



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 5 luglio 2018¹

Causa C-328/17

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

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Italia)]

«Questione pregiudiziale – Contratti pubblici – Ricevibilità – Cessazione della materia del contendere – Direttiva 89/665/CEE – Procedure di ricorso – Necessaria partecipazione previa alla gara per poter presentare ricorso – Legittimazione dell'offerente in caso di assoluta certezza di inidoneità»

1. In un procedimento in cui si è verificata la cessazione (sotto il profilo giuridico) della materia del contendere, essendo estinta la controversia nel merito tra le parti e non essendo quindi necessaria una sentenza, può il giudice che doveva dirimere la controversia presentare una questione pregiudiziale volta unicamente a decidere chi è tenuto al pagamento delle spese processuali?

2. Alla Corte di giustizia sono state presentate due alternative:

- Da un lato, attenersi al precedente stabilito nella causa Reinke² e affermare che, in tale contesto, non è più necessario risolvere la questione pregiudiziale, la quale risulterebbe irricevibile.
- Dall'altro, superare tale ostacolo; in tal caso dovrà rispondere al giudice del rinvio pronunciandosi sull'interpretazione delle direttive relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici³. Tale interpretazione è necessaria per contrastare l'orientamento degli organi giurisdizionali supremi italiani (Consiglio di Stato e Corte costituzionale) in materia di legittimazione processuale di un'impresa a contestare gli atti di una procedura di gara a cui non ha partecipato. Secondo il giudice del rinvio, la condanna alle spese del procedimento principale dipende dalla soluzione data a tale questione.

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

² Ordinanza del 14 ottobre 2010 (C-336/08, non pubblicata; in prosieguo: l'«ordinanza Reinke», EU:C:2010:604).

³ Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), e direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992, L 76, pag. 14).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 89/665 e direttiva 92/13⁴

3. Ai sensi dell'articolo 1 («Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»):

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [(GU 2004, L 134, pag. 114)], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva [direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), ad eccezione dei contratti esclusi ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, o degli articoli da 18 a 26, 29, 30 o 62 di tale direttiva].

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, [i contratti di forniture, lavori e servizi], gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE [direttiva 2004/17/CE], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)).

4. Ai sensi dell'articolo 2 («Requisiti per le procedure di ricorso»):

«1. Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

⁴ Formulazione risultante dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia di procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31). Tra parentesi quadre sono riportate le modifiche introdotte dalla direttiva 92/13 rispetto al testo della direttiva 89/665.

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitoli d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione [nel bando di gara, nell'avviso periodico indicativo, nella comunicazione sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare l'offerta, nei capitoli d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto];

(...)).

2. Regolamento n. 1370/2007⁵

5. L'articolo 5 («Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico») così dispone:

«1. I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.

(...)

7. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le decisioni adottate a norma dei paragrafi da 2 a 6 possano essere verificate con efficacia e rapidità, su richiesta di qualsiasi persona che sia o fosse interessata a ottenere un contratto particolare e che sia stata o rischi di essere danneggiata da una presunta infrazione, motivata dal fatto che tali decisioni hanno violato il diritto comunitario o le leggi nazionali che applicano tale diritto.

(...)).

B. Diritto italiano

1. Decreto legge 13 agosto 2011, n. 138⁶

6. L'articolo 3 bis, in via generale, identifica il territorio provinciale quale ambito territoriale di riferimento per lo svolgimento dei servizi pubblici locali.

2. Legge regionale della Liguria 7 novembre 2013, n. 33⁷

7. Ai sensi degli articoli 9, comma 1, e 14, comma 1, l'affidamento del servizio è realizzato attraverso l'individuazione di un lotto unico relativo all'intero territorio regionale⁸.

5 Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU 2007, L 315, pag. 1).

6 Gazzetta ufficiale n. 188, del 13 agosto 2011, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148.

7 Bollettino Ufficiale n. 17, dell'8 novembre 2013; in prosieguo: la «legge regionale della Liguria n. 33/2013».

8 Tali disposizioni sono rimaste prive di effetto a seguito dell'entrata in vigore della legge regionale 9 agosto 2016, n. 19, con cui si introducono «modifiche alla legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 (riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) ed altre modifiche normative in materia di trasporto pubblico locale» (Gazzetta ufficiale n. 11, del 18 marzo 2017; in prosieguo: la «legge regionale della Liguria n. 19/2016»).

3. *Codice del processo amministrativo*⁹

8. L'articolo 26 («Spese di giudizio») così dispone:

«1. Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2. In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati.

(...)).

9. L'articolo 39, comma 1, prevede quanto segue:

«Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

4. *Codice di procedura civile*¹⁰

10. L'articolo 91 stabilisce il principio di soccombenza in relazione al riparto delle spese processuali.

11. L'articolo 92 dispone quanto segue:

«Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; (...)

Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare, le spese tra le parti, parzialmente o per intero.

(...)).

12. Ai sensi dell'articolo 100:

«Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

II. Fatti del procedimento e questione pregiudiziale

13. Tramite l'azienda regionale per il trasporto pubblico locale, la Regione Liguria ha pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 3 giugno 2015¹¹ un «avviso per l'individuazione degli operatori economici» che avrebbero dovuto prestare, nel suo territorio, il servizio pubblico di trasporto terrestre di passeggeri, in conformità alla legge regionale della Liguria n. 33/2013 e al regolamento n. 1370/2007.

9 Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Gazzetta ufficiale n. 156, del 7 luglio 2010).

10 Regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 (Gazzetta ufficiale n. 253, del 28 ottobre 1940).

11 GU 2015, S 105, del 3 giugno, avviso n. 191825. Tale avviso è stato preceduto da un altro «avviso indicativo» del 18 febbraio 2014 (2014/S 038-063550), in cui si faceva riferimento alla direttiva 2004/17.

14. Alcune società (in prosieguo: «AMT») esercenti il servizio di trasporto pubblico su tutto il territorio regionale, provinciale o sub provinciale hanno impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Italia)¹² gli atti di gara. A fondamento della propria pretesa adducevano che, con la previsione di un ambito territoriale unico di dimensione regionale, le loro probabilità di aggiudicarsi il servizio erano praticamente nulle.

15. Dubitandosi della legittimità costituzionale della legge regionale della Liguria n. 33/2013, il 21 gennaio 2016 il TAR Liguria ha sollevato una «questione di legittimità costituzionale» dinanzi alla Corte costituzionale (Italia).

16. Durante la pendenza del giudizio di legittimità costituzionale, la Regione Liguria ha approvato una nuova legge¹³ che ha eliminato la delimitazione regionale per la prestazione del servizio di trasporto terrestre. A seguito di tale eliminazione, l'autorità competente ha rinunciato alla prosecuzione della procedura di gara, la quale è rimasta priva di effetti.

17. Ciò nonostante, con sentenza n. 245/2016, del 22 novembre 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dal TAR Liguria per difetto di legittimazione processuale della AMT ad impugnare gli atti di una gara alla quale non aveva partecipato.

18. La Corte costituzionale ha fornito la seguente motivazione:

«Per come riferito dal rimettente, le ricorrenti, imprese già affidatarie di servizi di trasporto pubblico su scala provinciale, non hanno preso parte alla gara informale bandita dall'amministrazione regionale ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 [¹⁴], limitandosi ad impugnare l'avviso per l'individuazione degli operatori economici recante l'invito a presentare le manifestazioni d'interesse, nella parte in cui dispone l'affidamento su base regionale e in un lotto unico.

La giurisprudenza amministrativa è consolidata nel ritenere che l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione III, 2 febbraio 2015, n. 491; Consiglio di Stato, sezione VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

È anche acquisizione consolidata che “i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato” (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1).

A queste regole, che discendono dalla piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere, fanno eccezione le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o

¹² In prosieguo: il «TAR Liguria».

¹³ Si veda la nota 8.

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, Gazzetta ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «d.lgs. n. 163 del 2006» o «codice dei contratti pubblici».

del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

In tali casi, la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione, o perché è la stessa gara a mancare, o perché la sua contestazione in radice ovvero l'impossibilità di parteciparvi fanno emergere *ex se* una situazione giuridica differenziata (in capo, rispettivamente, all'impresa titolare di un rapporto giuridico incompatibile con l'indizione della nuova procedura e all'impresa di settore cui è impedita la partecipazione) e una sua lesione attuale e concreta (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

Che il caso all'esame del giudice a quo non rientri in queste ipotesi eccezionali emerge dalla stessa motivazione dell'ordinanza di rimessione, laddove si afferma che le clausole impugnate inciderebbero sulle chances di aggiudicazione delle ricorrenti che "si ridurrebbero fin quasi ad azzerarsi", mentre, in presenza di una gara dimensionata su base provinciale e suddivisa in lotti, esse "avrebbero moltissime probabilità di aggiudicarsi il servizio, non foss'altro per effetto del vantaggio di essere state le precedenti gestrici dello stesso".

Da tale motivazione non si ricava alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettazione di una lesione solo eventuale, denunziabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione».

19. Il TAR Liguria dubita che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale sia conforme alla direttiva 89/665. Per tale motivo, sebbene il bando di gara sia rimasto privo di effetti, ritiene necessario l'intervento della Corte di giustizia per poter decidere sulle spese del giudizio.

