Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
ELEANOR SHARPSTON
od 28. travnja 2016.[1]

Spojeni predmeti C-439/14 i C-488/14

SC Star Storage SA
protiv
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Curtea de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska))
i
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
protiv
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Curtea de Apel Oradea (Žalbeni sud u Oradei, Rumunjska))

„Javna nabava – Direktive 89/665/EEZ i 92/13/EEZ – Nacionalno pravo kojim se za stjecanje pristupa postupcima pravne zaštite zahtijeva ‚jamstvo dobrog postupanja' – Postupovna autonomija država članica – Načela ekvivalentnosti i djelotvornosti – Članci 47. i 52. Povelje – Pravo na djelotvoran pravni lijek – Ograničenje – Proporcionalnost"

1. U dotičnim predmetima Curtea de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska) i Curtea de Apel Oradea (Žalbeni sud u Oradei, Rumunjska) od Suda, u biti, traže smjernice o tome zabranjuje li pravo Unije državi članici da pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnih naručitelja u postupcima javne nabave uvjetuje polaganjem „jamstva dobrog postupanja". U skladu s nacionalnim zakonodavstvom koje je predmet glavnog postupka, javni naručitelji zadržavaju jamstvo dobrog postupanja ako tijelo nadležno za ispitivanje njihovih odluka odbije prigovor ili ako podnositelj od njega odustane.

1 — Izvorni jezik: engleski

2. Stoga, odluke kojima su upućena prethodna pitanja odnose se na opseg prava na pristup djelotvornom pravnom lijeku u kontekstu javne nabave, prava koje je zajamčeno ne samo člankom 47. Povelje o temeljnim pravima Europske unije (u daljnjem tekstu: Povelja) nego je i posebno izraženo u direktivama Unije kojima su uređeni postupci sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Koji je razmjer financijskih uvjeta koje države članice mogu predvidjeti kako bi smanjile rizik od neozbiljnih prigovora, odnosno prigovora za koje je unaprijed vjerojatno da će biti neuspješni te čija je jedina svrha da ometaju postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi?

Pravna pozadina

Pravo Europske unije

3. U prvom podstavku članka 47. Povelje predviđeno je da svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima tim člankom. Sukladno članku 52. stavku 1. Povelje, svako ograničenje pri ostvarivanju prava priznatih Poveljom mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tog prava. Podložno načelu proporcionalnosti, takva su ograničenja moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba.

4. U skladu s trećom uvodnom izjavom Direktive Vijeća 89/665/EEZ[2], za otvaranje javne nabave za natjecanje na razini Unije potrebno je značajno povećanje jamstava u pogledu transparentnosti i nediskriminacije. Stoga na raspolaganju moraju biti učinkovita i brza pravna sredstva u slučaju kršenja zakonodavstva Unije o javnoj nabavi ili kršenja nacionalnih propisa o provedbi tog prava.

5. U članku 1. Direktive 89/665, naslova „Područje primjene i dostupnost postupaka pravne zaštite”, predviđeno je:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na ugovore navedene u Direktivi 2004/18/EZ […][3], osim ako su takvi ugovori izuzeti u skladu s člancima 10. do 18. te Direktive.

Ugovori u smislu značenja ove Direktive uključuju ugovore o javnoj nabavi, okvirne sporazume, koncesije za javne radove i dinamičke sustave nabave.

Države članice poduzimaju mjere potrebne da osiguraju da, vezano uz ugovore koji spadaju u područje primjene Direktive 2004/18/EZ, odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće u skladu s uvjetima navedenim u člancima 2. do 2.f ove Direktive, zbog toga što se takvim odlukama krši pravo [Unije] u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno to pravo.

2. Države članice osiguravaju da nema diskriminacije između poduzeća koja prijavljuju povredu u okviru postupka za sklapanje ugovora, koja proizlazi iz razlikovanja koje ova Direktiva pravi između nacionalnih propisa kojima se provodi pravo [Unije] i drugih nacionalnih propisa.

3. Države članice osiguravaju da su, prema detaljnim pravilima koja mogu utvrditi države članice, postupci pravne zaštite dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja.

2 — Od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i [radova] (SL 1989., L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6. svezak 6., str. 3.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.).

