



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prezentate la 5 iulie 2018¹

Cauza C-328/17

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

[cerere de decizie preliminară formulată de Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria
(Tribunalul Administrativ Regional din Liguria, Italia)]

„Întrebare preliminară – Contracte de achiziții publice – Admisibilitate – Rămânere fără obiect –
Directiva 89/665/CEE – Căi de atac – Necesitatea de a fi participat la licitație pentru a putea depune
contestație – Calitatea procesuală activă a ofertantului în cazul certitudinii absolute
privind neeligibilitatea”

1. În cadrul unui proces care a rămas fără obiect (din punct de vedere juridic), astfel încât, ca urmare a inexistenței unui litigiu pe fond între părți, nu este necesară pronunțarea unei hotărâri, instanța sesizată cu judecarea cauzei ar putea formula o întrebare preliminară care să se refere doar la stabilirea părții obligate la plata cheltuielilor de judecată?

2. Curtea de Justiție are două opțiuni:

- Pe de o parte, poate să confirme precedentul stabilit în cauza Reinke² și să statueze că, în aceste condiții, nu mai este necesar să se răspundă la întrebarea preliminară, care ar deveni inadmisibilă.
- Pe de altă parte, poate depăși acest obstacol, caz în care va trebui să răspundă instanței de trimitere referitor la interpretarea directivelor privind căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice³. Această interpretare i se solicită pentru a putea fi comparată cu cea reținută de instanțele supreme din Italia (Consiliul de Stat și Curtea Constituțională) privind dreptul unei

¹ Limba originală: spaniola.

² Ordonanța din 14 octombrie 2010 (C-336/08, nepublicată, denumită în continuare „ordonanța Reinke”, EU:C:2010:604).

³ Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237) și Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO 1992, L 76, p. 14, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 43).

întreprinderi de a ataca actele din cadrul unei proceduri de cerere de ofertă la care nu a participat. Potrivit instanței de trimitere, obligarea la plata cheltuielilor de judecată din procedura principală va depinde de răspunsul la această întrebare.

I. Cadrul juridic

A. *Dreptul Uniunii*

1. *Directiva 89/665/CEE și Directiva 92/13/CEE*⁴

3. Articolul 1 („Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”) prevede:

„(1) Prezenta directivă se aplică în cazul contractelor menționate în Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii [(JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116)], cu excepția cazului în care aceste contracte sunt excluse în conformitate cu articolele 10-18 din respectiva directivă [Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO 2004, L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3), cu excepția cazului în care aceste contracte sunt excluse în conformitate cu articolul 5 alineatul (2) sau cu articolele 18-26, articolele 29 și 30 sau articolul 62 din respectiva directivă].

Contractele, în înțelesul prezentei directive, includ contractele de achiziții publice [contractele de furnizare, contractele de lucrări și servicii], acordurile-cadru, concesiunile de lucrări publice și sistemele dinamice de achiziție.

Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a garanta că, în ceea ce privește contractele circumscrise domeniului de aplicare al Directivei 2004/18/CE [Directivei 2004/17/CE], deciziile luate de autoritățile contractante pot fi supuse unor căi de atac efective și, în special, cât se poate de rapide, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, în temeiul nerespectării, prin aceste decizii, a legislației comunitare în domeniul achizițiilor publice sau a normelor de drept intern de transpunere a acesteia.

(2) Statele membre garantează că nu există, între întreprinderile care susțin că au suferit un prejudiciu în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract, nicio discriminare ca rezultat al distincției făcute de prezenta directivă între normele de drept intern de transpunere a legislației comunitare și celelalte norme de drept intern.

(3) Statele membre asigură accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care statele membre pot să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

[...]”

⁴ Conform modului de redactare care rezultă din Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice (JO 2007, L 335, p. 31). Am introdus între paranteze pătrate diferențele dintre textul Directivei 92/13/CEE și cel al Directivei 89/665/CEE.

4. Articolul 2 („Cerințe referitoare la căile de atac”) prevede:

„(1) Statele membre garantează că măsurile luate în privința căilor de atac menționate la articolul 1 prevăd competențe care să permită:

[...]

(b) fie anularea, fie asigurarea anulării deciziilor luate în mod ilegal, inclusiv eliminarea specificațiilor tehnice, economice sau financiare discriminatorii din chemarea la competiție, din documentația de contract sau din orice alt document legat de procedura de atribuire a contractului [din anunțul referitor la contract, nota informativă periodică, anunțul privitor la existența unui sistem de calificare, invitația de participare la licitație, caietul de sarcini sau din orice alte documente legate de procedura de atribuire a contractului respectiv].

[...]”

2. *Regulamentul nr. 1370/2007*⁵

5. Articolul 5 („Atribuirea de contracte de servicii publice”) prevede:

„(1) Contractele de servicii publice se atribuie în conformitate cu normele stabilite prin prezentul regulament. Cu toate acestea, contractele de servicii sau contractele de servicii publice, astfel cum sunt definite în Directivele 2004/17/CE sau 2004/18/CE, pentru servicii publice de transport de călători cu autobuzul sau tramvaiul, se atribuie în conformitate cu procedurile prevăzute în temeiul respectivelor directive, în cazul în care astfel de contracte nu iau forma contractelor de concesiune de servicii, astfel cum sunt definite în directivele în cauză. Dispozițiile alineatelor (2)-(6) din prezentul articol nu se aplică în cazul în care contractele urmează să fie atribuite în conformitate cu Directiva 2004/17/CE sau 2004/18/CE.

[...]

(7) Statele membre iau măsurile necesare pentru a asigura că deciziile adoptate în conformitate cu alineatele (2)-(6) pot fi supuse unei căi de atac în mod rapid și eficace, la cererea oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost sau riscă să fie prejudiciată de o presupusă încălcare, pe motivul că asemenea decizii au încălcat dreptul comunitar sau normele naționale de punere în aplicare a acestuia.

[...]”

B. Dreptul italian

1. *Decretul-lege nr. 138 din 13 august 2011*⁶

6. În temeiul articolului 3 bis, ca regulă generală, provincia este unitatea teritorială de referință pentru furnizarea de servicii publice locale.

5 Regulamentul (CE) nr. 1370/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 octombrie 2007 privind serviciile publice de transport feroviar și rutier de călători și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. 1191/69 și nr. 1107/70 ale Consiliului (JO 2007, L 315, p. 1).

