Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
E. SHARPSTON
представено на 28 април 2016 година [1]

Съединени дела C-439/14 и C-488/14

SC Star Storage SA
срещу
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
(Преюдициално запитване от Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния)
и
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
срещу
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

(Преюдициално запитване от Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя, Румъния)

„Обществени поръчки — Директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО — Национална правна уредба, изискваща „гаранция за добросъвестност“ за достъп до производства по обжалване — Процесуална автономия на държавите членки — Принципи на равностойност и ефективност — Членове 47 и 52 от Хартата — Право на ефективни правни средства за защита — Ограничение — Пропорционалност“

1. В разглежданите случаи Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния) и Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя, Румъния) по същество искат от Съда да изясни дали правото на Съюза забранява на държава членка да изисква внасяне на „гаранция за добросъвестност“ от жалбоподателя като условие за достъп до производства по обжалване на решения на възлагащия орган, свързани с възлагане на обществени поръчки. Съгласно разглежданата в главните производства национална правна уредба възлагащите органи задържат гаранцията за добросъвестност, когато органът, компетентен да преразгледа техните решения, отхвърли жалбата или жалбоподателят оттегли същата.

2. Следователно запитването се отнася до обхвата на правото на достъп до ефективни правни средства за защита в контекста на възлагането на обществени поръчки — право, което не само е гарантирано в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“), но и е конкретизирано в директивите на Съюза, регламентиращи процедурите за възлагане на обществени поръчки. В каква степен държавите членки могат да

1 — Език на оригиналния текст: английски.

въвеждат финансови изисквания за обжалването на решения на възлагащите органи с цел да се намали рискът от представляващи злоупотреба жалби, тоест жалби, които поначало се очаква да бъдат отхвърлени и чиято единствена цел е да възпрепятстват процедурата за възлагане на обществена поръчка?

Правна уредба

Правото на Съюза

3. Член 47, първа алинея от Хартата предвижда, че всеки, чиито права и свободи, гарантирани от правото на Съюза, са били нарушени, има право на ефективни правни средства за защита пред съд в съответствие с предвидените в този член условия. Съгласно член 52, параграф 1 от Хартата всяко ограничаване на упражняването на право, признато от Хартата, трябва да бъде предвидено в закон и да зачита основното съдържание на въпросното право. При спазване на принципа на пропорционалност такова ограничение може да бъде налагано само ако е необходимо и ако действително отговаря на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други лица.

4. Съгласно трето съображение от Директива 89/665/ЕИО [2] отварянето на обществените поръчки за конкуренцията в Съюза изисква значително увеличаване на гаранциите за прозрачност и недискриминация. Следователно ефективни и бързи правни средства за защита трябва да бъдат на разположение в случай на нарушения на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на национални норми, транспониращи това право.

5. Член 1 от Директива 89/665, озаглавен: „Приложно поле и наличие на процедури за преразглеждане“, предвижда:

„1. Настоящата директива се прилага за поръчките, посочени в Директива 2004/18/ЕО [...][3], освен ако такива поръчки не са изключени от приложното поле на директивата съобразно членове 10—18 от същата директива.

Поръчки по смисъла на настоящата директива включват обществени поръчки, рамкови споразумения, концесии за строителство и динамични системи за покупка.

Държавите членки предприемат необходимите мерки, за да осигурят, че по отношение на обществените поръчки, попадащи в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО, решения, взети от възлагащите органи, могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, предвидени в членове 2—2е от настоящата директива, на основание, че тези решения са нарушили правото на [Съюза] в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

2. Държавите членки гарантират, че не съществува дискриминация между предприятията, претендиращи за нанесена им вреда в контекста на процедура за предоставяне на поръчка, в резултат от разграничаването, което настоящата директива прави между националните норми, транспониращи правото на [Съюза], и други национални норми.

2 — От 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г. (ОВ L 335, стр. 31).

3 — От 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в L 182, 2008 г., стр. 282).

3. Държавите членки гарантират достъпност до процедурите по преразглеждане съгласно подробни разпоредби, които държавите членки могат да установят, най-малко за всяко лице, имащо или имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е била или рискува да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение.

[…]“.

6. В пето съображение от Директива 92/13/ЕИО [4] се посочва, че навлизането на обществени поръчки в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и далекосъобщенията в условията на конкуренция в Съюза, предполага, че трябва да се приемат разпоредби за осигуряване предоставянето на доставчиците и предприемачите на надлежни процедури за преразглеждане в случай на нарушение на правото на Съюза или на националната уредба за въвеждане на това право.

7. Първите три параграфа на член 1 от Директива 92/13, озаглавен „Приложно поле и наличие на процедури за преразглеждане“, по същество съответстват на първите три параграфа на член 1 от Директива 98/665 [5].

Румънската правна уредба

8. Съгласно член 43[1] от Извънредно постановление № 34/2006 за възлагане на обществени поръчки за доставки, строителство и услуги (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006; наричано по-нататък „OUG № 34/2006“), за да участва в процедурата, всеки оферент трябва да внесе гаранция (наричана по-нататък „гаранцията за участие“) във всички случаи, в които OUG № 34/2006 изисква възлагащият орган да публикува покана за участие или покана за представяне на предложения. Гаранцията за участие, която може да бъде в размер до 2 % от прогнозната стойност на обществената поръчка, има за цел предпазване на възлагащия орган от опасността от евентуални недобросъвестни действия на оферента през целия период до сключването на договора.

9. Съгласно член 256, параграф 1 от OUG № 34/2006 всяко лице, което счита, че е увредено, има право да се отнесе към Националния съвет за решаване на споровете (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, наричан по-нататък „CNSC“). Съгласно член 281, параграф 1 решенията на CNSC могат да се обжалват пред съд.

10. В член 278, параграф 1 от OUG № 34/2006 се посочва, че CNSC или компетентният съд се произнася първо по направените възражения по процедурата и по същество. Ако се приеме, че те са основателни, спорът не се разглежда по същество.

11. Член 278[1] от OUG № 34/2006 предвижда, че възлагащият орган задържа част от гаранцията за участие, когато CNSC или компетентният съд отхвърли жалбата на оферента или когато оферентът оттегли своята жалба.

4 — От 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43).

