



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
της 5ης Ιουλίου 2018¹

Υπόθεση C-328/17

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,
Atc Esercizio SpA,
Atp Esercizio Srl,
Riviera Trasporti SpA,
Tpl Linea Srl
κατά
Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,
Regione Liguria**

[αίτηση του Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria
(πρωτοβάθμιου διοικητικού δικαστηρίου Περιφέρειας Λιγουρίας, Ιταλία)
για την έκδοση προδικαστικής απόφασης]

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις – Παραδεκτό – Εξάλειψη του αντικειμένου – Οδηγία 89/665/ΕΟΚ – Διαδικασίες προσφυγής – Συμμετοχή στον διαγωνισμό ως αναγκαία προϋπόθεση για τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής – Ενεργητική νομιμοποίηση του προσφέροντος σε περίπτωση απόλυτης βεβαιότητας περί αδυναμίας του να επιλεγεί»

1. Σε δίκη της οποίας το αντικείμενο εξαλείφθηκε (από νομική άποψη) με αποτέλεσμα, εφόσον παύει να υπάρχει επί της ουσίας διαφορά μεταξύ των διαδίκων, να μην απαιτείται πλέον η έκδοση απόφασης που να επιλύει τη διαφορά αυτή, μπορεί το δικαστήριο που έπρεπε να εκδώσει απόφαση επ' αυτής να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα το οποίο περιορίζεται αποκλειστικώς στο ζήτημα ποιος πρέπει να φέρει τα δικαστικά έξοδα;

2. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει δύο δυνατότητες:

- Αφενός, μπορεί να εφαρμόσει το δικαστικό προηγούμενο που δημιούργησε στην υπόθεση Reinke² και να αποφανθεί ότι, στην περίπτωση αυτή, παρέλκει η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα, το οποίο είναι απαράδεκτο.
- Αφετέρου, μπορεί να παρακάμψει το εμπόδιο αυτό, οπότε θα πρέπει να δώσει απάντηση στο αιτούν δικαστήριο όσον αφορά την ερμηνεία των οδηγιών περί των προσφυγών στον τομέα της συνάψεως δημόσιων συμβάσεων³. Η ερμηνεία αυτή ζητείται από το Δικαστήριο με σκοπό να αντιπαραβληθεί με την προκρινθείσα από τα ανώτατα δικαστήρια της Ιταλίας (Συμβούλιο της

¹ Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

² Διάταξη της 14ης Οκτωβρίου 2010 (C-336/08, μη δημοσιευθείσα, στο εξής: διάταξη Reinke, EU:C:2010:604).

³ Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33), και οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14).

Επικρατείας και Συνταγματικό Δικαστήριο) ερμηνεία σχετικά με την ενεργητική νομιμοποίηση επιχειρήσεως να προσβάλλει πράξεις διαδικασίας διαγωνισμού στην οποία δεν συμμετείχε. Κατά το αιτούν δικαστήριο, ο καταλογισμός των δικαστικών εξόδων της κύριας δίκης θα εξαρτηθεί από την απάντηση που θα δοθεί στο ερώτημα αυτό.

I. Το νομικό πλαίσιο

A. Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η οδηγία 89/665 και η οδηγία 92/13⁴

3. Το άρθρο 1 («Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής») ορίζει τα εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται η οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών [(ΕΕ 2004, L 134, σ. 114)], εκτός εάν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται κατ' εφαρμογήν των άρθρων 10 έως 18 της ανωτέρω οδηγίας [της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1), εκτός αν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται σύμφωνα με το άρθρο 5 παράγραφος 2, τα άρθρα 18 έως 26, τα άρθρα 29 και 30 ή το άρθρο 62 της εν λόγω οδηγίας].

Οι συμβάσεις κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας περιλαμβάνουν τις δημόσιες συμβάσεις [τις συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών], τις συμφωνίες-πλαίσιο, τις συμβάσεις παραχώρησης δημόσιων έργων και τα δυναμικά συστήματα αγορών.

Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/ΕΚ [της οδηγίας 2004/17/ΕΚ], οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία.

2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που ισχυρίζονται ότι υπέστησαν ζημία στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που εφαρμόζουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων.

3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατόν να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση.

[...]

⁴ Όπως τροποποιήθηκαν με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31). Θέτω εντός αγκυλών τις διαφορές του γράμματος της οδηγίας 92/13 σε σχέση με την αντίστοιχη διατύπωση της οδηγίας 89/665.

4. Το άρθρο 2 («Απαιτήσεις για τις διαδικασίες προσφυγής») ορίζει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζει το άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

[...]

β) να ακυρώσουν ή να διασφαλίσουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, και ιδίως να καταργούν τις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοδοτικές προδιαγραφές που εισάγουν διακρίσεις και περιλαμβάνονται στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, στις συγγραφές υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία σύναψης της συγκεκριμένης σύμβασης [που περιέχονται στη διακήρυξη της δημοπρασίας, στην ενδεικτική περιοδική διακήρυξη, στη διακήρυξη σχετικά με την ύπαρξη συστήματος προεπιλογής, στην πρόσκληση υποβολής προσφορών, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με την εν λόγω διαδικασία σύναψης της σύμβασης].

[...]».

2. Ο κανονισμός 1370/2007⁵

5. Το άρθρο 5 («Ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας») ορίζει τα εξής:

«1. Οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας ανατίθενται σύμφωνα με τους κανόνες που καθορίζονται στον παρόντα κανονισμό. Ωστόσο, οι συμβάσεις υπηρεσιών ή οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας, όπως ορίζονται με την οδηγία 2004/17/EK ή την οδηγία 2004/18/EK, για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με το λεωφορείο ή το τραμ, ανατίθενται σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπουν οι εν λόγω οδηγίες, εφόσον οι συμβάσεις αυτές δεν λαμβάνουν μορφή συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά τα οριζόμενα στις οδηγίες αυτές. Όταν οι συμβάσεις ανατίθενται σύμφωνα με τις οδηγίες 2004/17/EK ή 2004/18/EK, οι διατάξεις των παραγράφων 2 έως 6 του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζονται.

[...]

7. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα απαιτούμενα μέτρα με σκοπό να εξασφαλίσουν ότι οι αποφάσεις που λαμβάνονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 έως 6 μπορούν να αναθεωρηθούν με αποτελεσματικότητα και ταχύτητα, μετά από αίτημα ατόμου που έχει ή είχε συμφέρον να συνάψει συγκεκριμένη σύμβαση [και] που ζημιώθηκε ή κινδυνεύει να ζημιωθεί από κατ' ισχυρισμόν παράβαση, με την αιτιολογία ότι αυτές οι αποφάσεις έχουν παραβιάσει το κοινοτικό δίκαιο ή τους εθνικούς κανόνες περί εφαρμογής του.

[...]»

5 Κανονισμός (ΕΚ) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Οκτωβρίου 2007, για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές και την κατάργηση των κανονισμών του Συμβουλίου (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 και (ΕΟΚ) αριθ. 1107/70 (ΕΕ 2007, L 315, σ. 1).

B. Το ιταλικό δίκαιο

*1. Νομοθετικό διάταγμα 138 της 13ης Αυγούστου 2011*⁶

6. Δυνάμει του άρθρου 3bis, κατά κανόνα, κλίμακα αναφοράς για την παροχή των τοπικών δημόσιων υπηρεσιών είναι η επαρχία.

*2. Νόμος Περιφέρειας Λιγουρίας αριθ. 33 της 7ης Νοεμβρίου 2013*⁷

7. Κατά το άρθρο 9, παράγραφος 1, και το άρθρο 14, παράγραφος 1, η παροχή της υπηρεσίας ανατίθεται ως ενιαία παρτίδα για το σύνολο της περιφέρειας⁸.

*3. Codice del processo amministrativo (κώδικας διοικητικής δικονομίας)*⁹

8. Το άρθρο 26 («Δικαστικά έξοδα») προβλέπει τα εξής:

«1. Κατά την έκδοση απόφασης, το δικαστήριο αποφαινεται επίσης επί των δικαστικών εξόδων, σύμφωνα με τα άρθρα 91, 92, 93, 94, 96 και 97 του κώδικα πολιτικής δικονομίας, λαμβάνοντας επίσης υπόψη την τήρηση των αρχών της σαφήνειας και της περιεκτικότητας στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 3, παράγραφος 2. Εν πάση περιπτώσει, το δικαστήριο δύναται επίσης να καταδικάσει αυτεπαγγέλτως τον ηττηθέντα διάδικο να καταβάλει στον αντίδικο ποσό το οποίο καθορίζεται βάσει της αρχής της επείκειας και το οποίο δεν υπερβαίνει το διπλάσιο των καταβληθέντων εξόδων, σε περίπτωση που τα όσα προβάλλει είναι προδήλως αβάσιμα.