6 Gazzetta Ufficiale nr. 188 din 13 august 2011, aprobat, cu modificări, prin Legea nr. 148 din 14 septembrie 2011.

2. *Legea regională din Liguria nr. 33 din 7 noiembrie 2013*⁷

7. Potrivit articolului 9 alineatul 1 și articolului 14 alineatul 1, atribuirea serviciului trebuie să se realizeze prin stabilirea unui lot unic pentru întreg teritoriul regional⁸.

3. *Codul de procedură administrativă (Codice del processo amministrativo)*⁹

8. Articolul 26 („Cheltuieli de judecată”) prevede:

„1. Atunci când ia o decizie, instanța se pronunță și cu privire la cheltuielile de judecată, în temeiul articolelor 91, 92, 93, 94, 96 și 97 din Codul de procedură civilă, luând în considerare, de asemenea, principiile clarității și conciziei menționate la articolul 3 alineatul 2. În orice caz, instanța poate, de asemenea, din proprie inițiativă, să oblige partea care a pierdut procesul să plătească celeilalte părți o sumă stabilită în conformitate cu principiul echității, dar nu mai mult de dublul cheltuielilor de judecată suportate, în cazul existenței unor motive vădit nefondate.

[...]”

9. Articolul 39 alineatul 1 prevede:

„În ceea ce privește aspectele care nu sunt reglementate de prezentul cod, se aplică dispozițiile Codului de procedură civilă, în măsura în care sunt compatibile sau sunt expresia unor principii generale.”

4. *Codul de procedură civilă (Codice di procedura civile)*¹⁰

10. Articolul 91 stabilește principiul potrivit căruia partea care cade în pretenții este obligată la plata cheltuielilor de judecată.

11. Articolul 92 prevede:

„Instanța, prin hotărârea sa pronunțată în conformitate cu articolul menționat anterior, poate exclude recuperarea cheltuielilor efectuate de partea care a avut câștig de cauză, dacă le consideră excesive sau inutile; [...]

Când cererea a fost admisă numai în parte sau dacă obiectul cauzei este complet nou ori survine modificarea jurisprudenței în legătură cu aspectele care fac obiectul cererii, instanța poate dispune compensarea, în tot sau în parte, a cheltuielilor de judecată.

[...]”

12. Articolul 100 prevede:

„Pentru a formula o cerere sau pentru a se opune unei cereri, este necesar să existe un interes în acest sens.”

7 Bollettino Ufficiale nr. 17 din 8 noiembrie 2013, denumită în continuare „Legea regională din Liguria nr. 33/2013”.

8 Aceste articole au fost abrogate prin Legea regională nr. 19 din 9 august 2016, prin care se introduc „modificări ale Legii regionale nr. 33 din 7 noiembrie 2013 (Reforma sistemului de transport public regional și local) și alte modificări legislative în domeniul transportului public local” (Gazzetta Ufficiale nr. 11 din 18 martie 2017, denumită în continuare „Legea regională din Liguria nr. 19/2016”).

9 Decretul Legislativ nr. 104 din 2 iulie 2010 (Gazzetta Ufficiale nr. 156 din 7 iulie 2010).

10 Regio Decreto nr. 1443 din 28 octombrie 1940 (Gazzetta Ufficiale nr. 253 din 28 octombrie 1940).

II. Situația de fapt și întrebarea preliminară

13. Regiunea Liguria, prin Agenția regională pentru transportul public local, a publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* din 3 iunie 2015¹¹ un „anunț de individualizare a operatorilor economici” care ar trebui să asigure, pe teritoriul său, serviciul public de transport terestru de persoane, în conformitate cu Legea regională din Liguria nr. 33/2013 și cu Regulamentul nr. 1370/2007.

14. Mai multe întreprinderi (denumite în continuare „AMT”), care furnizau servicii de transport public terestru în regiune, la nivelul întregii provincii sau al unor zone ale acesteia, au atacat în fața Tribunalului Amministrativo Regionale della Liguria (Tribunalul Administrativ Regional din Liguria, Italia)¹² actele procedurii de selecție. Întreprinderile au arătat, în susținerea cererii formulate, că, la stabilirea regiunii ca fiind un teritoriu unic în scopul furnizării serviciului în cauză, șansele lor de succes în cadrul procedurii de atribuire erau practic nule.

15. Fiind pusă sub semnul întrebării conformitatea Legii regionale din Liguria nr. 33/2013 cu Constituția italiană, TAR Liguria a formulat o „întrebare privind constituționalitatea” în fața Corte Costituzionale (Curtea Constituțională, Italia) la 21 ianuarie 2016.

16. În așteptarea rezultatului analizei privind constituționalitatea, Regiunea Liguria a adoptat o nouă lege¹³ prin care a eliminat limitarea regională pentru furnizarea serviciului de transport terestru. Autoritatea competentă, în lumina acestei eliminări, a hotărât să nu continue procedura de ofertare, care a rămas fără obiect.

17. Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) a pronunțat însă hotărârea nr. 245/2016 din 22 noiembrie în care a declarat inadmisibilă întrebarea adresată de Tribunalul Administrativ din Liguria, deoarece întreprinderile AMT nu aveau calitate procesuală activă pentru a formula o acțiune împotriva actelor unei proceduri de cerere de ofertă la care nu participaseră.

18. Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) și-a motivat decizia în următorii termeni:

„Potrivit instanței de trimitere, reclamantele, întreprinderi cărora deja le-a fost atribuită furnizarea de servicii publice de transport la nivel provincial, nu au participat la licitația informală organizată de administrația regională, în temeiul articolului 30 din Decretul legislativ nr. 163 din 2006^[14], ci s-au limitat la a contesta anunțul de individualizare a operatorilor economici, prin care aceștia erau invitați să depună cererile de exprimare a interesului, în măsura în care stabilește că atribuirea contractului se face la nivel regional și într-un singur lot.

Potrivit unei jurisprudențe constante în materie de contencios administrativ, o întreprindere care nu participă la procedura de cerere de ofertă nu poate contesta respectiva procedură și nici atribuirea contractului în favoarea altor întreprinderi, deoarece poziția sa juridică materială nu este suficient de diferențiată, întemeindu-se pe un simplu interes de fapt (Hotărârea nr. 2507 din 10 iunie 2016 a Consiliului de Stat, secția a treia, Hotărârea nr. 491 din 2 februarie 2015 a Consiliului de Stat, secția a treia, Hotărârea nr. 6048 din 10 decembrie 2014 a Consiliului de Stat, secția a șasea, Hotărârea nr. 9 din 25 februarie 2014 a Adunării plene a Consiliului de Stat și Hotărârea nr. 4 din 7 aprilie 2011 a Adunării plene a Consiliului de Stat).

