Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
ELEANOR SHARPSTON
της 28ης Απριλίου 2016[1]

Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-439/14 και C-488/14

SC Star Storage SA
κατά
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
[αίτηση του Curtea de Apel București (Ρουμανία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]
και
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
κατά
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA
[αίτηση του Curtea de Apel Oradea (Ρουμανία)

για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δημόσια σύμβαση — Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ — Εθνική ρύθμιση η οποία απαιτεί "εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς" για την πρόσβαση σε διαδικασίες προσφυγής — Διαδικαστική αυτονομία των κρατών μελών — Αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας — Άρθρα 47 και 52 του Χάρτη — Δικαίωμα πραγματικής προσφυγής — Περιορισμός — Αναλογικότητα»

1. Στις παρούσες υποθέσεις, το Curtea de Apel București (Εφετείο Βουκουρεστίου, Ρουμανία) και το Curtea de Apel Oradea (Εφετείο της Oradea, Ρουμανία) ζητούν στην ουσία να διευκρινίσει το Δικαστήριο αν το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει σε κράτος μέλος να επιβάλλει στους προσφεύγοντες να καταθέτουν «εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς» προκειμένου να αποκτήσουν πρόσβαση σε διαδικασίες προσφυγής κατά σχετικών με δημόσιες συμβάσεις αποφάσεων που έχουν εκδοθεί από αναθέτουσες αρχές. Σύμφωνα με την επίμαχη στις κύριες δίκες εθνική νομοθεσία, οι αναθέτουσες αρχές κρατούν την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς όταν το αρμόδιο όργανο για τον έλεγχο των αποφάσεών τους έχει απορρίψει την προσφυγή ή όταν ο προσφεύγων έχει παραιτηθεί από αυτήν.

2. Κατά συνέπεια, οι αιτήσεις προδικαστικής αποφάσεως αφορούν το πεδίο του δικαιώματος πραγματικής προσφυγής προκειμένου περί δημοσίων συμβάσεων, δικαιώματος το οποίο κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Χάρτης) αλλά και προβλέπεται ειδικά στις οδηγίες της Ένωσης που διέπουν τις διαδικασίες

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων. Μέχρι ποίου σημείου μπορούν τα κράτη μέλη να θέτουν οικονομικές απαιτήσεις για την προσβολή αποφάσεων αναθετουσών αρχών προκειμένου να περιορίζεται ο κίνδυνος καταχρηστικών προσφυγών, δηλαδή προσφυγών που είναι εγγενώς απίθανο να ευδοκιμήσουν και οι οποίες σκοπό έχουν απλώς να εμποδίσουν τη διαδικασία αναθέσεως της δημόσιας συμβάσεως;

Το νομικό πλαίσιο

Δίκαιο της Ένωσης

3. Το άρθρο 47, πρώτο εδάφιο, του Χάρτη ορίζει ότι κάθε πρόσωπο του οποίου παραβιάστηκαν τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που διασφαλίζονται από το δίκαιο της Ένωσης έχει δικαίωμα πραγματικής προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου, τηρουμένων των προϋποθέσεων του εν λόγω άρθρου. Κατά το άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη, κάθε περιορισμός στην άσκηση δικαιώματος το οποίο αναγνωρίζεται από τον Χάρτη πρέπει να προβλέπεται από τον νόμο και να σέβεται το βασικό περιεχόμενο του δικαιώματος αυτού. Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, τέτοιοι περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνον αν είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων.

4. Κατά την τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ[2], το άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό εντός της Ένωσης απαιτεί σημαντική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και μη δυσμενών διακρίσεων. Επομένως, σε περίπτωση παραβάσεως του δικαίου της Ένωσης το οποίο αφορά τις δημόσιες συμβάσεις ή των εθνικών κανόνων εφαρμογής του, πρέπει να διατίθενται αποτελεσματικά και ταχέα ένδικα βοηθήματα.

5. Το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665, το οποίο επιγράφεται «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής», ορίζει:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται η οδηγία 2004/18/ΕΚ [...] [3], εκτός εάν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται κατ' εφαρμογή των άρθρων 10 έως 18 της ανωτέρω οδηγίας.

Οι συμβάσεις κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας περιλαμβάνουν τις δημόσιες συμβάσεις, τις συμφωνίες-πλαίσιο, τις συμβάσεις παραχώρησης δημόσιων έργων και τα δυναμικά συστήματα αγορών.

Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της [ενωσιακής] νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία.

2 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31).

3 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114).

2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που ισχυρίζονται ότι υπέστησαν ζημία στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που εφαρμόζουν το [...] δίκαιο [της Ένωσης] και των άλλων εθνικών κανόνων.

3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση.

[...]»

6. Η πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ[4] αναφέρει ότι το άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών στον ανταγωνισμό εντός της Ένωσης συνεπάγεται ότι θα τεθούν στη διάθεση των προμηθευτών και των εργοληπτών κατάλληλες διαδικασίες προσφυγής σε περίπτωση παραβάσεως της σχετικής νομοθεσίας της Ένωσης ή των εθνικών κανόνων εφαρμογής της.

7. Οι τρεις πρώτες παράγραφοι του άρθρου 1 της οδηγίας 92/13, το οποίο επιγράφεται «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής», στην ουσία αντιστοιχούν στις τρεις πρώτες παραγράφους του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665[5].

Ρουμανικό δίκαιο

8. Κατά το άρθρο 43 bis του επείγοντος κυβερνητικού διατάγματος 34/2006 σχετικά με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, συμβάσεων δημοσίων έργων και δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, στο εξής: OUG 34/2006), κάθε υποψήφιος πρέπει να καταθέσει εγγύηση (στο εξής: εγγύηση συμμετοχής) προκειμένου να μετάσχει στη διαδικασία σε όλες τις περιπτώσεις στις οποίες το OUG 34/2006 απαιτεί από την αναθέτουσα αρχή να δημοσιεύσει πρόσκληση υποβολής προσφορών ή πρόσκληση συμμετοχής. Η εγγύηση συμμετοχής, η οποία μπορεί να ανέρχεται έως στο 2 % της εκτιμώμενης αξίας της δημόσιας συμβάσεως, αποσκοπεί στην προστασία της αναθέτουσας αρχής από τον κίνδυνο μη προσήκουσας συμπεριφοράς του προσφέροντος, καθ' όλη τη διάρκεια της περιόδου πριν από τη σύναψη της συμβάσεως.

9. Κατά το άρθρο 256, παράγραφος 1, του OUG 34/2006, οποιοδήποτε ενδιαφερόμενο μέρος θεωρεί ότι θίγεται έχει δικαίωμα να φέρει το ζήτημα στο εθνικό συμβούλιο επιλύσεως διαφορών (Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, στο εξής: CNSC). Κατά το άρθρο 281, παράγραφος 1, κατά των αποφάσεων του CNSC δύναται να ασκηθεί προσφυγή ενώπιον δικαστηρίου.

10. Το άρθρο 278, παράγραφος 1, του OUG 34/2006 ορίζει ότι το CNSC ή το αρμόδιο δικαστήριο αποφαίνεται προκαταρκτικώς επί οποιασδήποτε διαδικαστικής/δικονομικής ή ουσιαστικής ενστάσεως. Αν κρίνει ότι είναι βάσιμες, δεν προχωρεί στην εξέταση της διαφοράς επί της ουσίας.

11. Το άρθρο 278 bis του OUG 34/2006 όριζε ότι, αν το CNSC ή το αρμόδιο δικαστήριο απορρίψει την προσφυγή του προσφέροντος ή αν ο προσφέρων παραιτηθεί από την προσφυγή του, η αναθέτουσα αρχή κρατεί μέρος της εγγυήσεως συμμετοχής.

4 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14).

5 — Με τη διαφορά ότι το άρθρο 1 της οδηγίας 92/13 παραπέμπει στην οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1), και όχι στην οδηγία 2004/18.

12. Το επείγον κυβερνητικό διάταγμα 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului 51/2014, στο εξής: OUG 51/2014) κατήργησε το άρθρο 278 bis του OUG 34/2006 και εισήγαγε στο εν λόγω διάταγμα τις εξής διατάξεις[6]:

«Άρθρο 271 bis

1. Για την προστασία της αναθέτουσας αρχής από τον κίνδυνο μη προσήκουσας συμπεριφοράς, ο προσφεύγων οφείλει να συστήσει εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς καλύπτουσα ολόκληρο το διάστημα από την ημερομηνία καταθέσεως της προσφυγής έως την ημερομηνία κατά την οποία θα καταστεί απρόσβλητη η απόφαση του [CNSC] ή του αρμόδιου δικαστηρίου.

2. Η προσφυγή απορρίπτεται αν ο ενδιαφερόμενος δεν προσκομίσει απόδειξη της συστάσεως της εγγυήσεως η οποία προβλέπεται στην παράγραφο 1.

