Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD HOGAN
presentadas el 9 de septiembre de 2021 [1]

Asunto C-497/20

Randstad Italia SpA
contra
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 89/665/CEE — Artículo 1 — Derecho a la tutela judicial efectiva — Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Obligación de los Estados miembros de establecer un procedimiento de recurso — Acceso al procedimiento de recurso — Recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato público — Recurso incidental interpuesto por el adjudicatario — Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que limita los supuestos en los que puede recurrirse en casación — Artículo 267 TFUE»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial plantea cuestiones importantes y, en ciertos aspectos, inéditas acerca de si un Estado miembro está obligado a prever una vía de recurso adicional cuando el propio tribunal de apelación ha interpretado o aplicado de forma incorrecta el Derecho de la Unión. También suscita la cuestión de qué otros medios de reparación (en su caso) asisten a la parte perjudicada en caso de que no exista el citado derecho de recurso.

2. Esta petición de decisión prejudicial se refiere, en particular, a la interpretación de los artículos 4 TUE, apartado 3, y 19 TUE, apartado 1, así como de los artículos 2 TFUE, apartados 1 y 2, y 267 TFUE, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Asimismo, plantea cuestiones relacionadas con la correcta interpretación de los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en

[1] Lengua original: inglés.

materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras,[2] en su versión modificada, entre otras, por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007.[3]

3. La presente petición de decisión prejudicial se ha planteado en el contexto de un litigio entre Randstad Italia SpA (en lo sucesivo, «Randstad»), por un lado, y Umana SpA, Azienda USL [Unità Sanitaria Locale] Valle d'Aosta (Agencia Sanitaria Local de Valle d'Aosta, Italia; en lo sucesivo, «USL»), IN. VA SpA y Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (en lo sucesivo, «Synergie»), por otro lado. Este procedimiento versa, por una parte, sobre la exclusión de Randstad de un procedimiento para la adjudicación de un contrato público y, por otra parte, sobre la regularidad de ese procedimiento.

4. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia está una vez más llamado a pronunciarse, a petición de un órgano jurisdiccional italiano, sobre el alcance de la obligación de los Estados miembros, establecida en el artículo 1 de la Directiva 89/665, de garantizar que las decisiones sobre contratos públicos puedan ser recurridas de manera eficaz, cuando, en un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato público, el adjudicatario interpone un recurso incidental contra otro licitador descartado.

5. Sin embargo, esta petición se ha suscitado en un contexto específico y delicado en el que, por un lado, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) parece tener —o parecía tener al menos en el momento en el que se le solicitó que se pronunciara sobre el litigio de que se trata— alguna dificultad a la hora de aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esa cuestión y, por otro lado, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) alberga dudas sobre el alcance de su competencia en lo que respecta a los recursos contra las sentencias del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), recientemente especificada por la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional, Italia). En consecuencia, mediante la presente petición de decisión prejudicial se insta implícitamente al Tribunal de Justicia a que dirima un conflicto entre los tres órganos jurisdiccionales italianos de última instancia.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

6. Los considerandos 17, 34 y 36 de la Directiva 2007/66 prevén:

«(17) Los procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

[…]

(34) […] De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en [el] artículo [5 TUE], la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, respetando, en particular, el principio de la autonomía procesal de los Estados miembros.

[2] DO 1989, L 395, p. 33.

[3] DO 2007, L 335, p. 31.

[…]

(36) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta.»

7. El artículo 1 de la Directiva 89/665, en su versión vigente, titulado «Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», establece:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65)] salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

[…]

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2014/24] o de la Directiva 2014/23/UE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión [DO 2014, L 94, p. 1], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[…]

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.»

8. El artículo 2 de la Directiva 89/665 lleva por título «Requisitos de los procedimientos de recurso». Con arreglo a los dos primeros apartados de dicha disposición:

«1. Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para:

(a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador;

(b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

(c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

2. Las facultades establecidas en el apartado 1 y en los artículos 2 *quinquies* y 2 *sexies* podrán conferirse a organismos distintos, responsables de diferentes aspectos de los procedimientos de recurso.»

B. Derecho italiano

9. El párrafo octavo del artículo 111 de la Constitución italiana dispone lo siguiente:

«Contra las resoluciones del Consiglio di Stato [(Consejo de Estado)] y de la Corte dei conti [(Tribunal de Cuentas, Italia)] únicamente se podrá interponer recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción.»

10. El artículo 360, párrafo primero, punto 1, del Codice di procedura civile (Código de Enjuiciamiento Civil) establece:

«Contra las sentencias dictadas en apelación o en instancia única se podrá interponer recurso de casación:

1) por motivos relativos a la jurisdicción […];»

11. El artículo 362 de esa misma Ley establece lo siguiente:

«Serán recurribles en casación […] las resoluciones dictadas en apelación o instancia única por un tribunal especial por motivos relativos a la jurisdicción del propio tribunal.

Podrán recurrirse en casación en todo momento:

1) los conflictos positivos o negativos de jurisdicción entre tribunales especiales o entre un tribunal especial y un tribunal ordinario;

2) los conflictos negativos de atribución entre la Administración pública y los tribunales ordinarios.»

12. El artículo 91 del Codice del processo amministrativo (Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo) dispone:

«Los medios de impugnación de las sentencias [de los tribunales de lo contencioso-administrativo] son, exclusivamente, el recurso de apelación, la revocación, la oposición de tercero y el recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción.»

13. El artículo 110 de ese mismo código establece:

«Contra las sentencias del Consiglio di Stato [(Consejo de Estado)] únicamente se podrá interponer recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción.»

III. Hechos del litigio principal

14. La USL inició un procedimiento de licitación por un valor superior a 12 000 000 euros para adjudicar un contrato conforme al criterio de la oferta económicamente más ventajosa a una empresa de trabajo temporal para la puesta a disposición de trabajadores con carácter temporal. El poder adjudicador estableció en el pliego de condiciones que las ofertas técnicas debían superar un «umbral mínimo» —fijado en 48 puntos— y que los licitadores que hubieran obtenido una puntuación inferior a dicho umbral quedarían excluidos del procedimiento.

15. Participaron ocho licitadores, entre ellos Randstad, una unión temporal de empresas constituida por Synergie y Umana (en lo sucesivo, «UTE») y Gi Group Spa. Tras la evaluación de las ofertas técnicas, la mesa de contratación únicamente realizó el análisis económico de las ofertas de la UTE y de Gi Group, excluyendo a Randstad por no haber superado el umbral mínimo. Finalmente, el contrato fue adjudicado a la UTE el 6 de noviembre de 2018.

16. Randstad interpuso recurso ante el Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Valle d'Aosta, Italia) mediante el cual impugnó su exclusión del procedimiento por no haber superado el umbral mínimo así como la adjudicación del contrato a la UTE. A fin de obtener su readmisión en la licitación, Randstad alegó que la puntuación que le había sido atribuida no era razonable, la indeterminación de los criterios de evaluación y la falta de motivación de las puntuaciones, el nombramiento y la composición irregulares de la mesa de contratación y la falta de división de la licitación en lotes.

17. En su escrito de contestación, USL y la UTE propusieron una excepción de inadmisibilidad de los motivos de recurso de Randstad: alegaron que esta última carecía de legitimación para invocarlos al haber sido excluida, en cualquier caso, de la licitación.

18. Mediante sentencia publicada el 15 de marzo de 2019, el Tribunale Amministrativo Regional della Valle d'Aosta (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Valle d'Aosta) desestimó esta excepción de inadmisibilidad al considerar que Randstad había participado regularmente en la licitación, pues reunía los requisitos necesarios y había sido excluida de ese procedimiento a causa de la valoración negativa de su oferta, y que, por lo tanto, estaba legitimada para impugnar el resultado de la licitación. Posteriormente, dicho órgano jurisdiccional examinó todos los motivos del recurso, desestimándolos en cuanto al fondo.

19. Randstad interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Valle d'Aosta) ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), volviendo a formular las alegaciones invocadas en primera instancia. Synergie y Umana interpusieron recurso de apelación incidental mediante el cual impugnaban la sentencia del Tribunale Amministrativo-Regional della Valle d'Aosta (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Valle d'Aosta) por haber considerado admisibles y examinado en cuanto al fondo los motivos invocados por Randstad, que dichas sociedades consideraban que habían sido formulados por una entidad que carecía de legitimación por haber sido excluida de la licitación.