11 JO 2015, S 105, 3 iunie 2015, anunțul nr. 191825. Acest anunț a fost precedat de un alt „anunț indicativ” din 18 februarie 2014 (2014/S 038-063550), în care se face referire la Directiva 2004/17.

12 Denumit în continuare „TAR Liguria”.

13 A se vedea nota de subsol 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 [Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006 (Gazzetta Ufficiale nr. 100 din 2 mai 2006, denumit în continuare „Decretul legislativ nr. 163 din 2006” sau „Codul privind contractele de achiziții publice”).

Există de asemenea o jurisprudență constantă potrivit căreia, «în mod normal, cererile de ofertă, anunțurile de concurs și înscrierile de convocare sunt contestate împreună cu actele adoptate în aplicarea acestora, dat fiind că respectivele acte sunt cele care identifică cu precizie persoanele prejudiciate de procedură și în același timp conferă un caracter actual și concret prejudiciului cauzat sferei subiective a persoanei interesate» (Hotărârea nr. 1 din 29 ianuarie 2003 a Adunării plene a Consiliului de Stat).

Constituie o excepție de la aceste norme, care rezultă din simpla punere în aplicare, în cazul procedurilor de cerere de ofertă, a principiilor generale privind calitatea procesuală activă și interesul de a exercita acțiunea, ipotezele în care ar fi contestată inexistența cererii de ofertă sau lipsa anunțului privind cererea de ofertă sau ipotezele în care sunt contestate clauze din anunțul privind această cerere care exclud în mod direct un participant sau, în ultimă instanță, clauze care impun sarcini în mod evident de neînțeles sau total disproportionale care fac imposibilă depunerea ofertei (Hotărârea nr. 2507 din 10 iunie 2016 a Consiliului de Stat, secția a treia, Hotărârea nr. 5862 din 30 decembrie 2015 a Consiliului de Stat, secția a cincea, Hotărârea nr. 5181 din 12 noiembrie 2015 a Consiliului de Stat, secția a cincea, Hotărârea nr. 9 din 25 februarie 2014 a Adunării plene a Consiliului de Stat, precum și Hotărârea nr. 4 din 7 aprilie 2011 a Adunării plene a Consiliului de Stat).

În astfel de cazuri, cererile de participare la procedură nu sunt relevante sub aspectul contestării, fie pentru inexistența procedurii înseși, fie deoarece contestarea cererii de ofertă în sine sau imposibilitatea participării la aceasta conduce la producerea *ex se* a unei situații juridice diferențiate (față de întreprinderea care participă la un raport juridic incompatibil cu declanșarea noii proceduri și, respectiv, față de întreprinderea din acest sector care a fost împiedicată să participe) și a unui prejudiciu real și concret (Hotărârea nr. 4 din 7 aprilie 2011 a Adunării plene a Consiliului de Stat).

Cazul în discuție în prezenta cauză nu se regăsește printre aceste împrejurări excepționale, astfel cum reiese din însăși motivarea deciziei de trimitere, în care se arată că clauzele în litigiu s-ar referi la probabilitățile de atribuire în beneficiul reclamantelor, care «s-ar reduce până la un nivel aproape nul», în timp ce, în cadrul unei cereri de ofertă la nivel provincial și structurate pe mai multe loturi, reclamantele «ar avea șanse extrem de ridicate de a obține atribuirea serviciului, chiar și numai ca urmare a avantajului de a-l fi furnizat anterior».

Dintr-o astfel de motivare nu rezultă existența unui impediment real și efectiv în calea participării la procedura de cerere de ofertă, ci numai ipoteza producerii unor eventuale prejudicii, care pot fi contestate de părțile care au participat la procedură, exclusiv la terminarea acesteia, în cazul în care nu le-a fost atribuit contractul.”

19. TAR Liguria are îndoieli că această interpretare a Corte Costituzionale (Curtii Constituționale) ar fi conformă cu Directiva 89/665. Din acest motiv, în pofida faptului că anunțul de participare a rămas fără obiect, consideră că este necesară pronunțarea unei decizii preliminare de către Curtea de Justiție pentru a putea soluționa cererea privind cheltuielile de judecată.

20. Instanța de trimitere consideră că pot exista două situații:

- „în cazul în care se concluzionează că acțiunea în anulare care vizează verificarea întregii proceduri este unul dintre cazurile excepționale în care se consideră că un operator economic care nu a participat la cererea de ofertă are dreptul să o conteste, procedura ar trebui să se încheie cu o hotărâre de constatare a rămânerii fără obiect a cererii ca urmare a adoptării Legii regionale din Liguria nr. 19/2016 [...] Într-o astfel de ipoteză, cheltuielile de judecată și taxa judiciară [...] ar fi [...] suportate de pârâtă, cu consecința rambursării acestora în favoarea reclamantelor.”

- „dimpotrivă, în cazul în care s-ar urma interpretarea din hotărârea nr. 245/2016 a Corte Costituzionale [Curtea Constituțională] și s-ar considera, așadar, că societățile reclamante nu au calitate procesuală activă pentru a ataca actele procedurii de cerere de ofertă, judecarea cauzei ar trebui să se încheie printr-o constatare a inadmisibilității cererii pentru lipsa interesului de a exercita acțiunea, cu consecința repartizării cheltuielilor în sarcina reclamantelor.”

21. Pe baza celor de mai sus, TAR Liguria adresează următoarea întrebare preliminară:

„Articolul 1 alineatele (1), (2) și (3) și articolul 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 89/665/CEE privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări se opun unei reglementări naționale care recunoaște posibilitatea de a ataca actele unei proceduri de cerere de ofertă numai operatorilor economici care au depus cerere de participare la procedura respectivă, chiar și în cazul în care acțiunea în justiție are ca obiect examinarea procedurii în principiu, în măsura în care din caietul de sarcini rezultă o probabilitate foarte mare de a nu obține atribuirea?”