[...]»

9. Το άρθρο 39, παράγραφος 1, προβλέπει τα εξής:

«Για κάθε ζήτημα το οποίο δεν ρυθμίζεται από τον παρόντα κώδικα εφαρμόζονται οι διατάξεις του κώδικα πολιτικής δικονομίας, στο μέτρο που συμβιβάζονται προς γενικές αρχές ή αποτελούν έκφρασή τους».

*4. Codice di procedura civile (κώδικας πολιτικής δικονομίας)*¹⁰

10. Το άρθρο 91 θεσπίζει την αρχή της αντικειμενικής ήττας για τον καταλογισμό των δικαστικών εξόδων.

11. Το άρθρο 92 διευκρινίζει τα εξής:

«Το δικαστήριο, στην απόφαση που εκδίδει σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, δύναται να μην επιδικάσει τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε ο νικήσας διάδικος εάν εκτιμά ότι αυτά ήταν υπερβολικά ή μη αναγκαία [...]»

6 Gazzetta Ufficiale 188, της 13ης Αυγούστου 2011, επικυρωθέν, με τροποποιήσεις, από τον νόμο 148 της 14ης Σεπτεμβρίου 2011.

7 Bollettino Ufficiale 17, της 8ης Νοεμβρίου 2013· στο εξής: νόμος Περιφέρειας Λιγουρίας 33/2013.

8 Τα άρθρα αυτά δεν παρήγαγαν αποτελέσματα λόγω του νόμου Περιφέρειας Λιγουρίας 19, της 9ης Αυγούστου 2016, περί «τροποποιήσεων του νόμου Περιφέρειας Λιγουρίας 33 της 7ης Νοεμβρίου 2013 (μεταρρύθμιση του περιφερειακού και τοπικού συστήματος δημόσιων μεταφορών) και άλλων τροποποιήσεων της νομοθεσίας για τις τοπικές δημόσιες μεταφορές» (Gazzetta Ufficiale 11, της 18ης Μαρτίου 2017· στο εξής: νόμος Περιφέρειας Λιγουρίας 19/2016).

9 Decreto legislativo [νομοθετικό διάταγμα] 104, της 2ας Ιουλίου 2010 (Gazzetta Ufficiale 156, της 7ης Ιουλίου 2010).

10 Regio Decreto [βασιλικό διάταγμα] 1443, της 28ης Οκτωβρίου 1940 (Gazzetta Ufficiale 253, της 28ης Οκτωβρίου 1940).

Εάν η αγωγή γίνει μερικώς δεκτή, εάν το επίμαχο ζήτημα είναι εντελώς νέο ή εάν μεταβάλλεται η νομολογία όσον αφορά τα υποβληθέντα στο δικαστήριο ζητήματα, το δικαστήριο δύναται να συμψηφίσει, εν όλω ή εν μέρει, τα έξοδα μεταξύ των διαδίκων.

[...]»

12. Το άρθρο 100 έχει ως εξής:

«Για την άσκηση αγωγής ή για την αντίκρουσή της πρέπει να στοιχειοθετείται σχετικό συμφέρον».

II. Το ιστορικό της διαφοράς και το προδικαστικό ερώτημα

13. Η Περιφέρεια Λιγουρίας δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* της 3ης Ιουνίου 2015¹¹, μέσω της Περιφερειακής υπηρεσίας τοπικών δημόσιων μεταφορών [Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale], «προκήρυξη για την επιλογή οικονομικών φορέων» που θα παρείχαν, στο έδαφός της, τη δημόσια υπηρεσία χερσαίων επιβατικών μεταφορών, σύμφωνα με τον νόμο Περιφέρειας Λιγουρίας 33/2013 και τον κανονισμό 1370/2007.

14. Διάφορες επιχειρήσεις (στο εξής: AMT) οι οποίες παρείχαν υπηρεσίες χερσαίων δημόσιων μεταφορών στην περιφέρεια, σε επαρχιακή ή υποεπαρχιακή κλίμακα, προσέβαλαν τις πράξεις της διαδικασίας διαγωνισμού ενώπιον του Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (πρωτοβάθμιου διοικητικού δικαστηρίου Περιφέρειας Λιγουρίας, Ιταλία)¹². Προς στήριξη του αιτήματός τους, υποστήριξαν ότι, λόγω του καθορισμού της περιφέρειας ως μοναδικού εδαφικού πεδίου για την παροχή της υπηρεσίας, είχαν πρακτικά μηδενικές πιθανότητες να τους ανατεθεί η σύμβαση.

15. Καθόσον αμφισβητήθηκε η συμβατότητα του νόμου Περιφέρειας Λιγουρίας 33/2013 με το ιταλικό Σύνταγμα, το TAR Λιγουρίας υπέβαλε, στις 21 Ιανουαρίου 2016, «ερώτημα περί συνταγματικότητας» ενώπιον του Corte Costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου, Ιταλία).

16. Ενόσω εκκρεμούσε η διαδικασία ελέγχου της συνταγματικότητας, η Περιφέρεια Λιγουρίας εξέδωσε νέο νόμο¹³ με τον οποίο κατάργησε τη χρήση της περιφέρειας ως εδαφικού πεδίου για την παροχή της υπηρεσίας χερσαίων μεταφορών. Δεδομένης της καταργήσεως αυτής, η αρμόδια αρχή δεν έδωσε συνέχεια στη διαδικασία διαγωνισμού, ακυρώνοντας τον διαγωνισμό αυτό.

17. Παρά ταύτα, το Corte Costituzionale [Συνταγματικό Δικαστήριο] εξέδωσε, στις 22 Νοεμβρίου 2016, την απόφαση υπ' αριθ. 245/2016, με την οποία έκρινε απαράδεκτο το ερώτημα που υπέβαλε το TAR Λιγουρίας, με το σκεπτικό ότι η AMT δεν νομιμοποιούνταν ενεργητικώς να προσφύγει κατά των πράξεων της διαδικασίας διαγωνισμού, στην οποία δεν είχε συμμετάσχει.

11 ΕΕ 2015, S 105, της 3ης Ιουνίου 2015, προκήρυξη αριθ. 191825. Της προκηρύξεως αυτής προηγήθηκε έτερη «ενδεικτική προκήρυξη» της 18ης Φεβρουαρίου 2014 (2014/S 038-063550), η οποία παρέπεμπε στην οδηγία 2004/17.

12 Στο εξής: TAR Λιγουρίας.

13 Βλ. υποσημείωση 8 των παρουσών προτάσεων.

18. Το Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) αιτιολόγησε την απόφασή του ως εξής:

«Κατά το αιτούν δικαστήριο, οι προσφεύγουσες, επιχειρήσεις οι οποίες ήταν ήδη ανάδοχοι συμβάσεων παροχής υπηρεσιών δημόσιων μεταφορών σε επαρχιακή κλίμακα, δεν συμμετείχαν στον ανεπίσημο διαγωνισμό που προκήρυξε η περιφερειακή διοίκηση, βάσει του άρθρου 30 του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 [14], αλλά περιορίστηκαν στο να προσβάλουν την προκήρυξη για την επιλογή των οικονομικών φορέων η οποία περιέχει πρόσκληση εκδηλώσεως ενδιαφέροντος, στο μέτρο που προβλέπει ανάθεση της σύμβασης σε επίπεδο περιφέρειας και σε μία και μόνη παρτίδα.

Κατά πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, επιχείρηση η οποία δεν συμμετέχει στη διαδικασία διαγωνισμού δεν μπορεί να προσβάλλει την εν λόγω διαδικασία ούτε την ανάθεση σε τρίτες επιχειρήσεις, καθόσον η ουσιαστική νομική θέση της δεν έχει αρκούντως ιδιαίτερο χαρακτήρα, δεδομένου ότι βασίζεται σε απλό πραγματικό ενδιαφέρον (απόφαση 2507 του Συμβουλίου της Επικρατείας, τρίτο τμήμα, της 10ης Ιουνίου 2016· απόφαση 491 του Συμβουλίου της Επικρατείας, τρίτο τμήμα, της 2ας Φεβρουαρίου 2015· απόφαση 6048 του Συμβουλίου της Επικρατείας, έκτο τμήμα, της 10ης Δεκεμβρίου 2014· απόφαση 9 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 25ης Φεβρουαρίου 2014, και απόφαση 4 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 7ης Απριλίου 2011).

