Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 28. april 2016 [1]

Forenede sager C-439/14 og C-488/14

SC Star Storage SA
mod
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien))
og
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
mod
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea, Rumænien))

»Offentligt udbud — direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF — national lov, der kræver en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageprocedurer — medlemsstaternes procesautonomi — ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet — chartrets artikel 47 og 52 — adgang til effektive retsmidler — begrænsning — proportionalitet«

1. I de foreliggende sager har Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) og Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea, Rumænien) i det væsentlige ønsket vejledning fra Domstolen om, hvorvidt EU-retten er til hinder for, at en medlemsstat kræver, at en klager eller sagsøger stiller en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger. I henhold til den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning tilbageholder de ordregivende myndigheder opfyldelsesgarantien, såfremt myndigheden med kompetence til at prøve deres beslutninger, forkaster klagen, eller hvis klageren eller sagsøgeren frafalder klagen.

2. Forelæggelserne vedrører derfor omfanget af adgangen til effektive retsmidler inden for rammerne af offentlige udbud, en ret, der ikke kun er garanteret ved artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), men som også kommer til konkret udtryk i EU-direktiver vedrørende procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter. I hvor vid udstrækning kan

1 — Originalsprog: engelsk.

medlemsstaterne opstille finansielle betingelser for adgangen til at anfægte ordregivende myndigheders beslutninger med det formål at reducere risikoen for useriøse klager eller søgsmål, dvs. klager eller søgsmål, der med sandsynlighed vil blive forkastet, og som blot har til formål at hindre den pågældende procedure for indgåelse af kontrakter?

Retlig baggrund

EU-retten

3. Chartrets artikel 47, stk. 1, bestemmer, at enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel. I henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning i udøvelsen af en rettighed, der anerkendes ved chartret, være fastlagt i lovgivningen og skal respektere den pågældende rettigheds væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan en sådan begrænsning kun indføres, såfremt den er nødvendig og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af EU, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.

4. I henhold til tredje betragtning til Rådets direktiv 89/665/EØF [2] kræver adgangen til på EU-plan at konkurrere om offentlige kontrakter en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling. Effektive og hurtige klagemuligheder bør derfor være tilgængelige i tilfælde af overtrædelse af EU-retten vedrørende offentligt udbud eller af de nationale regler, der omsætter denne ret.

5. Artikel 1 i direktiv 89/665 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i [...] direktiv 2004/18/EF [3], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.

Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige kontrakter, rammeaftaler, koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder og dynamiske indkøbssystemer.

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med [EU]-ret vedrørende offentligt udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne sikrer, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter [EU]-retten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

2 — Af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 (EUT L 335, s. 31).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

[…]«

6. I femte betragtning til direktiv 92/13/EØF[4] anføres det, at adgang til på EU-plan at konkurrere om offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester kræver, at der vedtages bestemmelser med henblik på at stille passende klageprocedurer til rådighed for leverandører eller entreprenører i tilfælde af overtrædelse af EU-retten på området eller af de nationale regler til gennemførelse af denne ret.

7. Artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i direktiv 92/13 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« svarer i det væsentlige til artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i direktiv 89/665[5].

Rumænsk ret

8. I henhold til artikel 43a i regeringens hastedekret nr. 34/2006 om indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, herefter »OUG nr. 34/2006«) skal enhver tilbudsgiver stille en garanti (herefter »budgarantien«) for at deltage i proceduren i alle tilfælde, hvor den ordregivende myndighed i henhold til OUG nr. 34/2006 skal offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller indkaldelse af forslag. Udbudsgarantien, der kan udgøre op til 2% af den offentlige kontrakts anslåede værdi, har til formål at beskytte den ordregivende myndighed mod risikoen for en upassende adfærd udvist af tilbudsgiveren under hele fasen inden indgåelsen af kontrakten.

9. I henhold til artikel 256, stk. 1, i OUG nr. 34/2006 kan en part, som mener sig krænket, indbringe sagen for det nationale råd for ankesager (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, herefter »CNSC«). I henhold til artikel 281, stk. 1, kan afgørelser truffet af CNSC appelleres til en domstol.

10. Artikel 278, stk. 1, i OUG nr. 34/2006 bestemmer, at CNSC eller den kompetente ret først og fremmest tager stilling til formalitetsindsigelser. Såfremt det konstateres, at disse indsigelser er begrundede, realitetsbehandles sagen ikke.

11. I henhold til 278a i OUG nr. 34/2006 skulle den ordregivende myndighed tilbageholde en del af budgarantien, såfremt CNSC eller den kompetente ret forkastede klagen fremsat af tilbudsgiveren, eller hvis tilbudsgiveren trak klagesagen tilbage.

12. Regeringens hastedekret nr. 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, herefter »OUG nr. 51/2014«) ophævede artikel 278a i OUG nr. 34/2006 og indførte følgende bestemmelser i denne lov[6]:

»Artikel 271a

1. For at beskytte den ordregivende myndighed mod risikoen for en eventuel ukorrekt adfærd skal klageren/sagsøgeren stille en opfyldelsesgaranti, som er gyldig under hele perioden mellem datoen for indgivelsen af klagen/søgsmålet og den dato, hvor [CNSC]'s afgørelse/den kompetente rets dom bliver endelig.

4 — Af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14).

5 — Med den undtagelse, at artikel 1 i direktiv 92/13 krydshenviser til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004 L 134, s. 1) og ikke til direktiv 2004/18.

6 — I det følgende henviser jeg til disse bestemmelser som »den oprindelige ordning«.

2. Der gives afslag på [klagen/søgsmålet], såfremt klageren/sagsøgeren ikke fremlægger bevis for at have stillet den i stk. 1 nævnte garanti.