20. Il giudice del rinvio ritiene che si possano verificare due situazioni:

- «qualora dovesse ritenersi che l'azione di annullamento volta a sindacare l'intera procedura di gara integri una di quelle ipotesi eccezionali in cui si considera legittimato a ricorrere l'operatore economico che non abbia preso parte alla gara, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere, in ragione dell'emanazione della legge regionale della (...) Liguria n. 19/2016 (...). (...) le spese processuali e anche il contributo unificato, (...) verrebbero (...) post[i] a carico della parte resistente con conseguente rifusione de[gli] stess[i] in favore delle ricorrent[i]».
- «[p]er contro, nel caso in cui si dovesse accogliere l'opzione ermeneutica prospettata dalla sentenza n. 245/2016 della Corte Costituzionale, e si considerassero dunque le società ricorrenti non legittimate ad impugnare gli atti di gara, il giudizio dovrebbe concludersi con una dichiarazione di inammissibilità della domanda per difetto di interesse ad agire, con conseguente ripartizione delle spese a carico delle ricorrenti».

21. Sulla base di quanto esposto in precedenza, il TAR Liguria solleva la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione».

III. Sintesi delle osservazioni delle parti

22. Il governo italiano contesta la ricevibilità della questione pregiudiziale sulla base delle seguenti argomentazioni:

- In primo luogo, l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 definisce il proprio ambito di applicazione con riferimento alla direttiva 2004/18. Dato che la gara controversa aveva ad oggetto l'aggiudicazione di un servizio pubblico di trasporto terrestre, la direttiva 2004/18 e la direttiva 89/665 non sarebbero applicabili.
- In secondo luogo, anche qualora lo fossero, l'applicazione della direttiva 89/665 presuppone una violazione delle norme sostanziali della direttiva 2004/18. Il giudice del rinvio non ha indicato quali disposizioni sarebbero state violate, facendo un vago riferimento ad una possibile restrizione eccessiva della concorrenza, senza specificare la normativa dell'Unione violata.

23. Nel merito, il governo italiano segnala che la regola generale dispone che chi volontariamente e liberamente abbia scelto di non partecipare ad un processo di selezione non è legittimato a contestarne la relativa procedura. Sussistono tuttavia eccezioni, ovvero quando: i) si contesti la gara in radice; ii) si contesti la mancata indizione di una gara, nei casi in cui l'Amministrazione proceda all'affidamento diretto; e iii) si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti. Tale disciplina sarebbe perfettamente conforme ai principi giurisprudenziali formulati nella sentenza *Grossmann Air Service*.¹⁵

24. Il governo italiano conclude che, nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto che le opportunità della AMT non fossero del tutto inesistenti, bensì solamente limitate, di modo che la valutazione circa la sua idoneità avrebbe potuto essere effettuata solo al termine della procedura di selezione, alla quale avrebbe dovuto partecipare.

25. Il governo della Repubblica ceca, anch'esso richiamando la sentenza *Grossmann*, è dell'avviso che, qualora i potenziali offerenti si trovino in una situazione discriminatoria, deve essere loro riconosciuta la legittimazione attiva a impugnare le clausole che hanno dato origine a tale discriminazione. La possibilità di proporre ricorso consentirebbe loro di accedere all'aggiudicazione del contratto, potendo ottenere una revisione degli atti della prima fase dell'aggiudicazione, senza attendere la conclusione della procedura.

26. Il governo spagnolo ritiene che la direttiva 89/665 stabilisca livelli minimi di accesso alle procedure di ricorso, la cui trasposizione spetta al diritto nazionale, entro i limiti dei principi di equivalenza e di effettività. Tale analisi si basa sul principio di effettività, il quale si ritiene non sia stato violato, dal momento che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 richiede che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa a causa di un'asserita violazione del diritto dell'Unione. Tale ipotesi non sussiste nel caso di specie, con riferimento agli atti di una procedura alla quale non ha partecipato.

27. Il governo spagnolo sottolinea come la legislazione italiana e la giurisprudenza che la interpreta offrano vie di impugnazione del bando in casi di mancata partecipazione alla gara e come il ricorrente abbia perso l'opportunità di impugnare il bando di gara. L'impugnazione degli atti di una procedura di gara alla quale non ha partecipato non sarebbe pertanto giustificata.

28. La Commissione ritiene che la questione pregiudiziale presentata sia irricevibile in quanto ipotetica, essendo venuto meno l'oggetto del procedimento principale.

¹⁵ Sentenza del 12 febbraio 2004 (C-230/02; in prosieguo: la «sentenza *Grossmann*», EU:C:2004:93).