3 — Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o [javnoj nabavi radova, robe i usluga] (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

[…]”

6. U petoj uvodnoj izjavi Direktive Vijeća 92/13/EEZ[4] navedeno je da otvaranje nabave u sektorima vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga za konkurenciju u okviru Unije podrazumijeva da dobavljačima ili izvoditeljima radova budu dostupni odgovarajući postupci pravnog preispitivanja u slučaju kršenja mjerodavnog zakonodavstva Unije ili nacionalnih propisa o provedbi tog zakonodavstva.

7. Prva tri stavka članka 1. Direktive 92/13, koji nosi naslov „Područje primjene i dostupnost postupaka pravne zaštite”, u biti odgovaraju prvim trima stavcima članka 1. Direktive 89/665[5].

Rumunjsko pravo

8. U skladu s člankom 43.a Izvanredne uredbe br. 34/2006 o sklapanju ugovora o javnoj nabavi robe, radova i usluga (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006; u daljnjem tekstu: OUG br. 34/2006), u svim slučajevima u kojima ta uredba od javnog naručitelja zahtijeva da objavi poziv na nadmetanje ili poziv na dostavu ponuda svi ponuditelji moraju položiti jamstvo (u daljnjem tekstu: jamstvo uz ponudu) kako bi mogli sudjelovati u postupku. Svrha jamstva uz ponudu, koje može iznositi do 2 % procijenjene vrijednosti javnog ugovora, je da se javni naručitelj tijekom čitavog razdoblja koje prethodi sklapanju ugovora zaštiti od ponuditeljevog nepropisnog postupanja.

9. Sukladno članku 256. stavku 1. OUG-a br. 34/2006, stranka koja smatra da je oštećena ima pravo stvar uputiti Nacionalnom vijeću za rješavanje sporova (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, u daljnjem tekstu: CNSC). Sukladno članku 281. stavku 1., protiv odluka CNSC-a moguće je podnijeti žalbu sudu.

10. Člankom 278. stavku 1. OUG-a br. 34/2006 predviđeno je da CNSC ili nadležni sud u prethodnom postupku odlučuju o svim postupovnim ili materijalnim prigovorima. Ako odluče da su osnovani, ne razmatraju meritum spora.

11. Člankom 278.a OUG-a br. 34/2006 bilo je predviđeno da javni naručitelj zadržava dio jamstva uz ponudu ako CNSC ili nadležni sud odbiju prigovor ponuditelja ili ako ponuditelj odustane od svojeg prigovora.

12. Izvanrednom uredbom br. 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014; u daljnjem tekstu: OUG br. 51/2014) stavljen je izvan snage članak 278.a OUG-a br. 34/2006 te su u taj propis unesene sljedeće odredbe[6]:

„Članak 271.a

1. Radi zaštite javnog naručitelja od rizika nepropisnog postupanja, stranka koja traži zaštitu obvezna je pružiti jamstvo dobrog postupanja za čitavo razdoblje od datuma na koji je žalba/zahtjev/pritužba podnesena do datuma na koji je odluka [CNSC-a]/presuda nadležnog suda postala konačna.

4 — Od 25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru (SL 1992., L 76, str. 14.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 72.)

5 — Osim što se u članku 1. Direktive 92/13 upućuje na Direktivu 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (SL 2004., L 134, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 43.), a ne na Direktivu 2004/18.

6 — U nastavku ću te odredbe nazivati „prvotno uređenje”.

2. [Prigovor] se [odbija] ako stranka koja traži zaštitu ne pruži dokaze da je jamstvo iz stavka 1. položeno.

3. Jamstvo dobrog postupanja pruža se u obliku bankovnog prijenosa ili jamstvenog instrumenta koji je u skladu s pravnim uvjetima izdala bankovna institucija ili osiguravajuće društvo; izvorno jamstvo se istodobno s podnošenjem [prigovora] dostavlja uredu javnog naručitelja, a njegova preslika [CNSC-u] ili sudu.

4. Ukupan iznos jamstva dobrog postupanja određuje se s obzirom na procijenjenu vrijednost predmetnog ugovora, u skladu sa sljedećim pravilima:

(a) 1 % procijenjene vrijednosti, ako je to niže od pragova predviđenih člankom 55. stavkom 2. točkama (a) i (b)[7];

(b) 1 % procijenjene vrijednosti, ako je to niže od pragova predviđenih člankom 55. stavkom 2. točkom (c)[8], ali da nije više od 10 000 eura izraženih u domaćoj valuti, prema tečaju […] koji vrijedi na datum pružanja jamstva;

(c) 1 % procijenjene vrijednosti, ako je to jednako ili više od pragova predviđenih člankom 55. stavkom 2. točkama (a) i (b), ali da nije više od 25 000 eura izraženih u domaćoj valuti, prema tečaju […] koji vrijedi na datum pružanja jamstva;

(d) 1 % procijenjene vrijednosti, ako je to jednako ili više od pragova predviđenih člankom 55. stavkom 2. točkom (c), ali da nije više od 100 000 eura izraženih u domaćoj valuti, prema tečaju […] koji vrijedi na datum pružanja jamstva.