Υφίσταται επίσης πάγια νομολογία κατά την οποία “οι προσκλήσεις υποβολής προσφορών, οι προκηρύξεις διαγωνισμών και οι έγγραφες προσκλήσεις προσβάλλονται κανονικά μαζί με τις πράξεις των οποίων αποτελούν τη βάση εφαρμογής, δεδομένου ότι αυτές είναι οι πράξεις που προσδιορίζουν συγκεκριμένα τα πρόσωπα που θίγονται από τη διαδικασία, ενώ ταυτοχρόνως καθιστούν πραγματική και συγκεκριμένη τη ζημία που υπέστη προσωπικά ο ενδιαφερόμενος” (απόφαση 1 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 29ης Ιανουαρίου 2003).

Εξαίρεση στους κανόνες αυτούς, οι οποίοι προκύπτουν από την απλή εφαρμογή στις διαδικασίες διαγωνισμών των γενικών αρχών περί ενεργητικής νομιμοποίησης και έννομου συμφέροντος για την άσκηση προσφυγής, συνιστούν οι περιπτώσεις στις οποίες η προσφυγή βάλλει κατά της απουσίας διαγωνισμού ή προκηρύξεως διαγωνισμού ή οι περιπτώσεις στις οποίες η προσφυγή βάλλει κατά ρητρών της προκηρύξεως του διαγωνισμού οι οποίες εισάγουν ευθέως αποκλεισμό ή, τέλος, ρητρών που επιβάλλουν καθήκοντα προδήλως ακατανόητα ή εντελώς δυσανάλογα ή που καθιστούν αδύνατη την υποβολή της προσφοράς (απόφαση 2507 του Συμβουλίου της Επικρατείας, τρίτο τμήμα, της 10ης Ιουνίου 2016· απόφαση 5862 του Συμβουλίου της Επικρατείας, πέμπτο τμήμα, της 30ής Δεκεμβρίου 2015· απόφαση 5181 του Συμβουλίου της Επικρατείας, πέμπτο τμήμα, της 12ης Νοεμβρίου 2015· απόφαση 9 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 25ης Φεβρουαρίου 2014, και απόφαση 4 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 7ης Απριλίου 2011).

Σε τέτοιες περιπτώσεις, η αίτηση συμμετοχής στη διαδικασία δεν έχει σημασία για την προσβολή της, είτε διότι δεν υφίσταται διαγωνισμός είτε διότι η προσβολή του διαγωνισμού επί της αρχής ή η αδυναμία συμμετοχής σε αυτόν δημιουργούν αφ’ εαυτών ιδιαίτερη νομική κατάσταση (αντιστοίχως, για την επιχείρηση η οποία ευρίσκεται σε νομική κατάσταση που δεν συμβιβάζεται με την προκήρυξη της νέας διαδικασίας και για την επιχείρηση του οικείου τομέα η οποία εμποδίστηκε να συμμετάσχει) η οποία συνεπάγεται πραγματική και συγκεκριμένη ζημία (απόφαση 4 της ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, της 7ης Απριλίου 2011).

14 Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. [Νομοθετικό διάταγμα 163, της 12ης Απριλίου 2006 (Gazzetta Ufficiale 100 της 2ας Μαΐου 2006· στο εξής νομοθετικό διάταγμα 163/2006 ή κώδικας δημόσιων συμβάσεων)].

Η εξεταζόμενη στην υπό κρίση υπόθεση περίπτωση δεν εμπίπτει στις εξαιρετικές αυτές περιπτώσεις, όπως συνάγεται από το σκεπτικό της διατάξεως περί παραπομπής, στο οποίο επισημαίνεται ότι οι προσβαλλόμενες ρήτρες έχουν επίπτωση στις πιθανότητες αναθέσεως της συμβάσεως στις προσφεύγουσες, πιθανότητες οι οποίες “μειώνονται σε βαθμό ουσιαστικής εξαλείψεως”, ενώ σε διαγωνισμό ο οποίος θα πραγματοποιούνταν σε επίπεδο επαρχίας και θα υποδιαιρούνταν σε παρτίδες οι προσφεύγουσες “θα είχαν πολλές πιθανότητες να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη υπηρεσία, έστω και λόγω του πλεονεκτήματος και μόνο που συνιστά το γεγονός ότι διαχειρίζονταν προηγουμένως την υπηρεσία αυτή”.

Από το εν λόγω σκεπτικό δεν προκύπτει η ύπαρξη πραγματικού και ουσιαστικού εμποδίου συμμετοχής στον διαγωνισμό αλλά μόνο υποθετική ενδεχόμενη ζημία, για την οποία μπορούν να ασκήσουν προσφυγή μόνο όσοι συμμετείχαν στη διαδικασία, αποκλειστικώς και μόνο κατά το πέρας της, σε περίπτωση μη αναθέσεως της συμβάσεως σε αυτούς».

19. Το TAR Λιγουρίας αμφιβάλλει για το κατά πόσον η ως άνω ερμηνεία του Corte Costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου) συμβιβάζεται με την οδηγία 89/665. Για τον λόγο αυτό, καίτοι δεν δόθηκε συνέχεια στην προκήρυξη του διαγωνισμού, το TAR Λιγουρίας εκτιμά ότι, προκειμένου να αποφανθεί σχετικά με τον καταλογισμό των δικαστικών εξόδων, είναι σκόπιμη η έκδοση προδικαστικής αποφάσεως από το Δικαστήριο.

20. Κατά το αιτούν δικαστήριο, δύο περιπτώσεις είναι δυνατές.

- «εάν κριθεί ότι η προσφυγή ακυρώσεως η οποία βάλλει κατά ολόκληρης της διαδικασίας διαγωνισμού εμπίπτει σε μια από τις εξαιρετικές περιπτώσεις στις οποίες θεωρείται ότι ο οικονομικός φορέας που δεν συμμετείχε στον διαγωνισμό νομιμοποιείται ενεργητικώς, η δίκη θα πρέπει να λήξει με την έκδοση αποφάσεως που θα διαπιστώνει την εξάλειψη του αντικειμένου της διαφοράς λόγω της εκδόσεως του Legge Regionale Liguria 19/2016 [...]. Τα δικαστικά έξοδα και το ενιαίο παράβολο [...] θα επιβαρύνουν [...] την καθής και θα πρέπει να αποδοθούν στις προσφεύγουσες».
- «αντιθέτως, εάν γίνει δεκτή η ερμηνεία που προκρίθηκε με την απόφαση 245/2016 του Corte Costituzionale και εάν, επομένως, θεωρηθεί ότι οι προσφεύγουσες εταιρίες δεν νομιμοποιούνται ενεργητικώς να προσβάλουν τις πράξεις του διαγωνισμού, η δίκη θα πρέπει να λήξει με διαπίστωση του απαραδέκτου της προσφυγής ελλείψει εννόμου συμφέροντος, με επακόλουθη καταδίκη των προσφευγουσών στα δικαστικά έξοδα».

21. Υπό τις προεκτεθείσες περιστάσεις, το TAR Λιγουρίας υποβάλλει το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Προσक्रούει στο άρθρο 1, παράγραφοι 1, 2 και 3, και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία αναγνωρίζει τη δυνατότητα προσβολής των πράξεων διαδικασίας διαγωνισμού μόνο στους οικονομικούς φορείς που υπέβαλαν αίτηση συμμετοχής στην εν λόγω διαδικασία, ακόμη και όταν με την ένδικη προσφυγή επιδιώκεται η επί της αρχής αμφισβήτηση της διαδικασίας, καθόσον από τους όρους του διαγωνισμού προκύπτει εξαιρετικά υψηλή πιθανότητα μη αναθέσεως της συμβάσεως;»

III. Συνοπτική έκθεση των παρατηρήσεων των διαδίκων

22. Η Ιταλική Κυβέρνηση αμφισβητεί το παραδεκτό του προδικαστικού ερωτήματος προβάλλοντας τα ακόλουθα επιχειρήματα:

- καταρχάς διότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 ορίζει το πεδίο εφαρμογής της διά παραπομπής στην οδηγία 2004/18. Δεδομένου ότι ο επίμαχος διαγωνισμός είχε ως αντικείμενο την ανάθεση παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας χερσαίων μεταφορών, η οδηγία 2004/18 δεν έχει εφαρμογή, όπως και η οδηγία 89/665.
- δεύτερον, ακόμη και αν γίνει δεκτό το αντίθετο, η εφαρμογή της οδηγίας 89/665 βασίζεται σε παράβαση των ουσιαστικών κανόνων της οδηγίας 2004/18. Το αιτούν δικαστήριο δεν προσδιόρισε τις διατάξεις που παραβιάστηκαν, κάνοντας λόγο αορίστως για πιθανό υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού, χωρίς να προσδιορίσει τις θιγείσες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης.