5 — С тази разлика, че в член 1 от Директива 92/13 има препратки към Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3 и поправка в L 182, 2008 г., стр. 169), а не към Директива 2004/18.

12. С Извънредно постановление № 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014; наричано по-нататък „OUG № 51/2014“) се отменя член 278[1] от OUG № 34/2006 и се въвеждат следните разпоредби в този нормативен акт[6]:

„Член 271[1]

1. За предпазване на възложителя от опасността от евентуални недобросъвестни действия жалбоподателят е длъжен да представи гаранция за добросъвестност за целия период от деня на подаването на жалбата/оплакването/жалбата до съда до деня на влизането в сила на решението на [CNSC]/съда по нея.

2. [Жалбата] се отхвърля, ако жалбоподателят не докаже, че е представил гаранцията, предвидена в параграф 1.

3. Гаранцията за добросъвестност се представя чрез банков превод или под формата на банкова гаранция, издадена съгласно предвидените в закона условия от банкова институция или от застрахователно дружество, като оригиналът се представя в седалището на възложителя, а копие — пред [CNSC] или пред съда при подаване на [жалба].

4. Размерът на гаранцията за добросъвестност се определя като процент от прогнозната стойност на обществената поръчка, която предстои да бъде възложена, както следва:

a) 1 % от прогнозната стойност, ако тя е по-ниска от праговите стойности, предвидени в член 55, параграф 2, букви a) и b)[7];

b) 1 % от прогнозната стойност, ако тя е по-ниска от праговите стойности, предвидени в член 55, параграф 2, буква c)[8], но не повече от равностойността на 10 000 EUR в румънски леи по курса […] към деня на представянето на гаранцията;

c) 1 % от прогнозната стойност, ако тя е равна на или по-висока от праговите стойности, предвидени в член 55, параграф 2, букви a) и b), но не по-висока от равностойността на 25 000 EUR в румънски леи по курса […] към деня на представянето на гаранцията;

d) 1 % от прогнозната стойност, ако тя е равна на или по-висока от праговите стойности, предвидени в член 55, параграф 2, буква c), но не по-висока от равностойността на 100 000 EUR в румънски леи по курса […] към деня на представянето на гаранцията.

5. Гаранцията за добросъвестност трябва да има срок на валидност най-малко 90 дни, да бъде неоттегляема и да предвижда безусловно плащане при първо поискване от страна на възложителя, в случай че [жалбата] бъде отхвърлена.

6. Ако в последния ден от срока на валидност на гаранцията за добросъвестност решението на [CNSC] или на съда не е влязло в сила и жалбоподателят не е продължил срока на валидност на гаранцията за добросъвестност при условията по параграфи 1—5, възложителят задържа гаранцията за добросъвестност. Съответно се прилага член 271[2], параграфи 3—5.

[…]

6 — В следващото изложение ще наричам тези разпоредби „първоначалният режим“.

7 — Член 55, параграф 2, букви a) и b) от OUG № 34/2006 се отнася до обществените поръчки за доставки и за услуги.

8 — Член 55, параграф 2, буква c) се отнася до обществените поръчки за строителство.

Член 271^2

1. Ако жалбата бъде отхвърлена от [CNSC] или от съда, когато жалбоподателят е сезирал директно последния, възложителят е длъжен да задържи гаранцията за добросъвестност от момента на влизане в сила на решението на [CNSC]/съда. Задържането се прилага за частите от обществената поръчка, по отношение на които жалбата е отхвърлена.

2. Разпоредбите на параграф 1 се прилагат и когато жалбоподателят оттегли [жалбата].

3. Мярката по параграф 1 не се прилага, когато [CNSC]/съдът отхвърли жалбата като лишена от предмет или [жалбата] е оттеглена, тъй като възложителят е приел необходимите мерки за коригиране съгласно член 256^3, параграф 1.

4. Когато [CNSC] уважи жалбата, съответно компетентният съд уважи жалбата срещу решението на [CNSC] за отхвърляне на подадената до него жалба, възложителят е длъжен да върне гаранцията за добросъвестност на жалбоподателя в срок от не повече от пет дни, считано от датата на влизане в сила на решението.

5. Когато жалбоподателят е обжалвал директно пред съда и последният е уважил жалбата, се прилагат съответно разпоредбите на параграф 4.

6. Сумите, получени от възложителя с усвояването на гаранцията за добросъвестност, съставляват негови приходи“.

13. В отговор на искане на Съда за разяснения запитващите юрисдикции потвърждават, че с решение от 15 януари 2015 г. Curtea Constituțională (Конституционен съд, Румъния) е обявил за противоконституционен член 271^2, параграфи 1 и 2 от OUG № 34/2006. Конституционният съд е стигнал до това заключение преди всичко на основание че тези разпоредби задължават възложителя да задържи гаранцията за добросъвестност, когато жалбата е отхвърлена или оттеглена, без да дават никаква възможност на CNSC или съда, разглеждащ жалбата, да вземе предвид поведението на жалбоподателя. Само недобросъвестни действия биха оправдали загубата на гаранцията за добросъвестност. На 4 ноември 2015 г. Конституционният съд е обявил за противоконституционен, поради сходни по същество основания, член 271^1, параграф 5 от OUG № 34/2006, доколкото тази разпоредба изисква гаранцията за добросъвестност да предвижда безусловно плащане при първо поискване от страна на възложителя, в случай че жалбата бъде отхвърлена.

14. В съдебното заседание румънското правителство пояснява, че членове 271^1 и 271^2 от OUG № 34/2006 все още са в сила в частта, в която не са обявени за противоконституционни. То потвърждава, че останалите разпоредби[9] все още задължават жалбоподателя да внесе гаранция за добросъвестност, но вече не съществува правно основание възложителят да я задържа. Вследствие на това понастоящем възложителят трябва да върне гаранцията за добросъвестност на жалбоподателя в края на производството, независимо от изхода на делото и, на още по-силно основание, независимо дали жалбата е представлявала злоупотреба.

9 — Останалите разпоредби (според мен) са по същество член 271^1, с изключение на изискването за безусловно плащане в параграф 5 от същия член, и член 271^2, параграфи 3—5 от OUG № 34/2006. В настоящото заключение ще наричам тези разпоредби „преходният режим“, за да ги отграничa от „първоначалния режим“ и от „новия режим“, който румънският законодател, според посоченото от румънското правителство в съдебното заседание, възнамерява да приеме в бъдеще.

