

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
MELCHIOR WATHELET

presentate il 7 giugno 2018 (1)

Causa C-300/17

Hochtief AG

**contro**

Budapest Fováros Önkormányzata

[domanda di pronuncia pregiudiziale emessa dalla Kúria (Corte suprema, Ungheria)]

« Rinvio pregiudiziale – Direttiva 89/665/CEE – Aggiudicazione di appalti di forniture e di lavori – Procedure di ricorso – Articolo 2, paragrafo 6 – Azione di risarcimento del danno – Accertamento preventivo obbligatorio dell'illegittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice – Esclusione dei motivi non dedotti dinanzi ad una commissione arbitrale – Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva – Principi di effettività ed equivalenza »

I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (2), come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (3).

2. La domanda è stata sollevata nel contesto di una controversia tra la società Hochtief AG e il Budapest Fováros Önkormányzata (Comune di Budapest, Ungheria; in prosieguo: il «BFÖ») nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno per violazione delle norme in materia di appalti pubblici.

3. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale, la Kúria (Corte suprema, Ungheria) pone la questione dell'incidenza che può avere l'articolazione delle norme processuali nazionali sul diritto ad un ricorso effettivo, qualora tali norme non presentino particolari difficoltà se interpretate separatamente.

II. Contesto giuridico

A. Diritto dell'Unione

4. L'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665 prevede quanto segue:

« Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/23/UE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente

direttiva, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento».

5. Ai sensi del successivo articolo 2, paragrafi 1, 2, 6 e 9:

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

[...]

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;;

c) accordare un risarcimento del danno ai soggetti lesi dalla violazione.

2. I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2 quinquies e 2 sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

[...]

6. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento del danno viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.

[...]

9. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti, possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo [267 TFUE] del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso.»

B. Diritto ungherese

1. La legge n° CXXIX del 2003 in materia di appalti pubblici

6. I fatti controversi della causa principale si sono svolti nel 2005. All'epoca erano disciplinati dal közbiztosági törvény 2003 évi CXXIX. törvény (legge n° CXXIX del 2003 in materia di appalti pubblici), (in prosieguo: « la legge sugli appalti pubblici »).

7. Ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, della legge in materia di appalti pubblici, «[i]l candidato potrà modificare la propria domanda di partecipazione sino al momento della scadenza del termine per la presentazione della stessa.»

8. L'articolo 350 della legge medesima così dispone:

«La possibilità di far valere qualunque domanda in materia civile fondata sulla violazione di una norma sugli appalti pubblici o sulla procedura di aggiudicazione dei medesimi è subordinata alla previa definitiva dichiarazione, da parte della Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o del giudice – adito del ricorso avverso la decisione della Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici – della sussistenza della violazione della norma».

9. Tuttavia, ai sensi del successivo articolo 351:

« Qualora l'offerente richieda all'amministrazione aggiudicatrice un rimborso limitato esclusivamente alle spese conseguenti alla preparazione dell'offerta e alla partecipazione alla procedura di aggiudicazione all'appalto pubblico, è sufficiente per far valere tale domanda di risarcimento del danno dimostrare:

- a) che l'amministrazione aggiudicatrice abbia violato norme giuridiche sugli appalti pubblici o sulla procedura di aggiudicazione di questi,
- b) che l'offerente avesse possibilità concrete di aggiudicarsi l'appalto e
- c) che la violazione abbia compromesso le possibilità dell'offerente di aggiudicarsi l'appalto».

## 2. La legge n. III del 1952 di procedura civile

10. L'articolo 339/A del Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (legge n° III del 1952 di procedura civile) (in prosiegua: «legge di procedura civile») così recita:

«Salvo disposizione contraria, il sindacato del giudice sulla decisione amministrativa si fonda sulla normativa vigente e sulle circostanze di fatto al momento in cui questa è stata adottata. »

## III. Fatti della causa principale

11. Il 5 febbraio 2005 il BFÖ indiceva una procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara per la realizzazione di taluni lavori il cui valore superava il limite massimo previsto dal diritto dell'Unione. Cinque candidature pervenivano entro il termine a tal fine stabilito, fra cui quella del consorzio «HOLI» (in prosiegua: il «consorzio»), diretto dalla Hochtief.

12. Il 19 luglio 2005, il BFÖ comunicava al consorzio l'invalidità della sua candidatura per conflitto d'interessi ed il suo conseguente rigetto. La decisione era motivata dal fatto che il consorzio aveva designato come responsabile del progetto un esperto che aveva partecipato alla preparazione della gara d'appalto a diretto contatto con l'amministrazione aggiudicatrice.

13. Il consorzio contestava tale decisione dinanzi al Közbeszerzési Döntőbizottság (Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici, Ungheria),(in prosiegua: la «Commissione arbitrale»). La Commissione respingeva il ricorso con sentenza del 12 settembre 2005, rilevando che la designazione dell'esperto nella domanda di partecipazione all'appalto non potesse essere qualificata come un errore amministrativo, come sostenuto dalla Hochtief, in quanto non tenere conto di tale esperto avrebbe significato una modifica della domanda di partecipazione, inammissibile ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici. La Commissione arbitrale riteneva parimenti che l'amministrazione aggiudicatrice non avesse agito contra legem nel proseguire la procedura con soli due candidati, considerato che, ai sensi dell'articolo 130, paragrafo 7, della legge sugli appalti pubblici, nel caso in cui resti un numero sufficiente di candidati che abbiano presentato una candidatura ammissibile, questi devono essere invitati a presentare un'offerta.