3. Opfyldelsesgarantien stilles gennem bankoverførsel eller et garantimiddel udstedt i henhold til de lovbestemte betingelser af et bankinstitut eller et forsikringsselskab. Det originale eksemplar af garantidokumentet indgives til sædet for den ordregivende myndighed, og en kopi heraf til [CNSC] eller retten sammen med [klagen/søgsmålet].

4. Beløbet af opfyldelsesgarantien fastsættes i forhold til den anslåede værdi af den kontrakt, som skal tildeles, i henhold til følgende:

a) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lavere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra a) og b)[7]

b) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lavere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra c)[8], dog ikke højere end et beløb i RON svarende til 10 000 EUR, beregnet på baggrund af den af [...] fastsatte valutakurs på datoen for garantistillelse

c) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lig med eller højere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra a) og b), dog ikke højere end et beløb i RON svarende til 25 000 EUR, beregnet på baggrund af den af [...] fastsatte vekselkursvekselkurs på datoen for garantistillelse

d) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lig med eller højere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra c), dog ikke højere end et beløb i RON svarende til 100 000 EUR, beregnet på baggrund af den af [...] fastsatte vekselkursvekselkurs på datoen for garantistillelse.

5. Opfyldelsesgarantien skal være gyldig i mindst 90 dage, være uigenkaldelig og fastlægge ubetinget betaling på den ordregivende myndigheds første anmodning, såfremt der gives afslag på [klagen/søgsmålet].

6. Hvis [CNSC]'s afgørelse eller rettens dom ikke er blevet endelig på den sidste gyldighedsdag for opfyldelsesgarantien, og klageren/sagsøgeren ikke har forlænget gyldigheden af opfyldelsesgarantien på de i stk. 1-5 fastlagte betingelser, tilbageholder den ordregivende myndighed opfyldelsesgarantien. Bestemmelserne i artikel 271b, stk. 3-5, finder tilsvarende anvendelse.

[…]

Artikel 271b

1. Såfremt [CNSC] eller retten (for det tilfælde, at klageren/sagsøgeren har henvendt sig direkte til retten) giver afslag på klagesagen/søgsmålet, skal den ordregivende myndighed tilbageholde opfyldelsesgarantien fra og med den dato, hvor [CNSC]'s afgørelse/rettens dom bliver endelig. Denne tilbageholdelse finder anvendelse på de dele af kontrakten, for hvilke der er givet afslag på klagesagen/søgsmålet.

2. Bestemmelserne i stk. 1 finder også anvendelse, såfremt klageren/sagsøgeren frafalder [klagen/søgsmålet].

7 — Artikel 55, stk. 2, litra a) og b), i OUG nr. 34/2006 vedrører offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter.

8 — Artikel 55, stk. 2, litra c), i OUG nr. 34/2006 vedrører offentlige bygge- og anlægskontrakter.

3. Foranstaltningen i stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis [CNSC]/retten giver afslag på klagesagen/søgsmålet, fordi den/det er uden genstand, eller såfremt [klagen/søgsmålet] frafaldes, fordi den ordregivende myndighed vedtager de nødvendige korrigerende foranstaltninger i henhold til artikel 256c, stk. 1.

4. Såfremt [CNSC] tager klagesagen til følge, eller retten giver dom efter sagsøgerens påstand med hensyn til [CNSC]'s afslag på klagesagen, skal den ordregivende myndighed tilbagebetale klageren/sagsøgeren opfyldelsesgarantien inden for fem dage fra den dato, hvor afgørelsen/dommen bliver endelig.

5. Såfremt klageren/sagsøgeren forelægger sagen direkte for retten, og retten giver dom efter sagsøgerens påstand, finder bestemmelserne i stk. 4 tilsvarende anvendelse.

6. De beløb, som den ordregivende myndighed modtager ved inddrivelse af opfyldelsesgarantien, indgår i myndighedens budget.«

13. Som svar på en anmodning om præcisering fra Domstolen har de forelæggende retter bekræftet, at Curte Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) i en dom afsagt den 15. januar 2015 har erklæret artikel 271b, stk. 1 og 2, i OUG nr. 34/2006 forfatningsstridig. Curte Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) nåede i det væsentlige frem til denne afgørelse, fordi disse bestemmelser krævede, at den ordregivende myndighed tilbageholdt opfyldelsesgarantien, såfremt klagen/søgsmålet blev afvist eller frafaldet, uden at give CNSC eller den ret, der behandlede klagen/søgsmålet, mulighed for at tage klagerens/sagsøgerens adfærd i betragtning. Kun upassende adfærd kunne begrunde fortabelse af opfyldelsesgarantien. Den 4. november 2015 erklærede Curte Constituțională (forfatningsdomstolen i Rumænien) med i alt væsentligt samme begrundelse artikel 271a, stk. 5, i OUG nr. 34/2006 forfatningsstridig, for så vidt som denne bestemmelse krævede, at opfyldelsesgarantien skulle fastlægge ubetinget betaling på den ordregivende myndigheds første anmodning, såfremt der blev givet afslag på klagen/søgsmålet.

14. I retsmødet forklarede den rumænske regering, at artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006 stadig er gældende, for så vidt som de ikke blev erklæret forfatningsstridige. Den rumænske regering bekræftede, at de øvrige bestemmelser[9] stadig kræver, at klageren/sagsøgeren stiller en opfyldelsesgaranti, men at der ikke længere er retsgrundlag for, at den ordregivende myndighed tilbageholder den. Den ordregivende myndighed skal derfor nu tilbagebetale opfyldelsesgarantien til klageren/sagsøgeren efter sagens afslutning, uanset udfaldet af klagen/søgsmålet, og særligt uanset, om klagen eller søgsmålet var useriøs eller ej.