29. Quanto al merito, la Commissione analizza la sentenza Grossmann e sostiene che le norme nazionali che disciplinano il ricorso devono rispettare il principio di effettività e non pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665, corroborato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

30. Secondo la Commissione, l'orientamento della Corte costituzionale è contrario al principio secondo cui è necessaria l'assoluta certezza di esclusione dalla gara per poter attivare le eccezioni alla legittimazione del ricorrente che non vi ha partecipato. La Corte di giustizia non avrebbe richiesto la prova di una certezza assoluta, bensì solo una probabilità.

IV. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

31. L'ordinanza di rinvio è pervenuta alla cancelleria della Corte di giustizia il 31 maggio 2017.

32. I governi italiano, spagnolo e ceco, nonché la Commissione europea, hanno presentato osservazioni scritte. Solo il governo italiano e la Commissione sono comparsi all'udienza del 26 aprile 2018.

V. Valutazione

A. Ricevibilità della questione pregiudiziale

33. La questione oggetto della domanda pregiudiziale verte sulla legittimazione a ricorrere di coloro che, come AMT, non hanno presentato la loro candidatura all'aggiudicazione di una gara pubblica, ritenendo che vi fosse un'altissima probabilità di non risultare aggiudicatari.

34. Come già rilevato, a seguito di una riforma legislativa è cessata la materia del contendere dinanzi al giudice nazionale e la procedura di aggiudicazione è rimasta priva di effetto. L'organo giurisdizionale nazionale, tuttavia, ritiene che permanga la necessità di una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia affinché esso possa decidere sulla ripartizione delle spese processuali.

35. Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la questione pregiudiziale ha il fine di offrire al giudice nazionale le indicazioni necessarie per dirimere una controversia in cui sussistano dubbi circa l'interpretazione del diritto dell'Unione.

36. Sin dall'inizio delle presenti conclusioni ho ricordato come la Corte di giustizia abbia già avuto occasione di pronunciarsi in un caso simile, in cui, cessata la materia del contendere nel procedimento principale, la decisione pregiudiziale era utile solo ai fini della decisione sulle spese.

37. Infatti, nell'ordinanza Reinke si afferma che tale pronuncia sulle spese è subordinata alla decisione del procedimento principale in relazione al quale sono sorte le questioni pregiudiziali. Dal momento che tale controversia è stata risolta, non vi sarebbe alcuna necessità di statuire unicamente sulle spese¹⁶.

¹⁶ Punto 16.

38. Ritengo che il ragionamento dell'ordinanza Reinke sia ineccepibile¹⁷ e conforme ad altre formulazioni del medesimo principio (ad esempio, ai sensi dell'articolo 58 dello statuto della Corte di giustizia, l'impugnazione non può avere ad oggetto unicamente l'onere e l'importo delle spese). Qualora si verifichi la carenza sopravvenuta della materia del contendere in relazione alla quale doveva applicarsi la norma dell'Unione, la controversia tra le parti si estingue e non è più necessaria l'interpretazione della norma dell'Unione da parte della Corte di giustizia, dal momento che non può più incidere sulla controversia (non più esistente).

39. Il TAR Liguria, tuttavia, ritiene che la pronuncia della Corte di giustizia sulla legittimazione di un ricorrente ad impugnare una gara a cui non ha partecipato sarebbe rilevante al fine di decidere quale parte sopporterà le spese del processo che si è estinto e in quale misura.

40. Non ritengo che tale relazione indiretta sia sufficiente per sostenere che sussista una connessione con il diritto dell'Unione. A dire il vero, non si discute di contratti pubblici bensì della disciplina relativa alle spese processuali. Al di fuori dei casi in cui trova applicazione una norma del diritto dell'Unione (vale a dire in determinati ambiti materiali, a cui farò riferimento in prosieguo), la decisione sulle spese si basa esclusivamente sul diritto nazionale e non su quello dell'Unione.

41. Il ragionamento sotteso all'ordinanza Reinke è in linea con la funzione della questione pregiudiziale: l'interpretazione del diritto dell'Unione deve essere necessaria affinché il giudice nazionale possa risolvere la controversia (punto 13 dell'ordinanza citata), sicché il venir meno della stessa priva di utilità la risposta alla questione pregiudiziale (punto 16).

42. Il diritto dell'Unione non contiene una disciplina armonizzata in materia di spese processuali, la quale spetta interamente alla competenza degli Stati membri. Solo in determinati ambiti il legislatore dell'Unione ha voluto intervenire su tale questione, o al fine di evitare spese eccessivamente onerose che possano dissuadere dall'accedere alla giustizia in certi settori dell'ordinamento¹⁸, o al fine di assicurare che chi ha subito la violazione di un diritto riceva dalla controparte spese processuali ragionevoli e proporzionate, anche in tal caso in determinate materie dell'ordinamento¹⁹.