14. Il consorzio impugnava la decisione della Commissione arbitrale. Con sentenza del 28 aprile 2006, il Fovárosi Bíróság (Tribunale di Budapest, Ungheria) rigettava il ricorso. Investito dell'appello avverso tale sentenza, la Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria), sospendeva il procedimento e proponeva domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte, sfociata nella sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. A seguito di tale pronuncia, la Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria) confermava, con sentenza del 20 gennaio 2010, la sentenza del 28 aprile 2006.

16. Dinanzi a detto giudice, la ricorrente aveva sostenuto, in particolare, richiamandosi alla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), di non essere stata in grado di formulare osservazioni sulle circostanze della causa o di dimostrare che il contributo dell'esperto non potesse pregiudicare una concorrenza leale e trasparente.

17. Tale sentenza, precedente alla decisione del BFÖ, era quindi già stata emessa nel momento di proposizione del ricorso dinanzi alla Commissione arbitrale da parte della Hochtief. Tuttavia, sarebbe stata «disponibile» nella versione in lingua ungherese solo successivamente a tale data (4). Nella sua sentenza, la Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria), ha peraltro fatto presente di non aver potuto esaminare tale censura, non essendo stata formulata nell'ambito del ricorso in prime cure. Secondo il giudice del rinvio, la questione se l'amministrazione aggiudicatrice, affermando l'incompatibilità, abbia commesso una violazione, in quanto non avrebbe dato alla ricorrente nella causa principale la possibilità di difendersi, non era stata sollevata nel ricorso. Ess aggiunge che solo in appello la ricorrente stessa avrebbe fatto valere, per la prima volta, il fatto che il divieto opposto costituirebbe una restrizione sproporzionata al proprio diritto a presentare una candidatura e a formulare un'offerta, in contrasto con l'articolo 220 CE, l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE (5) e la giurisprudenza della Corte.

18. Con sentenza del 7 febbraio 2011, il Legfelsobb Bíróság [precedente denominazione della Kúria, (Corte suprema, Ungheria)] confermava la sentenza della Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest Capitale, Ungheria) del 20 gennaio 2010.

19. Parallelamente a tali procedure, la direzione generale della Commissione europea responsabile della politica regionale effettuava, nel corso del 2008, un audit relativo alla procedura di aggiudicazione dell'appalto controversa. Essa concludeva che l'amministrazione aggiudicatrice aveva violato le norme in materia di appalti pubblici, da un lato, pubblicando un avviso di procedura negoziata e, dall'altro, escludendo uno dei candidati nel corso della procedura di preselezione senza avergli dato la possibilità, conformemente alla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), di fornire la prova contraria, ovvero di provare che il contributo dell'esperto designato come responsabile del progetto non fosse tale da falsare la concorrenza.

20. L'11 agosto 2011, Hochtief, sulla base degli accertamenti della Commissione, avviava un procedimento di revisione avverso la sentenza della Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria). Il Fovárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest, Ungheria) rigettava il ricorso per revisione con ordinanza del 6 giugno 2013, confermata con ordinanza della Fovárosi Törvényszék (Corte della capitale, Ungheria), che statuisce in ultimo grado.

21. Richiamandosi agli accertamenti della Commissione, la Hochtief presentava un nuovo ricorso, diretto ad ottenere la condanna dell'amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in misura di 24 043 685 fiorini ungheresi, pari alle spese sostenute per partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico.

22. A seguito del rigetto di tale domanda in primo grado e in appello, la Hochtief proponeva ricorso per cassazione dinanzi al giudice del rinvio, facendo valere, in particolare, la violazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665.

23. Il giudice del rinvio rileva, in sostanza, che dalla direttiva 89/665 si evince che l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno può essere subordinata al previo annullamento della decisione contestata da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria (sentenza del 26 novembre 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punto 35), così che l'articolo 2 della direttiva non sembra, in linea di principio, ostare a una disposizione legislativa nazionale, quale l'articolo 350 della legge sugli appalti pubblici. Tuttavia, l'applicazione di quest'ultima disposizione, congiuntamente con altre disposizioni della legge sugli appalti pubblici e della legge di procedura civile, può produrre l'effetto di impedire ad un candidato ad una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico ed escluso come la ricorrente nella causa principale, di avviare l'azione per il risarcimento del danno, a fronte dell'impossibilità d'invocare una decisione definitiva di accertamento di una violazione alle norme in materia di appalti pubblici. In tale ipotesi, potrebbe essere giustificata la previsione della

possibilità di fornire la prova di una simile violazione con altri mezzi, o di disapplicare la norma interna in nome del principio di effettività o, ancora, di interpretarla alla luce del diritto dell'Unione.

24. La Kúria (Corte suprema, Ungheria) ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di adire la Corte in via pregiudiziale.

IV. La domanda di pronuncia pregiudiziale ed il procedimento dinanzi alla Corte

25. Con decisione dell'11 maggio 2017, pervenuta alla Corte il 24 maggio 2017, la Kúria (Corte suprema, Ungheria) ha pertanto sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se sia contraria al diritto dell'Unione la norma processuale di uno Stato membro che subordini la facoltà di presentare qualsiasi domanda civile fondata sulla violazione di una norma in materia di appalti pubblici alla previa condizione che la Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o il giudice – al cui esame sia stata sottoposta l'impugnazione della decisione della Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici – abbia definitivamente dichiarato la sussistenza della violazione della norma.