3. Η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς συνιστάται μέσω τραπεζικού εμβάσματος ή εγγυητικής επιστολής η οποία σύμφωνα με όσα νόμος ορίζει εκδίδεται από τραπεζικό ίδρυμα ή ασφαλιστική εταιρία· το πρωτότυπο κατατίθεται στην έδρα της αναθέτουσας αρχής και αντίγραφο κατατίθεται στο [CNSC] ή στο δικαστήριο ταυτόχρονα με την κατάθεση της προσφυγής.

4. Το συνολικό ποσό της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς καθορίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της προς ανάθεση συμβάσεως σύμφωνα με τους ακόλουθους κανόνες:

a) στο 1 % της εκτιμώμενης αξίας, αν είναι χαμηλότερη του ορίου αξίας που προβλέπεται στο άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχεία a και b [7],

b) στο 1 % της εκτιμώμενης αξίας, αν είναι χαμηλότερη του ορίου αξίας που προβλέπεται στο άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχείο c [8], αλλά όχι υψηλότερη από το ισοδύναμο των 10 000 ευρώ σε ρουμανικά λέου, βάσει της συναλλαγματικής ισοτιμίας [...] κατά την ημερομηνία συστάσεως της εγγυήσεως,

c) στο 1 % της εκτιμώμενης αξίας, αν είναι ίση ή υψηλότερη του ορίου αξίας που προβλέπεται στο άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχεία a και b, αλλά όχι υψηλότερη από το ισοδύναμο των 25 000 ευρώ σε ρουμανικά λέου, βάσει της συναλλαγματικής ισοτιμίας [...] κατά την ημερομηνία συστάσεως της εγγυήσεως,

d) στο 1 % της εκτιμώμενης αξίας, αν είναι ίση ή υψηλότερη του ορίου αξίας που προβλέπεται στο άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχείο c, αλλά όχι υψηλότερη από το ισοδύναμο των 100 000 ευρώ σε ρουμανικά λέου, βάσει της συναλλαγματικής ισοτιμίας [...] κατά την ημερομηνία συστάσεως της εγγυήσεως.

5. Η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς πρέπει να έχει ισχύ τουλάχιστον 90 ημερών, να είναι ανεπίδεκτη ανακλήσεως και να προβλέπει άνευ όρων καταβολή σε πρώτη ζήτηση από την αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής.

6. Αν μέχρι την τελευταία ημέρα ισχύος της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς η απόφαση του [CNSC] ή του δικαστηρίου δεν έχει καταστεί απρόσβλητη, ο δε ενδιαφερόμενος που προσέβαλε την απόφαση δεν παρέτεινε την ισχύ της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς σύμφωνα με τις επιταγές των παραγράφων 1 έως 5, η αναθέτουσα αρχή κρατεί την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς. Οι διατάξεις του άρθρου 271 ter, παράγραφοι 3 έως 5, εφαρμόζονται κατ' αναλογίαν.

6 — Στη συνέχεια, θα αναφέρομαι στις διατάξεις αυτές ως το «αρχικό καθεστώς».

7 — Το άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχεία a και b, του OUG 34/2006 αφορά τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών.

8 — Το άρθρο 55, παράγραφος 2, στοιχείο c, του OUG 34/2006 αφορά συμβάσεις δημοσίων έργων.

[...]

Άρθρο 271 ter

1. Σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής από το [CNSC] ή από το δικαστήριο, αν ο ενδιαφερόμενος που προσέβαλε την απόφαση προσέφυγε απευθείας στο δικαστήριο, η αναθέτουσα αρχή κρατεί την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς από το χρονικό σημείο στο οποίο η απόφαση του [CNSC] ή του δικαστηρίου κατέστη απρόσβλητη. Η επιταγή να κρατείται η εγγύηση αφορά τα τμήματα της συμβάσεως ως προς τα οποία απορρίφθηκε η προσφυγή.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται επίσης όταν ο ενδιαφερόμενος που προσέβαλε την απόφαση παραιτήθηκε από την προσφυγή.

3. Το προβλεπόμενο στην παράγραφο 1 μέτρο δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση που το [CNSC] ή το δικαστήριο απέρριψε την προσφυγή ως άνευ αντικειμένου ή στην περίπτωση παραιτήσεως από την προσφυγή κατόπιν λήψεως από την αναθέτουσα αρχή των αναγκαίων διορθωτικών μέτρων κατά το άρθρο 256 quater, παράγραφος 1.

4. Αν το [CNSC] δεχθεί την προσφυγή του ενδιαφερόμενου κατά της αναθέτουσας αρχής ή το δικαστήριο δεχθεί την προσφυγή κατά της αποφάσεως του [CNSC], η αναθέτουσα αρχή οφείλει να επιστρέψει στον ενδιαφερόμενο που προσέβαλε την απόφαση την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς εντός πέντε ημερών από την ημερομηνία κατά την οποία η απόφαση κατέστη απρόσβλητη.

5. Σε περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος που προσέβαλε την απόφαση άσκησε προσφυγή απευθείας ενώπιον δικαστικής αρχής και η τελευταία δέχθηκε την προσφυγή, η παράγραφος 4 εφαρμόζεται κατ' αναλογίαν.

6. Τα ποσά που βάσει της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς εισπράττει η αναθέτουσα αρχή αποτελούν έσοδα της αναθέτουσας αρχής.»

13. Σε απάντηση αιτήματος του Δικαστηρίου για την παροχή διευκρινίσεων, τα αιτούντα δικαστήρια επιβεβαίωσαν ότι, με απόφαση που εξέδωσε στις 15 Ιανουαρίου 2015, το Curtea Constituțională (Συνταγματικό Δικαστήριο, Ρουμανία) κήρυξε αντισυνταγματικό το άρθρο 271 ter, παράγραφοι 1 και 2, του OUG 34/2006. Το Curtea Constituțională κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό στην ουσία με το σκεπτικό ότι οι εν λόγω διατάξεις απαιτούσαν από την αναθέτουσα αρχή να κρατεί την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς όταν η προσφυγή έχει απορριφθεί ή ο ενδιαφερόμενος έχει παραιτηθεί από αυτήν, χωρίς να παρέχουν στο CNSC ή στο δικαστήριο που επελήφθη της προσφυγής καμία ευελιξία να λάβει υπόψη τη συμπεριφορά του προσφεύγοντος. Μόνο σε περίπτωση μη προσήκουσας συμπεριφοράς θα δικαιολογούνταν η απώλεια της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς. Στις 4 Νοεμβρίου 2015 το Curtea Constituțională, στην ουσία για παρόμοιους λόγους, κήρυξε αντισυνταγματικό το άρθρο 271 bis, παράγραφος 5, του OUG 34/2006, κατά το μέρος που η διάταξη αυτή απαιτούσε όπως η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς προβλέπει άνευ όρων καταβολή σε πρώτη ζήτηση της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής.

14. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Ρουμανική Κυβέρνηση εξήγησε ότι τα άρθρα 271 bis και 271 ter του OUG 34/2006 εξακολουθούν να ισχύουν κατά το μέρος που δεν κηρύχθηκαν αντισυνταγματικά. Επιβεβαίωσε ότι οι λοιπές διατάξεις[9] εξακολουθούν να επιβάλλουν στον προσφεύγοντα την κατάθεση εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς, αλλά ότι πλέον δεν υπάρχει

9 — Οι «λοιπές διατάξεις» (όπως αντιλαμβάνομαι) είναι στην ουσία το άρθρο 271 bis, εξαιρουμένης της κατά την παράγραφο 5 απαιτήσεως περί άνευ όρων καταβολής, και το άρθρο 271 ter, παράγραφοι 3 έως 5, του OUG 34/2006. Στις προτάσεις μου, θα αναφέρομαι στις διατάξεις αυτές ως το «μεταβατικό καθεστώς» για να το διακρίνω τόσο από το «αρχικό καθεστώς» όσο και από το νέο καθεστώς, το οποίο, κατά δήλωση της Ρουμανικής Κυβερνήσεως κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ο Ρουμάνος νομοθέτης προτίθεται να θεσπίσει στο μέλλον.

νομική βάση για να την κρατεί η αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή οφείλει τώρα να επιστρέψει την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς στον προσφεύγοντα μετά το πέρας της διαδικασίας, ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής και, κατά μείζονα λόγο, ανεξαρτήτως του αν η προσφυγή ήταν καταχρηστική.