43. Anche con riferimento alle questioni in cui il diritto dell'Unione si preoccupa di disciplinare le spese processuali, la Corte di giustizia ha dichiarato che, «in mancanza di precisazioni da parte del diritto dell'Unione, spetta agli Stati membri, nell'attuare una direttiva, garantire la piena efficacia di questa e che essi dispongono di un ampio margine discrezionale quanto alla scelta dei mezzi». Con riferimento al caso allora sottoposto alla sua attenzione, in materia di diritto ambientale, affermava che si dovevano «prendere in considerazione tutte le disposizioni del diritto nazionale pertinenti e, in particolare, di un sistema nazionale di assistenza giurisdizionale, nonché di un regime di tutela in materia di spese», nonché le «notevoli differenze nelle normative nazionali in tale settore».²⁰

44. Se tale ampio margine di apprezzamento, che si aggiunge al riconoscimento delle peculiarità di ciascun sistema nazionale, sussiste nei casi in cui il diritto dell'Unione interviene nella disciplina delle spese processuali, la discrezionalità degli Stati membri sarà ancora più ampia in un ambito in cui la disciplina europea è assente.

17 Si potrebbe ovviamente argomentare che le circostanze della causa Reinke non sono le stesse del caso di specie. Ritengo, tuttavia, che, nonostante alcune differenze minime, non si possa dubitare dell'analogia tra le due cause.

18 Articolo 10 bis della direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (GU 1985, L 175, pag. 40) e articolo 15 bis della direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (GU 1996, L 257, pag. 26).

19 Articolo 14 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45); e articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU 2011, L 48, pag. 1).

20 Sentenza dell'11 aprile 2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, punti 37 e 38).

45. Nel caso di specie, se vi fosse un disaccordo sulle spese²¹, esso verterebbe esclusivamente sull'interpretazione delle norme interne che ne disciplinano la ripartizione tra le parti, nonché sull'interpretazione dei poteri del giudice ai fini di tale ripartizione. In caso di controversia limitata a tali spese processuali, spetterà al diritto nazionale fornire le indicazioni per dirimerla e non al diritto dell'Unione il quale, ripeto, non è intervenuto su tale questione.

46. Anche in mancanza di un'armonizzazione a livello europeo in materia di spese applicabili a tale genere di controversie, ben potrebbe accadere che le caratteristiche del procedimento principale compromettano il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del TFUE; però, affinché ciò accada, sarebbe necessario che almeno una delle libertà fondamentali fosse messa in discussione, cosa che neppure viene menzionata nell'ordinanza di rinvio.

47. Ad ogni modo, senza volersi sostituire alle valutazioni del giudice del rinvio né interferire con la sua libertà di scegliere una formula piuttosto che un'altra tra quelle offerte dal suo diritto interno, le disposizioni del suo codice di procedura civile e del suo codice del processo amministrativo sopra descritte sono sufficienti per pronunciarsi sull'onere delle spese processuali, indipendentemente dalla soluzione eventualmente data alla questione della legittimazione della parte ricorrente.

48. Sotto tale profilo, è sufficiente ricordare che, ai sensi del diritto interno, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, nel caso di «assoluta novità della questione trattata» o quando si sia verificato un «mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»²². In altri termini, il giudice ha piena libertà di scelta a tal proposito, sia che, in conformità alla sentenza della Corte costituzionale, escluda la legittimazione di AMT sia che la ammetta.

49. Di conseguenza, ritengo che la questione pregiudiziale sia irricevibile, non essendo necessaria una risposta della Corte di giustizia, la quale non è competente a pronunciarsi sull'applicazione della disciplina italiana in materia di spese processuali, di natura meramente interna.

B. Nel merito

50. Per il caso in cui la Corte di giustizia voglia analizzare il merito della domanda di pronuncia pregiudiziale, esporrò in subordine il mio parere in proposito. Lo farò cercando di delimitare dapprima il regime giuridico applicabile, per poi proporre una soluzione del dubbio sollevato.

1. Regime giuridico applicabile

51. L'oggetto della gara controversa concerneva la prestazione di servizi pubblici di trasporto terrestre di passeggeri. Tale tipo di servizi rientra nell'ambito specifico del regolamento n. 1370/2007, il cui articolo 5 disciplina l'«aggiudicazione di contratti di servizio pubblico» nel settore dei trasporti.

21 Il giudice del rinvio non fornisce dati che espongano il confronto tra le parti relativamente all'imposizione e all'importo delle (future) spese processuali. Tutte le parti, inoltre, hanno rinunciato ad intervenire nel procedimento pregiudiziale, cosa che, a mio avviso, denota uno scarso interesse nella sua risoluzione.