III. Sinteza observațiilor părților

22. Guvernul italian contestă admisibilitatea întrebării preliminare cu următoarele argumente:

- În primul rând, articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 definește domeniul de aplicare al acesteia în raport cu Directiva 2004/18. Întrucât procedura de atribuire în litigiu privea atribuirea unei concesiuni de servicii publice de transport terestru, nu ar fi aplicabilă Directiva 2004/18 și nici Directiva 89/665.
- În al doilea rând, chiar presupunând contrariul, aplicarea Directivei 89/665 este întemeiată pe o încălcare a dispozițiilor de fond ale Directivei 2004/18. Instanța de trimitere nu a precizat ce dispoziții au fost încălcate, făcând o referire vagă la o posibilă restrângere excesivă a concurenței, fără a specifica dispozițiile Uniunii încălcate.

23. Cu privire la fond, guvernul italian precizează că regula generală este că cel care s-a abținut în mod voluntar și liber să participe la o procedură de selecție nu are calitate procesuală activă pentru a solicita anularea acesteia. Fac însă excepție cazurile în care se contestă: i) anunțul privind cererea de ofertă în sine, ii) lipsa unui anunț de participare la cererea de ofertă, dat fiind că administrația a atribuit contractul direct, și iii) una sau mai multe dintre clauzele cererii de ofertă determină excluderea directă. Consideră că acest sistem este perfect compatibil cu principiile jurisprudențiale consacrate prin Hotărârea Grossmann Air Service¹⁵.

24. Guvernul italian concluzionează că, în speță, Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) a statuat că șansele AMT nu erau inexistente, ci doar reduse, astfel încât determinarea eligibilității sale se putea realiza numai după finalizarea procedurii de selecție, la care ar fi trebuit să participe.

25. Guvernul Republicii Cehe, tot pe baza Hotărârii Grossmann, susține că, în cazul în care potențialii ofertanți se găsesc într-o situație discriminatorie, acestora trebuie să li se recunoască calitatea procesuală activă pentru a contesta clauzele care au generat discriminarea. Admiterea acțiunii lor ar face posibil accesul acestora la atribuirea contractului, putând obține verificarea actelor de participare la procedură încă din faza inițială, fără a aștepta decizia finală cu privire la această chestiune.

¹⁵ Hotărârea din 12 februarie 2004 (C-230/02, denumită în continuare „Hotărârea Grossmann”, EU:C:2004:93).

26. În opinia guvernului spaniol, Directiva 89/665 stabilește niveluri minime de acces la procedurile privind căile de atac, fiind în sarcina dreptului național intern configurarea acestora în limitele principiilor echivalenței și efectivității. Guvernul spaniol își concentrează analiza în jurul principiului efectivității și respinge încălcarea lui, având în vedere că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 impune ca persoana prejudiciată să fi fost sau să riște să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului Uniunii. Acest lucru nu este valabil în cazul reclamantelor în ceea ce privește actele unei proceduri de cerere de ofertă la care nu au participat.

27. Guvernul spaniol subliniază că legislația italiană și jurisprudența care o interpretează oferă căi de a contesta cererea de ofertă, fără a fi necesară participarea la procedură, și că reclamantele au ratat ocazia de a contesta anunțul de participare la procedură. Prin urmare, nu se justifică în prezent formularea unei căi de atac împotriva actelor unei proceduri de cerere de ofertă la care nu au participat.

28. Comisia susține că întrebarea preliminară nu este admisibilă, fiind ipotetică, dat fiind că acțiunea principală a rămas fără obiect.

29. În ceea ce privește fondul, Comisia analizează Hotărârea Grossmann și susține că normele naționale care reglementează căile de atac trebuie să respecte principiul efectivității și să nu aducă atingere efectului util al Directivei 89/665, confirmat de articolul 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

30. Potrivit Comisiei, poziția adoptată de Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) este contrară acestui principiu atunci când impune o certitudine absolută privind excluderea din procedura de atribuire ca o condiție pentru a putea fi invocate excepțiile referitoare la calitatea procesuală activă a reclamantelor care nu au participat la respectiva procedură. Curtea de Justiție nu a solicitat să se dovedească o certitudine absolută, ci doar o probabilitate.

IV. Procedura în fața Curții

31. Ordonanța de trimitere preliminară a fost înregistrată la grefa Curții la 31 mai 2017.

32. Guvernele italian, spaniol și ceh, precum și Comisia Europeană au depus observații scrise. Doar guvernul italian și Comisia au fost reprezentate la ședința care a avut loc la 26 aprilie 2018.

V. Apreciere

A. Cu privire la admisibilitatea întrebării preliminare

33. Centrul de greutate al întrebării preliminare rezidă în calitatea procesuală activă a unor persoane care, precum AMT, nu și-au depus candidatura ca ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, considerând că există o foarte mare probabilitate de a nu fi selectate.

34. Astfel cum s-a arătat deja, procedura în fața instanței de trimitere a rămas fără obiect ca urmare a unei reforme legislative, drept care autoritatea contractantă a anulat cererea de ofertă. Cu toate acestea, instanța de trimitere consideră că are în continuare nevoie de o hotărâre preliminară a Curții de Justiție pentru a se putea pronunța cu privire la cheltuielile de judecată.

35. În temeiul articolului 267 TFUE, întrebarea preliminară are scopul de a furniza instanței de trimitere orientările necesare pentru a se pronunța într-un litigiu în care apar îndoieli cu privire la interpretarea dreptului Uniunii.

36. Am amintit încă de la începutul prezentelor concluzii că Curtea de Justiție a avut ocazia să se pronunțe cu privire la o chestiune similară, în care procedura principală a rămas fără obiect, iar hotărârea preliminară era utilă numai cu privire la cheltuielile de judecată.

37. Astfel, în Ordonanța Reinke, se arată că o asemenea decizie privind cheltuielile de judecată depinde de decizia adoptată în procedura principală în cadrul căreia a fost formulată întrebarea preliminară. După soluționarea respectivei proceduri, nu mai era necesar să se răspundă la întrebările adresate numai din perspectiva cheltuielilor de judecată¹⁶.

38. În opinia noastră, logica exprimată în Ordonanța Reinke este impecabilă¹⁷ și este coerentă cu alte exprimări ale aceluiași principiu (de exemplu, în temeiul articolului 58 din Statutul Curții de Justiție, recursul nu poate privi exclusiv impunerea și cuantumul cheltuielilor de judecată). În cazul în care procedura în care trebuia aplicată dispoziția din dreptul Uniunii rămâne pe parcurs fără obiect, litigiul dintre părți dispăre, iar interpretarea unei dispoziții a dreptului Uniunii Europene de către Curtea de Justiție pur și simplu nu mai este necesară, deoarece aceasta nu poate influența soluționarea litigiului (inexistent).