20. Mediante sentencia publicada el 7 de agosto de 2019, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) desestimó el principal motivo de recurso en virtud del cual Randstad alegaba que se le había atribuido una puntuación insuficiente y estimó los recursos incidentales. En particular, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) reformó parcialmente la sentencia objeto de apelación y

declaró que Randstad carecía de legitimación por haber sido excluida de la licitación. En opinión de dicho órgano jurisdiccional, de ello se seguía que el Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo) no debería haber examinado en cuanto al fondo los demás motivos del recurso principal.

21. Según el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), una vez excluida de la licitación, Randstad carecía de legitimación porque era titular de un mero interés de hecho, al igual que cualquier otro operador del sector que no hubiera participado en la licitación. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se basó en su propia jurisprudencia anterior, conforme a la cual, si un licitador es excluido de la licitación no está legitimado para impugnar los actos de esta, a menos que se dicte una resolución en la que se declare la irregularidad de la exclusión.

22. Randstad interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ante el órgano jurisdiccional remitente. Synergie, Umana y el poder adjudicador se oponen a dicho recurso.

23. Randstad sostiene que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha infringido el artículo 362, párrafo primero, del Código de Enjuiciamiento Civil italiano y el artículo 110 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo italiano, al haber declarado que una entidad excluida de una licitación —mediante una decisión cuya regularidad no ha quedado acreditada con carácter definitivo, ya que ha sido impugnada judicialmente— carece de legitimación y de interés en ejercitar una acción que tiene por objeto la licitación. En su opinión, ello vulnera el principio de tutela judicial efectiva, proclamado en la Directiva 89/665/CEE, y supone una denegación de acceso a esta, que puede impugnarse mediante recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción, con arreglo al artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana.

24. Randstad invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la mera probabilidad de obtener una ventaja interponiendo un recurso, consistente en un resultado cualquiera, como por ejemplo la repetición del procedimiento de licitación, puede fundamentar el interés en ejercitar la acción y el derecho a la tutela judicial. A tal efecto, la recurrente cita las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448); de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Las recurridas aducen que el recurso es inadmisible. Sostienen que el motivo de recurso de que se trata guarda relación con una supuesta infracción de la ley. No se trata de un motivo «inherente a la jurisdicción» de manera que no puede invocarse ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) para impugnar una sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

26. Según el órgano jurisdiccional remitente, el recurso de casación a que se refiere el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana debería estar disponible en ese supuesto. La efectividad del artículo 267 TFUE quedaría mermada en caso de que un órgano jurisdiccional nacional no pudiera aplicar inmediatamente el Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En un supuesto como el del presente procedimiento, el recurso de casación es el último medio para impedir que una sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) que (según se alega) es contraria al Derecho de la Unión adquiriera fuerza de cosa juzgada.

27. Sin embargo, de la sentencia n.º 6, de 18 de enero de 2018, de la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) [4] relativa al artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana (en lo sucesivo, «sentencia n.º 6/2018») se desprende que, de acuerdo con el Derecho constitucional italiano vigente, interpretado en dicha sentencia, no es posible equiparar una infracción del Derecho de la Unión con una alegación sobre cuestiones de jurisdicción. Conforme a la citada sentencia «la "extralimitación en las facultades jurisdiccionales" que puede impugnarse mediante recurso ante la Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) por motivos inherentes a la jurisdicción [en el sentido del artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana], conforme ha sido siempre interpretada […] hace referencia exclusivamente a dos supuestos: a los casos de falta absoluta de competencia, es decir cuando el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) o la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas) se declaran competentes en un ámbito reservado al legislador o a la Administración (la denominada intrusión o injerencia), o cuando, por el contrario, se declaran incompetentes partiendo de la premisa incorrecta de que el asunto de que se trata no puede ser objeto de control judicial en términos absolutos (la llamada inhibición), y a aquellas [caracterizadas por una relativa falta de] jurisdicción, cuando un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo o la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas) se declaran competentes para conocer de un asunto atribuido a otro órgano jurisdiccional o, por el contrario, se inhiben partiendo de la premisa incorrecta de que corresponde a otros órganos jurisdiccionales». [5]

28. El órgano jurisdiccional remitente concluye que, si cumple lo dispuesto en la citada sentencia de la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional), deberá declarar la inadmisibilidad del recurso de casación de Randstad. Sentado lo anterior, el citado órgano jurisdiccional pregunta si la sentencia n.º 6/2018, que limita, en el ámbito contencioso-administrativo, la jurisdicción de la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) a que se refiere el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana a aquellos supuestos en los que se alegue que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha rebasado los «límites externos» de sus facultades, es contraria al Derecho de la Unión.

29. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente considera que, en caso de que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) aplique o interprete de forma incorrecta disposiciones nacionales de un modo incompatible con las disposiciones del Derecho de la Unión, interpretadas por el Tribunal de Justicia, está ejercitando una potestad jurisdiccional que no tiene. En realidad, está ejerciendo una facultad para legislar que ni siquiera se atribuye al legislador nacional. Esta situación implica una falta de potestad jurisdiccional que podría recurrirse ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación). Carece de pertinencia a este respecto que la sentencia del Tribunal de Justicia de la que se derive la incompatibilidad de la aplicación o interpretación realizada por el órgano jurisdiccional nacional con el Derecho de la Unión sea anterior o posterior a esa aplicación o interpretación.

30. El órgano jurisdiccional remitente señala que, antes de la sentencia n.º 6/2018, la jurisprudencia consolidada de su propio pleno establecía que, en los recursos contra sentencias del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), el control de los límites externos de su «jurisdicción», en el sentido del artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, no incluía el control de las decisiones interpretativas del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que pudieran entrañar meros errores *in iudicando* (sobre el fondo) o *in procedendo* (procesales), a

[4] Sentencia de 18 de enero de 2018, n.º 6/2018 (IT:COST:2018:6).

[5] Sentencia n.º 6/2018, apartado 15 (en su versión traducida al inglés disponible en la página web de la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional) (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206 %20del%202018 %20red.% 20Coraggio%20EN.pdf).

menos que se produjera una distorsión significativa de las normas aplicables que pudiera suponer una denegación de justicia, como por ejemplo un error *in procedendo* consistente en la aplicación una norma procesal interna cuyo efecto sea denegar a la parte interesada el acceso a la tutela judicial que le confieren las disposiciones del Derecho de la Unión directamente aplicables.

31. Ese planteamiento es, a su juicio, compatible con los principios de equivalencia y efectividad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, condicionan el ejercicio de la autonomía procesal de los Estados miembros. La sentencia n.º 6/2018 y la jurisprudencia que se ha derivado de ella son, por el contrario, incompatibles con esos principios.

32. Asimismo, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) también considera importante que se determine en el contexto de la petición de decisión prejudicial si el planteamiento adoptado por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en la sentencia recurrida es compatible con las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448); de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Este aspecto de la controversia suscita dos cuestiones distintas.

33. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la jurisprudencia ya establecida por el Tribunal de Justicia sobre el derecho de recurso de los licitadores excluidos de las licitaciones públicas puede extrapolarse a un asunto como el que es objeto del litigio principal. En segundo lugar, dado que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se abstuvo de preguntar al Tribunal de Justicia si las enseñanzas que han de derivarse de las sentencias citadas en los puntos anteriores de las presentes conclusiones eran extrapolables a un asunto como el que es objeto del litigio principal, sin aportar ningún tipo de justificación, en opinión del órgano jurisdiccional remitente es importante que ahora pueda plantear él mismo esa cuestión ante el Tribunal de Justicia.