Фактическа обстановка, производство и преюдициални въпроси

По дело C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Националният институт за изследвания и развитие в областта на информатиката, наричан по-нататък „INCDI“) организира процедура за възлагане на обществена поръчка за доставки и услуги с оглед на разработването и дейността на платформа cloud computing. Прогнозната стойност на поръчката без данък върху добавената стойност (наричан по-нататък „ДДС“) е 61 287 713,71 RON (румънски леи) (около 13 700 000 EUR). INCDI изготвя съответната документация и на 1 април 2014 г. публикува в Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Електронната система за обществени поръчки) покана за представяне на оферти. Критерият за възлагането е този за „най-ниската цена“.

16. Няколко икономически оператори искат от INCDI да поясни изложените в документацията за обществената поръчка правила. В отговор INCDI публикува няколко обяснителни бележки в Електронната система за обществени поръчки.

17. На 30 юни 2014 г. SC Star Storage SA (наричано по-нататък „Star Storage“) обжалва три от тези обяснителни бележки пред CNSC. На 18 юли 2014 г. CNSC отхвърля жалбата като недопустима, тъй като Star Storage не е представило гаранция за добросъвестност [10]. Star Storage обжалва това решение пред Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ), който спира производството и отправя следния преюдициален въпрос:

„Следва ли разпоредбите на член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от [Директива 89/665] да се тълкуват в смисъл, че не допускат правна уредба, съгласно която достъпът до производствата по обжалване на решенията на възложителите е обусловен от задължителното предварително внасяне на „гаранция за добросъвестност“ като предвидената в членове 271^1 и 271^2 от OUG № 34/2006 г.?“.

По дело C-488/14

18. На 21 януари 2014 г. RA Aeroportul Oradea (наричано по-нататък „летище Орадя“) публикува обявление в Електронната система за обществени поръчки за възлагане на обществена поръчка за разширяване и модернизиране на летището. Прогнозната стойност на поръчката без ДДС е 101 232 054 RON (около 22 800 000 EUR). Критерият за възлагане е този за „икономически най-изгодната оферта“.

19. Оферти представят четирима икономически оператори. Съгласно доклада за оценка на офертите от 28 март 2014 г. офертата, представена от консорциума на SC Max Boegl România SRL (наричано по-нататък „Max Boegl“), SC UTI Grup SA и Astaldi SpA, е обявена за недопустима. В същия доклад се посочва, че офертата, представена от консорциума на SC Construcții Napoca SA (наричано по-нататък „Construcții Napoca“), SC Aici Cluj SA и CS Icco Energ SRL, е класирана на второ място.

20. На 10 юли 2014 г. CNSC отхвърля като неоснователни жалбите, подадени от тези два консорциума срещу доклада за оценка на офертите.

10 — Размерът на дължимата гаранция е равностойността на 25 000 EUR в румънски леи.

21. Консорциумът, чийто член е Max Boegl, и Construcții Napoca обжалват тези решения пред Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя). В съдебното заседание от 10 септември 2014 г. Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя) привлича вниманието на жалбоподателите към факта, че след влизането в сила на 30 юни 2014 г. на членове 271^1 и 271^2 от OUG № 34/2006 г. вече има изискване за внасяне на гаранция за добросъвестност [11]. Посоченият съд спира производството и отправя следния преюдициален въпрос:

„Следва ли разпоредбите на член 1, параграфи 1, 2 и 3 от [Директива 89/665] и на член 1, параграфи 1, 2 и 3 от [Директива 92/13] да се тълкуват в смисъл, че не допускат правна уредба, съгласно която достъпът до производствата по обжалване на решенията на възложителите е обусловен от задължителното предварително внасяне на „гаранция за добросъвестност“ като предвидената в член[ове] 271^1 и 271^2 от OUG № 34/2006 г. ?“.

22. На 13 ноември 2014 г. председателят на Съда съединява двете дела за целите на писмената и устната фаза на производството и на постановяването на решение. Писмени становища представят Star Storage, гръцкото и румънското правителство, както и Европейската комисия. Max Boegl, румънското правителство и Европейската комисия представят устни становища в съдебното заседание на 14 януари 2016 г.

Анализ

Предварителни бележки

23. Стойността на обществената поръчка, разглеждана по дело C-439/14, е по-висока от съответните прагови стойности, посочени в член 7, буква б) от Директива 2004/18 за обществени поръчки за доставки и услуги. Следователно за това производство се прилага Директива 89/665 [12]. По подобен начин стойността на обществената поръчка, разглеждана по дело C-488/14, достига праговете за обществени поръчки за строителство по член 7, буква в) от Директива 2004/18 и по член 16, буква б) от Директива 2004/17.

24. Румънското правителство и Комисията обаче не са единодушни относно правната уредба, приложима в главното производство по дело C-488/14. Румънското правителство твърди, че за него се прилага само Директива 2004/18, а следователно и Директива 89/665. Комисията твърди, че тъй като разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка е свързана с разширяване и подобряване на летищните съоръжения, тя попада в приложното поле на Директива 2004/17 [13] и следователно се урежда от Директива 92/13 [14].

25. Според мен Съдът не разполага с достатъчно информация относно тази поръчка, за да изрази становище дали по отношение на процедурата за нейното възлагане се прилага Директива 89/665 или Директива 92/13. Това обаче не създава затруднения в случая. От една страна, от фактите в главното производство по дело C-488/14 е явно, че отправеният до Съда въпрос от Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя) не е хипотетичен, доколкото се отнася до Директива 92/13. От друга страна, първите три параграфа на член 1 от тази директива по същество съответстват на първите три параграфа на член 1 от Директива 89/665. Следователно двата поставени от запитващите юрисдикции въпроса са по същество еднакви и трябва да се разгледат заедно.

11 — От предоставените на Съда данни става ясно, че размерът на всяка от гаранциите за добросъвестност, поискани в производството пред националната юрисдикция, е равностойността на 100 000 EUR в румънски леи.

12 — Член 1, параграф 1 от Директива 89/665.

13 — Член 7, буква б) от Директива 2004/17.

14 — Член 1, параграф 1 от Директива 92/13.