22 Nell'ordinanza di rinvio si afferma che la normativa e la giurisprudenza precedente del Consiglio di Stato sulla legittimazione a ricorrere di coloro che non hanno partecipato alla gara erano «in linea con la giurisprudenza comunitaria». Secondo il giudice del rinvio tale conformità sarebbe venuta meno a seguito della sentenza costituzionale n. 245/2016, «autorevolissimo precedente» già richiamato da altre pronunce del Consiglio di Stato.

52. Dalle informazioni riportate nell'ordinanza di rinvio non è possibile desumere con certezza se, nel caso di specie, si trattasse di un «contratto di concessione di servizi» o di un «contratto pubblico di servizi». Sebbene le due figure abbiano punti in comune²³, esse si differenziano nella controprestazione, la quale, nel caso delle concessioni, consiste nel diritto allo sfruttamento del servizio (sia ex se, sia a fronte di pagamento) e, nel caso dei contratti di servizio, nel pagamento da parte dell'ente aggiudicatore a favore del prestatore dei servizi²⁴.

53. La sussunzione del contratto in questione nell'una o nell'altra categoria spetta al giudice nazionale, il quale, diversamente dalla Corte di giustizia, dispone di tutti gli elementi di fatto per effettuarla. La sua qualificazione è rilevante al fine di stabilire il regime giuridico applicabile, dato il tenore dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007²⁵.

54. Affronterò, pertanto, la questione della legittimazione a ricorrere in entrambe le ipotesi.

a) Concessione del servizio pubblico di trasporto

55. Secondo la prima ipotesi, si tratterebbe di una concessione di servizi, come riportato in alcune osservazioni scritte e in base a quanto potrebbe dedursi dal bando di gara, il quale contiene un rinvio all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici, relativo appunto alle «concessioni di servizi»²⁶.

56. Il governo italiano si basa sull'esistenza di una concessione per mettere in dubbio il richiamo alla direttiva 89/665. Ritiene che, poiché l'articolo 1, paragrafo 1, delimita il suo ambito di applicazione in relazione alla direttiva 2004/18, quest'ultima non possa applicarsi a tali concessioni.

57. La Commissione, per contro, ritiene che nell'ordinamento italiano l'articolo 30, paragrafo 7, del codice dei contratti pubblici estenda l'applicazione della direttiva 89/665 alle concessioni di servizi pubblici. Vi sarebbe, pertanto, un vincolo comunitario tra la legislazione nazionale e il diritto dell'Unione, il quale giustificerebbe la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, in conformità a reiterata giurisprudenza²⁷.

58. In tale ottica, la direttiva 89/665 potrebbe trovare applicazione. Peraltro, «[i] limiti fissati dal legislatore nazionale all'applicazione del diritto comunitario a situazioni puramente interne, cui si applica solo per il tramite della legge nazionale, vanno presi in considerazione giusta il diritto interno» e sono pertanto di esclusiva competenza dei giudici dello Stato membro²⁸.

23 V. conclusioni dell'avvocato generale Sharspton nella causa Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480), paragrafo 26; e quelle dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468), paragrafi 39 e ss.

24 È opportuno specificare che il concessionario si assume il rischio legato allo sfruttamento del servizio. V. sentenza del 10 novembre 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), punto 44.

25 «I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano».

26 Ai sensi di tale norma, «[s]alvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi». Al paragrafo 3 sussiste la possibilità di ricorrere, quale procedura per la scelta del concessionario, ad una «gara informale a cui sono inviati almeno cinque concorrenti», procedura applicata nel caso di specie.

27 «Pertanto, un'interpretazione, da parte della Corte, di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni e a quelle rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» [sentenza del 19 ottobre 2017, Solar Electric Martinique (C-303/16, EU:C:2017:773), punto 27 e giurisprudenza citata].

28 Sentenza del 18 ottobre 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360), punti 41 e 42.

59. Inoltre, la disciplina specifica del servizio pubblico di trasporto terrestre di passeggeri di cui al regolamento n. 1370/2007 subordina l'aggiudicazione delle rispettive concessioni alle norme di cui ai paragrafi da 2 a 6 dell'articolo 5 del medesimo regolamento e specifica, al paragrafo 7, che le decisioni adottate a norma di tali paragrafi devono poter «essere verificate con efficacia e rapidità, su richiesta di qualsiasi persona che sia o fosse interessata a ottenere un contratto particolare e che sia stata o rischi di essere danneggiata da una presunta infrazione, motivata dal fatto che tali decisioni hanno violato il diritto comunitario o le leggi nazionali che applicano tale diritto».