2. Se la norma di uno Stato membro che prevede, quale condizione preliminare per poter presentare una domanda di risarcimento del danno, che la Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o il giudice – al cui esame sia stata sottoposta l'impugnazione della decisione della Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici – abbia definitivamente dichiarato la violazione della norma, possa essere sostituita con altra conforme al diritto dell'Unione. Vale a dire, se sussista la possibilità che il danneggiato dimostri con altri mezzi la violazione della norma.

3. Se, nel contesto di una controversia volta ad ottenere il risarcimento del danno, sia contraria al diritto dell'Unione e, in particolare, ai principi di effettività e di equivalenza, o possa pregiudicare tale diritto e tali principi, la norma processuale di uno Stato membro che consenta di impugnare in giudizio una decisione amministrativa esclusivamente sulla base dei motivi di diritto dedotti nel procedimento dinanzi alla Commissione arbitrale in materia di appalti pubblici, anche laddove il danneggiato, a fondamento della dedotta violazione della norma, possa solo far valere l'illegittimità della sua esclusione basata sull'esistenza di un conflitto d'interessi, ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, tale da provocare la sua esclusione dal procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico per altra causa, prevista dalle norme stesse della procedura negoziata, cioè la modifica della sua candidatura.»

26. Osservazioni scritte sono state depositate dalla ricorrente nella causa principale, dai governi, ungherese, greco, austriaco e polacco, nonché dalla Commissione. Inoltre, la ricorrente nella causa principale, il governo ungherese e la Commissione europea hanno svolto osservazioni orali all'udienza tenutasi il 30 aprile 2018.

V. Analisi

A. Osservazioni metodologiche preliminari

27. La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Kúria (Corte suprema, Ungheria) nella causa principale solleva due problemi metodologici preliminari: da un lato, il modo in cui le questioni sollevate dal giudice del rinvio devono essere affrontate e, dall'altro, il criterio in base al quale i problemi devono essere esaminati.

1. Come intendere le questioni pregiudiziali

28. La domanda di pronuncia pregiudiziale si articola su tre questioni distinte. Tuttavia, appare evidente che la singola disamina di ciascuna questione non rivela necessariamente delle difficoltà per quanto attiene il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Per contro, l'articolazione delle norme processuali in esame suscita invece vari interrogativi.

29. Mi sembra pertanto opportuno, se non necessario, esaminare le tre questioni congiuntamente anche se, in ultima analisi, è possibile fornire risposte distinte.

30. Va osservato, in limine, che la precisazione contenuta nel secondo capo della terza questione pregiudiziale non mi sembra pertinente. Infatti, la circostanza che la parte lesa possa dedurre soltanto un motivo fondato su un'illegittimità da cui derivi, in ogni caso, la sua esclusione dalla procedura di aggiudicazione non incide sul ragionamento giuridico alla base della soluzione della terza questione. L'incidenza di un motivo di esclusione sull'esito della controversia principale è una questione che può intervenire solo in un secondo momento e che spetta unicamente al giudice del rinvio decidere (6). Non procederò, quindi, al suo esame.

31. La mia analisi si articolerà, pertanto, su tre fasi. In primo luogo, esaminerò la questione se sia consentito subordinare un procedimento per risarcimento del danno al previo annullamento della decisione asseritamente illegittima (e quindi, a maggior ragione, all'accertamento della sua illegittimità). Affronterò, poi, il problema della limitazione del sindacato di legittimità al contesto normativo e fattuale definito dal ricorrente nel proprio atto introduttivo del giudizio. Infine, analizzerò le conseguenze, in termini di tutela giurisdizionale effettiva, della trasposizione di queste due restrizioni processuali del ricorso di annullamento nel ricorso per il risarcimento del danno.

2. La norma di controllo

32. È inoltre necessario determinare la norma alla luce della quale devono essere esaminati i problemi. Con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio richiama i principi di equivalenza e di effettività nell'ambito dei quali si inquadra tradizionalmente l'autonomia processuale degli Stati membri. Tuttavia, il giudice medesimo fonda la motivazione del proprio rinvio pregiudiziale sull'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), che sancisce nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (7).

33. Mi sembra che quest'ultimo approccio debba essere privilegiato. Infatti, è ormai pacifico, da un lato, che l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 19, paragrafo 1, TUE di prevedere i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, corrisponda all'articolo 47 della Carta (8) e, dall'altro, che conseguentemente, gli Stati membri, nel definire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti conferiti dalla normativa dell'Unione, quale la direttiva 89/665, devono garantire il rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, sancito all'articolo 47 della Carta. Le caratteristiche di un ricorso come quello previsto all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 devono essere pertanto determinate conformemente all'articolo 47 della Carta (9).

34. Questo approccio è quello che sin d'ora è stato seguito dalla Corte nel contesto dell'interpretazione della direttiva 89/665, in quanto la Corte ha più volte avuto modo di dichiarare che l'articolo 1 della direttiva de qua deve «necessariamente essere interpretato alla luce dei diritti fondamentali sanciti da[lla] Carta, in particolare il diritto al ricorso effettivo dinanzi a un giudice, previsto dal suo articolo 47» (10). Concretamente ciò significa che, nel definire le modalità procedurali delle azioni giurisdizionali destinate a garantire la salvaguardia dei diritti conferiti dalla direttiva 89/665 ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, gli Stati membri devono garantire il rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta (11).