5. Jamstvo dobrog postupanja mora biti valjano najmanje 90 dana, biti neopozivo te omogućavati bezuvjetnu isplatu na temelju prvog zahtjeva javnog naručitelja ako [prigovor] bude [odbijen].

6. Ako na dan isteka valjanosti jamstva dobrog postupanja odluka [CNSC-a] ili presuda suda nije postala konačna, a stranka koja se protivi odluci nije produžila valjanost jamstva dobrog postupanja u skladu s uvjetima iz stavaka 1. do 5., javni naručitelj zadržava jamstvo. Odredbe iz članka 271.b stavaka 3. do 5. primjenjuju se *mutatis mutandis*.

[…]

Članak 271.b

1. Ako [CNSC] odbije prigovor ili to napravi sudu slučaju da je stranka postupak protiv odluke pokrenula izravno pred sudom, javni naručitelj obvezan je zadržati jamstvo dobrog postupanja od datuma na koji odluka [CNSC-a]/presuda suda postane konačna. Obveza zadržavanja odnosi se na dijelove ugovora u odnosu na koje je prigovor odbijen.

2. Stavak 1. primjenjuje se i ako stranka koja je podnijela prigovor protiv odluke povuče [prigovor].

3. Mjera iz stavka 1. ne primjenjuje se ako [CNSC]/sud odbije prigovor kao bespredmetan ili ako se [prigovor] povuče nakon što javni naručitelj usvoji korektivne mjere sukladno članku 256.c stavku1.

7 — Članak 55. stavak 2. točke (a) i (b) OUG-a br. 34/2006 odnose se na ugovore o javnoj nabavi robe i usluga.

8 — Članak 55. stavak 2. točka (c) OUG-a br. 34/2006 odnosi se na ugovore o javnoj nabavi radova.

4. Ako [CNSC] uvaži prigovor ili sud uvaži tužbu koja je podnesena protiv odluke [CNSC-a] o odbijanju prigovora, javni naručitelj obvezan je vratiti jamstvo dobrog postupanja stranci koja je podnijela prigovor protiv odluke najkasnije u roku od 5 dana od datuma na koji je odluka/presuda postala konačna.

5. Ako je stranka koja je podnijela prigovor postupak pokrenula izravno pred sudom, a potonji uvaži tužbu, stavak 4. primjenjuje se *mutatis mutandis*.

6. Iznos koji javni naručitelj primi na temelju jamstva dobrog postupanja smatra se prihodom tog javnog naručitelja."

13. Odgovarajući na zahtjev Suda za pojašnjenje, sud koji je uputio zahtjev potvrdio je da je Curtea Constituțională (Ustavni sud, Rumunjska) u presudi od 15. siječnja 2015. proglasila neustavnim članak 271.b stavke 1. i 2. OUG-a br. 34/2006. Ustavni sud je do tog zaključka u biti došao na temelju činjenice da su te odredbe obvezivale javnog naručitelja da zadrži jamstvo dobrog postupanja ako je prigovor odbijen ili povučen, ne ostavljajući CNSC-u ili sudu koji odlučuje o prigovoru ikakvu slobodu pri uzimanju u obzir ponašanja stranke koja traži zaštitu. Samo bi neprikladno ponašanje bilo opravdanje za gubitak jamstva dobrog postupanja. Dana 4. studenoga 2015. Ustavni sud je na temelju, u biti, sličnih razloga proglasio neustavnim članak 271.a stavak 5. OUG-a br. 34/2006 u dijelu u kojem se tom odredbom zahtijevalo da jamstvo dobrog postupanja predviđa bezuvjetnu isplatu na temelju prvog zahtjeva javnog naručitelja ako prigovor bude odbijen.