Faktiske omstændigheder, procedure og præjudicielle spørgsmål

Sag C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (nationalt institut for IT-forskning og -udvikling (herefter »INCDI«)) indledte en procedure med henblik på at indgå en offentlig kontrakt om levering af varer og tjenesteydelser i forbindelse med udvikling og realisering af en cloud computing-platform. Den anslåede kontraktværdi var 61 287 713,71 RON, eksklusive merværdiafgift (moms) (ca. 13 700 000 EUR). INCDI udarbejdede de relevante udbudsdokumenter og offentliggjorde den 1. april 2014 en udbudsbekendtgørelse i Sistemul Electronic de Achiziții Publice (det elektroniske system vedrørende offentligt udbud). Kontrakten skulle tildeles på grundlag af »den laveste pris«.

9 — De »tilbageværende bestemmelser« er (efter min opfattelse) i det væsentlige artikel 271a, bortset fra kravet om ubetinget betaling i denne artikels stk. 5, og artikel 271b, stk. 3-5, i OUG nr. 34/2006. Jeg vil i dette forslag til afgørelse henvise til disse bestemmelser som »overgangsordningen« og sondre mellem både den og den »oprindelige ordning« og den nye ordning, som ifølge den rumænske regerings oplysninger under retsmødet forventes vedtaget af den rumænske lovgiver i fremtiden.

16. Flere økonomiske aktører anmodede INCDI om at uddybe de regler, der var anført i udbudsdokumenterne. INCDI svarede ved at offentliggøre en række forklarende bemærkninger i det elektroniske system vedrørende offentligt udbud.

17. Den 30. juni 2014 indgav SC Star Storage SA (herefter »Star Storage«) klage over tre af disse forklarende bemærkninger til CNSC. Den 18. juli 2014 afviste CNSC denne klagesag, fordi Star Storage ikke havde stillet en opfyldelsesgaranti [10]. Star Storage appellerede denne afgørelse til Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest), som har udsat sagen og anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 1, stk. 3, i [direktiv 89/665] fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelser, som gør adgangen til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger betinget af pligten til forudgående at stille en »opfyldelsesgaranti« som den, der er fastsat i artikel 271a og 271b i [OUG nr. 34/2006]?«

Sag C-488/14

18. Den 21. januar 2014 offentliggjorde RA Aeroportul Oradea (herefter »Oradea Airport«) en udbudsbekendtgørelse i det elektroniske system vedrørende offentligt udbud om tildeling af en offentlig kontrakt om udvidelse og modernisering af denne lufthavn. Den anslåede kontraktværdi var 101 232 054 RON, eksklusive moms (ca. 22 800 000 EUR). Kontrakten skulle tildeles på grundlag af »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

19. Fire økonomiske aktører afgav bud. I henhold til udbudsvurderingsrapporten af 28. marts 2014 blev buddet afgivet af sammenslutningen SC Max Boegl România SRL (herefter »Max Boegl«), SC UTI Grup SA og Astaldi SpA afvist. I henhold til den samme rapport blev buddet afgivet af sammenslutningen SC Construcții Napoca SA (herefter »Construcții Napoca«), SC Aici Cluj SA og CS Icco Energ SRL placeret på andenpladsen.

20. Den 10. juli 2014 forkastede CNSC disse to sammenslutningers klager over udbudsvurderingsrapporten som ugrundede.

21. Den sammenslutning, hvori Max Boegl og Construcții Napoca indgår, appellerede disse afgørelser til Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea). I retsmødet den 10. september 2014 henledte Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) appellanternes opmærksomhed på, at der efter ikrafttrædelsen af artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006 den 30. juni 2014 skulle stilles en opfyldelsesgaranti [11]. Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) har udsat sagen og anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Skal artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i [direktiv 89/665] og artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i [direktiv 92/13] fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelser, som gør adgangen til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger betinget af pligten til forudgående at stille en »opfyldelsesgaranti« som den, der er fastsat i artikel 271a og 271b i [OUG nr. 34/2006]?«

22. Den 13. november 2014 har Domstolens præsident forenet de to sager med henblik på den skriftlige og den mundtlige forhandling og dommen. Star Storage, den græske og den rumænske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Max Boegl, den rumænske regering og Europa-Kommissionen har afgivet indlæg i retsmødet den 14. januar 2016.

10 — Det pågældende garantibeløb i RON svarede til 25 000 EUR.

11 — Det fremgår af de for Domstolen fremlagte oplysninger, at beløbet for hver opfyldelsesgaranti, der skulle stilles i sagen ved den nationale ret, i RON svarede til 100 000 EUR.

Analyse

Indledende betragtninger

23. Værdien af den omhandlede offentlige kontrakt i sag C-439/14 er højere end den relevante tærskel, der er fastsat i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18 for offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter. Direktiv 89/665 finder derfor anvendelse på denne sag [12]. Værdien af den omhandlede offentlige kontrakt i sag C-488/14 når ligeledes tærsklerne for offentlige bygge- og anlægskontrakter i både artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18 og artikel 16, litra b), i direktiv 2004/17.

24. Den rumænske regering og Kommissionen er imidlertid ikke enige om den retlige baggrund, der er relevant for hovedsagen i sag C-488/14. Den rumænske regering har anført, at hovedsagen alene er reguleret i direktiv 2004/18 og i forlængelse heraf direktiv 89/665. Kommissionen har gjort gældende, at den omhandlede udbudsprocedure, eftersom den vedrørte udvidelse og forbedring af lufthavnsfaciliteter, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17 [13] og derfor er underlagt direktiv 92/13 [14].

25. Domstolen råder efter min opfattelse ikke over tilstrækkelige oplysninger om denne kontrakt til, at den kan afgøre, om direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 finder anvendelse på proceduren for dens tildeling. Dette giver dog ingen problemer her. Det fremgår på den ene side af omstændighederne i hovedsagen i sag C-488/14, at det spørgsmål, som Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) har forelagt Domstolen, ikke er hypotetisk, for så vidt som det vedrører direktiv 92/13. Artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i dette direktiv svarer på den anden side til artikel 1, stk. 1, 2 og 3, i direktiv 89/665. De to spørgsmål, der er rejst af de foreliggende retter, er derfor i det væsentlige de samme og skal derfor behandles under ét.