60. Si rileva, pertanto, che su tale punto le disposizioni del regolamento n. 1370/2007 e quelle dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 coincidono in misura sostanziale. Non a caso il considerando ventuno del regolamento in questione afferma che «[d]ovrebbe essere garantita una protezione giuridica efficace non solo per le aggiudicazioni basate sull[e direttive 2004/17 e 2004/18], ma anche per altri contratti aggiudicati a norma del presente regolamento. È necessaria un'efficace procedura di verifica, comparabile, se del caso, alle pertinenti procedure previste dalla direttiva 89/665/CEE (...) e dalla direttiva 92/13/CEE (...)».

61. In altri termini, sebbene per vie differenti, si perviene al medesimo risultato: l'obbligo di instaurare procedure di ricorso efficaci. Fatta tale premessa, la controversia consiste nel chiarire fino a che punto tali ricorsi debbano essere consentiti a imprese che non hanno partecipato alla procedura di gara.

b) Il contratto di servizi di trasporto

62. La seconda ipotesi prospettabile è che il negozio giuridico controverso corrisponda alla categoria del contratto di servizi di trasporto. Di fatto, nell'«avviso periodico indicativo» del 22 febbraio 2014 si cita esclusivamente la direttiva 2004/17²⁹ e si stabilisce quale criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, il bando di gara del 29 maggio 2015, al punto 2, accenna ad una controprestazione per l'aggiudicatario, la quale è infine specificata nelle lettere di invito a presentare l'offerta economica cui si riferisce il punto 6.

63. Si potrebbe argomentare, pertanto, che tali caratteristiche del contratto lo escludono dalla categoria della concessione di servizi di trasporto così come definita all'articolo 1, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2004/17³⁰, per inquadrarlo in quella dei contratti di servizi di trasporto. Se così fosse, l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 consentirebbe l'applicazione della direttiva 2004/17 e, pertanto, il regime di ricorsi di cui agli articoli 1 e 2 della direttiva 92/13, analogo a quello corrispondente della direttiva 89/665, su cui verte la domanda posta dal giudice del rinvio.

2. Risposta alla questione pregiudiziale

64. Sebbene al centro della discussione vi sia la legittimazione ad impugnare gli atti di gara e, pertanto, il diritto all'accesso al sistema di impugnazione, l'ordinanza di rinvio la amplia ad altri contenuti, mediante il riferimento, piuttosto generico, agli articoli 1, paragrafi 1, 2 e 3, e 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665.

²⁹ Di tale avviso si occupa l'articolo 41 di tale direttiva.

³⁰

«La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

65. Con decisione n. 245/2016, la Corte costituzionale richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato per definire una premessa che trovo difficilmente eccezionale: chi volontariamente e liberamente non partecipa ad un processo di selezione non è legittimato, in linea di principio, a contestarne la relativa procedura. Tale criterio coincide con quanto esposto dalla Corte di giustizia nella sentenza Grossmann, in riferimento all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665³¹.

66. Gli organi giurisdizionali supremi italiani ammettono, tuttavia, che anche chi non partecipa alla gara possa contestare la relativa procedura in determinati casi eccezionali. Tra essi si annoverano, secondo la pronuncia costituzionale n. 245/2016, «le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta».

67. Ancora, tale estensione della legittimazione a ricorrere mi pare in sintonia con quella ammessa dalla Corte di giustizia per le ipotesi in cui le clausole del bando di gara o della documentazione di gara siano, di per sé, discriminatorie fino al punto di impedire la partecipazione di una o più imprese³². Qualora «le probabilità che (...) venga aggiudicato [alle imprese indicate] tale appalto [siano] *nulle* a causa dell'esistenza delle dette specifiche [discriminatorie]»³³, le si deve riconoscere la legittimazione ad agire senza che sia necessaria la previa partecipazione alla gara³⁴.

68. Non sussiste, pertanto, alcun divario tra l'interpretazione della direttiva 89/665 effettuata dalla Corte di giustizia e quella elaborata dagli organi giurisdizionali supremi italiani relativamente al diritto nazionale con riferimento alla legittimazione di coloro che, pur non avendo partecipato alla procedura di gara, intendono impugnare le clausole discriminatorie che precludono la partecipazione.

69. Circoscritta la domanda pregiudiziale al chiarimento dell'ipotetico contrasto tra la direttiva 89/665 e la normativa nazionale, è sufficiente in astratto quanto sopra riferito per negare tale incompatibilità. Il giudice del rinvio formula la domanda in termini che, a dire il vero, non riflettono tutte le sfumature della giurisprudenza degli organi giurisdizionali supremi italiani, come si evince dalla giurisprudenza nazionale³⁵.