14. Rumunjska vlada je na raspravi objasnila da su članci 271.a i 271.b OUG-a br. 34/2006 još uvijek na snazi u dijelu u kojem nisu proglašeni neustavnima. Potvrdila je da se preostalim odredbama [9] od podnositelja prigovora i dalje zahtijeva da položi jamstvo dobrog postupanja, ali javni naručitelj više nema pravnu osnovu za njegovo zadržavanje. Posljedično, javni naručitelj sada podnositelju prigovora mora jamstvo vratiti na kraju postupka, neovisno o ishodu prigovora i *a fortiori* o tome je li prigovor bio neozbiljan ili ne.

Činjenična pozadina, postupak i prethodna pitanja

Predmet C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Nacionalni institut za istraživanje i razvoj u području informatike, u daljnjem tekstu: INCDI) pokrenuo je postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi robe i usluga radi razvoja i dovršetka platforme za programsko rješenje u „oblaku" (*cloud computing*). Procijenjena vrijednost ugovora, ne uključujući porez na dodanu vrijednost (PDV), iznosila je 61 287 713,71 leua (približno 13 700 000 eura). INCDI je pripremio relevantnu dokumentaciju za nadmetanje te je 1. travnja 2014. u Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronički sustav za javnu nabavu) objavio poziv na nadmetanje. Kriterij za dodjelu ugovora bio je „najniža cijena".

16. Nekoliko je gospodarskih subjekata zatražilo od INCDI-a da pojasni pravila iz dokumentacije za nadmetanje. INCDI je zbog toga u elektroničkom sustavu za javnu nabavu objavio nekoliko napomena s objašnjenjima.

9 — Preostale odredbe su (po mojemu shvaćanju), u biti, članak 271.a, osim uvjeta u pogledu bezuvjetne isplate iz njegova stavka 5., i članak 271. b stavaka 3. do 5. OUG-a br. 34/2006. U ovom ću mišljenju te odredbe nazivati „prijelazno uređenje" te ću ga razlikovati i od „prvotnog uređenja" i od novog uređenja koje, kako je rumunjska vlada navela na raspravi, rumunjski zakonodavac planira usvojiti u budućnosti.

17. Dana 30. lipnja 2014. društvo SC Star Storage SA (u daljnjem tekstu: Star Storage) podnijelo je CNSC-u prigovor u pogledu tri napomene s objašnjenjima. Dana 18. srpnja 2014. CNSC je odbacio prigovor kao nedopušten jer društvo Star Storage nije pružilo jamstvo dobrog postupanja [10]. Društvo Star Storage protiv te je odluke podnijelo žalbu Curtei de Apel Bucureşti (Žalbeni sud u Bukureštu), koja je prekinula postupak i zatražila donošenje prethodne odluke o sljedećem pitanju:

„Treba li odredbe članka 1. stavka 1. podstavka 3. i članka 1. stavka 3. [Direktive 89/665] tumačiti na način da su im protivni propisi koji pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja uvjetuju obvezom da se prethodno dostavi ‚jamstvo dobrog postupanja' poput onog predviđenog člancima 271.a i 271.b [OUG-a br. 34/2006]?"

Predmet C-488/14

18. Dana 21. siječnja 2014. RA Aeroportul Oradea (u daljnjem tekstu: zračna luka Oradea) je u elektroničkom sustavu za javnu nabavu objavio poziv na nadmetanje radi sklapanja ugovora javnoj nabavi s ciljem proširenja i modernizacije te zračne luke. Procijenjena vrijednost ugovora, ne uključujući PDV, iznosila je 101 232 054 leua (približno 22 800 000 eura). Kriterij za dodjelu ugovora bio je „ekonomski najpovoljnija ponuda".

19. Četiri gospodarska subjekta podnijela su ponude. Prema izvješću o ocjeni ponuda od 28. ožujka 2014., ponuda konzorcija sastavljenog od društava SC Max Boegl România SRL (u daljnjem tekstu: Max Boegl), SC UTI Grup SA i Astaldi SpA proglašena je neprihvatljivom. U tom je izvješću navedeno i da je ponuda konzorcija sastavljenog od društava SC Construcții Napoca SA (u daljnjem tekstu: Construcții Napoca), SC Aici Cluj SA i CS Icco Energ SRL rangirana kao druga.

20. Dana 10. srpnja 2014. CNSC je kao neosnovane odbio prigovore koje su ta dva konzorcija uložila protiv izvješća o ocjeni ponuda.