IV. Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

34. En esas circunstancias, mediante resolución de 7 de julio de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de septiembre de 2020, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se oponen los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, 2 TFUE, apartados 1 y 2, y 267 TFUE, a la luz del artículo 47 de la [Carta], a una práctica interpretativa como la concerniente al artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución [italiana], a los artículos 360, párrafo primero, [punto] 1, y 362, párrafo primero, del codice di procedura civile (Código de Enjuiciamiento Civil) y al artículo 110 del codice del processo amministrativo (Código del Procedimiento Contencioso-Administrativo) —en la parte en que dichas disposiciones admiten el recurso de casación contra las sentencias del Consiglio di Stato [(Consejo de Estado)] por "motivos inherentes a la jurisdicción"— tal como se desprende de la sentencia de la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) n.º 6 de 2018 y de la ulterior jurisprudencia nacional que, modificando la orientación precedente, ha considerado que la vía del recurso de casación, en su vertiente de la denominada "falta de potestad jurisdiccional", no puede utilizarse para impugnar sentencias del Consiglio di Stato [(Consejo de Estado)] que apliquen prácticas interpretativas elaboradas por tribunales nacionales en contradicción con las sentencias del Tribunal de Justicia, en ámbitos regulados por el Derecho de la Unión Europea (en el presente asunto, en materia de adjudicación de

contratos públicos) en los que los Estados miembros han renunciado a ejercer sus poderes soberanos de un modo incompatible con tal Derecho, con el efecto de determinar la consolidación de infracciones del Derecho de la Unión que podrían corregirse mediante dicho recurso y menoscabar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y la tutela judicial efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas de relevancia en el ámbito de la Unión, en contra de la exigencia de que este Derecho sea aplicado plena y diligentemente por cada órgano jurisdiccional, de un modo necesariamente acorde a su correcta interpretación por el Tribunal de Justicia, habida cuenta de los límites de la "autonomía procesal" de los Estados miembros en la conformación de las instituciones procesales?

2) ¿Se oponen los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, y 267 TFUE, a la luz del artículo 47 de la Carta, a la interpretación y la aplicación del artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución, de los artículos 360, párrafo primero, [punto] 1, y 362, párrafo primero, del Código de Enjuiciamiento Civil y del artículo 110 del Código del Procedimiento Contencioso-Administrativo, tal como se desprende de la práctica jurisprudencial nacional, según la cual no se puede interponer ante el Pleno de la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) el recurso de casación por "motivos inherentes a la jurisdicción", en su vertiente de la denominada "falta de potestad jurisdiccional", como medio de impugnación de las sentencias del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) que, al resolver sobre cuestiones relativas a la aplicación del Derecho de la Unión, omitan injustificadamente plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, al no concurrir las condiciones, de estricta interpretación, establecidas por este último de forma taxativa (a partir de la sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros, [C-283/81, EU:C:1982:335]) que eximen al órgano jurisdiccional nacional de tal obligación, en contradicción con el principio según el cual son incompatibles con el Derecho de la Unión las normas o prácticas procesales nacionales, ya sean de origen legislativo, ya constitucional, que establezcan una privación —incluso temporal— de la libertad del órgano jurisdiccional nacional (sea o no de última instancia) de plantear una petición de decisión prejudicial, con el efecto de usurpar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación correcta y vinculante del Derecho de la Unión, de hacer irremediable (y propiciar la consolidación de) la eventual incompatibilidad interpretativa entre el Derecho aplicado por el órgano jurisdiccional nacional y el Derecho de la Unión y de menoscabar la aplicación uniforme y la tutela judicial efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas derivadas del Derecho de la Unión?

3) ¿Son aplicables los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675]; de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199], y de 4 de julio de 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], en relación con los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la [Directiva 89/665], en su versión modificada por la [Directiva 2007/66], al supuesto objeto del procedimiento principal, en el que, a raíz del recurso interpuesto por una empresa a fin de impugnar su exclusión de un procedimiento de licitación y la adjudicación del contrato a otra empresa, el Consiglio di Stato [(Consejo de Estado)] ha examinado en cuanto al fondo únicamente el motivo de recurso mediante el que la empresa excluida cuestiona que se haya atribuido a su oferta técnica una puntuación inferior al "umbral mínimo" y, tras examinar con carácter prioritario los recursos incidentales del poder adjudicador y de la empresa adjudicataria y estimarlos, ha declarado inadmisibles (sin examinarlos en cuanto al fondo) los demás motivos del recurso principal mediante los que se impugna el resultado de la licitación por otras razones (por falta de determinación de los criterios de evaluación de las ofertas en el pliego de condiciones de la licitación, la falta de motivación de las puntuaciones concedidas y el nombramiento y la composición irregulares de la comisión de licitación), basándose en una

práctica jurisprudencial nacional según la cual la empresa que ha sido excluida de un procedimiento de licitación a efectos de la adjudicación de un contrato público no está legitimada para impugnar la adjudicación del contrato a una empresa licitadora —incluido el supuesto en el que la impugnación tenga por objeto la anulación—, debiéndose valorar si es compatible con el Derecho de la Unión el efecto de privar a la empresa del derecho de someter al examen del órgano jurisdiccional todo motivo de impugnación del resultado de la licitación, en una situación en la que su exclusión no ha sido declarada con carácter definitivo y en la que cada uno de los competidores puede invocar un interés legítimo análogo en la exclusión de la oferta de los demás, que puede dar lugar a que se determine la imposibilidad de que el poder adjudicador proceda a la elección de una oferta regular y se incoe un nuevo procedimiento de adjudicación, en el que podría participar cada uno de los licitadores?»

35. En su resolución de remisión, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) solicitó que la presente petición de decisión prejudicial se tramitase mediante el procedimiento acelerado con arreglo al artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

36. En apoyo de su solicitud, el órgano jurisdiccional remitente alegó, en esencia, que existían razones válidas para intentar aclarar con rapidez cuestiones de relevancia constitucional. El número de recursos contra sentencias del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en asuntos de Derecho de la Unión que se encuentran pendientes ante la Corte di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) da fe de una grave inseguridad jurídica en el ámbito de la tutela judicial de los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión. Esta inseguridad debe disiparse, sobre todo en un sector clave como el de la contratación pública para, entre otras cosas, evitar la consolidación de una jurisprudencia nacional de última instancia que puede ser recogida en otros numerosos pronunciamientos.

37. El 21 de octubre de 2020, una vez oídos el Juez Ponente y el Abogado General, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió denegar la solicitud del órgano jurisdiccional remitente relativa al procedimiento acelerado. Ese mismo día, el Presidente del Tribunal de Justicia también decidió dar prioridad al presente asunto de conformidad con el artículo 53, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.

38. Randstad, Umana, la USL, Synergie, el Gobierno italiano y la Comisión han presentado observaciones escritas. Además, Randstad, Umana, el Gobierno italiano y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 6 de julio de 2021.

V. Observaciones preliminares sobre el contexto

39. Como ya se ha señalado en la introducción de las presentes conclusiones, este asunto versa, de entrada, sobre el alcance de la obligación de los Estados miembros, prevista en el artículo 1 de la Directiva 89/665, de garantizar que las decisiones en materia de contratos públicos puedan ser recurridas de manera eficaz, en particular cuando el adjudicatario interpone un recurso incidental. Además, las cuestiones prejudiciales se enmarcan en un debate más amplio entre los tres tribunales superiores de Italia. En este contexto, antes de examinar de manera más concreta las cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación), parece conveniente iniciar el análisis recordando tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia, como el contexto procesal italiano.

A. Resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 89/665 cuando el adjudicatario interpone un recurso incidental

40. La cuestión de cómo abordar, de conformidad con la Directiva 89/665, una situación en la que se interponen un recurso contra un licitador para que este sea excluido y un recurso incidental no es nueva. Cabe afirmar, acertadamente en mi opinión, que a raíz de una serie de peticiones de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha resuelto de forma clara la cuestión de la legitimación en los procedimientos sobre adjudicación de contratos públicos.

41. En primer lugar, del artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665, se desprende que, para poder considerar que los recursos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción. [6]

42. Por lo tanto, cuando, tras un procedimiento de adjudicación de contrato público, dos licitadores interponen recursos por los que solicitan su exclusión recíproca, cada uno de esos dos licitadores tiene interés en obtener un contrato determinado, en el sentido de las disposiciones indicadas en el punto anterior. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato. [7]

43. Por lo tanto, el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador excluido en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, puesto que, en tal supuesto, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad de que el poder adjudicador proceda a la selección de una oferta adecuada. [8]

44. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia entre los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial según el cual los intereses que los licitadores persiguen en el marco de recursos de exclusión recíprocos deben considerarse en principio equivalentes. [9]

45. Eso significa que ese principio también debe aplicarse cuando otros licitadores han presentado ofertas en el marco del procedimiento de adjudicación y los recursos de exclusión recíprocos no se refieren a las ofertas clasificadas en posición inferior a las ofertas objeto de dichos recursos de exclusión. [10] En efecto, si el recurso del licitador descartado se declara

6 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 25; de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 23, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 22.

7 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 27, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 23.

8 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), apartado 33; de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 24, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 24.

9 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 29, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 30.