23. Επί της ουσίας, η Ιταλική Κυβέρνηση επισημαίνει ότι, κατά κανόνα, όποιος απέσχε, ελεύθερα και οικειοθελώς, από τη συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού δεν νομιμοποιείται ενεργητικώς να ζητήσει την ακύρωσή της. Εντούτοις, προβλέπονται εξαιρέσεις για τις περιπτώσεις κατά τις οποίες προσβάλλεται: i) η προκήρυξη του διαγωνισμού επί της αρχής· ii) η μη προκήρυξη διαγωνισμού, λόγω απευθείας αναθέσεως της συμβάσεως από τη διοίκηση· και iii) μία ή περισσότερες από τις ρήτρες της προκηρύξεως του διαγωνισμού διότι θεωρείται ότι αποκλείουν ευθέως υποψηφίους. Η Ιταλική Κυβέρνηση εκτιμά ότι το σύστημα αυτό συνάδει πλήρως προς τις νομολογιακές αρχές που διαμορφώθηκαν στην απόφαση *Grossmann Air Service*¹⁵.

24. Η Ιταλική Κυβέρνηση καταλήγει στο συμπέρασμα ότι, στην προκειμένη περίπτωση, το Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) εκτίμησε ότι οι πιθανότητες της ATM δεν ήταν ανύπαρκτες αλλά απλώς μειωμένες και, επομένως, το κατά πόσον υπήρχε δυνατότητα επιλογής της μπορούσε να κριθεί μόνο κατόπιν της λήξεως της διαδικασίας διαγωνισμού, στην οποία αυτή έπρεπε να είχε συμμετάσχει.

25. Η Τσεχική Κυβέρνηση, επικαλούμενη επίσης την απόφαση *Grossmann*, προβάλλει ότι, εάν οι δυνητικοί προσφέροντες υφίστανται διάκριση, πρέπει να αναγνωρίζονται ως νομιμοποιούμενοι ενεργητικώς να προσβάλουν τις ρήτρες οι οποίες εισάγουν διάκριση. Εάν η προσφυγή τους γίνει δεκτή, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στην ανάθεση της συμβάσεως, έχοντας εξασφαλίσει την αναθεώρηση των πράξεων του διαγωνισμού κατά την πρώτη φάση του, χωρίς να αναμείνουν την τελική έκβασή του.

26. Κατά την Ισπανική Κυβέρνηση, η οδηγία 89/665 θεσπίζει ελάχιστα επίπεδα προσβάσεως στις διαδικασίες προσφυγής, απόκειται δε στο εθνικό δίκαιο να διαμορφώσει τις διαδικασίες αυτές εντός των ορίων των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας. Η Ισπανική Κυβέρνηση επικεντρώνει την ανάλυση στην αρχή της αποτελεσματικότητας και εκτιμά ότι αυτή δεν παραβιάζεται, δεδομένου ότι το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 απαιτεί να υπέστη ή να ενδέχεται να υποστεί ζημία ο ενδιαφερόμενος από εικαζόμενη παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Αυτό δεν ισχύει στην περίπτωση προσφεύγοντος όσον αφορά τις πράξεις διαγωνισμού στον οποίο δεν συμμετέσχε.

27. Η Ισπανική Κυβέρνηση επισημαίνει ότι η ιταλική νομοθεσία και η νομολογία που την ερμηνεύει παρέχουν μέσα προσβολής της προκηρύξεως, χωρίς να είναι αναγκαία η συμμετοχή στον διαγωνισμό, και ότι η προσφεύγουσα δεν αξιοποίησε τη δυνατότητα να προσφύγει κατά της προκηρύξεως του διαγωνισμού. Επομένως, δεν δικαιολογείται να προσφύγει πλέον κατά των πράξεων διαδικασίας διαγωνισμού στον οποίο δεν συμμετέσχε.

¹⁵ Απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2004 (C-230/02, στο εξής: απόφαση *Grossmann*, EU:C:2004:93).

28. Κατά την Επιτροπή, το υποβληθέν προδικαστικό ερώτημα είναι απαράδεκτο ως υποθετικό, καθόσον εξαλείφθηκε το αντικείμενο της κύριας δίκης.

29. Επί της ουσίας, η Επιτροπή αναλύει την απόφαση Grossmann και εκθέτει ότι οι εθνικοί κανόνες που ρυθμίζουν τις προσφυγές πρέπει να τηρούν την αρχή της αποτελεσματικότητας και να μη θίγουν την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, την οποία ενισχύει το άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

30. Κατά την Επιτροπή, η νομολογία του Corte Costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου) αντιβαίνει στην εν λόγω αρχή καθόσον απαιτεί απόλυτη βεβαιότητα περί αποκλεισμού από τον διαγωνισμό για την εφαρμογή των εξαιρέσεων όσον αφορά την ενεργητική νομιμοποίηση του προσφεύγοντος που δεν συμμετέσχε σε αυτόν. Το Δικαστήριο δεν απαίτησε να αποδεικνύεται απόλυτη βεβαιότητα, αλλά μόνο πιθανότητα.

IV. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

31. Η διάταξη περί παραπομπής περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 31 Μαΐου 2017.

32. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν η Ιταλική, η Ισπανική και η Τσεχική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Μόνον η Ιταλική Κυβέρνηση και η Επιτροπή παρέστησαν στην επ' ακροατηρίου συζήτηση της 26ης Απριλίου 2018.

V. Εκτίμηση

A. Επί του παραδεκτού του προδικαστικού ερωτήματος

33. Το προδικαστικό ερώτημα αφορά κατ' ουσίαν την ενεργητική νομιμοποίηση για την άσκηση προσφυγής προσώπου το οποίο, όπως η AMT, δεν υπέβαλε υποψηφιότητα για να του κατακυρωθεί δημόσιος διαγωνισμός καθόσον θεώρησε ότι υπήρχε πολύ μεγάλη πιθανότητα να μην επιλεγεί.

34. Όπως προεκτέθηκε, το αντικείμενο της διαφοράς ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου εξαλείφθηκε συνεπεία νομοθετικής μεταρρυθμίσεως, κατόπιν της οποίας η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να μη δώσει συνέχεια στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Εντούτοις, κατά το εθνικό δικαστήριο, η προδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου παραμένει αναγκαία για να μπορέσει το ίδιο να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων.

35. Κατά την οικονομία του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, σκοπός της προδικαστικής παραπομπής είναι να παρασχεθούν στο εθνικό δικαστήριο οι αναγκαίες κατευθύνσεις ώστε να αποφανθεί επί διαφοράς στην οποία ανακύπτουν αμφιβολίες όσον αφορά την ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης.

36. Ήδη από την αρχή των ανά χείρας προτάσεων υπενθύμισα ότι το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να αποφανθεί επί παρεμφερούς περιπτώσεως, στην οποία είχε εξαλειφθεί το αντικείμενο της κύριας δίκης και η προδικαστική απόφαση ήταν χρήσιμη μόνο για τον καταλογισμό των εξόδων.

37. Συγκεκριμένα, στη διάταξη Reinke διαπιστώθηκε ότι ο καταλογισμός των εξόδων εξαρτώνταν από την απόφαση στην κύρια δίκη στο πλαίσιο της οποίας είχαν υποβληθεί τα προδικαστικά ερωτήματα. Κατόπιν της επιλύσεως της διαφοράς αυτής, παρείλκε πλέον η απάντηση στα ερωτήματα που είχαν υποβληθεί αποκλειστικώς ως προς τα δικαστικά έξοδα¹⁶.

¹⁶ Σκέψη 16.

38. Φρονώ ότι η συλλογιστική της διατάξεως Reinke είναι άψογη¹⁷ και συνάδει προς άλλες εκδηλώσεις της ίδιας αρχής (για παράδειγμα, βάσει του άρθρου 58 του Οργανισμού του Δικαστηρίου, η αίτηση αναιρέσεως δεν μπορεί να αφορά αποκλειστικώς τον καταλογισμό και το ύψος της δικαστικής δαπάνης). Εάν το αντικείμενο της δίκης στην οποία έπρεπε να εφαρμοστεί ο κανόνας της Ένωσης εξαλειφθεί μεταγενέστερα, η διαφορά μεταξύ των διαδίκων παύει να υφίσταται και η ερμηνεία κανόνα της Ένωσης από το Δικαστήριο δεν είναι πλέον αναγκαία διότι δεν μπορεί να επηρεάσει την (ανύπαρκτη) διαφορά.

39. Εντούτοις, το TAR Λιγουρίας επισημαίνει ότι η εκτίμηση του Δικαστηρίου σχετικά με την ενεργητική νομιμοποίηση προσφεύγοντος να προσβάλει διαγωνισμό στον οποίο δεν συμμετέσχε έχει σημασία για να μπορέσει το ίδιο να αποφανθεί σχετικά με τον καταλογισμό και το ύψος των εξόδων της καταργηθείσας δίκης.

