

"Bando di gara e procedura di evidenza pubblica: alla ricerca dell'effettività della tutela tra esperimenti normativi e orientamenti giurisprudenziali"

-Paola Romito-

ABSTRACT

Il mio progetto di ricerca nasce da un accurato studio della disciplina degli appalti e, nello specifico, dall'analisi delle innumerevoli modifiche normative intervenute sul tema negli ultimi tempi, impattando anche sulle categorie generali.

L'obiettivo che mi sono posta è stato quello di ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale attuale in tema di procedure di evidenza pubblica e, segnatamente di bando di gara, al fine di comprendere come esso si coniughi con l'esigenza di garantire una tutela piena ed effettiva in capo ai concorrenti.

L'analisi assume un interesse di rilievo poiché si svolge su due piani differenti ma inscindibilmente connessi, quello sostanziale e quello processuale, che si intersecano plasmandosi a vicenda durante tutta l'opera. Tale caratteristica, fortemente emergente nel settore degli appalti pubblici, costituisce il riflesso della metamorfosi che ha subito l'intero diritto amministrativo negli ultimi anni suggellata dall'introduzione del codice del processo amministrativo, finalizzato a dare piena e concreta soddisfazione alle pretese del privato.

Al fine di rendere agevole l'individuazione degli elementi di contrasto, ho ritenuto opportuno introdurre il mio lavoro di ricerca con qualche cenno relativo alla struttura del processo amministrativo e all'accesso alla giustizia, con particolare riguardo alle condizioni dell'azione. Esse si sostanziano nella c.d. legittimazione a ricorrere – intesa come titolarità di una posizione giuridica esterna al giudizio, qualificata, distinta dal *quisque de populo* e riferita a un destinatario individuato, rispetto alla quale l'ordinamento si premura di garantire una tutela giurisdizionale – e nell'interesse a ricorrere, in base al quale per la proposizione di una domanda in giudizio il ricorrente deve vantare un concreto ed effettivo beneficio o utilità dall'accoglimento del ricorso.

Il secondo capitolo, invece, è dedicato approfonditamente alla disciplina del bando di gara e alla tutela esperibile in caso di sua illegittimità e si sostanzia nella ricostruzione delle più significative pronunce giurisprudenziali che, sulla base dei principi generali, hanno in via interpretativa creato una vera e propria regola in tema di impugnazione del bando di gara.

Dopo aver esaminato da un punto di vista sostanziale la disciplina del bando di gara, si è proceduto nel terzo capitolo all'analisi degli strumenti giurisdizionali posti a tutela dei concorrenti. Si è, quindi, evidenziato come scopo precipuo del legislatore sia stato quello di prevedere un sistema di accesso alla giustizia più celere, introducendo un rito speciale *ad hoc* caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali ed uno ancora più speciale relativo alla fase di introduzione della gara. L'analisi si è, allora, focalizzata su tale rito c.d. super speciale o super accelerato, evidenziandone i punti di forza e gli elementi di criticità. In particolare si è osservato come con tale novella normativa il legislatore avesse predisposto un rito ancora più accelerato, finalizzato alla preliminare contestazione delle ammissioni e delle esclusioni dalla procedura, al fine di conferire una rapida tutela all'interesse legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti, riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale. Nel terzo capitolo si ripercorre, in sostanza, tutta la breve esistenza della normativa in esame, cercando di comprenderne la *ratio* ed evidenziando come il fine conclamato del legislatore della novella fosse quello di deflazionare il contenzioso nonché quello di arginare il fenomeno perverso dei "ricorsi incidentali escludenti". Su tale problematica si è concentrato, quindi, il successivo quarto capitolo, attraverso la ricostruzione del ricco e complesso *excursus* giurisprudenziale che ha determinato una lunga dialettica tra le Corti, culminata con una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia di qualche mese fa. Il quarto capitolo è stato, inoltre, dedicato alla differenza tra interesse finale e interesse strumentale e al peculiare rilievo che tale distinzione assume nell'accesso alla tutela giurisdizionale nelle gare pubbliche.