10 Véase, en tal sentido la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 26.

fundado, el poder adjudicador podrá tomar la decisión de anular el procedimiento y abrir un nuevo procedimiento de adjudicación basándose en que las ofertas adecuadas restantes no se ajustan suficientemente a las expectativas del poder adjudicador. [11]

46. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, en estas circunstancias, so pena de ser contraria al efecto útil de la Directiva 89/665, la admisibilidad del recurso principal no puede estar supeditada a la constatación previa de que todas las ofertas peor clasificadas que la del licitador que ha interpuesto el referido recurso son también inadecuadas. [12]

47. Lo importante es que cada una de las partes en el litigio tiene un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los demás competidores. El planteamiento adoptado en este caso es que alguna de las irregularidades que justificaron la exclusión tanto de la oferta del adjudicatario como de la oferta del licitador que impugnó la decisión de adjudicación del poder adjudicador vicie también las demás ofertas presentadas en el procedimiento de licitación, lo que podría conducir a que dicho poder adjudicador tuviera que iniciar un nuevo procedimiento. [13]

48. De esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la admisibilidad del recurso principal no puede estar supeditada al requisito de que el licitador aporte la prueba de que el poder adjudicador se vería llevado a repetir el procedimiento de adjudicación del contrato público. La existencia de tal posibilidad debe considerarse suficiente a este respecto. [14]

49. Dicho de otro modo, un licitador que sea excluido de un procedimiento de licitación debe tener derecho a recurrir la decisión por la que se le excluyó del citado procedimiento y otras decisiones del poder adjudicador siempre que tales recursos puedan dar lugar, al menos teóricamente, a la adjudicación del contrato al recurrente o al desarrollo de un nuevo procedimiento de licitación. [15]

50. Permitiéndome anticipar algunos aspectos que se abordan en la tercera cuestión prejudicial, considero por lo tanto que, toda vez que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se pronunció en otro sentido en el presente asunto, —desde un punto de vista objetivo— [16] no aplicó correctamente la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia en materia de *locus standi* en asuntos sobre adjudicación de contratos públicos. Esas normas de legitimación —que, por fuerza, son amplias y generosas— persiguen el importante objetivo de política pública de garantizar que las empresas que consideran que han sido excluidas de forma indebida o injusta de un procedimiento de licitación puedan impugnar esa decisión. Las normas en materia de licitación pretenden asegurar que los fondos públicos se desembolsen de forma razonable y que los contratos públicos se adjudiquen con arreglo a criterios objetivamente justificables. Por consiguiente, la aplicación incorrecta de esas normas de legitimación no es solo un fallo o error técnico por parte del órgano jurisdiccional nacional, sino que se trata de un defecto que puede incidir —en ocasiones profundamente— en la eficacia e incluso en la integridad de todo el proceso de licitación.

[11] Véase, en tal sentido la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 28.

[12] Véase, en tal sentido la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 29.

[13] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 28, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 27.

[14] Véase, en tal sentido la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 29.

[15] Véase, en tal sentido, Ginter, C., Väljaots, T., «Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, pp. 301 a 306, especialmente p. 303.

[16] Véase, a este respecto, la advertencia formulada en el punto 78 de las presentes conclusiones.

51. Es cierto que la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), [que ya constituye un punto de referencia para el Consiglio di Stato (Consejo de Estado)] se dictó en septiembre de 2019, un mes después de que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) dictara la sentencia controvertida en el presente asunto. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia desarrollada en sentencias como las de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) ya ofrecía una orientación muy clara sobre la cuestión general de la legitimación en asuntos relativos a la adjudicación de contratos públicos. En cualquier caso, si las distintas salas del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) hubieran albergado alguna duda real sobre la correcta aplicación de esa jurisprudencia anterior —como pone debidamente de manifiesto la sentencia dictada en el asunto Lombardi[17]— dicho órgano jurisdiccional, en su condición de tribunal de última instancia, estaba directamente obligado a plantear una petición de decisión con arreglo al artículo 267 TFUE.

B. Adjudicación de contratos públicos y procedimientos de recurso en Italia

52. Simplificando mucho, los procedimientos de recurso en Italia en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos son competencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. Existen dos instancias: los Tribunali Amministrativi Regionali (Tribunales Regionales de lo Contencioso-Administrativo) se encargan de los litigios en primera instancia y puede interponerse recurso de apelación contra sus resoluciones ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

53. Además de esa organización «clásica», el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana dispone que puede interponerse recurso de casación contra las resoluciones del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) si bien únicamente por razones inherentes a la jurisdicción.

54. La Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) ha delimitado recientemente el ámbito de este recurso específico ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) en la sentencia n.º 6/2018. Como se ha expuesto anteriormente, según dicha sentencia, la «extralimitación en las facultades jurisdiccionales» hace referencia exclusivamente a dos supuestos: a los casos de falta absoluta de potestad jurisdiccional, es decir cuando el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se declara competente en un ámbito reservado al legislador o a la Administración (la denominada intrusión o injerencia), o cuando, por el contrario, se declara incompetente partiendo de la premisa errónea de que el asunto de que se trata no puede ser objeto de control judicial en términos absolutos (la llamada inhibición), y a aquellos caracterizados por una relativa falta de jurisdicción, cuando un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo se declara competente para conocer de un asunto atribuido a otro órgano jurisdiccional o, por el contrario, se inhibe partiendo de la premisa incorrecta de que corresponde a otros órganos jurisdiccionales.[18]

55. En esa misma sentencia, la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) realizó otras dos aclaraciones. Por un lado, la intervención de la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) en el contexto de ese recurso de jurisdicción «no está justificada ni siquiera en caso de

[17] Véase, a ese respecto, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartados 13 a 19.

[18] Véase, en tal sentido la sentencia n.º 6/2018, apartado 15 (versión en inglés). La dirección de la página web figura en la nota a pie de página 5 de las presentes conclusiones.

infracción de[l Derecho] de la Unión» [19] Por otro lado, además, «no está permitido impugnar sentencias [por esta vía procesal] cuando un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo […] haya adoptado una interpretación de una norma procesal o sustantiva que impida conocer plenamente sobre el fondo de la demanda». [20]

VI. Análisis

A. Primera cuestión prejudicial

56. Mediante su primera cuestión prejudicial, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) pregunta, en esencia, si los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, 2 TFUE, apartados 1 y 2, y 267 TFUE, a la luz del artículo 47 de la Carta, se oponen a una norma, como el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, según se interpreta en la sentencia n.º 6/2018, conforme a la cual no puede interponerse un recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción para impugnar sentencias en las que el órgano jurisdiccional de segunda instancia ha aplicado prácticas interpretativas desarrolladas en el ámbito nacional pero que están en conflicto con sentencias del Tribunal de Justicia en ámbitos que se rigen por el Derecho de la Unión.

1. Sobre las disposiciones pertinentes para responder a la primera cuestión prejudicial

57. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones prejudiciales que se le han planteado. En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones prejudiciales remitidas por dichos órganos jurisdiccionales. [21]

58. En consecuencia, aun cuando, desde un punto de vista formal, el tribunal remitente ha limitado su primera cuestión prejudicial a la interpretación de los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, 2 TFUE, apartados 1 y 2, y 267 TFUE, interpretados a la luz del artículo 47 de la Carta, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión prejudicial. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el órgano jurisdiccional

[19] Sentencia n.º 6/2018, apartado 14.1 (versión en inglés). La dirección de la página web figura en la nota a pie de página 5 de las presentes conclusiones.

[20] Sentencia n.º 6/2018, apartado 17 (versión en inglés). La dirección de la página web figura en la nota a pie de página 5 de las presentes conclusiones.

[21] Véase, en ese sentido, la sentencia de 2 de abril de 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262), apartado 43.

nacional, y especialmente de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio principal. [22]

59. En este sentido, a la luz de la información recogida en la petición de decisión prejudicial, no parece que la interpretación de los artículos 2 TFUE, apartado 1 y 2, y 267 TFUE sea necesaria para ofrecer una repuesta útil a la primera cuestión prejudicial, habida cuenta de que dichos artículos se refieren, respectivamente, a las normas relativas a las competencias exclusivas y compartidas de la Unión y al mecanismo prejudicial. Por el contrario, procede recordar que, tal como se desprende de su considerando 36, la Directiva 2007/66 y, en consecuencia, la Directiva 89/665 que modificó y completó, pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta. [23]

60. Asimismo, en la medida en que se aplica a los Estados miembros, el artículo 47 de la Carta reproduce el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y constituye una manifestación específica del principio de cooperación leal recogido en el artículo 4 TUE, apartado 3. [24] Así, conforme a reiterada jurisprudencia, está claro, en primer lugar, que «corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3, garantizar la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables [y, en segundo lugar, que] el artículo 19 TUE, apartado 1, obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, *especialmente en el sentido del artículo 47 de la Carta*, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». [25] Además, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que la obligación de los Estados miembros establecida en el artículo 19 TUE, apartado 1, «[tiene su] *correlato* […] en el derecho consagrado por el artículo 47 de la Carta». [26]

61. En ese contexto, dado que no se pone en duda que exista un procedimiento de recurso ante un juez independiente en Italia y que el debate no se refiere a la previsión de un recurso sino al modo en el que los órganos jurisdiccionales competentes lo aplican, tampoco parece que los artículos 4 TUE, apartado 3, y 19 TUE, apartado 1, resulten útiles.