35. È dunque alla luce delle disposizioni dell'articolo 47 della Carta, che esaminerò le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio.

B. Sulla possibilità di subordinare l'azione di risarcimento del danno al previo annullamento della decisione asseritamente illegittima

36. L'articolo 1, quarto comma, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di prendere i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti ricomprese nella sfera di applicazione della direttiva 2014/24/UE (12) o della direttiva 2014/23 possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.

37. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665, tre tipi di misure devono poter essere adottate nell'ambito di tali azioni: in primo luogo, dei provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti; in secondo luogo, l'annullamento di decisioni illegittime e, in terzo luogo, il risarcimento del danno alle persone lese dalla violazione delle norme applicabili.

38. A proposito di quest'ultimo tipo di misure, l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 precisa che gli Stati membri possono subordinare la possibilità di chiedere il risarcimento del danno al previo annullamento della decisione asseritamente illegittima. Tuttavia, questa norma non precisa le condizioni di ammissibilità di tali azioni. La Corte ha affermato che, «in linea di principio, [...] articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 non osta [va] ad una disposizione di diritto nazionale [...], secondo la quale la constatazione di una violazione del diritto degli appalti ivi menzionata costituisce la condizione preliminare l'esercizio di un'azione di risarcimento danni» (13). Ciò è quello che chiamerei il principio di priorità del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno.

39. Trattandosi di una mera possibilità — l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 utilizza il verbo «potere» e non «dovere» — gli Stati membri che si avvalgono di tale facoltà sono liberi di modularla (14). Essi possono, inoltre, prevedere casi in cui la mancanza del previo annullamento della decisione non costituisca una causa di inammissibilità dell'azione di risarcimento del danno (15).

40. In ogni caso, l'attuazione del principio di priorità del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno non può comportare che, applicata unitamente ad un'altra norma processuale, essa privi la persona lesa non soltanto della possibilità di ottenere l'annullamento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice bensì parimenti degli altri rimedi previsti all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Infatti, una simile «disciplina» sarebbe contraria al principio di effettività (16). Orbene, tale principio è considerato come una delle «esigenze [...] espresse attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto [dell'Unione]» (17), sancito all'articolo 47 della Carta.

41. Nel caso di specie, è l'applicazione congiunta dell'articolo 350 della legge sugli appalti pubblici e dell'articolo 339/A della legge di procedura civile che potrebbe rappresentare un problema con riguardo all'articolo 47 della Carta.

C. Circostrizione del sindacato di legittimità nel contesto normativo e fattuale definito dal richiedente

42. L'articolo 339/A della legge di procedura civile prevede che il sindacato del giudice su una decisione amministrativa deve fondarsi sulla normativa vigente e sulle circostanze di fatto esistenti al momento in cui questa è stata adottata.

43. In concreto, con riguardo alle contestazioni relative alle decisioni adottate in materia di appalti pubblici, ciò significa che per i giudici nazionali chiamati a conoscere delle decisioni della Commissione arbitrale resterebbe precluso l'esame di motivi nuovi non dedotti dinanzi alla commissione medesima.

44. L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici incompatibili con il diritto dell'Unione.

45. A tal fine, l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 89/665 autorizza gli Stati membri a conferire il potere di annullare e di riconoscere il risarcimento del danno ad organi distinti, non necessariamente giurisdizionali (18). La direttiva 89/665 non contiene, inoltre, disposizioni che disciplinino in modo specifico le condizioni alle quali tali mezzi di ricorso possano essere esercitati (19). La direttiva 89/665 riconosce quindi agli Stati membri un potere discrezionale nella scelta delle garanzie procedurali da essa previste e delle formalità ad esse relative (20).

46. Conformemente a consolidata giurisprudenza, spetta agli Stati membri, in forza del principio di autonomia processuale, stabilire le modalità della procedura amministrativa e quelle relative alla procedura giurisdizionale volte a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Tuttavia, tali modalità processuali non devono pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 (21).

47. In tale contesto, una regola come quella prevista all'articolo 339/A della legge di procedura civile non mi sembra, di per sé, contraria al diritto dell'Unione qualora venga applicata nel quadro del controllo di legittimità operato dalla Commissione arbitrale e, successivamente, dal giudice.

48. Risulta, infatti, dal terzo considerando della direttiva 89/665 che uno dei suoi obiettivi prioritari è l'attuazione di «mezzi di ricorso efficaci e rapidi» (22). L'importanza di quest'ultimo elemento è stata sottolineata dallo stesso legislatore, che ha espressamente imposto agli Stati membri, all'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della predetta direttiva, di adottare «i provvedimenti necessari per garantire che [...] le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile» (23).

49. Orbene, la delimitazione del controllo giurisdizionale ai motivi dedotti dinanzi alla Commissione arbitrale sulla base della normativa vigente e sulle circostanze di fatto al momento in cui questa è stata adottata, contribuisce alla realizzazione di tale obiettivo di celerità senza pregiudicare nella sostanza il diritto ad un ricorso effettivo (24).

50. Da un lato, questa norma evita di ritardare la procedura, impedendo l'apertura di un ulteriore dibattito — che dovrebbe essere necessariamente in contraddittorio e risolto con decisione motivata — dinanzi al giudice di controllo. In tal modo essa contribuisce, pertanto, all'interesse di una buona amministrazione della giustizia a beneficio dei singoli (25) e rafforza l'esigenza di certezza del diritto, che deve prevalere nei ricorsi diretti a dichiarare l'inefficacia di un contratto (26). D'altro canto, essa non priva il singolo dell'accesso alla giustizia. Questa norma lo circoscrive entro limiti che lo stesso singolo ha determinato, sotto la propria sola responsabilità.