26. На следващо място, не са ясни последиците за главните производства от решенията на Curtea Constituțională (Конституционен съд), постановени на 15 януари и 4 ноември 2015 г. В съдебното заседание румънското правителство твърди, че запитващите юрисдикции понастоящем следва да прилагат преходния режим. Комисията, от друга страна, прави разграничение между двете дела. По дело C-488/14 изискването за гаранция за добросъвестност възниква за първи път пред запитващата юрисдикция. Така тази юрисдикция трябва да приложи *преходния* режим. Обратно, по дело C-439/14 изискването първоначално възниква в производството пред CNSC, тоест преди решенията на Конституционния съд. Затова Комисията твърди, че в този случай, след като получи отговора на Съда, запитващата юрисдикция ще трябва да приложи първоначалния режим.

27. Съгласно постоянната съдебна практика не е от компетентността на Съда да се произнася по приложимостта на национални разпоредби за решаването на спора по главното производство. Всъщност в рамките на разпределението на правомощията между юрисдикциите на Съюза и националните юрисдикции Съдът трябва да вземе предвид правния контекст, в който се вписва поставеният му въпрос, така както е очертан с акта за преюдициално запитване [15]. За сметка на това Съдът е компетентен да предостави на запитващата юрисдикция всички насоки за тълкуване на правото на Съюза, които могат да ѝ позволят да прецени съответствието на националното право с правото на Съюза [16]. Тъй като не е ясно дали в главното производство по дело C-439/14 се прилага първоначалният или преходният режим, в настоящото заключение ще разгледам и двете хипотези.

28. Накрая, от представените пред Съда данни е видно, че съгласно OUG № 34/2006 жалба може да се подаде пред CNSC (чиито решения впоследствие подлежат на обжалване пред апелативен съд) или направо пред съд. Доколкото гаранция за добросъвестност се изисква във всеки случай, това не засяга изложените по-долу съображения [17].

Методология на анализа

29. Първо и второ съображение от Директива 89/665 и първо, второ и трето съображение от Директива 92/13 поясняват, че тези директиви имат за цел да укрепят съществуващите механизми както на национално равнище, така и на равнище на ЕС, за да се гарантира ефективното прилагане на директивите, отнасящи се до обществените поръчки, по-специално на етап, когато нарушенията все още могат да бъдат поправени [18]. В този смисъл член 1, параграф 1 от всяка от директивите задължава държавите членки да гарантират, че незаконните решения, взети от възлагащите органи, могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално възможно най-бързо [19]. Те трябва да осигурят широк достъп до тази защита за всяко лице, което има или е имало интерес от получаването на поръчката и на което е нанесена или има опасност да бъде нанесена вреда вследствие от твърдяно нарушение [20].

15 — Вж. по-специално решение от 17 юли 2008 г., Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 20 и цитираната съдебна практика).

16 — Решение от 16 декември 2008 г., Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, т. 51 и цитираната съдебна практика).

17 — Вж. по-специално член 271^1, параграф 1 и член 271^1, параграфи 1 и 5 от OUG № 34/2006.

18 — Вж. по-специално решения от 28 октомври 1999 г., Alcatel Austria и др. (C-81/98, EU:C:1999:534, т. 33), от 19 юни 2003 г., GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, т. 44 и цитираната съдебна практика) и от 28 януари 2010 г., Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, т. 26).

19 — Вж. по-специално решения от 19 юни 2003 г., Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, т. 22 и цитираната съдебна практика) и от 19 юни 2003 г., GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, т. 44 и цитираната съдебна практика).

20 — Решение от 26 ноември 2015 г., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, т. 28 и цитираната съдебна практика).

30. Тези директиви обаче установяват само минималните условия, на които трябва да отговарят производствата по обжалване, въведени в националните правни системи, за да се гарантира спазването на изискванията на правото на Съюза в областта на обществените поръчки[21]. При липса на специална правна уредба по въпроса всяка държава членка трябва да уреди процесуалните правила на административните и съдебните производства, предназначени да гарантират защитата на правата, които субектите на правото черпят от правото на Съюза в областта на обществените поръчки. Тези процесуални норми обаче не трябва да бъдат по-неблагоприятни от процесуалните норми, които уреждат подобни вътрешноправни съдебни производства (принцип на равностойност), и не трябва да правят практически невъзможно или изключително трудно упражняването на правата, предоставени от правовия ред на Съюза (принцип на ефективност)[22]. Последното изискване е съществено за постигане на главната цел на правото на Съюза в областта на обществените поръчки — да се осигури ненарушено конкурентно начало във всички държави членки[23].

31. Както изтъква Комисията, нито Директива 89/665, нито Директива 92/13 съдържат правила относно финансовите изисквания, на които евентуално трябва да отговарят икономическите оператори, за да получат достъп до производства по обжалване на решения на възлагащи органи. Следователно национални разпоредби като разглежданите в главното производство попадат в обхвата на процесуалната автономия на държавите членки при спазване на принципите на равностойност и ефективност. Ще разгледам отправените въпроси с оглед на тези принципи[24].

32. Всяка от тези директиви обаче конкретизира общия принцип на правото на Съюза на ефективни правни средства за защита в специфичната област на обществените поръчки[25]. Това повдига два тясно свързани въпроса относно обхвата на принципа на ефективност.

33. Първо, ограничава ли се този принцип само до проверката дали национално процесуално изискване като разглежданото в главното производство прави *практически невъзможно или изключително трудно* упражняването на правото на обжалване, установено в член 1 от Директива 89/665 и член 1 от Директива 92/13? Или той има по-широк обхват, в смисъл че изисква отмяната на *всяка национална норма, която нарушава* тези разпоредби?

34. Съдът многократно е разглеждал въпроса дали националните процесуални правила за съдебни производства, предназначени да гарантират защитата на правата, предоставени от право на Съюза на кандидатите и оферентите, които са претърпели вреди от решения на възлагащите органи, засягат полезното действие на Директива 89/665[26]. В съдебната практика обаче не съществува единен подход за връзката на този критерий за ефективност с процесуалната автономия на държавите членки и принципа за ефективност, който я ограничава[27]. В някои случаи анализът се фокусира изключително върху ефективността на Директива 89/665, без да се споменават процесуалната автономия и нейните ограничения[28]. В

21 — Решение от 30 септември 2010 г., Strabag и др. (C-314/09, EU:C:2010:567, т. 33 и цитираната съдебна практика). Вж. още в това отношение решение от 24 септември 1998 г., EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, т. 16).