40. Εκτιμώ ότι η έμμεση αυτή σχέση δεν αρκεί για να διαπιστωθεί επαρκής σύνδεσμος με το δίκαιο της Ένωσης. Στην πραγματικότητα, το υπό κρίση εν προκειμένω ζήτημα δεν εμπίπτει στον τομέα των διοικητικών συμβάσεων, αλλά στον τομέα των δικαστικών εξόδων. Εκτός εν εφαρμόζεται στα εν λόγω έξοδα κανόνας του δικαίου της Ένωσης (όπως συμβαίνει σε συγκεκριμένους ουσιαστικούς τομείς, στους οποίους θα αναφερθώ εν συνεχεία), η απόφαση επί των εξόδων βασίζεται αποκλειστικώς στο εθνικό δίκαιο και όχι στο δίκαιο της Ένωσης.

41. Το σκεπτικό που υπαγόρευσε τη διάταξη Reinke συνδέεται με τη λειτουργία της προδικαστικής παραπομπής: η ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης πρέπει να είναι αναγκαία για να μπορέσει το εθνικό δικαστήριο να επιλύσει την ενώπιόν του διαφορά (σκέψη 13 της προπαρατεθείσας διατάξεως) και, επομένως, η κατάργηση της διαφοράς καθιστά περιττή την απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα (σκέψη 16).

42. Το δίκαιο της Ένωσης δεν προβλέπει εναρμονισμένη ρύθμιση των δικαστικών εξόδων, των οποίων ο καταλογισμός εμπίπτει εξ ολοκλήρου στις αρμοδιότητες των κρατών μελών. Ο νομοθέτης της Ένωσης επέδειξε βούληση να παρέμβει στο ζήτημα αυτό μόνο σε ορισμένους τομείς, είτε για την αποφυγή απαγορευτικού κόστους που μπορεί να αποτρέψει την πρόσβαση στη δικαιοσύνη σε τομέα της έννομης τάξεως¹⁸ είτε για τη διασφάλιση της επιδικάσεως ανάλογων και εύλογων δικαστικών εξόδων στον διάδικο του οποίου τα δικαιώματα εθίγησαν, επίσης σε ορισμένους ουσιαστικούς τομείς¹⁹.

43. Ακόμη και στις περιπτώσεις στις οποίες το δίκαιο της Ένωσης πραγματεύεται τη ρύθμιση των δικαστικών εξόδων, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι, «αν δεν προβλέπεται άλλως με διάταξη του δικαίου της Ένωσης, τα κράτη μέλη υποχρεούνται, κατά τη μεταφορά οδηγίας, να διασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητά της, ενώ διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή των σχετικών μέσων». Σχετικά με την τότε κρινόμενη υπόθεση, όσον αφορά το δικαίωμα στο περιβάλλον, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι έπρεπε «να λαμβάνονται υπόψη όλες οι κρίσιμες διατάξεις του εθνικού δικαίου και ειδικότερα η τυχόν ύπαρξη, αφενός, εθνικού συστήματος παροχής ευεργετήματος πενίας και, αφετέρου, ενός καθεστώτος για τον εκ των προτέρων περιορισμό της ευθύνης για τα δικαστικά έξοδα», καθώς και «οι αισθητές αποκλίσεις μεταξύ των οικείων εθνικών ρυθμίσεων»²⁰.

17 Αναμφίβολα, μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι περιστάσεις της υποθέσεως Reinke δεν είναι πανομοιότυπες με αυτές της υπό κρίση υποθέσεως. Εκτιμώ όμως ότι, παρά τις κάποιες επουσιώδεις διαφορές, είναι αναμφισβήτητη η αναλογία μεταξύ των δύο υποθέσεων.

18 Άρθρο 10α της οδηγίας 85/337/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 27ης Ιουνίου 1985, για την εκτίμηση των επιπτώσεων ορισμένων σχεδίων δημοσίων και ιδιωτικών έργων στο περιβάλλον (ΕΕ 1985, L 175, σ. 40), και άρθρο 15α της οδηγίας 96/61/ΕΚ του Συμβουλίου, της 24ης Σεπτεμβρίου 1996, σχετικά με την ολοκληρωμένη πρόληψη και έλεγχο της ρύπανσης (ΕΕ 1996, L 257, σ. 26).

19 Άρθρο 14 της οδηγίας 2004/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 29ης Απριλίου 2004, σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας (ΕΕ 2004, L 157, σ. 45), και άρθρο 6, παράγραφος 3, της οδηγίας 2011/7/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 2011, για την καταπολέμηση των καθυστερήσεων πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές (ΕΕ 2011, L 48, σ. 1).

20 Απόφαση της 11ης Απριλίου 2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, σκέψεις 37 και 38).

44. Εφόσον το ευρύ αυτό περιθώριο εκτιμήσεως, σε συνδυασμό με την αναγνώριση των ιδιαιτεροτήτων κάθε εθνικού συστήματος, προβλέπεται για τις περιπτώσεις στις οποίες το δίκαιο της Ένωσης ασκεί επιρροή στη ρύθμιση των δικαστικών εξόδων, η ελευθερία των κρατών μελών θα είναι ακόμη μεγαλύτερη σε τομέα μη ρυθμιζόμενο από το δίκαιο της Ένωσης.

45. Στην υπό κρίση υπόθεση, εφόσον υπήρχε διαμάχη σχετικά με τα έξοδα²¹, αυτή θα αφορούσε αποκλειστικώς την ερμηνεία των κανόνων του εσωτερικού δικαίου που ρυθμίζουν την κατανομή τους μεταξύ των διαδίκων, καθώς και τις εξουσίες του δικαστηρίου να τα προσδιορίσει. Σε περίπτωση διαφοράς περιοριζόμενης στα εν λόγω δικαστικά έξοδα, το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να παράσχει τις κατευθύνσεις για την επίλυσή της και όχι το δίκαιο της Ένωσης, το οποίο, επαναλαμβάνω, δεν καθορίζει τέτοιους κανόνες στον συγκεκριμένο ουσιαστικό τομέα.

46. Θα ήταν πιθανό, καίτοι δεν υπάρχει εναρμόνιση σε ενωσιακό επίπεδο όσον αφορά τα δικαστικά έξοδα για το συγκεκριμένο είδος διαφορών, τα χαρακτηριστικά της υποθέσεως της κύριας δίκης να μη συμβιβάζονται με την τήρηση των θεμελιωδών κανόνων και των γενικών αρχών της Συνθήκης ΛΕΕ, πλην όμως, προς τούτο, θα ήταν αναγκαίο να διακυβεύεται κάποια από τις βασικές ελευθερίες, κάτι το οποίο δεν υπονοείται καν στη διάταξη περί παραπομπής.

47. Τέλος, χωρίς πρόθεση υποκαταστάσεως του αιτούντος δικαστηρίου στις εκτιμήσεις του ή παρεμβάσεως στην ελευθερία του να επιλέξει οποιαδήποτε μέθοδο από αυτές που παρέχει το εσωτερικό του δίκαιο, οι ως άνω παρατιθέμενοι κανόνες των κωδίκων του πολιτικής δικονομίας και διοικητικής δικονομίας παρέχουν στο αιτούν δικαστήριο επαρκή στήριξη ώστε, ανεξάρτητα από τη λύση που μπορεί να δοθεί τελικώς στο ζήτημα της ενεργητικής νομιμοποίησης των προσφευγουσών, να επιλύσει το ζήτημα του καταλογισμού των εξόδων βάσει αρχών ανεξάρτητων από το ζήτημα αυτό.

48. Συναφώς, αρκεί να υπομνησθεί ότι, βάσει του εσωτερικού δικαίου, όταν «το επίμαχο ζήτημα είναι εντελώς νέο» ή όταν «μεταβάλλεται η νομολογία σε σχέση με τα υποβληθέντα στο δικαστήριο ζητήματα»²², το δικαστήριο δύναται να συμψηφίσει, εν όλω ή εν μέρει, τα έξοδα μεταξύ των διαδίκων. Επομένως, το δικαστήριο διαθέτει, συναφώς, πλήρη ελευθερία επιλογής τόσο εάν, σε συμμόρφωση με την απόφαση του Corte Costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου), απορρίψει την ενεργητική νομιμοποίηση της AMT όσο και εάν τη δεχθεί.

49. Ως εκ τούτου, εκτιμώ ότι το προδικαστικό ερώτημα είναι απαράδεκτο καθόσον η απάντηση του Δικαστηρίου δεν είναι αναγκαία, το δε Δικαστήριο είναι αναρμόδιο να αποφανθεί επί της εφαρμογής του ιταλικού συστήματος δικαστικών εξόδων, το οποίο έχει αμιγώς εθνικό χαρακτήρα.