26. Dernæst er indvirkningen på hovedsagerne af dommene afsagt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstolen) den 15. januar 2015 og den 4. november 2015 uklar. I retsmødet har den rumænske regering anført, at de foreliggende retter nu skal anvende overgangsordningen. Kommissionen har på den anden side søgt at sondre mellem de to sager. I sag C-488/14 blev kravet om opfyldelsesgarantien første gang rejst ved den foreliggende ret. Denne ret skal derfor anvende *overgangsordningen*. I sag C-439/14 blev kravet derimod oprindeligt rejst under sagen ved CNSC – dvs. inden forfatningsdomstolens domme. Kommissionen har derfor gjort gældende, at den foreliggende ret i denne sag derfor skal anvende *den oprindelige ordning* efter at have modtaget Domstolens svar.

27. I henhold til fast retspraksis tilkommer det ikke Domstolen at træffe afgørelse om, hvilke bestemmelser i national ret der er relevante for udfaldet af hovedsagen. Domstolen skal i medfør af fordelingen af kompetencer mellem Unionens retsinstanser og de nationale retter i stedet vurdere den lovgivningsmæssige sammenhæng således som beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, hvori det spørgsmål, Domstolen er blevet forelagt, er indeholdt [15]. Domstolen har imidlertid kompetence til at give den nationale ret udførlig vejledning i, hvordan EU-retten fortolkes, således at denne ret kan afgøre spørgsmålet om den nationale rets forenelighed med EU-retten i den foreliggende sag [16]. Da det er uvist, om den oprindelige ordning eller overgangsordningen finder anvendelse i hovedsagen i sag C-439/14, vil jeg undersøge dem begge i dette forslag til afgørelse.

12 — Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665.

13 — Artikel 7, litra b), i direktiv 2004/17.

14 — Artikel 1, stk. 1, i direktiv 92/13.

15 — Jf. bl.a. dom af 17.7.2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

16 — Dom af 16.12.2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

28. Endelig fremgår det af de for Domstolen foreliggende oplysninger, at en klage i henhold til OUG nr. 34/2006 kan indbringes for CNSC (hvis afgørelse derefter kan appelleres til en appeldomstol) eller direkte for en ret. Eftersom opfyldelsesgaranti kræves i alle sager, påvirker dette ikke nedenstående ræsonnement [17].

Analysens metode

29. Som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665 samt første, anden og tredje betragtning til direktiv 92/13, tager disse direktiver sigte på, såvel på nationalt plan som på EU-plan, at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om offentligt udbud, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør [18]. I denne forbindelse pålægger artikel 1, stk. 1, i begge direktiver medlemsstaterne at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger [19]. De skal sikre en vid adgang til klageprocedurerne for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse [20].

30. Disse direktiver fastlægger imidlertid kun de mindstekrav, som de nationale klageprocedurer skal opfylde for at være i overensstemmelse med EU-retten vedrørende offentligt udbud [21]. Hvis sagen ikke er underlagt specifikke bestemmelser, tilkommer det hver enkelt medlemsstat at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet) [22]. Sidstnævnte krav er nødvendigt for at opfylde hovedformålet med EU-reglerne om offentligt udbud om adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater [23].

31. Som Kommissionen har påpeget, indeholder hverken direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 bestemmelser om finansielle krav, som økonomiske aktører skal opfylde for at få adgang til klageprocedurer vedrørende beslutninger truffet af ordregivende myndigheder. Nationale bestemmelser såsom de i hovedsagen omhandlede er derfor omfattet af medlemsstaternes procesautonomi i henhold til ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Jeg vil undersøge de forelagte spørgsmål i lyset af disse principper [24].

32. Hvert af disse direktiver er imidlertid det konkrete udtryk for det almindelige retsprincip om adgang til effektive retsmidler specifikt for offentligt udbud [25]. Dette rejser to tæt forbundne spørgsmål vedrørende effektivitetsprincippets anvendelsesområde.

17 — Jf. navnlig artikel 271a, stk. 1, og artikel 271b, stk. 1 og 5, i OUG nr. 34/2006.

18 — Jf. bl.a. dom af 28.10.1999, Alcatel Austria m.fl. (C-81/98, EU:C:1999:534, præmis 33), af 19.6.2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis), og af 28.1.2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, præmis 26).

19 — Jf. bl.a. dom af 19.6.2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis), og af 19.6.2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Dom af 26.11.2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

21 — Dom af 30.9.2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis). Jf. i denne retning også dom af 24.9.1998, EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, præmis 16).

22 — Jf. bl.a. dom af 11.9.2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, præmis 49), og af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

23 — Jf. i denne retning dom af 14.2.2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 33 og 34).

24 — Jf. punkt 40-58 i dette forslag til afgørelse.

25 — Jf. i denne retning kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, præmis 28). Grundlaget for dette ræsonnement kan udledes af dom af 15.5.1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, præmis 18 og 19).

33. Kan dette princip for det første begrænses til at bekræfte, at et nationalt procedurekrav såsom det i hovedsagen omhandlede *i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt* at udøve den adgang til klageprocedurer, der er omhandlet i artikel 1 i direktiv 89/665 og direktiv 92/13? Eller er det bredere i og med, at det kræver ophævelse af *enhver national bestemmelse, som underminerer* disse bestemmelser?

34. Domstolen har ved flere lejligheder undersøgt, hvorvidt nationale procedureregler for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, EU-retten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, har kompromitteret den effektive virkning af direktiv 89/665 [26]. Der er imidlertid ingen fast retspraksis for, hvordan denne effektivitetstest hænger sammen med medlemsstaternes procesautonomi og effektivitetsprincippet, som begrænser den [27]. I nogle sager har Domstolen i sin analyse alene fokuseret på den effektive virkning af direktiv 89/665 uden at henvise til procesautonomi og grænserne for den [28]. Andre sager antyder, at effektivitetstesten supplerer procesautonomitesten, når sagen ikke er omfattet af en specifik bestemmelse i direktiv 89/665 [29]. I nogle tilfælde antyder den anvendte ordlyd, at effektivitetstesten er en del af procesautonomitesten (og tillægger denne særlig betydning) [30].