22 — Вж. по-специално решения от 11 септември 2003 г., Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, т. 49) и от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 46 и цитираната съдебна практика).

23 — Вж. в този смисъл решение от 14 февруари 2008 г., Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, т. 33 и 34).

24 — Вж. точки 40—58 от настоящото заключение.

25 — Вж. в това отношение определение от 23 април 2015 г., Комисия/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, т. 28). Генезисът на тези мотиви може да се открие в решение от 15 май 1986 г., Johnston (222/84, EU:C:1986:206, т. 18 и 19).

26 — Вж. по-специално решения от 12 декември 2002 г., Universale-Bau и др. (C-470/99, EU:C:2002:746, т. 71 и 72), 28 януари 2010 г., Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, т. 27) и от 30 септември 2010 г., Strabag и др. (C-314/09, EU:C:2010:567, т. 34).

27 — При тази липса на единност трудно може да се предвиди коя методология ще следва Съдът във всеки конкретен случай. Вж. *Prechal*, S., *Widdershoven*, R. Redefining the Relationship between „Rewe-effectiveness“ and Effective Judicial Protection. — 4 Review of European Administrative Law (2011), p. 39.

28 — Вж. например решения от 12 декември 2002 г., Universale-Bau и др. (C-470/99, EU:C:2002:746, т. 71) и от 28 януари 2010 г., Uniplex (UK) (C-406/08, т. 26—28).

други случаи се предполага, че критерият за ефективност допълва критерия за процесуална автономия, когато в Директива 89/665 липсва конкретна разпоредба, уреждаща въпроса [29]. Понякога използваната формулировка показва, че критерият за ефективност е част от (и придава специално съдържание на) критерия за процесуална автономия [30].

35. Според мен в крайна сметка е от значение да се гарантира, че правата, които правото на Съюза предоставя на частноправните субекти, получават по-голяма, а не по-малка защита. Член 1 от Директива 89/665 и член 1 от Директива 92/13 конкретизират правото на *ефективни* правни средства за защита. Следователно не е възможно анализът на принципа на ефективност да се ограничи до това дали процесуално изискване като разглеждането в главното производство може да направи практически невъзможно или изключително трудно упражняването на това право. По-скоро в конкретния контекст критерият за ефективност трябва задължително да включва проверка дали това изискване може да *засегне* правото на ефективни производства по обжалване, гарантирано от тези разпоредби.

36. Второ, какво е въздействието на основното право на ефективни правни средства за защита по член 47 от Хартата върху принципа на ефективност като ограничение на процесуалната автономия на държавите членки?

37. Процесуални правила като разглежданите в главното производство очевидно попадат в приложното поле на член 1 от Директива 89/665 и член 1 от Директива 92/13. Освен това основното право на ефективни правни средства за защита, което тези разпоредби конкретизират, обхваща тези правила [31]. Следователно член 47 от Хартата се прилага по отношение на спора в главното производство [32]. Предоставянето на гаранция за добросъвестност е задължителна предпоставка за разглеждане на всяка жалба [33]. Следователно това изискване представлява ограничение на правото на ефективни правни средства за защита пред съд по смисъла на член 47 [34]. Ето защо такова ограничение може да бъде обосновано само ако е предвидено в закон, ако зачита основното съдържание на същото право и, при спазване на принципа на пропорционалност, ако е необходимо и действително отговаря на признати от

29 — Решения от 30 септември 2010 г., Strabag и др. (C-314/09, EU:C:2010:567, т. 34) и от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 47, 50 и 72).

30 — Решение от 12 март 2015 г., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, т. 40 (вж. по-конкретно встъпителните думи „По-специално […]“) и т. 41. В решение от 15 април 2008 г., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, т. 47 и 48) Съдът е постановил, че изискванията за равностойност и ефективност *изразяват* общото задължение на държавите членки да гарантират съдебната защита на правата, които страните в процеса черпят от правото на Съюза. Същата формулировка се използва в определение от 24 април 2009 г., Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, т. 98). По подобен начин в решение от 6 октомври 2015 г., East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, т. 52 и цитираната съдебна практика) Съдът смесва принципа на ефективност като ограничение на процесуалната автономия и правото на ефективни правни средства за защита съгласно член 47 от Хартата.

31 — Вж. по-специално решения от 15 април 2008 г., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, т. 44 и цитираната съдебна практика) и от 17 юли 2014 г., Sánchez Morcillo и Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, т. 35 и цитираната съдебна практика).

32 — Вж. в това отношение решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 49). Вж. още по аналогия решение от 17 декември 2015 г., Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, т. 51). Доколкото се прилага по отношение на държавите членки, член 47 от Хартата отразява член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС и конкретизира принципа на лоялно сътрудничество, установен в член 4, параграф 3 ДЕС. Относно последното вж. решение от 13 март 2007 г., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, т. 37).

33 — Член 271[1], параграф 2 от OUG № 34/2006.

34 — Вж. по аналогия заключението на генералния адвокат Jääskinen по дело Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, т. 37). Европейският съд по правата на човека (наричан по-нататък „съдът в Страсбург“) счита съдебната такса или обезпечението за разноските за принципно нарушение на правото на достъп до съд, защитено от член 6, параграф 1 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“), когато плащането е предварително условие за разглеждане на делото. Вж. по-специално решения на съда в Страсбург от 13 юли 1995 г. по дело Tolstoy Miloslavski с/у Обединено кралство, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, § 59—67, от 4 май 2006 г. по дело Weissman и др. с/у Румъния, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, § 32—44 и от 12 юли 2007 г. по дело Станков с/у България, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други лица [35]. Този критерий е сходен с критерия, който съдът в Страсбург прилага, когато преценява дали финансовите ограничения за достъпа до съд са съвместими с член 6, параграф 1 от ЕКПЧ [36].