B. Επί της ουσίας

50. Επικουρικώς, για την περίπτωση που το Δικαστήριο δεχθεί να απαντήσει στο προδικαστικό ερώτημα επί της ουσίας, θα εκθέσω την άποψή μου επ' αυτού. Καταρχάς, θα επιχειρήσω να οριοθετήσω το ισχύον νομικό πλαίσιο και, εν συνεχεία, θα προτείνω λύση στο τεθέν ερώτημα.

21 Το αιτούν δικαστήριο δεν παρέχει πληροφορίες από τις οποίες να προκύπτει αντιπαράθεση μεταξύ των διαδίκων όσον αφορά τον καταλογισμό και το ύψος των (μελλοντικών) δικαστικών εξόδων. Επιπλέον, κανένας από τους διαδίκους δεν θέλησε να παρέμβει στην προδικαστική διαδικασία, πράγμα που, κατά την άποψή μου, μαρτυρεί περιορισμένο ενδιαφέρον για την έκβασή της.

22 Στη διάταξη περί παραπομπής διευκρινίζεται ότι η νομοθεσία και η προγενέστερη νομολογία του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας) σχετικά με την ενεργητική νομιμοποίηση προσώπου που δεν συμμετέχε στον διαγωνισμό ήταν «σύμφωνες με την κοινοτική νομολογία». Κατά το αιτούν δικαστήριο, η κατάσταση μεταβλήθηκε λόγω της αποφάσεως 245/2016 του Corte Costituzionale (Συνταγματικού Δικαστηρίου), «δικαστικού προηγούμενου ύψιστου κύρους», το οποίο ήδη εφαρμόστηκε σε μεταγενέστερες αποφάσεις του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας).

1. Το ισχύον νομικό πλαίσιο

51. Αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού ήταν η ανάθεση της παροχής δημόσιων υπηρεσιών χερσαίων επιβατικών μεταφορών. Το συγκεκριμένο είδος υπηρεσιών εμπίπτει στο ειδικό πεδίο εφαρμογής του κανονισμού 1370/2007, το άρθρο 5 του οποίου ρυθμίζει την «ανάθεση συμβάσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας» στον τομέα των μεταφορών.

52. Από τα στοιχεία της διατάξεως περί παραπομπής δεν μπορεί να συναχθεί με βεβαιότητα αν, στην προκειμένη περίπτωση, επρόκειτο για «σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών» ή για «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών». Καίτοι οι δύο περιπτώσεις έχουν παρεμφερή χαρακτηριστικά²³, διαφέρουν ως προς την αντιπαροχή, η οποία, στην περίπτωση των παραχωρήσεων, συνίσταται στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας (είτε σε αποκλειστική βάση είτε σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής) και, στην περίπτωση των συμβάσεων υπηρεσιών, στην καταβολή αμοιβής από την αναθέτουσα αρχή στον πάροχο υπηρεσιών²⁴.

53. Η υπαγωγή της επίμαχης σύμβασης στη μια ή στην άλλη κατηγορία απόκειται στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο, εν αντιθέσει προς το Δικαστήριο, διαθέτει όλα τα πραγματικά στοιχεία για τον σκοπό αυτό. Ο χαρακτηρισμός της σύμβασης θα έχει σημασία για την εξακρίβωση του εφαρμοστέου σε αυτήν νομικού καθεστώτος, λαμβανομένου υπόψη του γράμματος του άρθρου 5, παράγραφος 1, του κανονισμού 1370/2007²⁵.

54. Επομένως, θα εξετάσω στο ζήτημα της ενεργητικής νομιμοποίησης όσον αφορά και τις δύο περιπτώσεις.

α) Παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας μεταφορών

55. Η πρώτη περίπτωση είναι να πρόκειται για παραχώρηση υπηρεσιών, όπως υποστηρίζεται σε ορισμένες γραπτές παρατηρήσεις και όπως θα μπορούσε να συναχθεί από την προκήρυξη του διαγωνισμού, στο μέτρο που παραπέμπει στο άρθρο 30 του κώδικα δημόσιων συμβάσεων, το οποίο ρυθμίζει ακριβώς τις «παραχωρήσεις υπηρεσιών»²⁶.

56. Η Ιταλική Κυβέρνηση στηρίζεται στην ύπαρξη παραχωρήσεως για να αντικρούσει την επίκληση της οδηγίας 89/665. Υποστηρίζει ότι, δεδομένου ότι το άρθρο της 1, παράγραφος 1, καθορίζει το πεδίο εφαρμογής της διά παραπομπής στην οδηγία 2004/18, η οδηγία 2004/18 δεν εφαρμόζεται σε τέτοιες παραχωρήσεις.

23 Βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharspton στην υπόθεση Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, σημείο 26), και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Cruz Villalón στην υπόθεση Norma-A και Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, σημεία 39 επ.).

24 Επιπλέον, ο παραχωρησιούχος αναλαμβάνει τον σχετικό με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας κίνδυνο. Βλ. απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2011, Norma-A και Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, σκέψη 44).

25 «Οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας ανατίθενται σύμφωνα με τους κανόνες που καθορίζονται στον παρόντα κανονισμό. Ωστόσο, οι συμβάσεις υπηρεσιών ή οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας, όπως ορίζονται με την οδηγία 2004/17/EK και την οδηγία 2004/18/EK, για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με το λεωφορείο ή το τραμ, ανατίθενται σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπουν οι εν λόγω οδηγίες, εφόσον οι συμβάσεις αυτές δεν λαμβάνουν μορφή συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά τα οριζόμενα στις οδηγίες αυτές».

26 Κατά τη διάταξη αυτή, «οι διατάξεις του κώδικα δημόσιων συμβάσεων δεν εφαρμόζονται στις παραχωρήσεις υπηρεσιών, με την επιφύλαξη των προβλεπόμενων στο παρόν άρθρο». Στην παράγραφο 3 διαλαμβάνεται η δυνατότητα προκηρύξεως «ανεπίσημης διαδικασίας προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών στην οποία καλούνται να συμμετάσχουν τουλάχιστον πέντε διαγωνιζόμενοι», ως μέθοδος επιλογής του παραχωρησιούχου, διαδικασία η οποία ήταν η προβλεπόμενη στην υπό κρίση υπόθεση.

57. Αντιθέτως, η Επιτροπή προβάλλει ότι, στην Ιταλία, το άρθρο 30, παράγραφος 7, του κώδικα δημόσιων συμβάσεων επεκτείνει την εφαρμογή της οδηγίας 89/665 στις παραχωρήσεις δημόσιων υπηρεσιών. Υφίσταται, επομένως, κοινοτικός σύνδεσμος μεταξύ της εθνικής νομοθεσίας και του δικαίου της Ένωσης, στον οποίο θεμελιώνεται η αρμοδιότητα του Δικαστηρίου προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, κατά πάγια νομολογία²⁷.

58. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η οδηγία 89/665 θα μπορούσε να έχει εφαρμογή. Εντούτοις, «ο σεβασμός των ορίων που προέβλεψε ο εθνικός νομοθέτης όσον αφορά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου σε καθαρά εσωτερικές καταστάσεις, στις οποίες το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζεται μέσω του εθνικού νόμου, εμπίπτει στο εσωτερικό δίκαιο και, κατά συνέπεια, στην αποκλειστική αρμοδιότητα των δικαστηρίων του κράτους μέλους», εναπόκειται δε στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει τα ανωτέρω²⁸.

59. Επιπλέον, η ειδική ρύθμιση της δημόσιας υπηρεσίας χερσαίων επιβατικών μεταφορών στον κανονισμό 1370/2007 υπάγει την ανάθεση των αντίστοιχων παραχωρήσεων στους κανόνες του άρθρου 5, παράγραφοι 2 έως 6, του κανονισμού αυτού και προσθέτει, στην παράγραφο 7, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνονται σύμφωνα με τις ως άνω παραγράφους πρέπει να μπορούν «να αναθεωρηθούν με αποτελεσματικότητα και ταχύτητα, μετά από αίτημα ατόμου που έχει ή είχε συμφέρον να συνάψει συγκεκριμένη σύμβαση ή που ζημιώθηκε ή κινδυνεύει να ζημιωθεί από κατ' ισχυρισμόν παράβαση, με την αιτιολογία ότι αυτές οι αποφάσεις έχουν παραβιάσει το κοινοτικό δίκαιο ή τους εθνικούς κανόνες περί εφαρμογής του».