62. Por consiguiente, como sugiere la Comisión, [27] considero que debe entenderse que mediante la primera cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma, como el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, según se interpreta en la sentencia n.º 6/2018, conforme a la cual no puede interponerse un recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción para impugnar sentencias en las

22 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 19 de noviembre de2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948), apartado 34, y de 22 de abril de 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313), apartado 50.

23 Véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 45.

24 Conclusiones de la Abogado General en los asuntos acumulados Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:307), nota a pie de página 32.

25 Sentencia de 14 de junio de 2017, Online Games y otros (C-685/15, EU:C:2017:452), apartado 54 (el subrayado es mío). Véase también la sentencia de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de Jueces del Tribunal Supremo — Recursos) (C-824/18, EU:C:2021:153), apartado 143

26 Sentencia de 27 de septiembre de 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725), apartado 58 (el subrayado es mío). Véase también, a tal efecto, la sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 44.

27 Observaciones escritas de la Comisión, apartados 35 y 39.

que el órgano jurisdiccional de segunda instancia ha aplicado prácticas interpretativas desarrolladas en el ámbito nacional pero que están en conflicto con sentencias del Tribunal de Justicia en ámbitos que se rigen por el Derecho de la Unión.

2. Marco de análisis: la autonomía procesal con arreglo al artículo 47 de la Carta

63. La obligación de los Estados miembros de establecer una vía de recurso en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos está recogida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665. De conformidad con el párrafo cuarto de dicha disposición, en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de la Directiva 2014/23, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

64. A este respecto, el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 únicamente especifica que los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

65. Dicho de otro modo, la Directiva 89/665 no contiene disposiciones que regulen específicamente las condiciones en que pueden ejercitarse tales vías de recurso. Esa Directiva únicamente establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos. [28] En cualquier caso, ha de admitirse que la Directiva 89/665 no contiene ninguna disposición específica relativa a los recursos que deben o pueden establecerse.

66. Sin embargo, en un contexto en el que no existe una normativa de la Unión en la materia, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. [29] En el considerando 34 de la Directiva 2007/66 se alude expresamente al respeto de la autonomía procesal de los Estados miembros, principio que también figura en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665.

67. En consecuencia, como ya ha declarado anteriormente el Tribunal de Justicia, a la hora de definir la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos conferidos por la Directiva 89/665 a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, los Estados miembros deben garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, consagrado en el artículo 47 de la Carta. [30]

[28] Véase, en tal sentido, la sentencia de 29 de julio de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630), apartado 52.

[29] Véase, por ejemplo, en relación con la Directiva 89/665, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), apartado 39.

[30] Véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 46.

68. Dicho de otro modo, al aplicar la Directiva 89/665, los Estados miembros conservan, de conformidad con su autonomía procesal, la facultad de adoptar normas que puedan resultar diferentes de un Estado miembro a otro. No obstante, deben velar por que tales normas no menoscaben las exigencias derivadas de esta Directiva, en particular, en cuanto a la tutela judicial, garantizada por el artículo 47 de la Carta, que le sirve de fundamento. [31] Eso significa que las características de un recurso como el que prevé el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 deben determinarse de conformidad con el artículo 47 de la Carta, más que en relación con los principios de equivalencia y efectividad, exigencias que únicamente «expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela de los derechos que los justiciables deducen del Derecho [de la Unión]», [32] y que actualmente están consagradas en el artículo 19 TUE, apartado 1, y en el artículo 47 de la Carta. [33]

69. Una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido del artículo 47 de la Carta puede estar pues justificada, conforme al artículo 52, apartado 1, de la Carta, si está establecida por la ley, respeta el contenido esencial de dicho derecho y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. [34]

3. Aplicación de los principios al presente asunto

70. En el presente asunto, la norma controvertida guarda relación con la limitación del derecho a recurrir en casación por motivos inherentes a la jurisdicción. Sin embargo, de consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 47 de la Carta no exige que exista una doble instancia judicial. [35] En efecto, conforme a dicha disposición, el principio de tutela judicial efectiva no da derecho a acceder a un tribunal de segunda instancia, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal. [36]

71. En tales circunstancias, el hecho de que el recurso de casación a disposición del licitador excluido, como tercera instancia judicial, se limite a cuestiones de jurisdicción, desde luego no puede considerarse en sí contrario al Derecho de la Unión, aun cuando impida impugnar una sentencia en la que el órgano jurisdiccional de segunda instancia aplicó una interpretación del Derecho nacional que, en términos objetivos, es contraria al Derecho de la Unión.

[31] Véase, en tal sentido, en relación con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO 2002, L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24), la sentencia de 10 de marzo de 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187), apartado 58.

[32] Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 47 Véanse también las sentencias de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), apartado 49, y de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680), apartado 59.

[33] Véanse, en tal sentido, las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405), puntos 32 a 35.

[34] Véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 49.

[35] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465), apartado 57, y de 26 de septiembre de 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Efecto suspensivo del recurso de apelación) (C-175/17, EU:C:2018:776), apartado 34. Procede añadir también que, hasta la fecha, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de1950 (en lo sucesivo, «CEDH») tampoco ha creado ni exigido la existencia de un derecho a una segunda instancia judicial, al menos en materia civil.

[36] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099), apartado 36; de 11 de marzo de 2015, Oberto y O'Leary (C-464/13 y C-465/13, EU:C:2015:163), apartado 73; de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465), apartado 57; de 26 de septiembre de 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Efecto suspensivo del recurso de apelación) (C-175/17, EU:C:2018:776), apartado 34, y de 29 de julio de 2019, Bayerische Motoren Werke y Freistaat Sachsen/Comisión (C-654/17 P, EU:C:2019:634), apartado 51.

72. En efecto, el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a que los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal, limiten o supediten a determinados requisitos los motivos que pueden invocarse en los procedimientos de casación, siempre que se respeten las garantías establecidas en el artículo 47 de la Carta. [37] Sin embargo, si las normas procesales nacionales garantizan el respeto del derecho del licitador a que se su recurso sea examinado en cuanto al fondo por el órgano jurisdiccional de primera instancia y, en su caso, de apelación, [38] no es probable que la norma procesal controvertida menoscabe la efectividad de la Directiva 89/665 o de las exigencias que establece el artículo 47 de la Carta.

73. Procede añadir, en aras de la exhaustividad, que, en cualquier caso, si una norma procesal, como la limitación del derecho a recurrir en casación controvertida en el procedimiento principal debiera considerarse una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47 de la Carta, debería admitirse, por un lado, que esa medida está prevista «por ley» y, por otro lado, que puede disuadir de presentar impugnaciones temerarias y garantizar a todos los justiciables, en aras de una buena administración de la justicia, que sus recursos se resolverán a la mayor brevedad, conforme al artículo 47, párrafos primero y segundo, de la Carta. [39] Por último, la norma de que se trata no va más allá de lo necesario para lograr su objetivo.

74. Naturalmente, el artículo 47 de la Carta exige que se establezca un recurso que sea efectivo tanto desde el punto de vista jurídico como práctico. [40] Sin embargo, si resulta, por un lado, que el acceso sin dificultades a un «juez», en el sentido del artículo 47 de la Carta, está garantizado y, por otro lado, que el Derecho nacional atribuye a dicho «juez» la competencia para examinar el fondo del litigio —como demuestra, en el presente asunto, la sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Valle de Aosta)— ni la Directiva 89/665 ni el artículo 47 de la Carta pueden interpretarse en el sentido de que exigen que exista una instancia judicial adicional para poner remedio a una aplicación incorrecta de esas normas por parte del órgano jurisdiccional de apelación.