Το πραγματικό πλαίσιο, η διαδικασία και τα προδικαστικά ερωτήματα

Υπόθεση C-439/14

15. Το Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (εθνικό ινστιτούτο έρευνας και αναπτύξεως στον τομέα της πληροφορικής, στο εξής: INCDI) κίνησε διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως προμηθειών και υπηρεσιών με σκοπό την ανάπτυξη και συμπλήρωση πλατφόρμας υπολογιστικού νέφους (cloud computing). Η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως, χωρίς φόρο προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ), ήταν 61 287 713,71 ρουμανικά λέου (περίπου 13 700 000 ευρώ). Το INCDI κατήρτισε τα σχετικά έγγραφα του διαγωνισμού και δημοσίευσε πρόσκληση υποβολής προσφορών την 1η Απριλίου 2014 στο Sistemul Electronic de Achiziții Publice (ηλεκτρονικό σύστημα δημόσιων συμβάσεων). Το κριτήριο αναθέσεως ήταν η «χαμηλότερη τιμή».

16. Διάφοροι οικονομικοί φορείς ζήτησαν από το INCDI να διευκρινίσει τους κανόνες που ορίζονταν στα έγγραφα του διαγωνισμού. Το INCDI απάντησε με τη δημοσίευση διάφορων επεξηγηματικών σημειώσεων στο ηλεκτρονικό σύστημα δημόσιων συμβάσεων.

17. Στις 30 Ιουνίου 2014 η SC Star Storage SA (στο εξής: Star Storage) προσέβαλε ενώπιον του CNSC τρεις από αυτές τις επεξηγηματικές σημειώσεις. Στις 18 Ιουλίου 2014 το CNSC απέρριψε την προσφυγή ως απαράδεκτη, δεδομένου ότι η Star Storage δεν είχε συστήσει εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς [10]. Η Star Storage άσκησε κατά της αποφάσεως αυτής προσφυγή ενώπιον του Curtea de Apel București, το οποίο ανέστειλε τη διαδικασία και ζήτησε την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί του εξής ερωτήματος:

«Πρέπει οι διατάξεις του άρθρου 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και του άρθρου 1, παράγραφος 3, της [οδηγίας 89/665] να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι αντιτίθενται σε νομοθεσία η οποία εξαρτά την πρόσβαση στις διαδικασίες προσφυγής κατά αποφάσεων των αναθετουσών αρχών από την υποχρέωση προηγούμενης καταθέσεως “εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς”, όπως η προβλεπόμενη στο άρθρο 271 bis και στο άρθρο 271 ter του [OUG 34/2006];»

Υπόθεση C-488/14

18. Στις 21 Ιανουαρίου 2014 η RA Aeroportul Oradea (στο εξής: αερολιμένας της Oradea) δημοσίευσε προκήρυξη διαγωνισμού στο ηλεκτρονικό σύστημα δημόσιων συμβάσεων για την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως για την επέκταση και τον εκσυγχρονισμό του εν λόγω αερολιμένα. Η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως, χωρίς ΦΠΑ, ήταν 101 232 054 ρουμανικά λέου (περίπου 22 800 000 ευρώ). Το κριτήριο αναθέσεως ήταν η «πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά».

19. Τέσσερις οικονομικοί φορείς υπέβαλαν προσφορές. Σύμφωνα με την έκθεση της 28ης Μαρτίου 2014 για την αξιολόγηση των προσφορών, η προσφορά που υπέβαλε η κοινοπραξία των SC Max Boegl România SRL (στο εξής: Max Boegl), SC UTI Grup SA και Astaldi SpA κηρύχθηκε μη επιλέξιμη. Η ίδια έκθεση ανέφερε ότι η προσφορά που υπέβαλε η κοινοπραξία των SC Construcții Napoca SA (στο εξής: Construcții Napoca), SC Aici Cluj SA και CS Icco Energ SRL κατατάχθηκε στη δεύτερη θέση.

10 — Το ποσό της οφειλόμενης εγγυήσεως ήταν το ισοδύναμο των 25 000 ευρώ σε ρουμανικά λέου.

20. Στις 10 Ιουλίου 2014 το CNSC απέρριψε ως αβάσιμες τις προσφυγές που οι δύο αυτές κοινοπραξίες κατέθεσαν κατά της εκθέσεως αξιολογήσεως των προσφορών.

21. Η κοινοπραξία της οποίας μέλος είναι η Max Boegl και η Construcții Napoca άσκησαν κατά των αποφάσεων αυτών προσφυγή ενώπιον του Curtea de Apel Oradea. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 10ης Σεπτεμβρίου 2014, το Curtea de Apel Oradea επισήμανε στις προσφεύγουσες την απαίτηση καταθέσεως εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς, μετά τη θέση σε ισχύ, στις 30 Ιουνίου 2014, των άρθρων 271 bis και 271 ter του OUG 34/2006 [11]. Το Curtea de Apel Oradea ανέστειλε τη διαδικασία και ζήτησε την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί του ακολούθου ερωτήματος:

«Πρέπει οι διατάξεις του άρθρου 1, παράγραφοι 1, 2 και 3, της [οδηγίας 89/665] και του άρθρου 1, παράγραφοι 1, 2 και 3, της [οδηγίας 92/13] να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι αντιτίθενται σε νομοθεσία η οποία εξαρτά την πρόσβαση στις διαδικασίες προσφυγής κατά αποφάσεων των αναθετουσών αρχών από την υποχρέωση προηγούμενης καταθέσεως "εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς", όπως η προβλεπόμενη στο άρθρο 271 bis και στο άρθρο 271 ter του [OUG 34/2006];»

22. Στις 13 Νοεμβρίου 2014 ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου συνένωσε τις δύο υποθέσεις για τη διευκόλυνση της έγγραφης και της προφορικής διαδικασίας και για την έκδοση κοινής αποφάσεως. Η Star Storage, η Ελληνική και η Ρουμανική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις. Η Max Boegl, η Ρουμανική Κυβέρνηση και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλαν προφορικές παρατηρήσεις κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 14ης Ιανουαρίου 2016.

Ανάλυση

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

23. Η αξία της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως στην υπόθεση C-439/14 είναι υψηλότερη από το όριο αξίας που προβλέπεται στο άρθρο 7, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/18 για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών. Ως εκ τούτου, η οδηγία 89/665 έχει εφαρμογή σε αυτή τη διαδικασία [12]. Ομοίως, η αξία της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως στην υπόθεση C-488/14 φθάνει τα όρια που προβλέπονται για τις συμβάσεις δημοσίων έργων σε αμφότερα τα άρθρα 7, στοιχείο γ', της οδηγίας 2004/18 και 16, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17.

24. Πάντως, η Ρουμανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή διαφωνούν ως προς το νομικό πλαίσιο της κύριας δίκης στην υπόθεση C-488/14. Η Ρουμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι αυτή η κύρια δίκη διέπεται μόνον από την οδηγία 2004/18 και, κατ' επέκταση, από την οδηγία 89/665. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, επειδή η επίμαχη διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως αφορούσε την επέκταση και βελτίωση εγκαταστάσεων αερολιμένα, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17 [13] και ως εκ τούτου διέπεται από την οδηγία 92/13 [14].

25. Κατά την άποψή μου, το Δικαστήριο δεν διαθέτει επαρκή στοιχεία ως προς την εν λόγω σύμβαση, προκειμένου να καθορίσει αν στη διαδικασία για την ανάθεση της συμβάσεως αυτής έχει εφαρμογή η οδηγία 89/665 ή η οδηγία 92/13. Τούτο όμως δεν δημιουργεί δυσχέρεια εν προκειμένω. Αφενός, από τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης στην υπόθεση C-488/14 είναι σαφές ότι το ερώτημα που το Curtea de Apel Oradea θέτει στο Δικαστήριο δεν είναι υποθετικό, στο μέτρο που αφορά την οδηγία

11 — Από τη δικογραφία ενώπιον του Δικαστηρίου προκύπτει ότι το ποσό κάθε εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς που απαιτήθηκε στις υποθέσεις των κύριων δικών ήταν το ισοδύναμο των 100 000 ευρώ σε ρουμανικά λέου.

12 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665.

13 — Άρθρο 7, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17.

14 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/13.

92/13. Αφετέρου, οι τρεις πρώτες παράγραφοι του άρθρου 1 της εν λόγω οδηγίας στην ουσία αντιστοιχούν στις τρεις πρώτες παραγράφους του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665. Επομένως, τα δύο ερωτήματα που τέθηκαν από τα αιτούντα δικαστήρια είναι στην ουσία ένα και το αυτό και πρέπει να εξεταστούν από κοινού.