35. Det vigtige er efter min opfattelse i sidste ende at sikre, at de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne, ydes mere snarere end mindre beskyttelse. Artikel 1 i direktiv 89/665 og artikel 1 i direktiv 92/13 er det konkrete udtryk for retten til *effektive* retsmidler. Analysen af effektivitetsprincippet skal derfor ikke begrænses til, hvorvidt et procedurekrav såsom det i hovedsagen omhandlede kan antages i praksis at gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve denne ret. I denne specifikke sammenhæng skal effektivitetstesten med sikkerhed omfatte en undersøgelse af, hvorvidt et sådant krav kan antages at *underminere* adgangen til effektive klageprocedurer, som disse bestemmelser garanterer.

36. Hvilken indvirkning har den grundlæggende ret til effektive retsmidler i henhold til chartrets artikel 47 for det andet på effektivitetsprincippet som en grænse for medlemsstaternes procesautonomi?

37. Procedureregler såsom de i hovedsagen omhandlede er klart omfattet af anvendelsesområdet for artikel 1 i direktiv 89/665 og artikel 1 i direktiv 92/13. Den grundlæggende ret til effektive retsmidler, som disse bestemmelser er det konkrete udtryk for, omfatter sådanne regler [31]. Som følge deraf finder chartrets artikel 47 anvendelse i hovedsagen [32]. Stillelse af opfyldelsesgarantien er en forudsætning for at få en klage undersøgt [33]. Dette krav udgør derfor en begrænsning af retten til effektive retsmidler for

26 — Jf. bl.a. dom af 12.12.2002, Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 71 og 72), af 28.1.2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, præmis 27), og af 30.9.2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 34).

27 — Denne mangel på ensartethed gør det vanskeligt at forudsige, hvilken metode Domstolen vil følge i en bestemt sag. Jf. S. Prechal, R. Widdershoven, »Redefining the Relationship between »Rewe-effectiveness« and Effective Judicial Protection«, 4 *Review of European Administrative Law* (2011), s. 39.

28 — Jf. eksempelvis dom af 12.12.2002, Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 71), og af 28.1.2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, præmis 26-28).

29 — Dom af 30.9.2010, Strabag m.fl. (C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 34), og af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 47, 50 og 72).

30 — Dom af 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 40 (jf. særligt de indledende ord »navnlig [...]«) og 41). I dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 47 og 48), fastslog Domstolen, at kravene om ækvivalens og effektivitet *er udtryk for* medlemsstaternes almindelige forpligtelse til at sikre retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten. Den samme formel blev gentaget i kendelse af 24.4.2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, præmis 98). Domstolen kombinerede ligeledes effektivitetsprincippet som en grænse for procesautonomien og retten til effektive retsmidler i chartrets artikel 47 i dom af 6.10.2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

31 — Jf. bl.a. dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis), og af 17.7.2014, Sánchez Morcillo og Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

32 — Jf. i denne retning dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 49). Jf. analogt også dom af 17.12.2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, præmis 51). For så vidt som chartrets artikel 47 finder anvendelse på medlemsstaterne, afspejler den artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og er det konkrete udtryk for princippet om loyalt samarbejde i artikel 4, stk. 3, TEU. Jf. dom af 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, præmis 37), vedrørende det sidste punkt.

33 — Artikel 271a, stk. 2, i OUG nr. 34/2006.

en domstol som sikret ved chartrets artikel 47[34]. En sådan begrænsning er derfor kun begrundet, hvis den er fastsat ved lov, hvis den respekterer det væsentlige i disse rettigheder, og – henset til proportionalitetsprincippet – hvis den er nødvendig og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af EU, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder[35]. Denne test svarer til den test, som Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg anvender, når den undersøger, om finansielle begrænsninger for adgangen til domstolene er forenelige med EMRK's artikel 6, stk. 1[36].

38. Domstolens praksis giver igen ikke klar vejledning i denne henseende[37]. I sager som den foreliggende skal den vurdering, der er omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, udføres for at sikre det omfang af beskyttelse, som chartrets artikel 47 tillægger borgerne. Hvis en anden metode anvendes, vil det have den overraskende (og efter min mening uacceptable) virkning, at medlemsstaterne ville kunne undslippe denne test alene med den begrundelse, at de handlede inden for rammerne af deres procesautonomi på et område, hvor EU-lovgiver har givet retten til effektive retsmidler et konkret udtryk.

39. I det følgende vil jeg derfor undersøge, hvorvidt nationale bestemmelser såsom de i hovedsagen omhandlede, som er omfattet af medlemsstaternes procesautonomi, er i overensstemmelse med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Eftersom artikel 1, stk. 1 og 3, i både direktiv 89/665 og direktiv 92/13 finder anvendelse på sådanne bestemmelser, og eftersom disse artikler på det særlige område for offentligt udbud er det konkrete udtryk for den grundlæggende ret til effektive retsmidler, som er sikret ved chartrets artikel 47, vil jeg imidlertid foretage denne undersøgelse med udgangspunkt i, at effektivitetsprincippet kræver, at der tages stilling til, hvorvidt disse nationale bestemmelser, som begrænser denne ret, opfylder proportionalitetstesten, som er omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1. Hvis det ikke er tilfældet, underminerer de den effektive virkning af artikel 1, stk. 1 og 3, i hvert af direktiverne.

Den oprindelige ordning

40. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 2, i direktiv 92/13 er det konkrete udtryk for ækvivalensprincippet. Dette princip kræver, at den omhandlede nationale regel finder anvendelse uden forskel på søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af EU-retten, og søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af national ret, hvor sagsgenstanden og søgsmålsgrundlaget er de samme[38].