60. Επισημαίνεται επομένως ότι, ως προς το σημείο αυτό, οι διατάξεις του κανονισμού 1370/2007 και εκείνες του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 συμπίπτουν σε μεγάλο βαθμό. Ευλόγως εκτίθεται, στην αιτιολογική σκέψη 21 του κανονισμού 1370/2007, ότι «[θ]α πρέπει να διασφαλίζεται ουσιαστική νομική προστασία, όχι μόνο όταν πρόκειται για ανάθεση η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής [των οδηγιών 2004/17 και 2004/18], αλλά επίσης και για άλλες συμβάσεις που ανατίθενται σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό. Απαιτείται αποτελεσματική διαδικασία αναθεώρησης, η οποία θα πρέπει να είναι συγκρίσιμη, κατά περίπτωση, προς τις σχετικές διαδικασίες που προβλέπουν η οδηγία 89/665/ΕΟΚ [...] και η οδηγία 92/13/ΕΟΚ [...]».

61. Εν ολίγοις, έστω και ακολουθώντας διαφορετική οδό, το τελικό αποτέλεσμα είναι το ίδιο: η θέσπιση αποτελεσματικών διαδικασιών προσφυγής είναι υποχρεωτική. Η διαφωνία, με βάση την παραδοχή αυτή, έγκειται στο κατά πόσον πρέπει να παρέχεται δυνατότητα ασκήσεως τέτοιων προσφυγών σε επιχειρήσεις οι οποίες δεν συμμετείχαν στη διαδικασία διαγωνισμού.

β) Σύμβαση παροχής υπηρεσιών μεταφορών

62. Η δεύτερη υπόθεση είναι ότι η επίμαχη δικαιοπραξία εμπίπτει στην κατηγορία της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών μεταφορών. Πράγματι, στην «περιοδική ενδεικτική προκήρυξη» της 22ας Φεβρουαρίου 2014 μνημονεύεται αποκλειστικώς η οδηγία 2004/17²⁹ και ορίζεται ως κριτήριο αναθέσεως η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά. Ομοίως, η προκήρυξη του διαγωνισμού της 29ης Μαΐου 2015 κάνει λόγο, στο σημείο 2, για αντιπαροχή για τον ανάδοχο, η οποία θα προσδιοριστεί οριστικά στις επιστολές προσκλήσεως υποβολής της οικονομικής προσφοράς, η οποία μνημονεύεται στο σημείο της 6.

²⁷ «Η ερμηνεία από το Δικαστήριο διατάξεων του δικαίου της Ένωσης σε καταστάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του δικαιολογείται όταν το εθνικό δίκαιο προβλέπει την εφαρμογή τους ευθέως και ανεπιφυλάκτως, προκειμένου να εξασφαλιστεί η ομοιομορφία μεταχείριση τόσο των εν λόγω καταστάσεων όσο και εκείνων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης» (απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2017, Solar Electric Martinique, C-303/16, EU:C:2017:773, σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

²⁸ Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 1990, Dzodzi (C-297/88 και C-197/89, EU:C:1990:360, σκέψεις 41 και 42).

²⁹ Η προκήρυξη αυτή ρυθμίζεται στο άρθρο 41 της ως άνω οδηγίας.

63. Επομένως, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της συμβάσεως τη διαφοροποιούν από τη σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών μεταφορών, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17³⁰, με αποτέλεσμα να υπάγεται στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών μεταφορών. Σε μια τέτοια περίπτωση, το άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού 1370/2007 θα οδηγούσε στην εφαρμογή της οδηγίας 2004/17 και, επομένως, στο καθεστώς προσφυγών που προβλέπεται στα άρθρα 1 και 2 της οδηγίας 92/13, το οποίο είναι ανάλογο του αντίστοιχου καθεστώτος της οδηγίας 89/665, την οποία αφορά το ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου.

2. Απάντηση επί του προδικαστικού ερωτήματος

64. Καίτοι κεντρικό στοιχείο της συζητήσεως είναι η ενεργητική νομιμοποίηση για την προσβολή του διαγωνισμού και, επομένως, το δικαίωμα προσβάσεως στο σύστημα προσφυγών, η διάταξη περί παραπομπής τη διευρύνει σε άλλα ζητήματα, διά της, κάπως γενικόλογης, παραπομπής στο άρθρο 1, παράγραφοι 1, 2 και 3, και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665.

65. Το Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) στηρίζεται στη νομολογία του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας) για να θεσπίσει, στην απόφαση 245/2016, έναν κανόνα ο οποίος κατ' εμέ δύσκολα μπορεί να αμφισβητηθεί: όποιος απέσχε, ελεύθερα και οικειοθελώς, από τη συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού καταρχήν δεν νομιμοποιείται ενεργητικώς να ζητήσει την ακύρωσή της. Το κριτήριο αυτό συμπίπτει με εκείνο το οποίο διατύπωσε το Δικαστήριο στην απόφαση Grossmann, στο πλαίσιο της ερμηνείας του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665³¹.

66. Πάντως, τα ανώτατα ιταλικά δικαστήριο δέχονται ότι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να είναι διαθέσιμες και σε εκείνους που δεν συμμετέσχαν στον διαγωνισμό, σε ορισμένες εξαιρετικές περιπτώσεις. Σε αυτές συγκαταλέγονται, κατά το γράμμα της αποφάσεως 245/2016 του Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο), «οι περιπτώσεις στις οποίες η προσφυγή βάλλει κατά της απουσίας διαγωνισμού ή προκηρύξεως διαγωνισμού ή οι περιπτώσεις στις οποίες η προσφυγή βάλλει κατά ρητρών της προκηρύξεως του διαγωνισμού οι οποίες εισάγουν ευθέως αποκλεισμό ή, τέλος, ρητρών που επιβάλλουν καθήκοντα προδήλως ακατανόητα ή εντελώς δυσανάλογα ή που καθιστούν αδύνατη την υποβολή της προσφοράς».

67. Και στην περίπτωση αυτή, εκτιμώ ότι η ως άνω διευρυνση της ενεργητικής νομιμοποίησης συνάδει προς αυτή την οποία δέχθηκε το Δικαστήριο για τις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι ρήτρες της προκηρύξεως του διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων εισάγουν αφεαυτών διακρίσεις σε βαθμό που να εμποδίζουν τη συμμετοχή μίας ή περισσότερων επιχειρήσεων³². Εάν οι «πιθανότητες να ανατεθεί [στις εν λόγω επιχειρήσεις] το αντικείμενο της συμβάσεως είναι *μηδαμινές* λόγω ακριβώς της υπάρξεως αυτών των διατάξεων [που εισάγουν διακρίσεις]»³³, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτές νομιμοποιούνται ενεργητικώς χωρίς να απαιτείται προηγούμενη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό³⁴.

³⁰ «Ως “σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών”, νοείται μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής».

³¹ Απόφαση Grossmann, σκέψη 27: «Η συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως μπορεί, κατ' αρχήν, να αποτελέσει εγκύρως [...] προϋπόθεση η οποία πρέπει να συντρέχει ώστε να μπορεί το συγκεκριμένο πρόσωπο να δικαιολογήσει την ύπαρξη συμφέροντος για τη σύναψη της συγκεκριμένης συμβάσεως ή ότι ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον προβαλλόμενο ως παράνομο χαρακτήρα της αποφάσεως περί συνάψεως της συγκεκριμένης συμβάσεως. Αν δεν έχει καταθέσει προσφορά, δύσκολα θα μπορούσε να αποδείξει το εν λόγω πρόσωπο ότι έχει συμφέρον να στραφεί κατά της αποφάσεως αυτής ή ότι ζημιώνεται ή ενδέχεται να ζημιωθεί από τη σύναψη της σχετικής συμβάσεως».

³² Όπ.π., σκέψη 28: «Στην περίπτωση κατά την οποία μια επιχείρηση δεν κατέθεσε προσφορά επειδή τα τέχνη δημοπρατήσεως και η συγγραφή υποχρεώσεων περιείχαν διατάξεις *προβαλλόμενες ως εισάγουσες δυσμενείς διακρίσεις*, λόγω ακριβώς των οποίων δεν ήταν σε θέση να παράσχει το σύνολο των παροχών που αποτελούσαν αντικείμενο του διαγωνισμού, έχει δικαίωμα να ασκήσει απευθείας προσφυγή κατά των διατάξεων αυτών, πριν από την περάτωση της διαδικασίας συνάψεως της συγκεκριμένης συμβάσεως» (η υπογράμμιση δική μου).

³³ Όπ.π., σκέψη 29 (η υπογράμμιση δική μου).

³⁴ Όπ.π., σκέψη 30: «Επομένως, πρέπει μια επιχείρηση να έχει τη δυνατότητα απευθείας ασκήσεως προσφυγής κατά των εισαγουσών δυσμενείς διακρίσεις προδιαγραφών, χωρίς να οφείλει να αναμείνει την ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως».