26. Περαιτέρω, ο αντίκτυπος που έχουν στις κύριες δίκες οι αποφάσεις του Curtea Constituțională της 15ης Ιανουαρίου και της 4ης Νοεμβρίου 2015 είναι ασαφής. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Ρουμανική Κυβέρνηση υποστήριξε ότι τα αιτούντα δικαστήρια θα πρέπει τώρα να εφαρμόσουν το μεταβατικό καθεστώς. Η Επιτροπή, από την άλλη πλευρά, προσπάθησε να διακρίνει μεταξύ των δύο υποθέσεων. Στην υπόθεση C-488/14, η απαίτηση συστάσεως εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς ανέκυψε για πρώτη φορά ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου. Ως εκ τούτου, το εν λόγω δικαστήριο θα πρέπει να εφαρμόσει το *μεταβατικό* καθεστώς. Αντιθέτως, στην υπόθεση C-439/14 η απαίτηση αρχικά ανέκυψε στη διαδικασία ενώπιον του CNSC —δηλαδή πριν από την έκδοση των αποφάσεων του Curtea Constituțională. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, στην υπόθεση αυτή, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να εφαρμόσει το *αρχικό* καθεστώς, αφότου λάβει την απάντηση του Δικαστηρίου.

27. Κατά πάγια νομολογία, δεν είναι έργο του Δικαστηρίου να αποφαίνεται επί της δυνατότητας εφαρμογής διατάξεων εθνικού δικαίου που ασκούν επιρροή για την έκβαση της κύριας δίκης. Αντιθέτως, το Δικαστήριο οφείλει, στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ των δικαστηρίων της Ένωσης και των εθνικών δικαστηρίων, να λαμβάνει υπόψη το νομοθετικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται το προδικαστικό ερώτημα, όπως το πλαίσιο αυτό περιγράφεται στη διάταξη περί παραπομπής[15]. Πάντως, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο όλα τα σχετικά με το δίκαιο της Ένωσης ερμηνευτικά στοιχεία που θα του δώσουν τη δυνατότητα να εκτιμήσει τη συμβατότητα του εθνικού δικαίου με το δίκαιο της Ένωσης, προκειμένου να αποφανθεί στην υπόθεση της οποίας έχει επιληφθεί[16]. Δεδομένου ότι είναι αβέβαιο αν στην υπόθεση C-439/14 έχει εφαρμογή το αρχικό καθεστώς ή το μεταβατικό καθεστώς, στις προτάσεις μου θα εξετάσω και τα δύο καθεστώτα.

28. Τέλος, από τα πληροφοριακά στοιχεία που γνωστοποιήθηκαν στο Δικαστήριο προκύπτει ότι, σύμφωνα με το OUG 34/2006, προσφυγή δύναται να ασκηθεί είτε ενώπιον του CNSC (κατά των αποφάσεων του οποίου δύναται στη συνέχεια να ασκηθεί προσφυγή ενώπιον εφετείου) είτε απευθείας ενώπιον δικαστηρίου. Τούτο δεν επηρεάζει την ακόλουθη συλλογιστική, δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση απαιτείται εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς[17].

Μεθοδολογία της αναλύσεως

29. Από την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665 και την πρώτη, τη δεύτερη και την τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/13 καθίσταται σαφές ότι οι εν λόγω οδηγίες αποσκοπούν στην ενίσχυση των υπαρχόντων μηχανισμών, τόσο σε εθνικό επίπεδο όσο και σε επίπεδο της Ένωσης, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι οδηγίες που αφορούν τις δημόσιες συμβάσεις εφαρμόζονται αποτελεσματικά, ιδίως δε σε στάδιο όπου ακόμη είναι δυνατή η άρση τυχόν παραβάσεων[18]. Προς τούτο, το άρθρο 1, παράγραφος 1, αμφότερων των οδηγιών απαιτεί από τα κράτη μέλη να εγγυώνται ότι οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υπόκεινται σε αποτελεσματικά και όσο το

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, σκέψη 20 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

16 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική (C-213/05, EU:C:2008:731, σκέψη 51 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

17 — Βλ., ιδίως, άρθρα 271 bis, παράγραφος 1, και 271 ter, παράγραφοι 1 και 5, του OUG 34/2006.

18 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 28ης Οκτωβρίου 1999, Alcatel Austria κ.λπ. (C-81/98, EU:C:1999:534, σκέψη 33)· της 19ης Ιουνίου 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 28ης Ιανουαρίου 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, σκέψη 26).

δυνατόν ταχέα ένδικα βοηθήματα [19]. Τα κράτη μέλη οφείλουν να μεριμνούν ώστε στα ένδικα αυτά βοηθήματα να έχει πρόσβαση κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τη φερόμενη παράβαση [20].

30. Πάντως, οι εν λόγω οδηγίες καθορίζουν μόνο τις ελάχιστες προϋποθέσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν οι διαδικασίες προσφυγής που προβλέπουν οι εθνικές έννομες τάξεις, προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων [21]. Αν δεν υπάρχει ειδική διάταξη που ρυθμίζει το θέμα, σε κάθε κράτος μέλος απόκειται να καθορίσει τους λεπτομερείς κανόνες των διοικητικών και δικαστικών διαδικασιών που διέπουν τις προσφυγές για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων που οι ιδιώτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων. Αυτοί οι λεπτομερείς κανόνες δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που διέπουν παρόμοια ένδικα βοηθήματα της εσωτερικής έννομης τάξεως (αρχή της ισοδυναμίας) ούτε να καθιστούν πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών (αρχή της αποτελεσματικότητας) [22]. Η τελευταία προϋπόθεση είναι ουσιώδης για την επίτευξη του κύριου σκοπού του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, ο οποίος συνίσταται στο άνοιγμά τους στον ανόθευτο ανταγωνισμό σε όλα τα κράτη μέλη [23].

31. Όπως σημειώνει η Επιτροπή, ούτε η οδηγία 89/665 ούτε η οδηγία 92/13 περιέχουν κανόνες σχετικά με οικονομικές απαιτήσεις που οι οικονομικοί φορείς πρέπει να ικανοποιούν για να αποκτήσουν πρόσβαση στις διαδικασίες προσφυγής κατά αποφάσεων των αναθετουσών αρχών. Κατά συνέπεια, εθνικές διατάξεις όπως οι επίμαχες στις κύριες δίκες εμπίπτουν στο πεδίο της διαδικαστικής αυτονομίας των κρατών μελών, υπό την επιφύλαξη των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας. Θα εξετάσω τα προδικαστικά ερωτήματα υπό το πρίσμα των αρχών αυτών [24].

32. Πάντως, αμφότερες οι οδηγίες αποτελούν ειδική έκφραση, στον συγκεκριμένο τομέα των δημόσιων συμβάσεων, της γενικής αρχής του δικαίου της Ένωσης η οποία κατοχυρώνει το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής [25]. Τούτο θέτει δύο στενά συνδεδεμένα μεταξύ τους ζητήματα που αφορούν το πεδίο της αρχής της αποτελεσματικότητας.

33. Πρώτον, δύναται η εν λόγω αρχή να περιορίζεται στην εξακρίβωση του αν εθνική διαδικαστική απαίτηση, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, καθιστά *πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή* την άσκηση του δικαιώματος προσβάσεως σε διαδικασίες προσφυγής, όπως αυτό προβλέπεται στα άρθρα 1 της οδηγίας 89/665 και της οδηγίας 92/13; Ή μήπως είναι ευρύτερη, υπό την έννοια ότι απαιτεί να μένει ανεφάρμοστη *κάθε εθνική ρύθμιση που θίγει* τις εν λόγω διατάξεις;

34. Το Δικαστήριο εξέτασε σε διάφορες περιπτώσεις αν εθνικοί δικονομικοί κανόνες οι οποίοι διέπουν ένδικα βοηθήματα που προορίζονται για την προάσπιση δικαιωμάτων που το δίκαιο της Ένωσης παρέχει στους υποψηφίους και στους υποβαλόντες προσφορά, οι οποίοι ζημιώθηκαν από αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, έθιξαν την αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 [26]. Πάντως, στη

19 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 19ης Ιουνίου 2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, σκέψη 22 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 19ης Ιουνίου 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

20 — Απόφαση της 26ης Νοεμβρίου 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, σκέψη 28 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

21 — Απόφαση της 30ής Σεπτεμβρίου 2010, Strabag κ.λπ. (C-314/09, EU:C:2010:567, σκέψη 33 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., συναφώς, επίσης απόφαση της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, σκέψη 16).

22 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 11ης Σεπτεμβρίου 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, σκέψη 49), και της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 46 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

23 — Βλ., συναφώς, απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, σκέψεις 33 και 34).

24 — Βλ. σημεία 40 έως 58 των προτάσεών μου.

25 — Βλ., συναφώς, διάταξη της 23ης Απριλίου 2015, Επιτροπή κατά Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, σκέψη 28]. Οι απαρχές της συλλογιστικής αυτής μπορούν να αναχθούν στην απόφαση της 15ης Μαΐου 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, σκέψεις 18 και 19).

26 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau κ.λπ., (C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψεις 71 και 72)· της 28ης Ιανουαρίου 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, σκέψη 27), και της 30ής Σεπτεμβρίου 2010, Strabag κ.λπ. (C-314/09, EU:C:2010:567, σκέψη 34).