75. En efecto, como han señalado varias partes, cabría preguntarse qué sucedería en caso de que el órgano jurisdiccional de tercera instancia ratificase a su vez la interpretación adoptada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia. ¿Exigiría entonces el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, a la luz del artículo 47 de la Carta, que se estableciera una cuarta instancia judicial? Esta pregunta se responde por sí sola. A mi entender, la solución en caso de aplicación incorrecta del Derecho de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional de última instancia debe hallarse en otros medios procesales, como un recurso por incumplimiento con arreglo al

37 Véase, en tal sentido (más en relación con los principios de efectividad y equivalencia que con el artículo 47 de la Carta), la sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175), apartado 27.

38 Sobre dicha exigencia, véase la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 33.

39 Véase, en este sentido (en relación con una garantía de buena conducta), la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros (C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688), apartado 54. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia interpreta el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 50; de 15 de septiembre de 2016, Star Storage y otros, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688, apartado 39, y de 29 de julio de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, apartado 50).

40 Véase, en tal sentido (sobre los artículos 6 y 13 del CEDH), Varga, Z., «National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts», *CML Rev.*, 2017, vol. 54, pp. 52 a 80, especialmente p. 75.

artículo 258 TFUE,[41] o, por ejemplo, una demanda tipo «Francovich»[42] que permita exigir la responsabilidad del Estado para obtener por esa vía protección legal a los derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los justiciables.[43]

4. Observaciones adicionales sobre la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich y la necesidad de su desarrollo

76. A este respecto, es preciso reconocer que, en la vista, se debatió en profundidad sobre los recursos de que dispone Randstad en el presente asunto, pues parece justo afirmar que la decisión adoptada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) —que desestimó el recurso por motivos de legitimación— parece tener pocos partidarios.

77. En la vista se propuso que Randstad pudiera invocar el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665, que contempla la concesión de una indemnización por daños y perjuicios en caso de infracción en el procedimiento de contratación. Aun cuando, en sentido estricto, no es preciso resolver este extremo, considero que este precepto simplemente se refiere a la competencia de los tribunales nacionales para conceder indemnizaciones de daños y perjuicios de acuerdo con un sistema de responsabilidad objetiva respecto a las infracciones de las normas de procedimiento en que incurra un *poder adjudicador*, distinta de la aplicación incorrecta de las normas de la Unión sobre contratación pública por parte de un tribunal. También se señaló que esa responsabilidad podría atribuirse al Estado italiano en el caso de una demanda de daños y perjuicios de tipo «Francovich» presentada a raíz de la incapacidad del sistema judicial de ese Estado de aplicar correctamente el Derecho de la Unión.

78. A este respecto, ha de señalarse que no están muy claras las circunstancias concretas por las que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se pronunció en contra de Randstad sobre este extremo. En caso de que Randstad debiera emprender otras acciones posteriormente, incumbiría al órgano jurisdiccional nacional competente determinar y evaluar los motivos por los que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) *parece* no haber aplicado la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia en materia de legitimación en los asuntos sobre contratos públicos o, de haber albergado dudas, por qué no planteó la correspondiente petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE (en su condición de órgano jurisdiccional de última instancia). Es posible que exista una explicación a la decisión adoptada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) sobre esta cuestión.

79. No obstante, cabe aprovechar esta oportunidad para señalar que, en mi opinión, la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich debe interpretarse actualmente con un nuevo enfoque, a la luz de las exigencias derivadas del artículo 47 de la Carta y, de ser necesario, desarrollarse en mayor medida a la luz de dicho artículo. De la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79) (en lo sucesivo, «sentencia en el asunto Brasserie du pêcheur y Factortame») se desprende que los Estados miembros están obligados a pagar una indemnización en caso de incumplimiento grave del Derecho de la Unión cuando incurran en una «inobservancia manifiesta y grave […] de los límites impuestos a su facultad de apreciación».[44]

41 Véase, en tal sentido, la sentencia de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia (Précompte mobilier) (C-416/17, EU:C:2018:811).

42 Sentencia de 19 de noviembre de1991, Francovich y otros [C-6/90 y C-9/90 (en lo sucesivo, «sentencia Francovich»), EU:C:1991:428].

43 Véanse, a tal efecto, las sentencias de 4 de marzo de 2020, *Telecom Italia* (C-34/19, EU:C:2020:148), apartados 67 a 69, y de 29 de julio de 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* (C-620/17, EU:C:2019:630), apartado 64.

44 Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 55.

80. Sin embargo, la dificultad a la hora de aplicar en la práctica este criterio radica en que a menudo, y quizá con demasiada facilidad, se excusan errores claros de los Estados miembros (incluso judiciales) alegando que se cometieron de buena fe o que de otro modo podían dispensarse dadas las circunstancias o que, en cualquier caso, no son «manifiestos y graves». No obstante, ninguna consideración de cortesía judicial o de respeto a las instituciones judiciales de prestigio deberían llevar a dudar de que tales errores son «manifiestos y graves», en el sentido de la jurisprudencia derivada de la sentencia Brasserie du pêcheur, cuando ello esté justificado. La disposición o propensión a excusar errores manifiestos y graves de un Estado miembro a la hora de aplicar el Derecho de la Unión rebajando la seriedad de dichos errores constituiría, en sí, una clara denegación de tutela judicial efectiva a los justiciables con arreglo al artículo 47 de la Carta, especialmente cuando, desde un punto de vista objetivo, la falta de aplicación del Derecho de la Unión claramente establecido no pueda estar justificada o dispensada por motivos realistas. A pesar de que, por fuerza, en el presente asunto no se pierde de vista el alcance de la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich, esa cuestión deberá resolverse, no obstante, en un momento posterior, dado que no se ha suscitado directamente en el presente procedimiento.

81. Al mismo tiempo, la disposición a excusar los incumplimientos de los Estados miembros no es más que un triste consuelo para un justiciable en caso de que la disponibilidad de una demanda de tipo «Francovich» fuera excesivamente difícil en la práctica. Resumiendo, si el error cometido por un órgano jurisdiccional de apelación contra cuyas resoluciones no cabe recurso consiste en no aplicar correctamente la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia no fundamenta, en sí, una acción de indemnización por daños y perjuicios con arreglo a los criterios relativos a la existencia de una «inobservancia manifiesta y grave», es necesario que tales criterios —que, a fin de cuentas, son anteriores a la entrada en vigor de la Carta— se delimiten en mayor medida. Para que la promesa recogida en el artículo 47 de la Carta no caiga en saco roto, considero necesario que, en este caso, el hecho de que un órgano de última instancia no aplique la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia debe generar, para el Estado miembro de que se trata, una responsabilidad del tipo examinado en la sentencia Francovich. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que el «desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» por parte de un órgano jurisdiccional nacional apunta, en sí, a la comisión de una violación suficientemente grave. [45]

82. Todo ello me hace recordar la historia del caso de Sherlock Holmes relativo al perro que no ladraba. [46] En este sentido lo revelador es la inexistencia general de jurisprudencia sobre esta cuestión. [47] Esta circunstancia ya puede considerarse, en sí, una indicación de que tales errores e inobservancias se excusan con cierta facilidad y de que, para muchas personas cuyos derechos derivados del Derecho de la Unión no han sido garantizados, una demanda de tipo «Francovich» es más una ilusión que una realidad. Razón de más por la que es posible que los criterios que determinan la existencia de una inobservancia «manifiesta y grave» examinados en la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame puedan tener que ser valorados de nuevo de manera que el Derecho de la Unión sea aplicado con el suficiente rigor por parte del Poder Judicial de los Estados miembros, habida cuenta en todo caso de los factores concretos identificados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) en lo que respecta a la responsabilidad en caso de error judicial, a saber, la «especificidad de la función

[45] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 56, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717), apartado 52.

[46] «The Adventure of the Silver Blaze» en Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes* (Londres, 1892).

[47] Véase, con carácter general, Beutler, B., «State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?», *CML Rev*, 46, 2009, pp. 773 a 787.

jurisdiccional» así como las exigencias de seguridad jurídica.[48] Pues bien, la sentencia Francovich es, por así decirlo, un perro al que debe permitírsele ladrar, pues es precisamente ese ladrido el que nos alerta de que los derechos que el Derecho de la Unión ha pretendido salvaguardar y proteger se están viendo comprometidos —a veces de forma silenciosa— por errores cometidos por órganos jurisdiccionales nacionales.