39. TAR Liguria arată totuși că aprecierea Curții de Justiție privind calitatea procesuală activă a reclamantelor de a contesta o procedură de cerere de ofertă la care nu au participat ar fi relevantă pentru a putea stabili care dintre părți și în ce quantum trebuie să suporte cheltuielile de judecată aferente procedurii stinse.

40. Nu considerăm că această relație indirectă este de ajuns pentru a stabili o legătură suficientă cu dreptul Uniunii. Aspectul pus în discuție în prezent nu se mai înscrie, de fapt, în domeniul contractelor de achiziții publice, ci în cel al reglementării costurilor procedurilor judiciare. Cu excepția cazului în care o dispoziție a dreptului Uniunii ar fi aplicabilă în această privință (ceea ce se întâmplă în anumite domenii, la care vom face referire în continuare), decizia privind cheltuielile de judecată se bazează exclusiv pe dreptul național, iar nu pe dreptul Uniunii.

41. Ideea care stă la baza Ordonanței Reinke este asociată cu rolul întrebărilor preliminare: interpretarea dreptului Uniunii trebuie să fie indispensabilă pentru ca instanța de trimitere să poată soluționa litigiul (punctul 13 din ordonanța respectivă), astfel încât dispariția litigiului face ca hotărârea preliminară să devină inutilă (punctul 16).

42. Dreptul Uniunii nu cuprinde o reglementare armonizată a cheltuielilor de judecată, care se încadrează pe deplin în sfera de competență a statelor membre. Numai în anumite domenii, legiuitorul Uniunii și-a manifestat voința de a interveni în aceste chestiuni, fie pentru a evita costuri prea oneroase care ar putea descuraja accesul la justiție într-un domeniu oarecare de reglementare¹⁸, fie pentru a se asigura că partea ale cărei drepturi au fost lezate primește de la cealaltă parte cheltuieli de judecată rezonabile și proporționale, tot în anumite domenii specifice¹⁹.

¹⁶ Punctul 16.

¹⁷ Desigur, s-ar putea argumenta că circumstanțele din cauza Reinke nu sunt identice cu cele din speță. Cu toate acestea, considerăm că, în pofida unor diferențe accidentale, analogia dintre cele două cauze este incontestabilă.

¹⁸ Articolul 10a din Directiva 85/337/CEE a Consiliului din 27 iunie 1985 privind evaluarea efectelor anumitor proiecte publice și private asupra mediului (JO 1985, L 175, p. 40, Ediție specială, 15/vol. 1, p. 174) și articolul 15a din Directiva 96/61/CE a Consiliului din 24 septembrie 1996 privind prevenirea și controlul integrat al poluării (JO 1996, L 257, p. 26, Ediție specială, 15/vol. 3, p. 183).

¹⁹ Articolul 14 din Directiva 2004/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală (JO 2004, L 157, p. 45, Ediție specială, 17/vol. 2, p. 56) și articolul 6 alineatul (3) din Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale (JO 2011, L 48, p. 1).

43. Inclusiv în domeniile în care dreptul Uniunii se ocupă de reglementarea cheltuielilor de judecată, Curtea de Justiție a statuat că, „în lipsa unei precizări a dreptului Uniunii, statele membre au obligația, în momentul transpunerii unei directive, să îi asigure efectul deplin și că acestea dispun de o marjă de apreciere considerabilă în alegerea mijloacelor”. În ceea ce privește respectiva cauză, referitoare la dreptul mediului, Curtea a reținut că „trebuie să se țină seama de toate dispozițiile relevante din dreptul național și în special de un sistem național de asistență judiciară, precum și de un regim de protecție privind cheltuielile de judecată”, și de „diferențele sensibile dintre legislațiile naționale în acest domeniu”²⁰.

44. Dacă această marjă largă de apreciere împreună cu recunoașterea particularităților fiecărui sistem național caracterizează cauzele în care dreptul Uniunii are un efect asupra costurilor procedurii, libertatea statelor membre este chiar mai amplă într-un domeniu nereglementat la nivel comunitar.

45. În prezenta cauză, orice dezbateră privind costurile²¹ ar viza exclusiv interpretarea normelor interne care reglementează atribuirea cheltuielilor între părți și competențele instanței de a le ajusta. În situația unui litigiu care s-ar reduce doar la cheltuielile de judecată, dreptul național este cel care ar trebui să ofere orientări pentru soluționarea acestuia, iar nu dreptul Uniunii care, repetăm, nu reglementează acest domeniu.

46. O posibilitate ar fi ca, în pofida lipsei armonizării la nivelul Uniunii în domeniul cheltuielilor de judecată aplicabile în acest tip de litigii, caracteristicile procedurii principale să privească respectarea normelor fundamentale și a principiilor generale ale Tratatului FUE; însă, pentru ca situația să se prezinte astfel, ar fi necesar ca în cauză să fie pusă în discuție una dintre libertățile fundamentale, fapt care nu este nici măcar insinuat în decizia de trimitere.

47. În sfârșit, fără a dori să ne substituim instanței naționale în constatările sale și nici să intervenim asupra libertății sale de a alege o formulă sau alta dintre cele oferite de dreptul național, normele din codurile de procedură civilă și de procedură administrativă citate anterior sunt suficiente pentru ca, indiferent de eventuala soluție care ar putea fi dată problemei privind calitatea procesuală activă a reclamantelor, să poată fi stabilită impunerea cheltuielilor de judecată pe baza unor argumente independente de respectiva problemă.

48. Din această perspectivă, este suficient să se amintească faptul că, în conformitate cu dreptul național, dacă „obiectul cauzei este complet nou” sau dacă „survine modificarea jurisprudenței în legătură cu aspectele care fac obiectul cererii”²², instanța poate compensa în întregime sau în parte cheltuielile de judecată între părți. Prin urmare, instanța dispune de libertate deplină de alegere în acest sens, indiferent dacă, în conformitate cu hotărârea Corte Costituzionale (Curtea Constituțională), se respinge sau se admite calitatea procesuală activă a AMT.

49. Prin urmare, considerăm că întrebarea preliminară este inadmisibilă, deoarece nu mai este necesar un răspuns din partea Curții de Justiție și întrucât aceasta nu dispune de competența de a se pronunța cu privire la aplicarea sistemului italian de cheltuieli de judecată, de natură pur internă.