70. Se si estendesse la risposta alle peculiarità della controversia principale, in cui la decisione sulla mancanza di legittimazione di AMT è divenuta definitiva, si potrebbe quantomeno contestare³⁶ che l'ambito regionale del servizio di trasporto terrestre (invece di essere suddiviso in lotti provinciali o di livello inferiore) è, di per sé, *discriminatorio*. Diverso è il caso in cui imprese di piccole dimensioni non abbiano, da sole, i mezzi per accedere a una gara con quelle caratteristiche, come accade in gare di larga scala.

31 Sentenza Grossmann, punto 27: «(...) la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire (...) una condizione che dev'essere soddisfatta per dimostrare che l'interessato ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione del detto appalto. Se non ha presentato un'offerta, tale persona può difficilmente dimostrare di avere interesse ad opporsi a tale decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo da tale aggiudicazione».

32 *Ibidem*, punto 28: «Nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che *asserisce discriminatorie* nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero per l'appunto impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste». In tal caso, l'impresa «avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato» (il corsivo è mio).

33 *Ibidem*, paragrafo 29 (il corsivo è mio).

34 *Ibidem*, paragrafo 30: «Ad un'impresa dev'essere pertanto consentito presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche discriminatorie senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto».

35 Si veda quanto riportato al paragrafo 18 delle presenti conclusioni.

36 Si possono addurre ragioni di efficacia ed economia di scala per creare ambiti di prestazione dei servizi pubblici di trasporto su strada di un determinato livello (regionale, ad esempio), invece di frammentarli in livelli inferiori. L'opzione tra gli uni e gli altri spetta alle autorità competenti, le quali devono, altresì, valutare se la scelta di un lotto unico ostacoli sproporzionatamente l'ingresso degli operatori economici di minori dimensioni. A tal proposito, il 25 giugno 2015 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha invitato l'Azienda regionale per il trasporto pubblico locale della Liguria ad individuare «una molteplicità di lotti in grado di garantire la più ampia partecipazione alla procedura competitiva».

71. In ogni caso, la Corte costituzionale ha ritenuto che, data la configurazione della gara, vi fosse un'alta probabilità che AMT non ottenesse l'aggiudicazione, ma non un'impossibilità assoluta³⁷. Essa ha escluso, pertanto, che vi fosse «un impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara». Tale valutazione, trattandosi di un accertamento definitivo sul contenuto delle relative clausole, non può che vincolare il giudice del rinvio e ad essa dovrebbe attenersi anche la risposta alla questione pregiudiziale.

72. La Commissione richiama la sentenza Grossmann per argomentare che non sarebbe necessaria la prova di una certezza assoluta dell'esclusione da una procedura di gara, essendo sufficiente la mera probabilità del rifiuto affinché l'impresa interessata possa impugnare la procedura anche senza avervi partecipato.

73. La mia interpretazione della sentenza Grossmann non coincide del tutto con quella fornita dalla Commissione. Ritengo pericoloso introdurre il calcolo di probabilità come unico fattore dirimente per risolvere tale questione. Se così fosse, qualunque impresa potrebbe sostenere che le clausole di una procedura di gara (anche prive di carattere discriminatorio) avranno come effetto *probabile* il rifiuto, aprendo così la porta a eventuali impugnazioni prive di fondamento da parte di chi ha scelto di non partecipare al procedimento di aggiudicazione.

74. In ogni caso, ripeto, non spetta alla Corte di giustizia risolvere la questione se la Corte costituzionale abbia commesso un errore nel respingere, in questo caso *particolare*, la legittimazione di AMT. La questione – e sottolineo il fatto che la domanda del giudice a quo verte sul contrasto tra la normativa nazionale e la direttiva 89/665 – è se l'orientamento *generale* adottato dagli organi giurisdizionali supremi italiani in materia di legittimazione a ricorrere (negata in linea di principio, tuttavia ammessa in certi casi) degli operatori economici che non partecipino ad una gara sia conforme al diritto dell'Unione, come ritengo che sia.

VI. Conclusione

75. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di giustizia di:

- «1) Dichiarare irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Italia).
- 2) In subordine, dichiarare che l'articolo 1, paragrafi 1, 2 e 3, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, non ostano a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, ai sensi della quale:
 - chi volontariamente e liberamente non partecipa ad un processo di selezione non è legittimato, in linea di principio, a chiederne l'annullamento.
 - fanno eccezione a tale regola le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o che non sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta».

³⁷ Nel ricorso presentato dinanzi al TAR Liguria, AMT affermava che l'avviso della gara «*restring[eva]* sensibilmente la possibilità di partecipare (...) da parte di operatori di piccole e medie dimensioni, quali le imprese di trasporto pubblico locale, imponendo agli stessi di ricercare ad ogni costo l'associazione con i pochi operatori di grandi dimensioni» (pagina 51 dell'atto di ricorso) (il corsivo è mio).