83. A ello cabría añadir que, en el contexto particular de un incumplimiento de la normativa sobre contratos públicos, resultaría algo incoherente que la Directiva 89/665 estableciera algún tipo de responsabilidad objetiva en caso de error de los poderes adjudicadores manteniendo, al mismo tiempo, la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de error judicial cometido en cualquier procedimiento de recurso en materia de contratación pública en un nivel abrumadoramente elevado.

84. Sin embargo, considero que, desde la sentencia 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) la legislación ha evolucionado en cierta medida. A la luz de la posterior entrada en vigor del artículo 47 de la Carta, estimo, por los motivos ya expuestos, que también es necesario examinar si el error judicial controvertido en el presente asunto es *objetivamente* excusable. Sin ese examen, existe el riesgo real de que la aplicación de los criterios establecidos en la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame hagan excesivamente difícil en la práctica la obtención de una indemnización por daños y perjuicios basada en la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich en caso de error judicial, de manera que solo sería posible que se cumplieran esos requisitos de responsabilidad en circunstancias muy especiales.

5. Conclusión en relación con la primera cuestión prejudicial

85. En resumen, por consiguiente, considero que el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma, como el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, según se interpreta en la sentencia n.º 6/2018, conforme a la cual no puede interponerse un recurso de casación por «falta de potestad jurisdiccional» para impugnar sentencias en las que el órgano jurisdiccional de segunda instancia ha aplicado prácticas interpretativas desarrolladas en el ámbito nacional pero que objetivamente están en conflicto con sentencias del Tribunal de Justicia en materias que se rigen por el Derecho de la Unión.

86. La solución en caso de aplicación incorrecta del Derecho de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional de última instancia debe hallarse en otros medios procesales, como en recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE, o, en la posibilidad de exigir responsabilidades al Estado para obtener la protección legal de los derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los justiciables.

B. Segunda cuestión prejudicial

87. Mediante su segunda cuestión prejudicial, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) pregunta, en esencia, si los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, y 267 TFUE, a la luz del artículo 47 de la Carta, se oponen a que las normas que regulan los recursos de casación por «motivos inherentes a la jurisdicción» se interpreten y apliquen de manera que no se pueda interponer ante el Pleno de la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de

[48] Véase, a tal efecto, la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 53

Casación) un recurso de casación para impugnar una sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en la que omita injustificadamente plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando no concurran las condiciones que eximen al órgano jurisdiccional nacional de tal obligación, enumeradas por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros (283/81 EU:C:1982:335).

88. La idea que subyace a dicha cuestión es que no puede impedirse a ningún órgano jurisdiccional nacional, ni siquiera de forma temporal, que plantee una petición de decisión prejudicial, pues ello supondría usurpar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de interpretar el Derecho de la Unión de forma correcta y vinculante, menoscabando la aplicación uniforme y la tutela judicial efectiva de los derechos de que disfrutan los justiciables en virtud del Derecho de la Unión.

89. Cabe señalar, de entrada, que la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) plantea una cuestión adicional en la parte introductoria de la petición de decisión prejudicial relativa a la segunda cuestión prejudicial, que no figura en el tenor de la cuestión planteada en última instancia. De hecho, del apartado 50 de la petición de decisión prejudicial se desprende claramente que la Corte suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación), además de la cuestión prejudicial formalmente planteada, también cuestiona el enfoque según el cual no puede plantear ella misma una petición de decisión prejudicial directamente.

90. Dado que ese aspecto no se ha incluido en la cuestión prejudicial planteada en última instancia, lo abordaré brevemente. Además, desde mi punto de vista, la respuesta a esta cuestión no parece suscitar dudas. En efecto, según jurisprudencia reiterada, el artículo 267 TFUE otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión necesarias para la resolución del litigio del que conocen.[49] Por consiguiente, en caso de que se haya acudido válidamente ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación), las normas nacionales de procedimiento no pueden afectar a las facultades y obligaciones que el artículo 267 TFUE impone a ese órgano jurisdiccional.[50]

91. Dicho esto, abordando ahora la segunda cuestión prejudicial expresamente planteada, no creo que las normas nacionales de procedimiento como la controvertida en el presente asunto, que limita el recurso de casación a cuestiones inherentes a la jurisdicción, deba interpretarse necesariamente, para ser compatible con el Derecho de la Unión, en el sentido de que permite que se interponga un recurso de casación cuando un tribunal de primera instancia o un órgano jurisdiccional contra cuyas resoluciones no quepa recurso con arreglo al Derecho nacional, no plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

[49] Véase, en tal sentido, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartado 88; de 15 de enero de 2013, Križan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 64, y de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo — Recursos) (C-824/18, EU:C:2021:153), apartado 91 y jurisprudencia citada.

[50] Véase, en tal sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489), apartado 32. El hecho de que tanto el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) como la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) puedan considerarse obligados a plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, en un mismo litigio no plantea problemas. Es más, en esa situación, si un órgano jurisdiccional como el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) no ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, un órgano jurisdiccional como el Pleno de la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) debe plantear él mismo la cuestión ante el Tribunal de Justicia (véase, en tal sentido, en un contexto en el que dos órganos jurisdiccionales pueden estar obligados a plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, la sentencia de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, apartado 30).

92. En efecto, dado que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar el Derecho de la Unión, les corresponde necesariamente la primera labor de interpretación. Como ya ha señalado anteriormente el Tribunal de Justicia, los tribunales nacionales desempeñan, en colaboración con el Tribunal de Justicia, una función que se les atribuye en común con el objeto de garantizar el cumplimiento del Derecho en la interpretación y en la aplicación de los Tratados. [51] Del sistema jurisdiccional establecido por los Tratados —en particular, por los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, y 267 TFUE a los que alude el órgano jurisdiccional remitente— se desprende que el Tribunal de Justicia no tiene el monopolio de la interpretación del Derecho de la Unión sino una competencia exclusiva para dar la interpretación *definitiva* de dicho Derecho. [52]

93. La obligación de someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, establecida en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso, se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros, entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de jueces competentes para la aplicación del Derecho de la Unión, y el Tribunal de Justicia. [53]

94. El artículo 267 TFEU permite así establecer un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. [54] Como ya se ha recordado en las presentes conclusiones, según reiterada jurisprudencia, si los órganos jurisdiccionales nacionales consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión necesarias para poder emitir su fallo, dicha disposición les confiere una amplísima facultad para someter tales cuestiones al Tribunal de Justicia. [55] Por lo demás, procede recordar que, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, cuando se plantee una cuestión sobre la interpretación del Derecho de la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano está obligado, *en principio*, a someter la cuestión al Tribunal de Justicia. [56]

95. Por consiguiente, en este contexto concreto de la cooperación establecida por el artículo 267 TFUE, está prohibido que una norma de Derecho nacional *impida* a un órgano jurisdiccional nacional ejercitar esa facultad o cumplir esa obligación. [57] Dicho de otro modo, el requisito *mínimo* es que el órgano jurisdiccional designado por el sistema procesal nacional para pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con el Derecho de la Unión —como, en este caso, los Tribunali Amministrativi Regionali (Tribunales Regionales de lo Contencioso-Administrativo) y el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en el ámbito de los contratos públicos— tengan la posibilidad, o incluso la obligación, de plantear una petición de decisión prejudicial. Cuando así

[51] Véanse, a tal efecto, el Dictamen 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 69, y la sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), apartado 33

[52] Véase, en tal sentido, el Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341), apartado 111.

[53] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros (283/81, EU:C:1982:335), apartado 7, y de 9 de septiembre de 2015, X y van Dijk (C-72/14 y C-197/14, EU:C:2015:564), apartado 54.

[54] Véase, en tal sentido, la sentencia de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo — Recursos) (C-824/18, EU:C:2021:153), apartado 90.

[55] Véase la jurisprudencia citada en la nota 49.

[56] Véase, en tal sentido, la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros (C-234/17, EU:C:2018:853), apartado 43. Véanse también, con otra formulación, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 32, y de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo — Recursos) (C-824/18, EU:C:2021:153), apartado 92.