38. Още веднъж практиката на Съда не предлага ясни насоки в това отношение [37]. Според мен в случаи като настоящия преценката по член 52, параграф 1 от Хартата е необходима, за да се удовлетвори степента на защита, предоставена на лицата с член 47 от Хартата. Прилагането на различна методология би довело до изненадващия (а според мен и неприемлив) резултат държавите членки да могат да избягват този критерий само защото са действали, в рамките на своята процесуална автономия, в област, в която законодателят на Съюза е конкретизирал правото на ефективни правни средства на защита.

39. Поради това в следващото изложение ще се спра на въпроса дали национални норми като разглежданите в главното производство, които попадат в обхвата на процесуалната автономия на държавите членки, съответстват на принципите на равностойност и ефективност. Все пак, като се има предвид, че член 1, параграфи 1 и 3 съответно от Директива 89/665 и Директива 92/13 уреждат такива норми и че тези разпоредби изразяват, конкретно в областта на обществените поръчки, основното право на ефективни правни средства за защита, гарантирано в член 47 от Хартата, ще основа анализа си на факта, че принципът на ефективност изисква да се проучи дали тези национални норми, които ограничават посоченото право, отговарят на критерия за пропорционалност, установен в член 52, параграф 1 от Хартата. Ако не отговарят на този критерий, те засягат ефективността на член 1, параграфи 1 и 3 от всяка от директивите.

По първоначалния режим

40. Член 1, параграф 2 от Директива 89/665 и член 1, параграф 2 от Директива 92/13 конкретизират принципа на равностойност. Този принцип предполага разглежданата национална норма да се прилага еднакво за исковете при нарушение на правото на Съюза и за исковете при нарушение на вътрешното право, които имат сходен предмет и основание [38].

41. Не съм съгласна с твърдението на Star Storage, че национални норми като разглежданите в главното производство са несъвместими с този принцип. Макар да е вярно, че те създават конкретна финансова тежест за започването на производства по обжалване, свързани с обществени поръчки, принципът на равностойност не изисква равностойност на националните процесуални разпоредби, приложими към съдебните спорове от различно естество (каквито са гражданските производства, от една страна, и административните съдебни производства, от друга) или към съдебни спорове, попадащи в два различни клона на правото [39]. Освен това в

35 — Вж. по-специално решение от 17 септември 2014 г., Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, т. 72) и моето заключение по дело Ordre des barreaux francophones et germanophone и др. (C-543/14, EU:C:2016:157, т. 80).

36 — Съдът в Страсбург е изяснил, че доколкото държавите членки разполагат с известна свобода на преценка при налагането на такива ограничения, тези ограничения не трябва да намаляват или възпрепятстват достъпа до съд по такъв начин, че да засягат самото съдържание на правото; те трябва да преследват легитимна цел, както и да има разумно съотношение на пропорционалност между използваните средства и поставената цел. Вж. в този смисъл решения на съда в Страсбург от 13 юли 1995 г. по дело Tolstoy Miloslavsky с/у Обединено кралство, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, § 59—67 и от 19 юни 2001 г. по дело Kreuz с/у Полша, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, § 54—55 (цитирано в решение от 22 декември 2010 г., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, т. 47). Вж. още решение на съда в Страсбург от 14 декември 2006 г. по дело Markovic и др. с/у Италия, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — В решение Orizzonte Salute Съдът е пояснил, че член 1 от Директива 89/665 следва да се тълкува в контекста на член 47 от Хартата. Той обаче ограничава анализа си на принципа на ефективност до проверка дали разглежданата система на съдебни такси не е в състояние да направи практически невъзможно или изключително трудно упражняването на правата, предоставени от правото на Съюза в областта на обществените поръчки (решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, т. 49 и 72). Съдът не е приложил критерий за пропорционалност съгласно член 52, параграф 1 от Хартата. Обратно, по други дела Съдът е приложил критерий за пропорционалност, за да прецени ограниченията на правото на ефективни правни средства за защита пред съд съгласно член 47 от Хартата. Вж. по-специално решения от 18 март 2010 г., Alassini и др. (C-317/08—C-320/08, EU:C:2010:146, т. 61—66) и от 26 септември 2013 г., Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, т. 84—88).

38 — Вж. най-скорошното решение от 12 февруари 2015 г., Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, т. 30).

39 — Решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 67 и цитираната съдебна практика).

съдебното заседание румънското правителство потвърждава, че националните разпоредби, разглеждани в главното производство, се прилагат за всички производства по обжалване, образувани срещу решения на възлагащи органи, независимо дали процедурата за възлагане на поръчки се урежда от правилата на ЕС за обществените поръчки.

42. Какво да кажем за принципа на ефективност и критерия за пропорционалност, установен в член 52, параграф 1 от Хартата?

43. Безспорно е, че ограничението, произтичащо от членове 271^1 и 271^2 от OUG № 34/2006, е *предвидено в закон*.

44. Второто условие на критерия за пропорционалност е мярката да е насочена към постигането на *легитимна цел* (тоест призната от Съюза цел от общ интерес или необходимост да се защитят правата и свободите на други лица). Безспорно е, че гаранцията за добросъвестност е източник на приходи за възложителя, когато последният я задържа. Следователно тази гаранция не служи за финансиране на съдебната система [40]. По-скоро националните разпоредби, въвеждащи гаранцията за добросъвестност, имат за цел по същество да предпазят възложителите, CNSC и съдилищата от представляващи злоупотреба жалби, подавани от икономическите оператори (включително такива, които не са оференти) с цел, различна от тази, за която са създадени производствата по обжалване [41]. Такава цел е безспорно легитимна [42]. По-специално възпирането на представляващите злоупотреба жалби позволява на органите, които са компетентни да преразглеждат решенията на възложителите, да се съсредоточат върху „истинските“ жалби. Това вероятно ще допринесе за изпълнение на задължението на държавите членки да гарантират, че решенията, взети от възлагащите органи, могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално колкото е възможно най-бързо, когато се твърди, че тези решения са в нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на националните разпоредби, транспониращи това право [43].

45. Следващият въпрос е дали с национални разпоредби като разглежданите в главното производство *може да бъде постигната тази цел*.