51. A tale proposito, interrogata sulle conseguenze di una norma processuale che limiti l'azione del giudice agli argomenti dedotti dalle parti, la Corte ha affermato che il principio di effettività non impone ai giudici nazionali l'obbligo di sollevare d'ufficio un motivo fondato su una disposizione del diritto dell'Unione, indipendentemente dalla sua rilevanza per l'ordinamento giuridico dell'Unione, purché sia stata data alle parti la possibilità effettiva di sollevare un motivo fondato sul diritto dell'Unione dinanzi al giudice nazionale (27).

52. Pertanto, se è vero che una norma processuale, da cui derivi l'effetto di circoscrivere la controversia ai soli motivi dedotti dinanzi alla Commissione arbitrale, limita il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'articolo 47 della Carta, essa appare giustificata ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, tenuto conto che è prevista ex lege, rispetta il contenuto essenziale del diritto ad un ricorso effettivo nonché l'obiettivo di rapidità dei ricorsi previsto dalla direttiva 89/665, il quale contribuisce ad una buona amministrazione della giustizia ed all'esigenza di certezza del diritto.

D. Sulla trasposizione dei limiti processuali del contenzioso di legittimità al contenzioso per il risarcimento del danno

53. Dalle suesposte considerazioni emerge che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non osta alla norma che prevede la priorità del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno, né a quella che impedisce di sollevare un motivo in diritto nuovo successivamente all'introduzione della controversia, sempre che dette norme siano intese separatamente.

54. Tuttavia, per effetto del combinato disposto degli articoli 350 della legge sugli appalti pubblici e 339/A della legge di procedura civile, l'azione per il risarcimento del danno è inammissibile in assenza del previo ottenimento di una decisione che accerti l'illegittimità dell'appalto in questione, e ciò a prescindere dalla soluzione della questione se il ricorrente abbia potuto concretamente disporre dell'effettiva possibilità di sollevare il pertinente motivo d'illegittimità nell'ambito del contenzioso di legittimità.

55. Tale conseguenza mi sembra in contrasto con l'articolo 47 della Carta, in quanto lede il diritto ad un ricorso effettivo garantito da tale disposizione, rendendo praticamente impossibile il ricorso per il risarcimento del danno senza essere giustificata dal perseguimento di un obiettivo di interesse generale, contrariamente a quanto richiesto dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

1. Sulla violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva

56. L'esigenza di tutela giurisdizionale implica la possibilità di ottenere il risarcimento del danno subito in caso di violazione del diritto dell'Unione. Infatti, in caso di applicazione di un atto la cui validità sia stata contestata, il suo annullamento non è sempre sufficiente a ripianare integralmente il danno subito (28). Se l'inapplicabilità dell'atto paralizza i suoi effetti nella fattispecie sottoposta al giudice, il riconoscimento di un risarcimento del danno compensa il pregiudizio che ne sia potuto derivare. Una tutela completa del singolo esige pertanto entrambi gli strumenti (29).

57. Ciò detto, se il principio di priorità del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno dall'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 può essere spiegato e giustificato da ragioni di economia processuale e, in ultima analisi, di certezza del diritto (30), la norma di sua attuazione dev'essere disapplicata qualora risulti dimostrata l'impossibilità di far accertare l'illegittimità della decisione controversa per un motivo legittimo, estraneo al comportamento del ricorrente.

58. In caso contrario, il singolo sarebbe privato di qualsiasi tutela giurisdizionale ed il ricorso per il risarcimento del danno, in questa specifica fattispecie, rappresenta «l'ultimo baluardo di protezione degli individui quando [...] gli altri mezzi di ricorso non gli [hanno] off[erto] una tutela effettiva» (31).

59. Questa caratteristica peculiare del contenzioso per risarcimento del danno caratterizza tutta la giurisprudenza della Corte relativa all'articolazione dei mezzi di ricorso e della loro incidenza sulla tutela giurisdizionale effettiva, a prescindere che ciò avvenga per rispondere alla rigidità delle condizioni di ammissibilità del ricorso di annullamento nel contenzioso di legittimità degli atti dell'Unione (32), o per far fronte alla mancanza di efficacia diretta orizzontale delle direttive (33) o, ancora, nel caso in cui una violazione dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione ad opera di una decisione giudiziale definitiva non possa più essere riparata.

60. In quest'ultima ipotesi, se il diritto dell'Unione non impone che, per tener conto dell'interpretazione di una pertinente disposizione di detto ordinamento adottata dalla Corte successivamente alla decisione di un organo giurisdizionale che abbia acquisito autorità di cosa giudicata, quest'ultimo debba, in linea di principio, rivedere questa decisione, tuttavia «i singoli non possono essere privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere con tale mezzo una tutela giuridica dei loro diritti» (34).

61. Tale logica è stata attuata nel riconoscimento della responsabilità dei giudici di ultimo grado in caso di violazione del diritto dell'Unione. Infatti, «[i]n considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti, che ai singoli derivano dalle norme [del diritto dell'Unione], la piena efficacia di queste ultime sarebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento, qualora i loro diritti vengano lesi da una violazione del diritto [dell'Unione] imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro» (35).