20 Hotărârea din 11 aprilie 2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, punctele 37 și 38).

21 Instanța de trimitere nu furnizează date care să evedențieze poziția părților în ceea ce privește impunerea și cuantumul cheltuielilor de judecată (viitoare). În plus, toate părțile au refuzat să participe la procedura de decizie preliminară, ceea ce, în opinia noastră, denotă un interes redus pentru soluționarea cauzei.

22 În decizia de trimitere, se precizează că legislația și jurisprudența Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) cu privire la calitatea procesuală activă a unei persoane care nu a participat la procedura de cerere de ofertă sunt „conforme cu jurisprudența Uniunii”. Situația ar deveni diferită pentru instanța de trimitere în urma hotărârii Curții Constituționale nr. 245/2016, care constituie un „precedent obligatoriu” care a fost deja aplicat în hotărâri ulterioare ale Consiglio di Stato (Consiliul de Stat).

B. Cu privire la fond

50. În cazul în care Curtea ar accepta să se pronunțe cu privire la fondul întrebării preliminare, vom oferi punctul nostru de vedere cu titlu subsidiar. Vom face acest lucru încercând să delimităm, în primul rând, regimul juridic aplicabil, pentru ca, ulterior, să propunem o soluție la problema ridicată.

1. Cadrul juridic aplicabil

51. Obiectul procedurii de cerere de ofertă a fost atribuirea contractului de prestare de servicii de transport public terestru de călători. Acest tip de servicii se încadrează în domeniul de aplicare specific al Regulamentului nr. 1370/2007, al cărui articol 5 reglementează „atribuirea contractelor de servicii publice” în sectorul transporturilor.

52. Din informațiile cuprinse în decizia de trimitere nu se poate concluziona cu certitudine dacă, în acest caz, era vorba despre o „concesiune de servicii” sau despre un „contract de achiziții publice de servicii”. Deși ambele tipuri prezintă caracteristici similare²³, ele se diferențiază prin faptul că, în cazul concesiunilor, contrapartida constă în dreptul de a exploata serviciul (fie ca atare, fie în schimbul plății unei sume de bani), iar în cazul contractelor de achiziții publice de servicii, contrapartida constă în plata unei sume de bani de către contractant în favoarea furnizorului serviciilor în cauză²⁴.

53. Încadrarea contractului în litigiu într-o categorie sau în alta îi revine instanței de trimitere, care, spre deosebire de Curtea de Justiție, dispune de toate elementele de fapt în acest sens. Calificarea contractului este relevantă pentru identificarea regimului juridic care i se aplică, date fiind prevederile articolului 5 alineatul (1) din Regulamentul nr. 1370/2007²⁵.

54. Prin urmare, vom aborda problema calității procesuale active în ambele ipoteze.

a) Concesiunea unui serviciu public de transport

55. Potrivit primei ipoteze, ar fi vorba despre o concesiune de servicii, astfel cum se susține în unele dintre observațiile scrise și după cum se poate deduce din anunțul privind cererea de ofertă în care se face trimitere la articolul 30 din Codul privind contractele de achiziții publice care reglementează tocmai „concesiunile de servicii”²⁶.

56. Guvernul italian se întemeiază pe existența unei concesiuni pentru a pune sub semnul întrebării trimiterea la Directiva 89/665. Susține că, întrucât articolul 1 alineatul (1) din aceasta precizează domeniul său de aplicare în raport cu Directiva 2004/18, această directivă nu se aplică acestui tip de concesiuni.

23 A se vedea Concluziile avocatului general Eleanor Sharspton în cauza Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, punctul 26), și Concluziile avocatului general Pedro Cruz Villalón în cauza Norma-A și Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, punctul 39 și urm.).

24 La care trebuie să se adauge că concesionarul suportă riscul legat de exploatarea serviciului. A se vedea Hotărârea din 10 noiembrie 2011, Norma-A și Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punctul 44).

25 „Contractele de servicii publice se atribuie în conformitate cu normele stabilite prin prezentul regulament. Cu toate acestea, contractele de servicii sau contractele de servicii publice, astfel cum sunt acestea definite în Directiva 2004/17/CE sau 2004/18/CE, pentru servicii publice de transport de călători cu autobuzul sau tramvaiul, se atribuie în conformitate cu procedurile prevăzute în temeiul respectivelor directive, în cazul în care astfel de contracte nu iau forma contractelor de concesiune de servicii, astfel cum sunt definite în directivele în cauză.”

26 Potrivit acestei prevederi, „dispozițiile din Codul privind contractele de achiziții publice nu se aplică în cazul concesiunilor de servicii, cu excepția situațiilor prevăzute în prezentul articol”. La alineatul 3 este prevăzută posibilitatea participării la o „procedură informală de cerere de ofertă la care sunt invitați cel puțin cinci concurenți”, ca o metodă de selecție a concesionarului, procedură aplicată în prezenta cauză.

57. Comisia, pe de altă parte, susține că, în Italia, articolul 30 alineatul 7 din Codul privind contractele de achiziții publice extinde domeniul de aplicare al Directivei 89/665 la concesiunile de servicii publice. Ar exista deci o legătură între dreptul național și dreptul Uniunii, pe care s-ar întemeia competența Curții de a se pronunța cu titlu preliminar, în conformitate cu o jurisprudență constantă²⁷.

58. Pe această cale, Directiva 89/665 ar putea deveni aplicabilă. Cu toate acestea, „întră sub incidența dreptului intern și, în consecință, este de competența exclusivă a instanțelor statului membru de a ține seama de limitele pe care legiuitorul național a putut să le stabilească cu privire la aplicarea dreptului comunitar în cazul unor situații pur interne, cărora li se aplică numai prin intermediul legislației naționale”, ceea ce revine instanței de trimitere să verifice²⁸.

59. În plus, reglementarea specifică privind serviciul public de transport terestru de călători, cuprinsă în Regulamentul nr. 1370/2007, presupune atribuirea concesiunilor respective normelor prevăzute la alineatele (2)-(6) ale articolului 5 din regulamentul menționat și adaugă, la alineatul (7), că deciziile adoptate în conformitate cu aceste alineate „pot fi supuse unei căi de atac în mod rapid și eficace, la cererea oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost sau riscă să fie prejudiciată de o presupusă încălcare, pe motivul că asemenea decizii au încălcat dreptul comunitar sau normele naționale de punere în aplicare a acestuia”.