46. Както е видно от настоящите производства [44], такива разпоредби могат да породят значителни разходи за икономически оператор, чиято жалба е отхвърлена или който оттегля жалбата си [45]. Тези разходи могат да достигнат равностойността на 25 000 EUR за обществени поръчки за доставки и услуги и 100 000 EUR за обществени поръчки за строителство, в допълнение към разноските, свързани с внасянето на гаранцията [46]. В съдебното заседание румънското правителство потвърждава, че при първоначалния режим жалбоподателят губи

40 — Това отличава гаранцията за добросъвестност от съдебните такси, разглеждани в решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

41 — Съгласно преамбюла на OUG № 51/2014 жалби, които са явно неоснователни или чиято единствена цел е да забавят производството, имат няколко вредни последици. Така възложителите могат да загубят външно (включително от Съюза) финансиране поради необичайни забавяния на процедурите за възлагане на поръчки и да не са в състояние да изпълнят важни проекти от обществен интерес. Освен това представляващите злоупотреба жалби претоварват служителите, които защитават възложителите пред CNSC или съдилищата, и най-общо засягат ефективността на CNSC.

42 — Вж. по аналогия решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 73 и 74). Такава е позицията и на съда в Страсбург. Вж. по-специално решения на съда в Страсбург от 12 юли 2007 г. по дело Станков с/у България, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57 и от 3 юни 2014 г. по дело Harrison McKee с/у Унгария, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Член 1, параграф 1, трета алинея от Директива 89/665 и член 1, параграф 1, трета алинея от Директива 92/13.

44 — Вж. бележки под линия 10 и 11.

45 — Освен когато възложителят не трябва да задържа гаранцията за добросъвестност съгласно член 271^2, параграф 3.

46 — Вж. точка 55 по-долу.

цялата сума на гаранцията за добросъвестност, тъй като възложителят е длъжен да я задържи. CNSC или съдът, който разглежда жалбата, няма правомощие да разпореди на възложителя да задържи само част от гаранцията за добросъвестност, в зависимост от конкретните обстоятелства по делото.

47. Според мен разходи в такъв размер могат да възпрат подаването на жалби, представляващи злоупотреба, тъй като поради самото естество на последните е много вероятно те да бъдат отхвърлени и следователно да доведат автоматично до загуба на цялата гаранция за добросъвестност и съпътстващите разходи [47]. Фактът, че — както припомня Съдът в решение Orizzonte Salute [48] — предприятията, желаещи да участват в обществена поръчка, за която се прилагат правилата на Съюза в областта на обществените пръчки, трябва да имат съответен икономически и финансов капацитет, не поставя под съмнение това заключение. Първо, националните разпоредби, разглеждани в главното производство, се прилагат за всички икономически оператори, които обжалват решения на възложители, а не само за оференти. На следващо място, изискването оферентите да имат икономически и финансов капацитет не е абсолютно. Член 47, параграф 2 от Директива 2004/18 предвижда, че икономически оператор може да разчита на възможностите на други физически или юридически лица, независимо от правното естество на връзките му с тях, за да установи този капацитет [49]. Следователно дадено лице не може да бъде изключено от процедурата за възлагане на обществена поръчка само поради това че, за да изпълни поръчката, предлага да използва ресурси, които не са негови, а на едно или няколко други образувания [50]. Накрая, в решение Orizzonte Salute съображението на Съда относно икономическия и финансов капацитет е изложено във връзка с много по-малки финансови ограничения на достъпа до производства по обжалване в сравнение с разглежданите в настоящите дела [51].

48. Според последната част от критерия за пропорционалност разглежданите мерки *не трябва да надхвърлят необходимото* за постигане на техните цели [52]. Когато има избор между няколко подходящи мерки, държавата членка трябва да прибегне до най-малко обвързващата от тях и причинените неудобства не трябва да са несъразмерни спрямо преследваните цели [53].

49. Съгласно първоначалния режим жалбоподателят автоматично губи гаранцията за добросъвестност, когато жалбата е отхвърлена или когато той я оттегли. Това е така и когато лисват данни за злоупотреба с производството по обжалване (например поради явна неоснователност на жалбата или поради това, че е подадена с единствената цел да се забави процедурата за възлагане на обществена поръчка). Поради причини, подобни на посочените по-горе [54], първоначалният режим значително възпрепятства достъпа до производствата по обжалване на решенията на възлагащите органи за лица, които (дори жалбата им в крайна сметка да не бъде уважена) имат „приемливи претенции“ [55]. Следователно той може да възпре

47 — Това е още по-вярно за оференти, които освен това са длъжни да внесат гаранция за участие в размер до 2 % от прогнозната стойност на поръчката (член 43[1] от OUG № 34/2006). Макар в съдебното заседание румънското правителство да заявява, че двете гаранции обслужват различни цели, оферентът все пак може да загуби и двете в хода на една процедура за възлагане на поръчка.

48 — Решение от 6 октомври 2015 г., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, т. 64).

49 — Вж. още член 63, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, стр. 65 и поправка в L 275, 2015 г., стр. 68).

50 — Решения от 2 декември 1999 г., Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, т. 26), от 18 март 2004 г., Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 43) и от 10 октомври 2013 г., Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 32).

51 — Обичайните съдебни такси, разглеждани по това дело, възлизат на 2 000 EUR, 4 000 EUR или 6 000 EUR в зависимост от стойността на обществената поръчка.

52 — Вж. в този смисъл решение от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 74).

53 — Вж. по-специално решение от 29 април 2015 г., Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, т. 58 и цитираната съдебна практика).

54 — Точка 46 от настоящото заключение.

55 — Заимствам този израз от практиката на съда в Страсбург, съгласно която целта на член 13 от ЕКПЧ е да гарантира ефективно правно средство за защита за „приемливи претенции“. Вж. по-специално решение на съда в Страсбург от 23 юни 2011 г. по дело Diallo с/у Чешка република, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

значителна част от потенциалните жалбоподатели да подават жалба, ако не могат да бъдат в разумна степен сигурни, че тя ще бъде уважена. Предполагам, че примери за това са случаите, в които липсва постоянна съдебна практика по разглеждания въпрос или когато с жалбата се оспорва преценка на възлагащия орган, за която последният разполага с широка свобода.