34 — Jf. analogt generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, punkt 37). Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (»Menneskerettighedsdomstolen«) anser principielt retsgebyrer eller sikkerhed for omkostninger som et indgreb i retten til domstolsprøvelse, som er beskyttet i henhold til artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), hvis betaling heraf er en forudsætning for behandlingen af sagen. Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.7.1995, Tolstoy Miloslavski mod Det Forenede Kongerige, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67, af 4.5.2006, Weissman m.fl. mod Rumænien, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, §§ 32-44, og af 12.7.2007, Stankov mod Bulgarien, CE:ECHR:2007:0712JUD00684900, § 53.

35 — Jf. bl.a. dom af 17.9.2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, præmis 72) og mit forslag til afgørelse Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (C-543/14, EU:C:2016:157, punkt 80).

36 — Menneskerettighedsdomstolen har præciseret, at disse begrænsninger – om end medlemsstaterne har en vis skønsmargen med hensyn til at indføre sådanne begrænsninger – ikke må begrænse eller indskrænke adgangen til domstolsprøvelse på en sådan måde eller i et sådant omfang, at retten til adgang til domstolsprøvelse reelt er uden indhold, de skal varetage et legitimt mål, og der skal være en rimelig forholdsmæssig sammenhæng mellem de anvendte midler og det mål, der søges opnået. Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.7.1995, Tolstoy Miloslavski mod Det Forenede Kongerige, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59-67, og af 19.6.2001, Kreuz mod Polen, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54 og 55 (nævnt i dom af 22.12.2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, præmis 47). Jf. også Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.12.2006, Markovic m.fl. mod Italien, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — I Orizzonte Salute-dommen præciserede Domstolen, at artikel 1 i direktiv 89/665 skal fortolkes i lyset af chartrets artikel 47. Domstolen begrænsede sin analyse af effektivitetsprincippet til at bekræfte, at den omhandlede ordning for retsafgifter ikke kunne antages at gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt i praksis at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til EU-retten på området for offentlige kontrakter (dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 49 og 72). Domstolen udførte ikke en proportionalitetstest i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1. I andre sager har Domstolen derimod anvendt proportionalitetstesten til at vurdere begrænsninger af retten til effektive retsmidler for en domstol som sikret ved chartrets artikel 47. Jf. bl.a. dom af 18.3.2010, Alassini m.fl. (C-317/08 – C-320/08, EU:C:2010:146, præmis 61-66), og af 26.9.2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, præmis 84-88).

38 — Jf. senest dom af 12.2.2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, præmis 30).

41. Jeg er ikke enig med Star Storage, når denne hævder, at nationale bestemmelser såsom de i hovedsagen omhandlede er uforenelige med dette princip. Det er korrekt, at de medfører en specifik finansiel byrde for indgivelse af en klage vedrørende offentligt udbud, men ækvivalensprincippet kræver ikke ligebehandling af nationale procedureregler, som finder anvendelse på tvister af en anden karakter (såsom på den ene side civilretlige tvister og på den anden side forvaltningsretlige tvister) eller tvister, der henhører under to forskellige retsområder [39]. I retsmødet har den rumænske regering endvidere bekræftet, at de i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelser gælder for alle klager, der indgives mod ordregivende myndigheders beslutninger, uanset om udbudsproceduren er underlagt EU-retten vedrørende offentligt udbud eller ej.

42. Hvad med effektivitetsprincippet og proportionalitetstesten omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1?

43. Parterne er enige om, at den begrænsning, der følger af 271a og 271b i OUG nr. 34/2006, er *fastsat ved lov*.

44. Den anden betingelse i proportionalitetstesten er, at foranstaltningen skal forfølge et *legitimt mål* (altså et mål af almen interesse, der er anerkendt af EU, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder). Parterne er enige om, at opfyldelsesgarantien er en indtægtskilde for den ordregivende myndighed, såfremt sidstnævnte tilbageholder garantien. Denne garanti anvendes derfor ikke til at finansiere retssystemet [40]. De nationale bestemmelser om indførelse af opfyldelsesgarantien har i stedet til formål at beskytte ordregivende myndigheder, CNSC og retterne mod useriøse klager eller søgsmål, som økonomiske aktører (herunder sådanne, der ikke er tilbudsgivere) måtte indgive med et andet formål end det, hvortil klageprocedurerne er blevet indført [41]. Et sådant mål er uden tvivl lovligt [42]. Ved at hindre useriøse klager eller søgsmål kan de organer, der er ansvarlige for at behandle ordregivende myndigheders beslutninger, navnlig koncentrere sig om »reelle« klager. Dette vil sandsynligvis medvirke til at opfylde kravet om, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentligt udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf [43].

45. Det næste spørgsmål er, hvorvidt nationale bestemmelser såsom de i hovedsagen omhandlede *kan opfylde dette mål*.

46. Som det fremgår af disse sager [44], kan sådanne bestemmelser medføre betydelige omkostninger for en økonomisk aktør, som enten taber sin klage eller frafalder den [45]. Disse omkostninger når op på et beløb svarende til 25 000 EUR for offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter og 100 000 EUR for offentlige bygge- og anlægskontrakter ud over de omkostninger, der er forbundet med garantistillelsen [46]. I retsmødet har den rumænske regering

39 — Dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).

40 — Dette adskiller opfyldelsesgarantien fra de retsafgifter, der er omhandlet i dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

41 — I henhold til indledningen til OUG nr. 51/2014 har klager eller søgsmål, der er åbenlyst grundløse, eller som kun har til formål at forsinke proceduren, en række skadelige konsekvenser. Ordregivende myndigheder risikerer således at miste ekstern (herunder EU-) finansiering som følge af usædvanlige forsinkelser i udbudsprocedurer og være ude af stand til at gennemføre vigtige projekter af almen interesse. Useriøse klager eller søgsmål overbebyrder desuden de medarbejdere, der er beskæftiget med at forsvare ordregivende myndigheder for CNSC eller retter, og underminerer mere generelt CNSC's effektivitet.