68. Επομένως, δεν διακρίνω διαφορές μεταξύ της ερμηνείας της οδηγίας 89/665 από το Δικαστήριο και εκείνης την οποία πραγματοποίησαν τα ανώτατα ιταλικά δικαστήρια όσον αφορά τους εθνικούς κανόνες τους, σχετικά με την ενεργητική νομιμοποίηση όσων, χωρίς να έχουν συμμετάσχει στη διαδικασία διαγωνισμού, επιχειρούν να προσβάλουν τις εισάγουσες διακρίσεις ρήτρες οι οποίες αποκλείουν πλήρως την πρόσβασή τους στη διαδικασία αυτή.

69. Εάν το προδικαστικό ερώτημα περιορίζεται στην αποσαφήνιση της υποθετικής αντιθέσεως μεταξύ της οδηγίας 89/665 και της εθνικής νομοθεσίας, *in abstracto*, τα προεκτεθέντα αρκούν για να μη γίνει δεκτή η ύπαρξη της ασυμβατότητας αυτής. Το αιτούν δικαστήριο διατυπώνει το προδικαστικό ερώτημα κατά τρόπο που όντως δεν αντικατοπτρίζει όλες τις αποχρώσεις της νομολογίας των ιταλικών ανώτατων δικαστηρίων, όπως συνάγεται από την εθνική νομολογία³⁵.

70. Εάν η απάντηση επεκταθεί στις ιδιαιτερότητες της διαφοράς της κύριας δίκης, στην οποία η απόφαση σχετικά με την έλλειψη ενεργητικής νομιμοποίησης της AMT κατέστη τελεσίδικη, είναι τουλάχιστον αμφίβολο³⁶ ότι αφ' εαυτής η παροχή σε περιφερειακή κλίμακα της υπηρεσίας χερσαίων μεταφορών (αντί της υποδιαιρέσεως της υπηρεσίας αυτής σε παρτίδες επαρχιακού ή υποεπαρχιακού επιπέδου) *εισάγει διάκριση*. Είναι διαφορετικό το ζήτημα ότι μικρές επιχειρήσεις δεν θα διέθεταν από μόνες τους τα μέσα να συμμετάσχουν σε διαγωνισμό με τα χαρακτηριστικά αυτά, στοιχείο το οποίο είναι εγγενές στους μεγάλης κλίμακας διαγωνισμούς.

71. Εν πάση περιπτώσει, το Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) εκτίμησε ότι, όπως είχε διαμορφωθεί, ο διαγωνισμός συνεπαγόταν υψηλή πιθανότητα να μην ανατεθεί η σύμβαση στην AMT αλλά όχι πλήρη αποκλεισμό μιας τέτοιας αναθέσεως³⁷. Δεν δέχθηκε επομένως την ύπαρξη «πραγματικού και ουσιαστικού εμποδίου συμμετοχής στον διαγωνισμό». Ως ήδη αμετάκλητη απόφαση επί του περιεχομένου των αντίστοιχων ρητρών, η κρίση αυτή δεν μπορεί παρά να δεσμεύει το αιτούν δικαστήριο και αυτήν πρέπει επίσης να λάβει υπόψη η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα.

72. Η Επιτροπή επικαλείται την απόφαση Grossmann για να υποστηρίξει ότι δεν απαιτείται απόλυτη βεβαιότητα περί αποκλεισμού από διαγωνισμό και ότι αρκεί η απλή πιθανότητα απορρίψεως προκειμένου η θιγόμενη επιχείρηση να μπορεί να προσβάλει τον εν λόγω διαγωνισμό, χωρίς να απαιτείται να έχει συμμετάσχει σε αυτόν.

73. Η ερμηνεία μου της αποφάσεως Grossman ουδόλως συμπίπτει με αυτήν της Επιτροπής. Εκτιμώ ότι είναι επικίνδυνο να χρησιμοποιηθεί ο υπολογισμός πιθανοτήτων ως μοναδικός καθοριστικός παράγοντας για την επίλυση της διαφοράς. Σε τέτοια περίπτωση, κάθε επιχείρηση θα μπορούσε να υποστηρίξει ότι οι ρήτρες διαγωνισμού (ακόμη και αν δεν εισάγουν διάκριση) θα είχαν ως *πιθανό* αποτέλεσμα την απόρριψή της, τούτο δε θα δημιουργούσε τις κατάλληλες συνθήκες για άσκηση ενδεχόμενων επιτόλαιων προσφυγών εκ μέρους αυτών που επέλεξαν να μη συμμετάσχουν στη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως.

35 Βλ. παράθεσή της στο σημείο 18 των παρούσων προτάσεων.

36 Μπορούν να προβληθούν λόγοι αποτελεσματικότητας και οικονομικών κλίμακας για τον καθορισμό ορισμένων πεδίων παροχής δημόσιων υπηρεσιών οδικών μεταφορών σε συγκεκριμένο επίπεδο (για παράδειγμα, περιφερειακό), αντί του κατακερματισμού τους σε υποεπίπεδα. Η σχετική επιλογή επαφίεται στις αρμόδιες αρχές, οι οποίες οφείλουν, επιπλέον, να σταθμίζουν αν η επιλογή μίας και μόνης παρτίδας συνεπάγεται υπέρμετρα εμπόδια για την είσοδο των μικρότερων διαστάσεων οικονομικών φορέων. Στην υπό κρίση υπόθεση, η Αρχή προστασίας του ανταγωνισμού και των αγορών κάλεσε, στις 25 Ιουνίου 2015, την Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale της Λιγυρίας να προβλέψει «περισσότερες παρτίδες οι οποίες διασφαλίζουν την ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία».

37 Στην προσφυγή της ενώπιον του TAR Λιγυρίας, η AMT υποστήριξε ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού «*περιόριζε* αισθητά τη δυνατότητα συμμετοχής [...] των μικρών και μεσαίων φορέων, όπως είναι οι επιχειρήσεις τοπικών δημόσιων μεταφορών, υποχρεώνοντας αυτές να επιδιώξουν οπωσδήποτε τη συνεργασία με τους μεγάλων διαστάσεων φορείς» (σ. 51 του δικογράφου της προσφυγής) (η υπογράμμιση δική μου).

74. Πλην όμως, εν πάση περιπτώσει, επαναλαμβάνω ότι δεν απόκειται το Δικαστήριο να κρίνει αν το Corte Costituzionale (Συνταγματικό Δικαστήριο) έσφαλε απορρίπτοντας, στην *ιδιαίτερη* αυτή περίπτωση, την ενεργητική νομιμοποίηση της AMT. Καθοριστική σημασία –και επιμένω ότι το ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου αφορά την αντίθεση μεταξύ του εθνικού κανόνα και της οδηγίας 89/665– έχει το αν συνάδει, όπως εκτιμώ, με το δίκαιο της Ένωσης η γενική νομολογία των ιταλικών ανώτατων δικαστηρίων σχετικά με την ενεργητική νομιμοποίηση των οικονομικών φορέων που δεν συμμετέχουν σε διαγωνισμό (ενεργητική νομιμοποίηση την οποία απορρίπτουν καταρχήν, αλλά δέχονται σε ορισμένες περιπτώσεις).

VI. Πρόταση

75. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο:

- «1) Να κρίνει απαράδεκτη την αίτηση προδικαστικής απόφασεως του Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (πρωτοβάθμιου διοικητικού δικαστηρίου Περιφέρειας Λιγουρίας, Ιταλία).
- 2) Επικουρικός, να διαπιστώσει ότι το άρθρο 1, παράγραφοι 1, 2 και 3, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, δεν αντιτίθενται σε εθνική νομοθεσία βάσει της οποίας, κατά την ερμηνεία των εθνικών ανώτατων δικαστηρίων,
 - όποιος απέσχε, ελεύθερα και οικειοθελώς, από τη συμμετοχή σε διαδικασία επιλογής των αναδόχων καταρχήν δεν νομιμοποιείται ενεργητικώς να ζητήσει την ακύρωσή της·
 - εξαίρεση από τον κανόνα αυτό συνιστούν οι περιπτώσεις στις οποίες η προσφυγή βάλλει κατά της απουσίας διαγωνισμού ή της απουσίας προκηρύξεως του διαγωνισμού ή ρητρών της προκηρύξεως του διαγωνισμού οι οποίες εισάγουν ευθέως αποκλεισμό ή, τέλος, ρητρών που επιβάλλουν καθήκοντα προδήλως ακατανόητα ή εντελώς δυσανάλογα ή που καθιστούν αδύνατη την υποβολή της προσφοράς».