50. Струва ми се, че би било възможно да се избегнат тези отрицателни последици (и сериозната намеса в правото на ефективни правни средства за защита), без да се засяга целта за възпиране на представляващите злоупотреба жалби. Би могло например при отхвърляне или оттегляне на жалба CNSC или компетентният съд да могат свободно да преценят дали жалбата представлява злоупотреба, вземайки предвид релевантните обстоятелства [56], и впоследствие да решат дали е обосновано задържането (изцяло или отчасти) на гаранцията за добросъвестност.

51. Затова съм съгласна със Star Storage, Max Boegl и Комисията, че първоначалният режим създава непропорционално ограничение на правото на ефективни правни средства за защита, защитено в член 47 от Хартата, и следователно засяга ефективността на член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 89/665 и член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 92/13. Този режим засяга още съдържанието на това право, тъй като на практика може да лиши икономическите оператори, които имат или са имали интерес от получаването на конкретна поръчка, от достъп до правно средство за защита срещу предполагаемо незаконни решения на възлагащите органи.

52. Поради тези съображения стигам до заключението, че член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 89/665 и член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 92/13, тълкувани във връзка с член 47 от Хартата, не допускат национална правна уредба като разглежданата в главното производство, която задължава жалбоподателя да внесе „гаранция за добросъвестност“, за да получи достъп до обжалване на решения на възлагащ орган, свързани с обществени поръчки, и съгласно която възлагащият орган трябва да задържи тази гаранция, ако жалбата бъде отхвърлена или оттеглена, независимо дали представлява злоупотреба.

По преходния режим

53. Ще разгледам преходния режим, който се различава от първоначалния режим по това, че жалбоподателят получава обратно гаранцията за добросъвестност, независимо от изхода на производството по обжалване.

54. Съображенията относно равностойността, които изтъкнах по-горе, са еднакво приложими и в този случай [57].

55. По отношение на ефективността е видно, че процесуално изискване като произтичащото от член 271^1, параграф 1 от OUG № 34/2006 неизбежно ограничава само по себе си правото на достъп до производство по обжалване на решенията на възлагащите органи. Това изискване е задължителна предпоставка за разглеждането на жалбата по същество [58]. Освен това, въпреки че жалбоподателят получава обратно гаранцията за добросъвестност в края на производството по обжалване, внасянето ѝ неминуемо води до финансова тежест за него. Така първото изречение на член 271^1, параграф 3 от OUG № 34/2006 описва два метода за предоставяне на гаранцията за добросъвестност. Ако жалбоподателят извърши банков превод, той се лишава от ползването на потенциално голяма сума за целия период от датата, на която е подадена жалбата, до датата, на която решението на CNSC или на компетентния съд влезе в сила. Следователно това води до

56 — Такова обстоятелство може да бъде наличието на трайна съдебна практика по конкретен правен въпрос, както и на жалба, която просто възпроизвежда предходна такава или се основава на явно грешно тълкуване на обжалваната мярка или на явно грешна фактическа предпоставка.

57 — Вж. точки 40 и 41 по-горе.

58 — Член 271^1, параграф 2 от OUG № 34/2006.

пропуснати ползи за жалбоподателя, тъй като той не може да използва тези средства за други цели. Ако вместо това жалбоподателят избере инструмент за гарантиране, предоставен от банка или застрахователно дружество, той трябва да понесе разноските, свързани с този инструмент [59].

56. Освен това ми се струва ясно, че такова процесуално изискване не предпазва по подходящ начин възлагащите органи от представляващи злоупотреба жалби. Съгласно преходния режим възлагащият орган трябва да върне гаранцията за добросъвестност на жалбоподателя в срок от пет дни от датата, на която решението на CNSC или съдебното решение е влязло в сила, дори когато жалбоподателят явно е злоупотребил с правото си на достъп до производства по обжалване. Следователно е възможно разходите, които предвижда преходният режим, да не са годни да възпрат икономически оператор да подаде жалба, която преследва цел, различна от тези, за които са създадени производствата по обжалване, като например да се навреди на конкурент. Тези разходи обаче могат да се окажат пречка за икономически оператор с приемлива претенция, но с ограничени средства.

57. Накрая, преходният режим, подобно на първоначалния режим, не прави разграничение между приемливи претенции и такива, които представляват злоупотреба. Поради тази причина ограничението на достъпа до производства по обжалване, което съдържа този режим, очевидно надхвърля необходимото за постигане на целта за възпиране на жалбоподателите да подават представляващи злоупотреба жалби.

58. Следователно стигам до заключението, че член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 89/665 и член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 92/13, тълкувани във връзка с член 47 от Хартата, не допускат национална правна уредба като преходния режим, която задължава жалбоподателя да внесе „гаранция за добросъвестност“, за да получи достъп до обжалване на решения на възлагащ орган, и съгласно която този жалбоподател автоматично получава обратно гаранцията в края на производството по обжалване, независимо от неговия изход.

Заключение

59. С оглед на всички гореизложени съображения предлагам на Съда да отговори на въпросите, поставени от Curtea de Apel Bucureşti (Апелативен съд Букурещ, Румъния) и Curtea de Apel Oradea (Апелативен съд Орадя, Румъния), по следния начин:

„– Член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 89/665/ЕИО от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство, изменена, и член 1, параграфи 1 и 3 от Директива 92/13/ЕИО от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор, тълкувани във връзка с член 47 от Хартата, не допускат национална правна уредба като разглежданата в главното производство, която задължава жалбоподателя да внесе „гаранция за добросъвестност“, за да получи достъп до обжалване на решения на възлагащ орган, свързани с обществени поръчки, и съгласно която възлагащият орган трябва да задържи тази гаранция, ако жалбата бъде отхвърлена или оттеглена, независимо от това дали представлява злоупотреба.

59 — Не е ясно дали тези разходи на жалбоподателя ще бъдат възстановени от възлагащия орган, ако CNSC или съдът уважи жалбата. Дори в този случай спечелилият делото жалбоподател е трябвало първоначално да понесе разходите, за да получи достъп до производството по обжалване. Следователно изискването за предоставяне на гаранция отново представлява пречка за достъп.

– Същите разпоредби на правото на Съюза не допускат и национална правна уредба, която задължава жалбоподателя да внесе „гаранция за добросъвестност“, за да получи достъп до обжалване на решения на възлагащ орган, и съгласно която този жалбоподател автоматично получава обратно гаранцията в края на производството по обжалване, независимо от неговия изход“.