Il lavoro si è, allora, concluso con una ricognizione delle problematiche esaminate, finalizzata a verificare se possa dirsi intaccato il modello di giurisdizione soggettiva cui è improntato l'ordinamento. Infine, ci si è soffermati sul rapporto tra giudice e legge e sul ruolo interpretativo svolto dall'ordinamento eurounitario, al fine di comprendere in che modo possa essere garantita la piena attuazione del principio di effettività della tutela nel bilanciamento tra esigenze di celerità e garanzie individuali.

My research project stems from a careful study of the procurement discipline and, specifically, from the analysis of the innumerable regulatory changes that have taken place on the subject in recent times, also impacting on the general categories.

The goal I set myself was to reconstruct the current legislative and jurisprudential framework on the subject of public evidence procedures, and in particular the call for tenders, in order to understand how it meets the need to guarantee full protection and effective for the competitors.

The analysis assumes a significant interest as it takes place on two different but inseparably connected levels, the substantial and the procedural, which intersect and shape each other throughout the work. This feature, which is strongly emerging in the field of public procurement, is a reflection of the metamorphosis that has undergone the entire administrative law in recent years sealed by the introduction of the administrative process code, aimed at giving full and concrete satisfaction to private claims.

In order to facilitate the identification of the elements of contrast, I considered it appropriate to introduce my research work with some hints relating to the structure of the administrative process and access to justice, with particular regard to the conditions of the action. They are substantiated in the c.d. legitimacy to appeal - understood as ownership of a legal position external to the trial, qualified, distinct from the *quisque de populo* and referred to an identified recipient, with respect to which the legal system takes care to guarantee jurisdictional protection - and in the interest to appeal, on the basis of which the applicant must have a concrete and actual benefit or usefulness in accepting the appeal for the purpose of filing a claim in court. The second chapter, on the other hand, is dedicated in-depth to the rules governing the call for tenders and to the protection that can be applied in the event of its illegality and consists in the reconstruction of the most significant jurisprudential judgments which, on the basis of the general principles, have interpretatively created a real rule concerning the appeal of the call for tenders.

After having examined the rules governing the call for tenders from a substantive point of view, the third chapter proceeded to analyze the jurisdictional instruments used to protect competitors. Therefore, it was

pointed out that the primary purpose of the legislator was to provide for a faster access to justice, introducing a special ad hoc rite characterized by the loosening of procedural terms and an even more special one concerning the tender introduction phase. The analysis then focused on this rite c.d. super special or super accelerated, highlighting its strengths and critical elements. In particular, it was observed that with this new legislation the legislator had prepared an even more accelerated rite aimed at the preliminary dispute of admissions and exclusions from the procedure, in order to give a rapid protection to the interest linked to the correct formation of the audience of competitors , granting it rapid jurisdictional protection. In the third chapter, the whole existence of the legislation in question is essentially traced, trying to understand the rationale and highlighting how the overt aim of the legislator of the novel was to deflate the litigation and to contain the perverse phenomenon of "incidental claims exclusionary ". The following fourth chapter was then concentrated on this issue, through the reconstruction of the rich and complex jurisprudential excursus that led to a long dialectic between the Courts, culminating with a very recent ruling by the Court of Justice a few months ago. The fourth chapter was also dedicated to the difference between final interest and instrumental interest and to the particular importance that this distinction assumes in accessing jurisdictional protection in public tenders.

The work was then concluded with a survey of the issues examined, aimed at verifying whether the model of subjective jurisdiction to which the legal order is based can be said to be affected. Finally, we focused on the relationship between the judge and the law and on the interpretative role played by the Euro-Union system, in order to understand how the full implementation of the principle of effectiveness of protection can be guaranteed in balancing between the need for speed and individual guarantees .