62. La piena efficacia del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti dal medesimo riconosciuti che sono alla base di tale giurisprudenza, richiedono, inoltre, che tale soluzione sia adottata quando dalla combinazione di norme processuali derivi l'«immunizzazione» di un'amministrazione aggiudicatrice da ogni responsabilità pur in presenza della violazione del diritto dell'Unione da essa commessa. La volontà del legislatore dell'Unione di garantire procedure adeguate per consentire il risarcimento delle persone lese da una violazione delle norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici (36) conferma questa interpretazione.

63. Inoltre, essa contribuisce a garantire il primato del diritto dell'Unione, avendo la Corte affermato che, laddove risulti che le valutazioni effettuate da un giudice nazionale non siano conformi al diritto dell'Unione, ciò impone che un giudice nazionale distinto, seppur, secondo il diritto interno, incondizionatamente vincolato all'interpretazione del diritto dell'Unione effettuata dal giudice adito per primo, disapplichi, di propria iniziativa, la norma di diritto nazionale che imponga di attenersi all'interpretazione del diritto dell'Unione operata dal primo giudice (37).

64. Nell'ambito del problema del coordinamento delle norme processuali qui in esame, risulta che laddove il richiedente del risarcimento del danno non abbia avuto l'effettiva possibilità di sollevare, nell'ambito del contenzioso di legittimità, il motivo che intenda far valere a sostegno dell'azione risarcitoria, l'errata applicazione del diritto dell'Unione non potrà essere sanata. Orbene, al fine di garantire la prevalenza del diritto comunitario, il giudice nazionale deve adottare, nell'ambito delle proprie competenze, tutti i provvedimenti necessari a tal fine (38). Dai suesposti rilievi consegue che, laddove risulti l'impossibilità di far dichiarare l'illegittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice per un motivo estraneo al comportamento del ricorrente, il giudice nazionale competente deve disapplicare la norma che attua il principio di prevalenza del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno.

## 2. Assenza di giustificazione

65. Nell'esaminare la conformità con il diritto dell'Unione di una norma che impedisca di far valere un motivo non dedotto nell'atto introduttivo, ho ritenuto che l'obiettivo di rapidità perseguito dalla direttiva 89/665 sia tale da giustificare l'applicabilità di tale norma nell'ambito del procedimento di controllo di legittimità delle decisioni adottate in materia di appalti pubblici, in quanto contribuisce ad una buona amministrazione della giustizia e consolida il requisito di certezza del diritto, che deve prevalere nei ricorsi diretti a privare un contratto dei suoi effetti.

66. Tuttavia, come ha sottolineato la Corte, «il grado di esigenza della certezza del diritto relativa alle condizioni della ricevibilità dei ricorsi non è identico a seconda che si tratti di ricorsi per risarcimento danni o di ricorsi diretti a privare un contratto dei suoi effetti. Infatti, privare dei suoi effetti un contratto stipulato in esito ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico pone fine all'esistenza, ed eventualmente all'esecuzione, del suddetto contratto, il che costituisce un intervento sostanziale dell'autorità amministrativa o giurisdizionale nei rapporti contrattuali intervenuti tra i privati e gli organismi statali. Una siffatta decisione può infatti comportare una notevole alterazione e perdite economiche non solo sul lato dell'aggiudicatario dell'appalto in questione, ma anche su quello dell'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, del pubblico, beneficiario finale della fornitura dei lavori o servizi oggetto dell'appalto pubblico di cui trattasi. Come risulta dai considerando 25 e 27 della direttiva 2007/66/CE (39), il legislatore dell'Unione ha riconosciuto

un'importanza maggiore all'esigenza della certezza del diritto riguardante i ricorsi diretti a privare di effetti un contratto rispetto ai ricorsi per risarcimento danni» (40).

67. Inoltre, un'articolazione delle procedure come quella oggetto della causa principale non può ritardare l'esito della procedura di aggiudicazione, né di pregiudicare la certezza del diritto. Infatti, la decisione di esclusione, la cui illegittimità è all'origine del danno lamentato, è divenuta definitiva con il rigetto definitivo del ricorso contro la sentenza della Commissione arbitrale e del ricorso per revisione proposto contro la sentenza della Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria) pronunciato nell'ambito di questa stessa procedura.

68. Di conseguenza, autorizzare il giudice competente a conoscere del risarcimento del danno a dichiarare l'illegittimità della decisione all'origine del danno lamentato per un motivo che non sia stato esaminato nell'ambito della procedura di annullamento, non può avere come conseguenza quella di privare di effetti l'atto controverso.

69. D'altro canto, una simile facoltà non può essere assimilata ad una contestazione dell'autorità di cosa giudicata da parte del giudice competente a decidere del risarcimento del danno, dal momento che il ricorso per il risarcimento del danno non ha lo stesso oggetto del ricorso di annullamento e che tale controversia non è fondata sulla medesima questione giuridica. Al contrario, in circostanze analoghe, la Corte ha già avuto modo di affermare che il principio di certezza del diritto non può giustificare una normativa nazionale che impedisca al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze della violazione di una disposizione del Trattato a causa di una decisione giudiziale nazionale munita di autorità di cosa giudicata (41).

