE DEL D.LGS. 36/2023

Parere MIT del 26 luglio 2023, n. 2192 - Considerazioni

Sul solco del Consiglio di Stato, il Parere del MIT ha confermato che la formulazione dell'art. 50, comma 1, lett. a) e b) ha **ampliato i margini valutativi della stazione appaltante rispetto all'analogo requisito introdotto dall'art. 1 del D.L. 76/2020**, che obbligava a comprovare il possesso di pregresse e documentate esperienze “analoghe” a quelle oggetto di affidamento.

La ratio della posizione del MIT sembra porre l'accento non tanto sul dato del fatturato generale, quanto sulla **tipologia di attività svolta dall'operatore economico**. In tale contesto, rientrerebbe **nell'ampia discrezionalità della stazione appaltante** valutare le modalità con cui devono essere documentate le idonee esperienze pregresse, quindi non solo in ambiti strettamente analoghi all'oggetto della gara, ma più genericamente per tutte le attività idonee a garantire la buona riuscita dell'affidamento

Situazione esemplificativa Codice 50/2015

TAR Lombardia-Brescia 19/10/2021, n. 880 secondo i principi giurisprudenziali in materia, ai fini della configurazione del requisito dell'esperienza pregressa, la richiesta di avere svolto servizi uguali, piuttosto che analoghi, rientra nell'ampia discrezionalità della quale godono le Stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione (art. 83, comma 2, del D. Leg.vo 50/2016).

Analisi per tipologia di appalto



SERVIZI E FORNITURE

E' facoltà della stazione appaltante richiedere all'affidatario, in aggiunta alle pregresse esperienze idonee, il possesso di requisiti di ordine speciale secondo quanto previsto dall'art. 100 del d.Lgs. 36/2023.



LAVORI

L'art. 28 dell'Allegato II.12, relativo ai requisiti degli esecutori di lavori di importo pari o inferiore a 150mila euro, richiama quanto già previsto dall'art. 90 del d.P.R. 207/2010

Salvo il caso del possesso della SOA, per la comprova del requisito, la percorribilità della soluzione consistente nell'autocertificazione prodotta dall'operatore economico in fase di abilitazione al MEPA o a seguito di aggiornamento, deve essere verificata tenendo conto di due aspetti:

- l'arco temporale rilevante per documentare il requisito dell'importo dei lavori analoghi e del costo del personale deve corrispondere al **quinquennio** antecedente la data del bando (art. 28, comma 1, lett. a) e b), Allegato II.12);
- la verifica dei requisiti di cui al citato art. 28 dell'Allegato II.12 va effettuata ai sensi **dell'art. 52 del D.Lgs. 36/2023**: con acquisizione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ed effettuazione di verifiche a campione per importi inferiori a 40mila euro e con acquisizione del DGUE e verifiche puntuali per importi pari o superiori a detto importo.

Parere MIT del del 30 giugno 2023



Per quanto attiene agli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000,00 euro, il comunicato del MIT del 30 giugno 2023 ha precisato che anche il DGUE consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000.

Per importi **inferiori a 40.000 euro**, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione oppure se adottare il DGUE, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità.

Negli affidamenti diretti la stazione appaltante ha la **facoltà e non l'obbligo di individuare gli operatori economici tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante**: l'individuazione dell'operatore economico rimane infatti “discrezionale”, come si desume dalla definizione di affidamento diretto fornita dall'art. 3, comma 1, lett. d), dell'Allegato I.1 ai cui sensi l'affidamento diretto è “l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”.



Quesiti

•LE ESPERIENZE PREGRESSE POSSONO RIGUARDARE ANCHE LAVORI/SERVIZI/FORNITURE IN CAMPO PRIVATO?

TAR Pescara, 05.09.2018 n. 259

L'articolo 263 DPR 207 del 2010 è stato immediatamente abrogato dall'art. 217 del d.lgs. n. 50 del 2016, e del resto le Linee Guida n. 1 (non vincolanti) adottate in materia dall'ANAC non hanno affrontato la questione (cfr. Consiglio di Stato parere 1767 del 2016: "Non è stata invece affrontata la questione concernente i limiti entro i quali è possibile utilizzare a comprova del possesso di tali requisiti i servizi di progettazione svolti in favore dei committenti privati; profilo in precedenza disciplinato dall'art. 263, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, la cui ambigua formulazione ha dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza in seno al Consiglio di Stato – Cons. Stato, V, 10 febbraio 2015, n. 692 e 25 maggio 2015, n. 2567").

Né tali disposizioni possono essere ritenute espressione di principi generali e quindi ultrattive, atteso che è appena il caso di rilevare che la previsione dell'approvazione per la progettazione per committenti pubblici e l'esecuzione dei lavori progettati nel caso di committenti privati rispondeva a una mera logica di certezza della prova dell'avvenuta attività di progettazione e non alla necessità della verifica della sua idoneità a conseguire l'aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 4629 del 2016; Tar Trieste sentenza n. 64 del 2017).

[...]

coerentemente con l'opzione interpretativa qui seguita, nello stesso alinea si evidenzia che hanno rilievo ai fini della qualificazione anche l'esecuzione di prestazioni accessorie alla progettazione "purché l'esecuzione della prestazione, in mancanza della firma di elaborati progettuali, sia documentata mediante la produzione del contratto di conferimento dell'incarico e delle relative fatture di pagamento".



Quesiti

•E' POSSIBILE UN APPROFONDIMENTO SULLA COMPROVATA ESPERIENZA E LAVORI ANALOGHI PER INCARICHI DI PROGETTAZIONE.

TAR Napoli, 16.03.2020 n. 1151: i servizi di progettazione svolti in raggruppamento sono idonei ad attestare l'esperienza pregressa e la capacità tecnica del professionista limitatamente all'attività effettivamente svolta, in quanto solo la predetta attività risulta in grado di arricchire di contenuto concreto l'esperienza documentata da ciascun concorrente nel proprio curriculum

The image features a decorative graphic in the top-left corner consisting of several parallel blue lines of varying shades, extending from the top-left towards the center. The main text is centered on a light gray background.

Grazie per l'attenzione