60. Este un fapt general acceptat că, din acest punct de vedere, dispozițiile Regulamentului nr. 1370/2007 coincid cu cele ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665. Nu în mod întâmplător, considerentul (21) al regulamentul menționat precizează că „[a]r trebui garantată protecția juridică efectivă nu numai pentru atribuirea de contracte ce intră în domeniul de aplicare al [Directivelor 2004/17 și 2004/18], ci și pentru alte contracte atribuite în temeiul prezentului regulament. O procedură efectivă privind căile de atac este necesară și ar trebui să fie comparabilă, după caz, cu procedurile relevante prevăzute în Directiva 89/665/CEE [...] și în Directiva 92/13/CEE [...]”.

61. Pe scurt, deși urmând un raționament diferit, rezultatul la care se ajunge este același: obligativitatea instituirii unor căi de atac eficace. Plecând de la această premisă, controversa constă în stabilirea măsurii în care aceste căi de atac ar trebui puse la dispoziția unor întreprinderi care nu au participat la procedura de cerere de ofertă.

b) Contract de achiziții publice pentru servicii de transport

62. Cea de a doua ipoteză este că tranzacția juridică în litigiu s-ar încadra în categoria contractelor de achiziții publice de servicii de transport. De fapt, în „anunțul orientativ periodic” din 22 februarie 2014, se menționează doar Directiva 2004/17²⁹ și se stabilește drept criteriu de atribuire oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic. În plus, anunțul de participare la cererea de ofertă din 29 mai 2015, la punctul 2, se referă la o contraprestație pentru ofertantul selectat, care ar urma să fie specificată în mod definitiv în scrisoarea care cuprinde invitația de a prezenta oferta financiară menționată la punctul 6.

²⁷ „Așadar, o interpretare de către Curte a dispozițiilor dreptului Uniunii în situații care nu intră în domeniul de aplicare al acestuia se justifică atunci când aplicabilitatea acelor dispoziții în privința unor asemenea situații a fost determinată de dreptul național în mod direct și necondiționat pentru a asigura un tratament identic acestor situații și situațiilor care intră în domeniul de aplicare al dreptului Uniunii” [Hotărârea din 19 octombrie 2017, Solar Electric Martinique (C-303/16, EU:C:2017:773, punctul 27 și jurisprudența citată)].

²⁸ Hotărârea din 18 octombrie 1990, Dzodzi (C-297/88 și C-197/89, EU:C:1990:360, punctele 41 și 42).

²⁹ De respectivul anunț se ocupă articolul 41 din directiva menționată.

63. S-ar putea susține, așadar, că aceste caracteristici ale contractului îl diferențiază de contractul de concesiune de servicii de transport, astfel cum este definit la articolul 1 alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/17³⁰, pentru a fi încadrat în categoria contractelor de achiziții publice de servicii de transport. Dacă aceasta ar fi situația, articolul 5 alineatul (1) din Regulamentul nr. 1370/2007 ar determina aplicarea Directivei 2004/17 și, prin urmare, a regimului căilor de atac prevăzut la articolele 1 și 2 din Directiva 92/13, care este similar cu cel din Directiva 89/665 sub aspectele care se regăsesc în întrebarea adresată de instanța de trimitere.

2. Răspunsul la întrebarea preliminară

64. Deși dezbaterile s-au axat pe calitatea procesuală activă de a contesta procedura de cerere de ofertă și, prin urmare, pe dreptul de acces la sistemul căilor de atac, decizia de trimitere o extinde spre alte tipuri de conținut prin menționarea, oarecum generică, a articolului 1 alineatele (1), (2) și (3) și a articolului 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 89/665.

65. Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) se bazează pe jurisprudența Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) pentru a reține, în hotărârea nr. 245/2016, o premisă pe care o considerăm greu de combătut: cel care s-a abținut în mod voluntar și liber să participe la o procedură de selecție nu are, în principiu, calitate procesuală activă pentru a solicita anularea ei. Acest criteriu coincide cu cel reținut de Curte în Hotărârea Grossmann atunci când a interpretat articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665³¹.

66. Instanțele supreme italiene recunosc totuși că o cale de atac poate fi inițiată și de cei care nu au participat la procedura de cerere de ofertă, în anumite circumstanțe excepționale. Printre acestea se numără, potrivit hotărârii Curții Constituționale nr. 245/2016, „inexistența cererii de ofertă sau lipsa anunțului privind cererea de ofertă sau ipotezele în care sunt contestate clauze din anunțul privind această cerere care exclud în mod direct un participant sau, în ultimă instanță, clauze care impun sarcini în mod evident de neînțeles sau total disproportionale ce fac imposibilă depunerea ofertei”.

67. Din nou, această extindere a calității procesuale active ni se pare conformă cu cea reținută de Curte pentru ipotezele în care clauzele din anunțul de participare sau din caietul de sarcini sunt, în sine, discriminatorii și de natură să împiedice participarea uneia sau mai multor întreprinderi³². În cazul în care „șansele ca respectivul contract să fie atribuit [întreprinderilor menționate] sunt *nule* din cauza existenței acestor caracteristici discriminatorii”³³, întreprinderilor trebuie să le fie recunoscută calitatea procesuală activă pentru a le contesta fără să li se impună participarea în prealabil la procedura de cerere de ofertă³⁴.

³⁰ „O «concesionare de servicii» reprezintă un contract de același tip ca un contract de servicii, cu excepția faptului că echivalentul financiar pentru prestarea de servicii constă numai în dreptul de a exploata serviciul sau în acel drept însoțit de un preț.”

³¹ Hotărârea Grossmann, punctul 27: „Participarea la o procedură de atribuire a unui contract poate, în principiu, să constituie în mod valabil [...] o cerință a cărei îndeplinire să fie necesară pentru a se stabili dacă persoana vizată prezintă interes pentru obținerea contractului în cauză sau poate să sufere un prejudiciu ca urmare a caracterului presupus nelegal al deciziei de atribuire a respectivului contract. În cazul în care nu a prezentat o ofertă, o astfel de persoană cu greu poate să facă dovada interesului său de a contesta decizia în care este sau poate fi lezată ca urmare a respectivei atribuirii.”

³² *Ibidem*, punctul 28: „În eventualitatea în care o întreprindere nu a prezentat o ofertă din cauza existenței unor caracteristici *presupus discriminatorii* în actele referitoare la cererea de ofertă sau în caietul de sarcini, care ar fi împiedicat-o tocmai să furnizeze toate serviciile solicitate”. În acest caz, întreprinderea „ar avea dreptul să inițieze o cale de atac în mod direct împotriva respectivelor caracteristici, inclusiv înainte de finalizarea procedurii de atribuire a contractului public vizat” (sublinierea noastră).