[57] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartados 32 y 33, y de 2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo — Recursos) (C-824/18, EU:C:2021:153), apartado 93.

sea, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.[58] En resumen, como ha señalado recientemente el Abogado General Bobek, la lógica que sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia únicamente pretende garantizar que las normas de procedimiento nacionales no impidan plantear cuestiones de Derecho de la Unión y que sea posible remitir una petición de decisión prejudicial en cualquier fase del procedimiento.[59]

96. Sin embargo, como se verá en mi análisis de la tercera cuestión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación), aunque está claro que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) debería haber planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia si hubiera tenido dudas sobre el alcance de la aplicación del artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, según lo había interpretado el Tribunal de Justicia con anterioridad, ha de señalarse que no existía en ningún caso ninguna norma de procedimiento nacional que le impidiese iniciar ese diálogo con el Tribunal de Justicia.

97. Desde mi punto de vista, no plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia pueda dar lugar, en consecuencia, a una ilegalidad sustancial (debida a la aplicación inadecuada del Derecho de la Unión, incorrectamente interpretado por el órgano jurisdiccional nacional) y/o a una ilegalidad procesal (por no plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando el correspondiente órgano jurisdiccional estaba obligado a ello), pero no puede considerarse una cuestión inherente a la jurisdicción, en el sentido del artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana. Como ya he señalado al término de mi análisis de la primera cuestión prejudicial, aunque estas soluciones no son óptimas, la respuesta ante una aplicación incorrecta del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional de última instancia —incluso, procede añadirlo aquí, de las obligaciones previstas por el artículo 267 TFUE— debe hallarse en otros medios procesales, como un recurso por incumplimiento o la posibilidad de exigir al Estado una indemnización por daños y perjuicios para obtener protección legal de los derechos de los justiciables.

98. En efecto, como ya he señalado, habida cuenta de la función esencial que desempeña el Poder Judicial en la protección de los derechos conferidos a los particulares por las normas del Derecho de la Unión, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia.[60]

99. En consecuencia, a la luz de las consideraciones anteriores, concluyo que los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, y 267 TFUE, interpretados a la luz del artículo 47 de la Carta, no se oponen a que las normas que regulan los recursos de casación por motivos inherentes a la jurisdicción se interpreten y apliquen de manera que no se pueda interponer ante el Pleno de la

[58] Véase, en ese sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2015, X y van Dijk (C-72/14 y C-197/14, EU:C:2015:564), apartado 57.

[59] Véanse, en tal sentido, las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291), punto 27.

[60] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 33, y de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros (C-160/14, EU:C:2015:565), apartado 47.

Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) un recurso de casación para impugnar una sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en la que este omita injustificadamente plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

C. Tercera cuestión prejudicial

100. Mediante su tercera cuestión prejudicial, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) pregunta, en esencia, si la interpretación de los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, que se deriva de las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448); de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), es aplicable en el litigio principal.

101. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la justificación de una petición de decisión prejudicial no es la formulación de opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio relativo al Derecho de la Unión. [61]

102. Sin embargo, toda vez que, en relación con la primera cuestión prejudicial, he concluido que la limitación de la competencia de la Corte di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) establecida en el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, según se interpreta en la sentencia n.º 6/2018, no es contraria al artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 ni al artículo 47 de la Carta, el órgano jurisdiccional remitente carecería de competencia para examinar en el procedimiento principal el alcance de la Directiva 89/665. No obstante, propongo que se aborde esta cuestión en caso de que el Tribunal de Justicia resuelva en otro sentido.

103. Procede recordar que, en el litigio principal, Randstad ha impugnado su exclusión de un procedimiento de licitación y la adjudicación del contrato a otra empresa. Sin embargo, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) únicamente ha analizado en cuanto al fondo el motivo de recurso mediante el cual Randstad impugnó la puntuación asignada a su oferta técnica —inferior al «umbral mínimo»— y ha examinado con carácter prioritario los recursos incidentales del poder adjudicador y de la empresa adjudicataria. Ha estimado los citados recursos sin examinar en cuanto al fondo los demás motivos del recurso principal mediante los cuales se impugna el resultado de la licitación por motivos distintos de la puntuación asignada a la oferta técnica.

104. En las observaciones preliminares de las presentes conclusiones ya he expuesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la obligación de establecer un procedimiento de recurso prevista en el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, en el contexto concreto en que el adjudicatario interpone un recurso incidental. Llegados a este punto, cabe pues afirmar que el criterio que determina la obligación de un tribunal de examinar el recurso del demandante es que todas las partes del procedimiento tengan interés legítimo en la exclusión de las ofertas presentadas por los demás competidores. Esto significa que no cabe excluir la posibilidad de que una de las irregularidades que justifican la exclusión tanto de la oferta del adjudicatario como de la oferta del licitador que impugnó la selección realizada por el

[61] Véase, en tal sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, A y otros (C-70/18, EU:C:2019:823), apartado 73.

poder adjudicador también puede viciar las demás ofertas presentadas en el procedimiento de licitación, lo que podría conducir a que dicho poder adjudicador tuviera que iniciar un nuevo procedimiento.[62]

105. El Tribunal de Justicia ha sido particularmente claro sobre este aspecto: «so pena de ser contraria al efecto útil de la Directiva 89/665, la admisibilidad del recurso principal no puede estar supeditada a la constatación previa de que todas las ofertas peor clasificadas que la del licitador que ha interpuesto el referido recurso son también inadecuadas [o] al requisito de que el referido licitador aporte la prueba de que [el poder adjudicador] se vería llevad[o] a repetir el procedimiento de adjudicación del contrato público. *La existencia de tal posibilidad debe considerarse suficiente a este respecto*».[63] Únicamente se puede denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta ha sido rechazada por el poder adjudicador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, cuando la decisión de excluir a dicho licitador ha sido confirmada por una resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronuncie el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que haya que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata.[64]

106. En el litigio principal, en primer término, no se discute que Randstad todavía no había sido excluido definitivamente cuando interpuso su recurso ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado). En segundo término, de la resolución de remisión se desprende que Randstad invocó como motivo para ser readmitida al procedimiento de licitación la ilegalidad del nombramiento y de la composición de la mesa de contratación encargada de realizar la valoración económica. Sin embargo, si se comprobara la existencia de tales irregularidades, estas justificarían la exclusión tanto de la oferta del adjudicatario como de la oferta del licitador que impugnó la selección realizada por el poder adjudicador y también viciaría las demás ofertas presentadas en el procedimiento de licitación, lo que podría conducir a que el poder adjudicador tuviera que iniciar un nuevo procedimiento.

107. En tales circunstancias, me parece evidente que el principio establecido y confirmado en la jurisprudencia citada por el órgano jurisdiccional remitente era aplicable en el litigio principal. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) estaba por lo tanto obligado a apreciar el interés de Randstad en impugnar, tanto en primera instancia como en apelación, la regularidad del procedimiento y, por consiguiente, la decisión de adjudicación del contrato o, con carácter alternativo, en caso de duda, a plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

[62] Véanse, a tal efecto, las sentencias de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), apartado 28, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 27.

[63] Sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 29. El subrayado es mío.

[64] Véase, en tal sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), apartado 31 y jurisprudencia citada.

VII. Conclusión

108. Por consiguiente, en virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte Suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) del siguiente modo:

«1) El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada, entre otras, por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma, como el artículo 111, párrafo octavo, de la Constitución italiana, según se interpreta en la sentencia n.º 6/2018, conforme a la cual no puede interponerse un recurso de casación por motivos inherentes a la jurisdicción para impugnar sentencias en las que el órgano jurisdiccional de segunda instancia ha aplicado prácticas interpretativas desarrolladas en el ámbito nacional pero que están en conflicto con sentencias del Tribunal de Justicia en materias que se rigen por el Derecho de la Unión.

La solución en caso de aplicación incorrecta del Derecho de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional de última instancia debe hallarse en otros medios procesales, como el recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE, o en la posibilidad de exigir responsabilidades al Estado para obtener la protección legal de los derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los justiciables.

2) Los artículos 4 TUE, apartado 3, 19 TUE, apartado 1, y 267 TFUE, interpretados a la luz del artículo 47 de la Carta, no se oponen a que las normas que regulan los recursos de casación por motivos inherentes a la jurisdicción se interpreten y apliquen de manera que no se pueda interponer ante el Pleno de la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación) un recurso de casación para impugnar una sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en la que este omita injustificadamente plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Con carácter alternativo,

3) La interpretación de los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, que se deriva de las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448); de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), es aplicable al litigio principal en caso de que la decisión de excluir al licitador no seleccionado no haya sido confirmada por una resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronuncie el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, y cuando ese licitador haya invocado un motivo que pueda conducir a que el poder adjudicador tenga que iniciar un nuevo procedimiento.»