νομολογία δεν υπάρχει ενιαία προσέγγιση σχετικά με το πώς αυτός ο έλεγχος αποτελεσματικότητας σχετίζεται με τη δικονομική αυτονομία των κρατών μελών και την αρχή της αποτελεσματικότητας, η οποία περιορίζει την εν λόγω αυτονομία[27]. Σε ορισμένες υποθέσεις, η ανάλυση επικεντρώθηκε αποκλειστικά στην αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, χωρίς αναφορά στη δικονομική αυτονομία και στους περιορισμούς της[28]. Άλλες υποθέσεις δείχνουν ότι ο έλεγχος αποτελεσματικότητας συμπληρώνει τον έλεγχο της δικονομικής αυτονομίας, όταν στην οδηγία 89/665 δεν υπάρχει ειδική διάταξη που διέπει το επίμαχο ζήτημα[29]. Μερικές φορές, η διατύπωση που χρησιμοποιήθηκε δείχνει ότι ο έλεγχος αποτελεσματικότητας αποτελεί μέρος του ελέγχου της δικονομικής αυτονομίας (και του δίνει ειδικό περιεχόμενο)[30].

35. Κατά την άποψή μου, αυτό που έχει τελικά σημασία είναι να διασφαλιστεί ότι τα δικαιώματα που το δίκαιο της Ένωσης παρέχει στους ιδιώτες προστατεύονται περισσότερο και όχι λιγότερο. Το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 1 της οδηγίας 92/13 αποτελούν ειδική έκφραση του δικαιώματος *πραγματικής* προσφυγής. Κατά συνέπεια, η ανάλυση της αρχής της αποτελεσματικότητας δεν είναι δυνατόν να περιοριστεί στο αν μια διαδικαστική απαίτηση, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, είναι ικανή να καταστήσει πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση του εν λόγω δικαιώματος. Αντιθέτως, σε αυτό το συγκεκριμένο πλαίσιο, ο έλεγχος αποτελεσματικότητας ασφαλώς πρέπει να περιλάβει την εξέταση του αν μια τέτοια απαίτηση είναι ικανή να *θίξει* το δικαίωμα προσβάσεως σε αποτελεσματικές διαδικασίες προσφυγής το οποίο εγγυώνται οι εν λόγω διατάξεις.

36. Δεύτερον, ποιες είναι οι συνέπειες που το κατά το άρθρο 47 του Χάρτη θεμελιώδες δικαίωμα πραγματικής προσφυγής έχει στην αρχή της αποτελεσματικότητας, ως περιορισμό της διαδικαστικής αυτονομίας των κρατών μελών;

37. Διαδικαστικοί κανόνες, όπως οι επίμαχοι στις κύριες δίκες, σαφώς εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 και του άρθρου 1 της οδηγίας 92/13. Επιπλέον, το θεμελιώδες δικαίωμα πραγματικής προσφυγής, του οποίου ειδική έκφραση αποτελούν οι διατάξεις αυτές, καλύπτει τέτοιου είδους κανόνες[31]. Κατά συνέπεια, το άρθρο 47 του Χάρτη έχει εφαρμογή στις υποθέσεις των κύριων δικών[32]. Η σύσταση εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς είναι προϋπόθεση για την εξέταση οποιασδήποτε προσφυγής[33]. Ως εκ τούτου, η εν λόγω απαίτηση συνιστά περιορισμό

27 — Αυτή η έλλειψη ομοιομορφίας καθιστά δύσκολο να προβλέψει κανείς ποια μεθοδολογία θα ακολουθήσει το Δικαστήριο σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Βλ. Prechal, S., Widdershoven, R., «Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection», 4 *Review of European Administrative Law* (2011), σ. 39.

28 — Βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau κ.λπ. (C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 71), και της 28ης Ιανουαρίου 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, σκέψεις 26 έως 28).

29 — Αποφάσεις της 30ής Σεπτεμβρίου 2010, Strabag κ.λπ. (C-314/09, EU:C:2010:567, σκέψη 34), και της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψεις 47, 50 και 72).

30 — Απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo [C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψεις 40 (βλ. ιδίως το εισαγωγικό χωρίο «Ειδικότερα [...]») και 41]. Στην απόφαση της 15ης Απριλίου 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, σκέψεις 47 και 48), το Δικαστήριο έκρινε ότι οι απαιτήσεις ισοδυναμίας και αποτελεσματικότητας *ενσωματώνουν* τη γενική υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν την ένδικη προστασία των δικαιωμάτων που οι πολίτες έλκουν από το δίκαιο της Ένωσης. Η ίδια διατύπωση επανελήφθη στη διάταξη της 24ης Απριλίου 2009, Κούκου (C-519/08, EU:C:2009:269, σκέψη 98). Ομοίως, το Δικαστήριο συνέδεσε την αρχή της αποτελεσματικότητας, ως όριο της δικονομικής αυτονομίας, με το κατά το άρθρο 47 του Χάρτη δικαίωμα πραγματικής προσφυγής, στην απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, σκέψη 52 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

31 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 15ης Απριλίου 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και της 17ης Ιουλίου 2014, Sánchez Morcillo και Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, σκέψη 35 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

32 — Βλ., συναφώς, απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 49). Βλ., κατ' αναλογίαν, επίσης απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, σκέψη 51). Στο μέτρο που έχει εφαρμογή στα κράτη μέλη, το άρθρο 47 του Χάρτη απηχεί το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 19, παράγραφος 1, ΣΕΕ και αποτελεί ειδική έκφραση της κατά το άρθρο 4, παράγραφος 3, ΣΕΕ αρχής της καλόπιστης συνεργασίας. Επ' αυτού, βλ. απόφαση της 13ης Μαρτίου 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, σκέψη 37).

33 — Άρθρο 271 bis, παράγραφος 2, του OUG 34/2006.

του δικαιώματος πραγματικής προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου κατά την έννοια του άρθρου 47[34]. Επομένως, ένας τέτοιος περιορισμός δύναται να δικαιολογηθεί μόνον αν προβλέπεται από τον νόμο, σέβεται το βασικό περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος και, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, είναι αναγκαίος και πραγματικά ανταποκρίνεται σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζονται από την Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων[35]. Ο έλεγχος αυτός είναι παρόμοιος με εκείνον που το Δικαστήριο του Στρασβούργου εφαρμόζει όταν εξετάζει αν οικονομικοί περιορισμοί στην πρόσβαση στη δικαιοσύνη είναι συμβατοί με το άρθρο 6, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ[36].

38. Πάλι, η νομολογία του Δικαστηρίου δεν προσφέρει σαφή καθοδήγηση σε αυτό το ζήτημα[37]. Όπως αντιλαμβάνομαι, σε περιπτώσεις όπως η παρούσα, η αξιολόγηση που προβλέπεται στο άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη είναι αναγκαία για να τηρηθεί το επίπεδο προστασίας που το άρθρο 47 του Χάρτη παρέχει στους ιδιώτες. Η εφαρμογή διαφορετικής μεθοδολογίας θα είχε το αναπάντεχο (και κατά την άποψή μου απαράδεκτο) αποτέλεσμα τα κράτη μέλη να μπορούν να διαφύγουν τον έλεγχο αυτόν, απλώς και μόνον επειδή ενήργησαν, στο πλαίσιο της δικονομικής αυτονομίας τους, σε τομέα όπου ο νομοθέτης της Ένωσης έχει εξειδικεύσει το περιεχόμενο του δικαιώματος πραγματικής προσφυγής.

39. Επομένως, στη συνέχεια θα εξετάσω αν εθνικές ρυθμίσεις, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, οι οποίες ρυθμίσεις εμπίπτουν στη διαδικαστική αυτονομία των κρατών μελών, συνάδουν με τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας. Πάντως, δεδομένου ότι τα άρθρα 1, παράγραφοι 1 και 3, τόσο της οδηγίας 89/665 όσο και της οδηγίας 92/13 διέπουν τέτοιες ρυθμίσεις και ότι οι εν λόγω διατάξεις αποτελούν έκφραση, στον συγκεκριμένο τομέα των δημόσιων συμβάσεων, του θεμελιώδους δικαιώματος πραγματικής προσφυγής που κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του Χάρτη, θα προβώ στην εξέταση με βάση το ότι η αρχή της αποτελεσματικότητας απαιτεί να διερευνηθεί αν οι εν λόγω εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες περιορίζουν το δικαίωμα αυτό, πληρούν το κριτήριο της αναλογικότητας που προβλέπεται στο άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη. Αν δεν το πληρούν, θίγουν την αποτελεσματικότητα του άρθρου 1, παράγραφοι 1 και 3, αμφότερων των οδηγιών.