³³ *Ibidem*, punctul 29 (sublinierea noastră).

³⁴ *Ibidem*, punctul 30: „Prin urmare, trebuie să existe posibilitatea ca o întreprindere să introducă o cale de atac împotriva unor astfel de caracteristici discriminatorii, fără să se mai aștepte finalizarea procedurii de atribuire a contractului”.

68. Nu vedem, așadar, discrepanțe între interpretarea Directivei 89/665 reținută de Curtea de Justiție și cea furnizată de instanțele supreme italiene în ceea ce privește normele lor naționale, referitor la calitatea procesuală activă a celor care, fără a participa la procedura de cerere de ofertă, urmăresc să conteste clauzele discriminatorii care le îngădesc accesul la aceasta.

69. Dat fiind că întrebarea preliminară se limitează la elucidarea unei presupuse opoziții între Directiva 89/665 și legislația națională, în mod abstract, considerațiile de mai sus sunt suficiente pentru a dovedi că această incompatibilitate nu există. Instanța de trimitere formulează această întrebare în termeni care, în realitate, nu reflectă toate nuanțele din jurisprudența curților supreme, astfel cum reiese din jurisprudența națională³⁵.

70. Extrapolând răspunsul la particularitățile litigiului principal, în care hotărârea privind lipsa calității procesuale active a AMT a devenit definitivă, este cel puțin discutabil³⁶ că nivelul regional al serviciului de transport terestru (în locul subîmpărțirii acestuia în loturi sau în zone mai reduse) ar fi, în sine, *discriminatoriu*. Situația este diferită în cazul întreprinderilor mici lipsite de mijloace proprii pentru a participa la o cerere de ofertă cu aceste caracteristici, un aspect inerent procedurilor de cerere de ofertă de mare amploare.

71. În orice caz, potrivit estimării Corte Costituzionale (Curtea Constituțională), dat fiind modul de organizare a procedurii de cerere de ofertă, era puțin probabil, dar nu absolut imposibil, ca AMT să obțină atribuirea contractului³⁷. Prin urmare, Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) nu a reținut existența unui „impediment real și efectiv în calea participării la procedura de cerere de ofertă”. Dat fiind că această apreciere este definitivă în ceea ce privește conținutul clauzelor respective, ea este obligatorie pentru instanța de trimitere și trebuie avută în vedere și la formularea răspunsului la întrebarea preliminară.

72. Comisia invocă Hotărârea Grossmann pentru a argumenta că nu ar fi necesar să se dovedească o certitudine absolută privind excluderea unui ofertant de la o procedură de cerere de ofertă, fiind suficientă și simpla probabilitate în această privință pentru ca întreprinderea afectată să poată contesta procedura respectivă fără a fi necesar să fi participat la aceasta.

73. Interpretarea noastră cu privire la Hotărârea Grossmann nu coincide în totalitate cu cea a Comisiei. Considerăm că este periculoasă introducerea calculului probabilităților ca unic factor determinant pentru a decide cu privire la această chestiune. Dacă aceasta ar fi situația, orice întreprindere ar putea susține că condițiile (chiar nediscriminatorii) ale unei cereri de ofertă ar avea drept efect *probabil* respingerea propriei candidaturi, ceea ce ar deschide calea unor eventuale contestații lipsite de seriozitate, formulate de cei care au ales să nu participe la procedura de atribuire.

74. Reiterăm însă că, în orice caz, nu este de competența Curții de Justiție să decidă dacă Corte Costituzionale (Curtea Constituțională) a săvârșit o eroare atunci când a reținut, în *această* speță, că AMT nu are calitate procesuală activă. Aspectul decisiv – și subliniem că întrebarea adresată de instanța de trimitere privește compatibilitatea dispoziției naționale cu Directiva 89/665 – constă în a

³⁵ A se vedea prezentarea acesteia la punctul 18 din prezentele concluzii.

³⁶ Pot fi invocate motive de eficiență și economii de scară pentru ca prestarea de servicii de transport public rutier să fie organizată la un anumit nivel (regional, de exemplu) în loc să fie fragmentată în mai multe niveluri inferioare. Alegerea uneia dintre aceste variante revine autorităților competente, care trebuie, de asemenea, să analizeze dacă alegerea unui lot unic presupune obstacole disproporționate în calea accesului operatorilor economici de dimensiuni mai mici. În prezenta cauză, Autoritatea pentru Garantarea Concurenței și a Pieței a invitat, la 25 iunie 2015, Agenția regională pentru transportul public local din Liguria să instituie „o multitudine de loturi pentru a se asigura cea mai amplă participare posibilă la procedura de achiziții publice”.

³⁷ În cadrul căii de atac introduse de AMT în fața TAR Liguria, această întreprindere a susținut că anunțul privind participarea la procedura de cerere de ofertă „*restrânge* în mod semnificativ posibilitatea participării [...] întreprinderilor mici și mijlocii precum cele de transport public local, impunându-le să încerce cu orice preț să se asocieze cu operatorii de dimensiuni mari” (pagina 51 din cerere) (sublinierea noastră).

stabili dacă poziția *generală* adoptată de instanțele supreme italiene cu privire la calitatea procesuală activă a operatorilor economici care nu participă la o procedură de cerere de ofertă (potrivit căreia aceștia nu au, în principiu, respectiva calitate, dar ea poate fi recunoscută în anumite cazuri) este în conformitate cu dreptul Uniunii, astfel cum considerăm că este cazul.

VI. Concluzie

75. Pentru aceste motive, propunem Curții:

- „1) Să declare inadmisibilă întrebarea preliminară adresată de Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Tribunalul Administrativ Regional din Liguria, Italia).
- 2) În subsidiar, să declare că articolul 1 alineatele (1), (2) și (3) și articolul 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări nu se opun unei reglementări naționale în temeiul căreia, potrivit interpretării celor mai înalte instanțe naționale:
 - cel care s-a abținut în mod voluntar și liber să participe la o procedură de selecție nu are, în principiu, calitate procesuală activă pentru a solicita anularea acesteia;
 - sunt exceptate de la această regulă situațiile în care este contestată inexistența cererii de ofertă sau lipsa anunțului privind cererea de ofertă sau în care sunt contestate clauze care exclud în mod direct un participant sau, în ultimă instanță, clauze care impun sarcini în mod evident de neînțeles sau total disproporționate ce fac imposibilă depunerea ofertei.”