42 — Jf. analogt dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 73 og 74). Dette er også Menneskerettighedsdomstolens holdning. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.7.2007, Stankov mod Bulgarien, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, og af 3.6.2014, Harrison McKee mod Ungarn, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 og i direktiv 92/13.

44 — Jf. fodnote 10 og 11.

45 — Bortset fra tilfælde, hvor den ordregivende myndighed ikke må tilbageholde opfyldelsesgarantien i henhold til artikel 271b, stk. 3.

46 — Jf. punkt 55 nedenfor.

bekræftet, at klageren eller sagsøgeren efter den oprindelige ordning tabte hele beløbet for opfyldelsesgarantien, fordi den ordregivende myndighed skulle tilbageholde den. CNSC eller den ret, der traf afgørelse om klagen, har ikke beføjelse til at pålægge den ordregivende myndighed kun at tilbageholde en del af opfyldelsesgarantien på grundlag af sagens specifikke omstændigheder.

47. Omkostninger af denne størrelsesorden har efter min opfattelse til formål at afskrække erhvervsdrivende fra at indgive useriøse klager eller søgsmål, fordi de i medfør af deres karakter med sandsynlighed vil blive forkastet og derfor automatisk føre til fortabelse af hele opfyldelsesgarantien og de dermed forbundne omkostninger [47]. Den omstændighed, at erhvervsdrivende – som Domstolen fremhævede i Orizzonte Salute-dommen [48] – der ønsker at deltage i udbudsprocedurer underlagt EU-retten vedrørende offentligt udbud, skal have en passende økonomisk og finansiel formåen, har ikke betydning for denne konklusion. De nationale bestemmelser, der er omhandlet i hovedsagen, gælder for det første for alle økonomiske aktører, der klager over ordregivende myndigheders beslutninger, og ikke kun for tilbudsgivere. Kravet om, at tilbudsgivere skal have en passende økonomisk og finansiel formåen, er desuden ikke absolut. I henhold til artikel 47, stk. 2, i direktiv 2004/18 kan en økonomisk aktør basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder [49]. En part kan derfor ikke udelukkes fra en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, alene fordi denne foreslår at benytte ressourcer, som denne ikke ejer, men som tilhører en eller flere andre enheder, til at gennemføre kontrakten [50]. Endelig fremsatte Domstolen sin bemærkning om økonomisk og finansiel formåen i Orizzonte Salute-dommen i forbindelse med langt mindre finansielle begrænsninger af adgangen til klageprocedurer end de i nærværende sager omhandlede [51].

48. Den sidste del af proportionalitetstesten er, at de pågældende foranstaltninger *ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt*, for at opfylde deres mål [52]. Såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål [53].

49. Under den oprindelige ordning fortaber klageren eller sagsøgeren automatisk opfyldelsesgarantien, såfremt hans klage forkastes, eller han frafalder den. Dette gælder også, når der ikke er tegn på misbrug af klageproceduren (eksempelvis fordi klagen er åbenlyst ugrundet eller blev indgivet alene for at forsinke kontrakttildelingen). Af grunde svarende til de ovennævnte [54] er den oprindelige ordning således væsentligt til hinder for klageprocedurer vedrørende beslutninger truffet af ordregivende myndigheder for personer, der (selv hvis deres klage i sidste ende afvises) har nedlagt »begrundede påstande« [55]. Ordningen kan derfor antages at få en betydelig del af de potentielle parter til at undlade at indgive en klage, hvis de ikke er rimeligt sikre på at få medhold. Sådanne omstændigheder omfatter efter min vurdering eksempelvis, når der ikke er fast retspraksis på det pågældende område, eller når klagen vedrører den ordregivende myndigheds vurdering, hvor sidstnævnte har en bred skønsmargen.

47 — Dette gælder så meget desto mere for tilbudsgivere, der desuden skal stille en budgaranti på op til 2% af den anslåede kontraktværdi (artikel 43a i OUG nr. 34/2006). Selv om den rumænske regering i retsmødet har anført, at de to garantier tjener forskellige formål, risikerer en tilbudsgiver stadig at miste dem begge i forbindelse med en enkelt udbudsprocedure.

48 — Dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 64).

49 — Jf. også artikel 63, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65).

50 — Dom af 2.12.1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 26), af 18.3.2004, Siemens og ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 43), og af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 32).

51 — Den retsafgift, der blev undersøgt i denne sag, beløb sig som standard til 2 000 EUR, 4 000 EUR eller 6 000 EUR afhængigt af den offentlige kontrakts værdi.

52 — Jf. i denne retning dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 74).

53 — Jf. bl.a. dom af 29.4.2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

54 — Punkt 46 i dette forslag til afgørelse.

55 — Jeg har hentet dette udtryk fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, hvorefter EMRK's artikel 13 har til formål at sikre et effektivt retsmiddel for »begrundede påstande«. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2011, Diallo mod Den Tjekkiske Republik, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

50. Denne negative virkning (og det betydelige indgreb i retten til effektive retsmidler) kunne efter min opfattelse have været undgået uden at underminere målet om at undgå useriøse klager eller søgsmål. Hvis en klage blev forkastet eller frafaldet, har CNSC eller den kompetente ret eksempelvis haft mulighed for at fastslå, om denne klage var useriøs eller ej, under hensyntagen til alle relevante omstændigheder [56], og som følge deraf beslutte, om (hel eller delvis) tilbageholdelse af opfyldelsesgarantien var begrundet.

51. Jeg er derfor enig med Star Storage, Max Boegl og Kommissionen i, at den oprindelige ordning indebærer en uforholdsmæssig begrænsning af retten til effektive retsmidler, der er beskyttet ved chartrets artikel 47, og derfor underminerer den effektive virkning af artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 92/13. Denne ordning berører også kernen i denne ret, fordi den i praksis kan antages at fratage økonomiske aktører, der har eller har haft en interesse i at få en bestemt kontrakt, adgangen til et retsmiddel over for ordregivende myndigheders angiveligt ulovlige beslutninger.