34 — Βλ., κατ' αναλογίαν, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Jääskinen στην υπόθεση Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, σημείο 37). Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής: Δικαστήριο του Στρασβούργου) έχει κρίνει ότι η καταβολή δικαστικού τέλους ή εγγυήσεως για τα δικαστικά έξοδα κατ' αρχήν αντιβαίνει προς το δικαίωμα προσβάσεως στη δικαιοσύνη, το οποίο κατοχυρώνεται στο άρθρο 6, παράγραφος 1, της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, που υπογράφτηκε στη Ρώμη στις 4 Νοεμβρίου 1950 (στο εξής: ΕΣΔΑ), αν η καταβολή συνιστά προϋπόθεση για την εξέταση της υποθέσεως. Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις του ΕΔΔΑ της 13ης Ιουλίου 1995, Tolstoy Miloslavski κατά Ηνωμένου Βασιλείου (CE:ECHR:1992:0220DEC00181399), §§ 59 έως 67· της 4ης Μαΐου 2006, Weissman κ.λπ. κατά Ρουμανίας (CE:ECHR:2006:0524JUD006394500), §§ 32 έως 44, και της 12ης Ιουλίου 2007, Stankov κατά Βουλγαρίας (CE:ECHR:2007:0712JUD006849001), § 53.

35 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, σκέψη 72), και προτάσεις μου στην υπόθεση Ordre des barreaux francophones et germanophone κ.λπ. (C-543/14, EU:C:2016:157, σημείο 80).

36 — Το Δικαστήριο του Στρασβούργου έχει καταστήσει σαφές ότι, μολονότι τα κράτη μέλη διαθέτουν ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως για την επιβολή τέτοιων περιορισμών, αυτοί δεν πρέπει να περιορίζουν ή να μειώνουν την πρόσβαση στη δικαιοσύνη κατά τρόπο που να θίγεται η ίδια η υπόσταση του δικαιώματος ένδικης προστασίας, δηλαδή πρέπει να έχουν θεμιτό σκοπό και πρέπει να υπάρχει εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του επιδιωκόμενου σκοπού. Βλ., συναφώς, αποφάσεις του ΕΔΔΑ της 13ης Ιουλίου 1995, Tolstoy Miloslavski κατά Ηνωμένου Βασιλείου (CE:ECHR:1992:0220DEC00181399), §§ 59 έως 67, και της 19ης Ιουνίου 2001, Kreuz κατά Πολωνίας (CE:ECHR:2001:0619JUD002824995), §§ 54 και 55 (παρατέθηκαν στην απόφαση της 22ας Δεκεμβρίου 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, σκέψη 47). Βλ., επίσης, απόφαση του ΕΔΔΑ της 14ης Δεκεμβρίου 2006, Markovic κ.λπ. κατά Ιταλίας (CE:ECHR:2006:1214JUD000139803), § 99.

37 — Στην απόφαση Orizzonte Salute, το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη. Πάντως, περιόρισε την ανάλυσή του της αρχής της αποτελεσματικότητας στο να εξακριβώσει ότι το επίμαχο σε εκείνη την υπόθεση σύστημα δικαστικών τελών δεν ήταν ικανό να καταστήσει πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από το σχετικό με τις δημόσιες συμβάσεις δίκαιο της Ένωσης (απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψεις 49 και 72). Το Δικαστήριο δεν προέβη σε έλεγχο της αναλογικότητας σύμφωνα με το άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη. Αντιθέτως, σε άλλες περιπτώσεις, το Δικαστήριο εφάρμοσε το κριτήριο της αναλογικότητας για να αξιολογήσει περιορισμούς του δικαιώματος πραγματικής προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου, σύμφωνα με το άρθρο 47 του Χάρτη. Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 18ης Μαρτίου 2010, Alassini κ.λπ. (C-317/08 έως C-320/08, EU:C:2010:146, σκέψεις 61 έως 66), και της 26ης Σεπτεμβρίου 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, σκέψεις 84 έως 88).

Το αρχικό καθεστώς

40. Το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13 αποτελούν ειδική έκφραση της αρχής της ισοδυναμίας. Η εν λόγω αρχή επιτάσσει όπως η επίμαχη εθνική ρύθμιση εφαρμόζεται αδιακρίτως επί των ενδίκων βοηθημάτων με τα οποία προβάλλονται παραβάσεις διατάξεων του δικαίου της Ένωσης και επί των ενδίκων βοηθημάτων, με παρόμοιο σκοπό και αιτία, με τα οποία προβάλλονται παραβάσεις εθνικών διατάξεων [38].

41. Δεν συμφωνώ με τη Star Storage όταν διατείνεται ότι εθνικές ρυθμίσεις, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, είναι ασύμβατες με την αρχή αυτή. Μολονότι είναι αλήθεια ότι δημιουργούν ιδιαίτερη οικονομική επιβάρυνση για την κίνηση διαδικασιών προσφυγής σχετικά με δημόσιες συμβάσεις, η αρχή της ισοδυναμίας δεν απαιτεί να είναι ίσοι οι εθνικοί δικονομικοί κανόνες που έχουν εφαρμογή σε υποθέσεις διαφορετικής φύσεως (όπως οι αστικές διαφορές, αφενός, και οι διοικητικές, αφετέρου) ή σε διαδικασίες που εμπίπτουν σε δύο διαφορετικούς κλάδους δικαίου [39]. Επιπλέον, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η Ρουμανική Κυβέρνηση επιβεβαίωσε ότι οι επίμαχες στις κύριες δίκες εθνικές διατάξεις έχουν εφαρμογή σε όλες τις διαδικασίες προσφυγής που κινούνται κατά αποφάσεων αναθετουσών αρχών, ανεξαρτήτως του αν η διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως διέπεται από το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων.

42. Τι όμως ισχύει όσον αφορά την αρχή της αποτελεσματικότητας και το κριτήριο της αναλογικότητας που προβλέπεται στο άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη;

43. Δεν αμφισβητείται ότι ο περιορισμός που απορρέει από τα άρθρα 271 bis και 271 ter του OUG 34/2006 *προβλέπεται από τον νόμο*.

44. Η δεύτερη προϋπόθεση του κριτηρίου της αναλογικότητας είναι ότι το μέτρο έχει *θεμιτό σκοπό* (δηλαδή ανταποκρίνεται σε στόχο γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων). Δεν αμφισβητείται ότι η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς είναι πηγή εσόδων για την αναθέτουσα αρχή, όταν η τελευταία την κρατεί. Κατά συνέπεια, η εν λόγω εγγύηση δεν χρησιμεύει για τη χρηματοδότηση του δικαστικού συστήματος [40]. Αντιθέτως, οι εθνικές διατάξεις με τις οποίες θεσπίστηκε η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς έχουν, στην ουσία, ως σκοπό την προστασία των αναθετουσών αρχών, του CNSC και των δικαστηρίων από τις καταχρηστικές προσφυγές που επιχειρηματίες (περιλαμβανομένων εκείνων που δεν είναι προσφέροντες) θα μπορούσαν να ασκήσουν για σκοπούς άλλους από εκείνους για τους οποίους προβλέπονται οι διαδικασίες προσφυγής [41]. Ένας τέτοιος σκοπός είναι αναμφισβήτητα θεμιτός [42]. Ειδικότερα, η αποτροπή καταχρηστικών προσφυγών παρέχει στα όργανα που είναι επιφορτισμένα με τον έλεγχο των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών τη δυνατότητα να επικεντρώνονται στις «γνήσιες» προσφυγές. Τούτο δύναται να συμβάλει στην ικανοποίηση της

38 — Βλ., προσφάτως, απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, σκέψη 30).

39 — Απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 67 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

40 — Τούτο διακρίνει την επίμαχη εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς από τα δικαστικά τέλη στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

41 — Κατά την αιτιολογική έκθεση του OUG 51/2014, οι προσφυγές που είναι προδήλως αβάσιμες ή αποσκοπούν μόνο στην παρακώλυση της διαδικασίας έχουν πολλαπλές επιβλαβείς συνέπειες. Με αυτόν τον τρόπο, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απολέσουν εξωτερική χρηματοδότηση (περιλαμβανομένης της ενωσιακής), λόγω μη φυσιολογικών καθυστερήσεων στις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων και να περιέλθουν σε αδυναμία εκτελέσεως σημαντικών έργων δημοσίου ενδιαφέροντος. Επιπλέον, η άσκηση καταχρηστικών προσφυγών επιβαρύνει το προσωπικό που ασχολείται με την άμυνα των αναθετουσών αρχών ενώπιον του CNSC ή των δικαστηρίων και γενικότερα θίγει την αποτελεσματικότητα του CNSC.

42 — Βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψεις 73 και 74). Την ίδια θέση έχει υιοθετήσει το Δικαστήριο του Στρασβούργου. Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις του ΕΔΔΑ της 12ης Ιουλίου 2007, Stankov κατά Βουλγαρίας (CE:ECHR:2007:0712JUD006849001), § 57, και της 3ης Ιουνίου 2014, Harrison McKee κατά Ουγγαρίας (CE:ECHR:2014:0603JUD002284007), § 27.