### 3. L'applicazione al caso di specie

70. Riconoscere il risarcimento del danno ai soggetti lesi dalla violazione di norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici costituisce uno dei rimedi garantiti dal diritto dell'Unione (42). Orbene, parafrasando la formula utilizzata dalla Corte al punto 43 nella sentenza del 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), l'articolazione delle norme processuali applicabili alla causa principale potrebbe comportare che il soggetto leso sia privato non soltanto della possibilità di far annullare la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì parimenti di tutti i rimedi previsti all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665.

71. Pertanto, una conclusione analoga s'impone nel presente giudizio. Il diritto ad un ricorso effettivo, sancito all'articolo 47 della Carta, è in contrasto con una disciplina come quella oggetto della causa principale, che pregiudica tale diritto, rendendo impossibile l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno a causa del divieto di tenere conto di un motivo giuridico di cui il singolo non abbia potuto avere conoscenza, senza propria colpa o negligenza, anteriormente alla presentazione del ricorso di annullamento o, per riprendere i termini della sentenza del 7 giugno 2007, van der Weerd e.a. (da C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318), che non abbia avuto in concreto la possibilità di dedurre dinanzi ad un giudice nazionale.

72. Nella specie, la violazione del diritto dell'Unione lamentata dalla Hochtief per la prima volta dinanzi alla Fovárosi Ítélotábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria) si basa sulla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), la quale sarebbe stata «disponibile» nella versione in lingua ungherese, solo successivamente all'avvio del giudizio dinanzi alla commissione arbitrale (43).

73. Resta da verificare se un'impresa quale la Hochtief, società di diritto tedesco con sede in Germania, fosse effettivamente in grado di avere conoscenza di una sentenza della Corte prima della sua traduzione in lingua ungherese. Il fatto che l'informazione relativa alla disponibilità della sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127) in lingua ungherese sia stata fornita in lingua tedesca dalla cancelleria della Corte, a seguito di una domanda in tedesco, pervenuta dalla sede tedesca della Hochtief, è senza dubbio un elemento da prendere in

considerazione. Tuttavia, trattandosi di una questione di fatto, essa compete al giudice del rinvio, al quale spetta determinare se la Hochtief abbia effettivamente avuto la possibilità di eccepire tale motivo dinanzi alla commissione arbitrale (o dinanzi al giudice di appello nel caso in cui la Commissione arbitrale non dovesse avere la qualità di organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE (44)). In mancanza di tale possibilità, l'azione per il risarcimento del danno potrebbe essere accolta nonostante il mancato annullamento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

## VI. Conclusione

74. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Kúria (Corte suprema, Ungheria) nei termini seguenti:

«1) Il diritto dell'Unione non osta ad una normativa processuale nazionale che subordini l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno al previo definitivo accertamento dell'illegittimità della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice, da parte di un organo avente la qualità necessaria a tal fine ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

2 L'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 non osta a che gli Stati membri prevedano fattispecie nelle causa quali l'assenza di previo annullamento non costituisca motivo di inammissibilità dell'azione di risarcimento del danno fondata sull'irregolarità della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice.

3) L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osta ad una normativa nazionale che subordini la proposizione dell'azione volta all'ottenimento del risarcimento dei danni conseguenti alla violazione di una norma in materia di diritto degli appalti pubblici, al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, laddove il richiedente il risarcimento non abbia avuto in concreto la possibilità di dedurre dinanzi ad un giudice nazionale il motivo che intenda far valere a sostegno dell'azione per il risarcimento del danno».

1 Lingua originale: il francese.

2 GU 1989, L 395, pag. 33.

3 GU 2014, L 94, pag. 1.

4 Secondo una lettera inviata dalla cancelleria della Corte a Hochtief il 22 settembre 2010, la traduzione ungherese della sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127) era pervenuta alla cancelleria il 2 ottobre 2006. La cancelleria precisava, tuttavia, che non era possibile determinare con precisione la data della sua pubblicazione sul sito Internet della Corte.

5 Direttiva del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54).

6 Ciò a maggior ragione in quanto la tesi secondo la quale la ricorrente nella causa principale potrebbe invocare il motivo «nuovo» solo con la modifica della propria candidatura, cosa che costituirebbe un motivo di esclusione dalla procedura di aggiudicazione, è contestata dalla Hochtief (punto 34 delle proprie osservazioni scritte) e dal governo ungherese (punti 13-15 delle proprie osservazioni scritte).

7 Punto 22 della domanda di pronuncia pregiudiziale.

8 V., in tal senso, sentenze del 16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, punto 44); del 26 luglio 2017 *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, punto 30), nonché del 27 settembre 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, punto 58).

9 V., in tal senso, con riferimento alla direttiva n. 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 60), la sentenza del 26 luglio 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, punto 31) e, con riferimento alla direttiva n. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31), la sentenza del 27 settembre 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, punti 59 e 60).

10 Sentenza del 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 49); corsivo mio.

11 V., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e.a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 46).

12 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

13 Sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, punto 36); corsivo mio.

14 V., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14; EU:C:2015:779, punto 35).

15 Per contro, tale facoltà di deroga non può, a mio avviso, essere trasformata in obbligo, pena la riduzione di una parte significativa dei vantaggi che ne derivano per il principio di priorità del contenzioso di legittimità sul contenzioso in materia di risarcimento del danno, che l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 autorizza.

16 Così, la Corte ha dichiarato che «il diritto dell'Unione, segnatamente il principio di effettività, osta ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici, al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione per mancata previa pubblicazione di un bando di gara, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità di tale decisione dell'amministrazione aggiudicatrice» (sentenza del 26 novembre 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punto 46 e dispositivo).