52. Af disse grunde konkluderer jeg, at artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47, er til hinder for national lovgivning såsom den i hovedsagen omhandlede, som kræver, at en klager eller sagsøger stiller en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageproceduren vedrørende en ordregivende myndigheds beslutninger vedrørende offentligt udbud, og hvorefter den ordregivende myndighed skal tilbageholde denne garanti, hvis klagen eller søgsmålet forkastes eller frafaldes, uanset om klagen eller søgsmålet er useriøs(t) eller ej.

Overgangsordningen

53. Jeg vil nu undersøge overgangsordningen, som adskiller sig fra den oprindelige ordning, idet klageren eller sagsøgeren får tilbagebetalt opfyldelsesgarantien, uanset klagens eller søgsmålets udfald.

54. Mit ræsonnement vedrørende ækvivalens ovenfor gælder tilsvarende her [57].

55. Med hensyn til effektivitet er det klart, at et procedurekrav som det, der følger af artikel 271a, stk. 1, i OUG nr. 34/2006, nødvendigvis i sig selv begrænser retten til adgang til klageprocedurer vedrørende beslutninger truffet af ordregivende myndigheder. Dette krav er en forudsætning for at undersøge indholdet af en klage [58]. Selv om klageren eller sagsøgeren får opfyldelsesgarantien tilbage ved klagesagens eller søgsmålets afslutning, indebærer garantistillelsen nødvendigvis en finansiel byrde for denne. Det første punktum i artikel 271a, stk. 3, i OUG nr. 34/2006 beskriver således to metoder til at stille opfyldelsesgarantien. Hvis klageren eller sagsøgeren foretager en bankoverførsel, fratages han rådigheden over et potentielt betydeligt beløb under hele perioden mellem datoen for indgivelsen af klagen og den dato, hvor CNSC's afgørelse eller den kompetente rets dom bliver endelig. Klageren eller sagsøgeren risikerer derfor ikke at kunne anvende disse midler til andre formål. Hvis klageren eller sagsøgeren i stedet vælger et garantiinstrument, der stilles til rådighed af en bank eller et forsikringsselskab, skal han afholde omkostningerne til dette instrument [59].

56 — Disse omstændigheder kunne omfatte, hvorvidt der er fast retspraksis, for så vidt angår retlige spørgsmål, hvorvidt klagen eller søgsmålet blot gentager en tidligere klage eller søgsmål, eller hvorvidt klagen eller søgsmålet er baseret på en direkte fejlfortolkning af den anfægtede foranstaltning eller en åbenlyst urigtig faktisk konstatering.

57 — Jf. punkt 40 og 41 ovenfor.

58 — Artikel 271a, stk. 2, i OUG nr. 34/2006.

59 — Det er uklart, hvorvidt klageren eller sagsøgeren modtager godtgørelse for disse omkostninger fra den ordregivende myndighed, hvis CNSC eller retten giver ham medhold. Selv om dette er tilfældet, skal en klager eller sagsøger, der får medhold, stadig indledningsvis afholde omkostningerne til at få adgang til klageproceduren. Kravet om garantistillelse har derfor stadig udgjort en hindring for adgang.

56. Et sådant procedurekrav yder efter min opfattelse desuden ikke ordregivende myndigheder tilstrækkelig beskyttelse mod useriøse klager eller søgsmål. Under overgangsordningen skal den ordregivende myndighed tilbagebetale opfyldelsesgarantien til klageren/sagsøgeren inden for fem dage fra den dato, hvor CNSC's afgørelse/dommen bliver endelig, også selv om klageren/sagsøgeren åbenlyst har misbrugt sin ret til at få adgang til klageproceduren. De omkostninger, som overgangsordningen indebærer, vil derfor muligvis ikke afholde en økonomisk aktør fra at indgive en klage eller anlægge søgsmål med et andet formål end det, hvortil klageprocedurerne er blevet indført, eksempelvis for at skade en konkurrent. De kan dog vise sig at være en hindring for en økonomisk aktør med en begrundet klage, men begrænsede midler.

57. Endelig skelner overgangsordningen – i lighed med den oprindelige ordning – ikke mellem begrundede eller useriøse klager og søgsmål. Begrænsningen af adgang til klageprocedurer, som den indebærer, går derfor klart ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet om at forhindre useriøse klager eller søgsmål.

58. Jeg konkluderer derfor, at artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47, er til hinder for national lovgivning såsom overgangsordningen, som kræver, at en klager eller sagsøger stiller en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageproceduren vedrørende en ordregivende myndigheds beslutninger, og hvorefter klageren eller sagsøgeren automatisk får denne garanti tilbage efter sagens afslutning, uanset heraf.

Forslag til afgørelse

59. I lyset af ovennævnte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål forelagt af Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) og Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea, Rumænien) på følgende måde:

«– Artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlæg, som ændret, og artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, sammenholdt med chartrets artikel 47, er til hinder for national lovgivning såsom den i hovedsagen omhandlede, som kræver, at en klager eller sagsøger stiller en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageproceduren vedrørende en ordregivende myndigheds beslutninger vedrørende offentligt udbud, og hvorefter den ordregivende myndighed skal tilbageholde denne garanti, hvis klagen eller søgsmålet forkastes eller frafaldes, uanset om klagen eller søgsmålet er useriøs(t) eller ej.

— De samme bestemmelser i EU-retten er også til hinder for national lovgivning, som kræver, at en klager eller sagsøger stiller en »opfyldelsesgaranti« for at få adgang til klageproceduren vedrørende en ordregivende myndigheds beslutninger, og hvorefter klageren eller sagsøgeren automatisk får denne garanti tilbage efter sagens afslutning, uanset udfaldet heraf.«