απαιτήσεως τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν ότι οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υπόκεινται σε αποτελεσματικό και, ιδίως, σε όσο το δυνατόν ταχύτερο έλεγχο, όταν προβάλλεται ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν τη νομοθεσία της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία [43].

45. Το επόμενο ζήτημα είναι το αν εθνικές διατάξεις όπως οι επίμαχες στις κύριες δίκες είναι *πρόσφορες για την επίτευξη του σκοπού αυτού.*

46. Όπως δείχνουν οι κύριες δίκες [44], οι διατάξεις αυτές μπορούν να οδηγήσουν σε σημαντικές δαπάνες για τον επιχειρηματία του οποίου η προσφυγή απορρίφθηκε ή ο οποίος παραιτήθηκε από την προσφυγή του [45]. Οι εν λόγω δαπάνες μπορεί να ανέλθουν στο ισοδύναμο των 25 000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών και των 100 000 ευρώ για συμβάσεις δημοσίων έργων, πέραν των δαπανών που απαιτούνται για τη σύσταση της εγγυήσεως [46]. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Ρουμανική Κυβέρνηση επιβεβαίωσε ότι, στο πλαίσιο του αρχικού καθεστώτος, η προσφεύγουσα απώλεσε ολόκληρο το ποσό της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς, επειδή η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη να το κρατήσει. Το CNSC ή το δικαστήριο που αποφαίνεται επί της προσφυγής δεν έχει εξουσία να διατάξει την αναθέτουσα αρχή να κρατήσει μόνο ένα μέρος της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς, με βάση τις ιδιαίτερες περιστάσεις της υποθέσεως.

47. Κατά την άποψή μου, τέτοιου ύψους δαπάνες μπορούν να αποτρέψουν την άσκηση καταχρηστικών προσφυγών επειδή, ως εκ της φύσεώς τους, οι προσφυγές αυτές είναι πιθανό να απορριφθούν και, επομένως, να επιφέρουν αυτομάτως την απώλεια ολόκληρης της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς και των συναφών εξόδων [47]. Το γεγονός ότι —όπως υπενθύμισε το Δικαστήριο στην υπόθεση Orizzonte Salute [48]— οι επιχειρήσεις που επιθυμούν να μετάσχουν σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως διεπόμενης από το δίκαιο της Ένωσης πρέπει να έχουν χρηματοοικονομική επάρκεια δεν θέτει υπό αμφισβήτηση το συμπέρασμα αυτό. Κατ' αρχάς, οι επίμαχες στις κύριες δίκες εθνικές διατάξεις έχουν εφαρμογή σε όλους τους επιχειρηματίες που προσβάλλουν αποφάσεις των αναθετουσών αρχών και επομένως όχι μόνο στους προσφέροντες. Στη συνέχεια, η απαίτηση ότι οι προσφέροντες πρέπει να έχουν χρηματοοικονομική επάρκεια δεν είναι απόλυτη. Το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 ορίζει ότι, για να αποδείξει αυτή την επάρκεια, ένας οικονομικός φορέας δύναται να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσεως των δεσμών του με αυτούς [49]. Κατά συνέπεια, από τη διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως δεν μπορεί να αποκλειστεί κάποιο πρόσωπο απλώς και μόνον επειδή, για την εκτέλεση της συμβάσεως, προτίθεται να χρησιμοποιήσει πόρους που δεν είναι δικοί του, αλλά ανήκουν σε έναν ή περισσότερους άλλους φορείς [50]. Τέλος, η κρίση του Δικαστηρίου σχετικά με τη χρηματοοικονομική επάρκεια στην απόφαση Orizzonte Salute αφορούσε οικονομικούς περιορισμούς στην πρόσβαση σε διαδικασίες προσφυγής πολύ μικρότερους από τους επίμαχους στις παρούσες υποθέσεις [51].

43 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 89/665 και της οδηγίας 92/13.

44 — Βλ. υποσημειώσεις 10 και 11.

45 — Εκτός από τις περιπτώσεις όπου, κατά το άρθρο 271 ter, παράγραφος 3, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να κρατήσει την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς.

46 — Βλ. σημείο 55 κατωτέρω.

47 — Το ίδιο ισχύει κατά μείζονα λόγο για τους προσφέροντες που επιπλέον υποχρεούνται να συστήσουν εγγύηση συμμετοχής ανερχόμενη στο 2 % της εκτιμώμενης αξίας της συμβάσεως (άρθρο 43 bis του OUG 34/2006). Μολονότι κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η Ρουμανική Κυβέρνηση υποστήριξε ότι οι δύο εγγυήσεις υπηρετούν διαφορετικούς σκοπούς, παραμένει το γεγονός ότι ένας προσφέρων μπορεί να τις απολέσει αμφότερες κατά τη διάρκεια μιας ενιαίας διαδικασίας αναθέσεως συμβάσεως.

48 — Απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 64).

49 — Βλ., επίσης, άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18 (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65).

50 — Αποφάσεις της 2ας Δεκεμβρίου 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 26)· της 18ης Μαρτίου 2004, Siemens και ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, σκέψη 43), και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 32).

51 — Τα επίμαχα στην υπόθεση εκείνη παράβολα ανέρχονταν σε 2 000, 4 000 ή 6 000 ευρώ, αναλόγως της αξίας της δημόσιας συμβάσεως.

48. Το τελευταίο μέρος του κριτηρίου της αναλογικότητας είναι ότι τα επίμαχα μέτρα *δεν πρέπει να βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο* για την επίτευξη του σκοπού τους[52]. Όταν υπάρχει δυνατότητα επιλογής μεταξύ περισσότερων κατάλληλων μέτρων, το κράτος μέλος πρέπει να επιλέγει το λιγότερο επαχθές μέτρο, και τα εντεύθεν μειονεκτήματα δεν πρέπει να είναι δυσανάλογα με τους επιδιωκόμενους σκοπούς[53].

49. Στο πλαίσιο του αρχικού καθεστώτος, ο προσφεύγων χάνει αυτομάτως την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς όταν η προσφυγή του απορρίπτεται ή όταν αυτός παραιτείται από αυτήν. Αυτό συμβαίνει επίσης όταν δεν υπάρχουν στοιχεία που δείχνουν καταστρατήγηση της διαδικασίας προσφυγής (π.χ. όταν η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη ή ασκήθηκε με μοναδικό σκοπό την καθυστέρηση της διαδικασίας αναθέσεως της συμβάσεως). Επομένως, για λόγους ανάλογους με εκείνους που προανέφερα[54], το αρχικό καθεστώς εμποδίζει σημαντικά την πρόσβαση στις διαδικασίες προσφυγής κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών για τα πρόσωπα που (έστω και αν τελικά δεν ευδοκιμήσει η προσφυγή τους) έχουν «υποστηρίξιμες αιτιάσεις»[55]. Κατά συνέπεια, είναι ικανό να αποθαρρύνει σημαντικό ποσοστό δυνητικών διαδίκων να καταθέσουν προσφυγή, όταν δεν μπορούν να έχουν εύλογη βεβαιότητα ότι η προσφυγή αυτή θα γίνει δεκτή. Ως παραδείγματα τέτοιων περιπτώσεων θα μπορούσα να αναφέρω τις περιπτώσεις όπου δεν υπάρχει πάγια νομολογία σχετικά με το επίμαχο ζήτημα ή όπου με την προσφυγή επιδιώκεται να τεθεί υπό αμφισβήτηση εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής για την οποία η τελευταία έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια.

50. Νομίζω ότι θα μπορούσε να αποφευχθεί αυτή η αρνητική συνέπεια (και η σημαντική επίπτωση στο δικαίωμα πραγματικής προσφυγής) χωρίς να θιγεί ο στόχος αποτροπής των καταχρηστικών προσφυγών. Σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής ή παραιτήσεως από αυτήν, θα μπορούσε, επί παραδείγματι, να παρέχεται στο CNSC ή στο αρμόδιο δικαστήριο η ευχέρεια να εξακριβώσει αν η προσφυγή είναι καταχρηστική, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις σχετικές περιστάσεις[56], και επομένως να κρίνει αν δικαιολογείται να κρατηθεί (εν όλω ή εν μέρει) η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς.

51. Κατά συνέπεια, συμφωνώ με τη Star Storage, τη Max Boegl και την Επιτροπή ότι το αρχικό καθεστώς συνεπάγεται δυσανάλογο περιορισμό τού κατά το άρθρο 47 του Χάρτη δικαιώματος πραγματικής προσφυγής και επομένως θίγει την αποτελεσματικότητα του άρθρου 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665 και του άρθρου 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 92/13. Επίσης, το καθεστώς αυτό δεν σέβεται το περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος, επειδή στην πράξη δύναται να στερήσει από τους επιχειρηματίες που έχουν ή είχαν συμφέρον να τους ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση την πρόσβαση σε προσφυγή κατά φερόμενων ως παράνομων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών.

