

AS1937 - CONCESSIONI AUTOSTRADALI VENETE - AVVISO PUBBLICO PER IL SERVIZIO DI ASSISTENZA LEGALE CONTINUATIVA

Roma, 17 gennaio 2024

Concessioni Autostradali Venete S.p.A.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito del ricevimento di una segnalazione relativa all'avviso pubblico esplorativo di mercato, pubblicato in data 16 ottobre 2023 da Concessioni Autostradali Venete S.p.A. sul proprio sito istituzionale, per la raccolta di preventivi per affidamento diretto del servizio ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 36/2023 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici) avente ad oggetto "*Servizio di assistenza legale continuativa*", nell'esercizio dei propri poteri di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella propria riunione del 16 gennaio 2024, ha deliberato di svolgere alcune osservazioni in merito ai requisiti di accesso e di valutazione dei partecipanti alla selezione.

Più precisamente, ad avviso dell'Autorità, alcune previsioni presenti nell'avviso e nei relativi allegati appaiono in grado di incidere sul corretto funzionamento della concorrenza. Si fa riferimento, in particolare, alle seguenti previsioni riportate nelle pagine 2 e 3 del "*Foglio Patti e Condizioni*":

i. la previsione come requisito di partecipazione del "*...possedere una documentata esperienza - nel complesso non inferiore a 10 (dieci) anni - nello svolgimento di servizi di assistenza legale continuativa nelle materie esemplificativamente indicate alla sezione "Caratteristiche del servizio" a favore di pubbliche amministrazioni, società a partecipazione pubblica, organismi di diritto pubblico*";

ii. la previsione che include tra gli elementi di valutazione preferenziali - in aggiunta ai requisiti obbligatori richiesti - "*la documentata pregressa esperienza nello svolgimento del servizio di assistenza legale continuativa, oltre che ai soggetti sopra indicati, a favore di concessionarie autostradali*".

Tali previsioni, infatti, nel richiedere, legittimamente, la dimostrazione di una qualificata competenza sotto forma di esperienza pregressa nelle materie interessate, prevedono che la stessa possa valere solo qualora maturata per un considerevole lasso temporale presso Pubbliche amministrazioni o soggetti comunque di natura pubblica/pubblicistica. Ciò tuttavia si traduce in una evidente e indebita penalizzazione di potenziali concorrenti che, pur disponendo della qualificazione necessaria per poter eseguire l'incarico legale eventualmente affidato loro, abbiano in precedenza lavorato esclusivamente, o anche prevalentemente, difendendo gli interessi giuridici di soggetti privati o di natura privatistica.

Si tratta quindi di un requisito di partecipazione non giustificato in quanto non necessario né proporzionato al perseguimento di obiettivi di interesse generale. Infatti, la pregressa qualificata esperienza nelle materie oggetto dall'avviso (le quali, seppur presuppongono la conoscenza approfondita della disciplina dei contratti pubblici, risultano indicate e formulate in via esemplificativa e generica con riferimento a molteplici branche del diritto) può evidentemente essere maturata nel passato anche in assenza di assistenza legale prestata in favore di soggetti pubblici¹.

Inoltre, anche la previsione dell'attività a favore dei concessionari autostradali quale requisito preferenziale appare sproporzionata nella misura in cui è suscettibile di restringere ulteriormente una platea di aspiranti già di per sé limitata alla luce del requisito esperienziale obbligatorio.

Sul punto si ricorda come, secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, qualora siano in discussione la partecipazione e l'ammissione ad armi pari delle imprese al concorso per conseguire delle commesse pubbliche, l'Amministrazione è vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, il quale tutela la libera concorrenza nelle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringano la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara².

Un'ulteriore indicazione verso una piena applicazione del principio di *favor participationis*, può essere tratta anche dalla relazione illustrativa allo schema del Codice dei Contratti Pubblici di recente emanazione, la quale chiarisce come

¹ [L'Autorità, come noto, si è già pronunciata su questioni analoghe (cfr. parere n. AS1657 in Bollettino n. 18/2020 e parere n. AS1888 in Bollettino n. 16/2023).]

² [Consiglio di Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812 e Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10932; con più specifico riferimento ai limiti all'inserimento di requisiti tecnico-professionali dell'impresa, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2023, n. 6826; sez. V, 8 agosto 2023, n. 7649.]

“La preferenza per il richiamo a “esperienze idonee”³ piuttosto che a “esperienze analoghe” [di cui all’articolo 1, comma 2, lett. a) del decreto-legge n. 76/2020] 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” (cfr. relazione illustrativa, p. 74).

L’Autorità ritiene, pertanto, che le richiamate disposizioni dell’avviso esplorativo, nella misura in cui ostacolano la più ampia partecipazione alla procedura, siano suscettibili di porsi in potenziale conflitto con le norme e i principi a tutela della concorrenza e del mercato, nonché con i principi in materia di evidenza pubblica stabiliti dall’articolo 50, comma 1, lett. b) del Codice dei Contratti Pubblici.

L’Autorità invita codesta Società a comunicare, entro il termine di 30 giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative assunte con riguardo alle criticità concorrenziali sopra evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

³ *[Nell’attuale testo codicistico, per ciò che specificamente concerne l’avviso oggetto della presente segnalazione, il riferimento alle “esperienze pregresse idonee” è rinvenibile all’art. 50, comma 1, lett. b) del D. Lgs. 36/2023.]*