17 Sentenza del 15 aprile 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punto 47); corsivo mio. V., inoltre, sentenze del 18 marzo 2010, Alassini e.a. (da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 49), e del 14 settembre 2016, Martínez Andrés e Castrejana López (C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680, punto 59).

18 In tal caso, l'articolo 2, paragrafo 9, della direttiva 89/665 impone, tuttavia, che ogni misura illegittima eventualmente adottata da tali «organi di ricorso» non giudiziari o ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale (o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 267 TFUE e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di primo grado interessato).

19 V., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 42).

20 V., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 44).

21 V., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 40); del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 47), del 15 settembre 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 43);, nonché del 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e.a. (C-391/15, EU:C:2017:268, punto 33).

22 Corsivo mio.

23 Corsivo mio.

24 V., in tal senso, paragrafo 90 delle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:50) secondo il quale «il divieto di motivi nuovi in appello [...] è un divieto comune a ordinamenti di diversi Stati membri e non è [...] neanche tale da compromettere l'effettività del ricorso». La Corte ha confermato questa posizione e la legittimità teorica di tale norma. Infatti, al punto 87 della sentenza del 26 settembre 2013, Texdata Software (C-

418/11, EU:C:2013:588), la Corte ha dichiarato, pronunciandosi sulla censura relativa al divieto di dedurre motivi nuovi in sede di appello, di non disporre «di alcun elemento tale da porre un dubbio sulla conformità del regime sanzionatorio controverso nella causa principale con i principi della tutela giurisdizionale effettiva e del rispetto dei diritti della difesa».

25 Così, la Corte ha statuito che un requisito finanziario poteva costituire «una misura in grado di dissuadere la presentazione di ricorsi pretestuosi e di garantire ai singoli, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, la trattazione dei loro ricorsi nel più breve termine possibile, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta» (sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e.a.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 54).

26 V., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, punto 40).

27 V., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2007, *van der Weerd e.a.* (da C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, punto 41).

28 V., in tal senso, sentenza del 30 maggio 2017, *Safa Nicu Sepahan/Consiglio* (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punto 49).

29 V., in tale senso, a proposito delle norme giuridiche, *Dubouis, L.*, «La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté», *Revue française de droit administratif*, n° 3, 1996, pag. da 583 a 601.

30 Infatti, tale principio è volto ad affidare il controllo delle norme relative all'aggiudicazione di appalti pubblici ad organismi di controllo specializzati. Si tratta di garantire che qualsiasi questione di diritto relativa alla violazione del diritto degli appalti pubblici, che possa presentarsi nel quadro di altre procedure, sia stata definitivamente risolta dall'organo specializzato designato a tal fine.

31 Per quanto riguarda il ricorso per responsabilità extracontrattuale, *Berrod, Fr.*, *La systématique des voies de droit communautaire*, Parigi, Dalloz, 2003, n. 946.

32 V., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a./Commissione* (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punto 82).

33 V., in tal senso, in particolare, sentenze del 24 gennaio 2012, *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2012:33, punti 42 e 43), e del 26 marzo 2015, *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200, punto 48).

34 Sentenza del 6 ottobre 2015, *Târsia* (C-69/14, EU:C:2015:662, punto 40).

35 Sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punto 33). V., anche, sentenza del 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, punto 31).

36 V., in tal senso, il sesto considerando della direttiva 89/665.

37 V., in tal senso, ordinanza del 15 ottobre 2015, Naderhirn (C-581/14, non pubblicata, EU:C:2015:707, punto 35).

38 V., in tal senso, ordinanza del 15 ottobre 2015, Naderhirn (C-581/14, non pubblicata, EU:C:2015:707, punto 37).

39 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31).

40 Sentenza del 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punti 39 e 40).

41 V., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punto 45).

42 Sentenza del 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punto 43).

43 Contrariamente a quanto sostenuto dalla Hochtief all'udienza del 30 aprile, l'argomento basato sulla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127) mi sembra differire da quello inizialmente sollevato nell'atto introduttivo del ricorso. Infatti, il problema giuridico sollevato nella sentenza de qua riguarda il diritto di difesa e non il problema dell'incompatibilità dell'offerta in quanto tale.

44 Lo status di «giudice» ai sensi dell'articolo 267 TFUE dipende da una serie di fattori, quali l'origine giuridica dell'organo in questione, la sua permanenza, il carattere obbligatorio della sua competenza, la natura contraddittoria della procedura, l'applicazione da parte di tale organo delle norme giuridiche e la sua indipendenza (si veda, in particolare, la sentenza del 17 settembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, UE):C:1997:413, punto 23, nonché, per un'applicazione recente, sentenza del 6 ottobre 2015, Consorzi Sanitari del Maresme/Consorzi Sanitari del Maresme/Consorzi Sanitari del Maresme, C-203/14, UE:C:2015:664, punto 17). Si può rilevare che la Corte ha già avuto modo di dichiarare più volte che organi come la Commissione arbitrale dovevano essere qualificate come «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal momento che esse soddisfacevano le condizioni di cui sopra. A questo proposito si vedano, oltre alle due sentenze precitate, le sentenze

del 4 febbraio 1999, Köllensperger e Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52); del 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia e 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567); del 18 giugno 2002, HI (C-92/00, EU:2002:379); del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801); del 18 settembre 2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235); del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347); del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), e dell'8 giugno 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).