52. Για τους λόγους αυτούς, συνάγω ότι το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 92/13, ερμηνευόμενα υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη, αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, η οποία απαιτεί από τον προσφεύγοντα την κατάθεση «εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς» προκειμένου αυτός να αποκτήσει πρόσβαση στις διαδικασίες ελέγχου αποφάσεων αναθέτουσας αρχής που αφορούν δημόσιες συμβάσεις, και βάσει της οποίας η αναθέτουσα αρχή πρέπει να κρατήσει την εν λόγω εγγύηση σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής ή παραιτήσεως από αυτήν, ανεξαρτήτως του αν η προσφυγή ήταν καταχρηστική.

52 — Βλ., συναφώς, απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, σκέψη 74).

53 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, σκέψη 58 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

54 — Σημείο 46 των προτάσεών μου.

55 — Δανείζομαι αυτόν τον όρο από τη νομολογία του Δικαστηρίου του Στρασβούργου, κατά την οποία σκοπός του άρθρου 13 της ΕΣΔΑ είναι η διασφάλιση αποτελεσματικής προσφυγής για «υποστηρίξιμες αιτιάσεις». Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση του ΕΔΔΑ της 23ης Ιουνίου 2011, Diallo κατά Τσεχικής Δημοκρατίας (CE:ECHR:2011:0623JUD002049307), § 56.

56 — Οι περιστάσεις αυτές μπορεί να είναι το αν η νομολογία έχει παγιωθεί σε συγκεκριμένη ερμηνεία του δικαίου, το αν η προσφυγή απλώς επαναλαμβάνει μια προγενέστερη προσφυγή ή το αν βασίζεται σε προδήλως εσφαλμένη ερμηνεία της προσβαλλόμενης πράξεως ή σε προδήλως εσφαλμένα πραγματικά δεδομένα.

Το μεταβατικό καθεστώς

53. Έρχομαι τώρα στο μεταβατικό καθεστώς, το οποίο διαφέρει από το αρχικό καθεστώς ως προς το ότι η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς επιστρέφεται στον προσφεύγοντα ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής.

54. Η προεκτεθείσα συλλογιστική περί ισοδυναμίας ισχύει επίσης εδώ [57].

55. Όσον αφορά την αποτελεσματικότητα, είναι σαφές ότι μια διαδικαστική απαίτηση όπως αυτή που απορρέει από το άρθρο 271 bis, παράγραφος 1, του OUG 34/2006 οπωσδήποτε περιορίζει από μόνη της το δικαίωμα προσβάσεως σε διαδικασίες προσφυγής κατά αποφάσεων αναθετουσών αρχών. Η απαίτηση αυτή αποτελεί προϋπόθεση για την επί της ουσίας εξέταση της προσφυγής [58]. Επιπλέον, μολονότι η εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς επιστρέφεται στον προσφεύγοντα όταν καταστεί απρόσβλητη η απόφαση επί της προσφυγής του, η σύστασή της οπωσδήποτε συνεπάγεται οικονομική επιβάρυνση για αυτόν. Έτσι, στην πρώτη ημιπερίοδο του άρθρου 271 bis, παράγραφος 3, του OUG 34/2006 περιγράφονται δύο μέθοδοι για την παροχή της εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς. Αν ο προσφεύγων προβεί σε τραπεζικό έμβασμα, θα στερηθεί τη χρήση ενός δυνητικά σημαντικού ποσού για ολόκληρη την περίοδο από την ημερομηνία καταθέσεως της προσφυγής έως την ημερομηνία κατά την οποία η απόφαση του CNSC ή του αρμόδιου δικαστηρίου θα καταστεί απρόσβλητη. Κατά συνέπεια, ο προσφεύγων επωμίζεται το ευκαιριακό κόστος να μην είναι σε θέση να χρησιμοποιήσει τα κεφάλαια αυτά για άλλους σκοπούς. Αντιθέτως, αν ο προσφεύγων επιλέξει να χρησιμοποιήσει εγγυητική επιστολή τράπεζας ή ασφαλιστικής εταιρίας, οφείλει να επωμιστεί το κόστος που σχετίζεται με την εν λόγω επιστολή [59].

56. Επιπλέον, νομίζω ότι είναι σαφές ότι μια τέτοια διαδικαστική απαίτηση δεν προστατεύει προσηκόντως τις αναθέτουσες αρχές από την άσκηση καταχρηστικών προσφυγών. Βάσει του μεταβατικού καθεστώτος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να επιστρέψει την εγγύηση προσήκουσας συμπεριφοράς στον προσφεύγοντα εντός πέντε ημερών από την ημερομηνία κατά την οποία η απόφαση του CNSC ή του δικαστηρίου κατέστη απρόσβλητη, ακόμη και αν ο προσφεύγων καταχράστηκε προδήλως το δικαίωμά του προσβάσεως στις διαδικασίες προσφυγής. Ως εκ τούτου, οι δαπάνες που συνεπάγεται το μεταβατικό καθεστώς ενδέχεται να μην είναι τέτοιες ώστε να αποθαρρύνουν έναν οικονομικό φορέα από την άσκηση προσφυγής έχουσας σκοπό άλλον από εκείνους για τους οποίους θεσπίστηκαν οι διαδικασίες προσφυγής —π.χ. για την πρόκληση ζημίας σε ανταγωνιστή. Ωστόσο, ενδέχεται να αποδειχθούν εμπόδιο για κάποιον επιχειρηματία που ναι μεν έχει υποστηρίξιμες αιτιάσεις, πλην όμως διαθέτει περιορισμένα μέσα.

57. Τέλος, το μεταβατικό καθεστώς —όπως το αρχικό καθεστώς— δεν διακρίνει μεταξύ υποστηρίξιμων και καταχρηστικών αιτιάσεων. Για τον λόγο αυτόν, ο εντεύθεν περιορισμός της προσβάσεως στις διαδικασίες προσφυγής σαφώς βαίνει πέραν του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του σκοπού αποτροπής των καταχρηστικών προσφυγών.

57 — Βλ. σημεία 40 και 41 ανωτέρω.

58 — Άρθρο 271 bis, παράγραφος 2, του OUG 34/2006.

59 — Δεν είναι σαφές αν η αναθέτουσα αρχή επιστρέφει τα έξοδα αυτά στον προσφεύγοντα όταν το CNSC ή το δικαστήριο έχει δεχθεί την προσφυγή. Ακόμη και αν συμβαίνει αυτό, ο δικαιωθείς προσφεύγων πάλι θα έπρεπε να αναλάβει αρχικά το κόστος προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση στη διαδικασία προσφυγής. Έτσι, η απαίτηση για τη σύσταση εγγυήσεως θα εξακολουθούσε να αποτελεί εμπόδιο για την πρόσβαση.

58. Κατά συνέπεια, συνάγω ότι το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 92/13, ερμηνευόμενα υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη, αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως το μεταβατικό καθεστώς, η οποία απαιτεί από τον προσφεύγοντα την κατάθεση «εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς» προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση στις διαδικασίες ελέγχου των αποφάσεων αναθέτουσας αρχής και βάσει της οποίας η εγγύηση επιστρέφεται αυτομάτως στον προσφεύγοντα όταν καταστεί απρόσβλητη η απόφαση επί της προσφυγής του, ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής αυτής.

Πρόταση

59. Λαμβανομένης υπόψη της προεκτεθείσας συλλογιστικής, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα του Curtea de Apel București και του Curtea de Apel Oradea ως εξής:

— Το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως έχει τροποποιηθεί, και το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, ερμηνευόμενα υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη, αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, η οποία απαιτεί από τον προσφεύγοντα την κατάθεση «εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς» προκειμένου αυτός να αποκτήσει πρόσβαση στις διαδικασίες ελέγχου των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής που αφορούν δημόσιες συμβάσεις και βάσει της οποίας η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να κρατήσει την εν λόγω εγγύηση, σε περίπτωση απορρίψεως της προσφυγής ή παραιτήσεως από αυτήν, ανεξαρτήτως του αν η προσφυγή ήταν καταχρηστική.

— Οι ίδιες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης αντιτίθενται επίσης σε εθνική ρύθμιση η οποία απαιτεί από τον προσφεύγοντα την κατάθεση «εγγυήσεως προσήκουσας συμπεριφοράς» προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση στις διαδικασίες ελέγχου των αποφάσεων αναθέτουσας αρχής και βάσει της οποίας η εγγύηση επιστρέφεται αυτομάτως στον προσφεύγοντα όταν καταστεί απρόσβλητη η απόφαση επί της προσφυγής του, ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής αυτής.