21. Društvo Construcții Napoca i konzorcij čiji je član društvo Max Boegl uložili su pred Curteom de Apel Oradea (Žalbeni sud u Oradei) žalbu protiv tih odluka. Žalbeni sud u Oradei je na raspravi održanoj 10. rujna 2014. žaliteljima skrenuo pozornost na obvezu polaganja jamstva dobrog postupanja koja je uvedena 30. lipnja 2014. stupanjem na snagu članaka 271.a i 271.b OUG-a br. 34/2006 [11]. Curtea de Apel Oradea (Žalbeni sud u Oradei) prekinula je postupak i zatražila donošenje prethodne odluke o sljedećem prethodnom pitanju:

„Treba li članak 1. stavke 1., 2. i 3. [Direktive 89/665] i članak 1. stavke 1., 2. i 3. [Direktive 92/13] tumačiti na način da su im protivni propisi koji pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja uvjetuju obvezom prethodnog polaganja ‚jamstva dobrog postupanja' poput onog predviđenog člancima 271.a i 271.b [OUG-a br. 34/2006]?"

22. Dana 13. studenoga 2014., predsjednik Suda spojio je navedena dva predmeta za potrebe provedbe pisanog i usmenog postupka te donošenja presude. Društvo Star Storage, grčka i rumunjska vlada te Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja. Društvo Max Boegl, rumunjska vlada i Europska komisija su na raspravi održanoj 14. siječnja 2016. iznijeli usmena očitovanja.

10 — Iznos predviđenog jamstva bio je 25 000 eura izraženih u domaćoj valuti.

11 — Iz informacija kojima raspolaže Sudu čini se da su oba jamstva dobrog postupanja koja se zahtijevalo u postupcima pred nacionalnim sudom pojedinačno iznosila 100 000 eura izraženih u domaćoj valuti.

Analiza

Uvodne napomene

23. Vrijednost ugovora o javnoj nabavi iz predmeta C-439/14 veća je od relevantnog praga koji je u članku 7. točki (b) Direktive 2004/18 predviđen za ugovore o javnoj nabavi robe i usluga. Stoga se Direktiva 89/665 primjenjuje na taj postupak [12]. Isto tako, vrijednost ugovora o javnoj nabavi iz predmeta C-488/14 doseže pragove za ugovore o javnoj nabavim radova iz članka 7. točke (c) Direktive 2004/18 i članka 16. točke (b) Direktive 2004/17.

24. Međutim, rumunjska vlada i Komisija ne slažu se u pogledu pravne pozadine koja je relevantna za glavni postupak u predmetu C-488/14. Rumunjska vlada ističe da se na njega primjenjuje samo Direktiva 2004/18 te, samim time, Direktiva 89/665. Komisija tvrdi da predmetni postupak sklapanja ugovora, s obzirom na to da se odnosi na proširenje i unapređenje objekata zračne luke, spada u područje primjene Direktive 2004/17 [13] te se zato na njega primjenjuje Direktiva 92/13 [14].

25. Po mojemu mišljenju, Sud ne raspolaže s dovoljno informacija o ugovoru da bi utvrdio primjenjuje li se Direktiva 89/665 ili Direktiva 92/13 na postupak njegova sklapanja. Međutim, to u ovom slučaju ne predstavlja problem. S jedne strane, iz činjeničnog stanja u glavnom postupku jasno je da pitanje koje Žalbeni sud u Oradei postavlja Sudu nije hipotetsko u dijelu u kojem se odnosi na Direktivu 92/13. S druge strane, prva tri stavka članka 1. Direktive u biti odgovaraju prvim trima stavcima članka 1. Direktive 89/665. Stoga, dva pitanja koja postavljaju sudovi koji su uputili zahtjev u biti su jednaka te se zajedno trebaju razmotriti.

26. Dalje, važnost presuda Curtea Constituțională (Ustavni sud) donesenih 15. siječnja 2015. i 4. studenoga 2015. za glavni postupak nejasan je. Rumunjska vlada je na raspravi istaknula da će sudovi koji su uputili zahtjev sada morati primijeniti prijelazno uređenje. S druge strane, Komisija je nastojala povući granicu između dva predmeta. U predmetu C-488/14, obveza pružanja jamstva dobrog postupanja prvi put se pojavila pred sudom koji je uputio zahtjev. Stoga će taj sud morati primijeniti *prijelazno* uređenje. Nasuprot tomu, u predmetu C-439/14 ta obveza prvi put se pojavila u postupku pred CNSC-om – odnosno, prije nego što su donesene presude Ustavnog suda. Stoga, Komisija ističe da će sud koji je uputio zahtjev morati u tom predmetu primijeniti *prvotno* uređenje nakon što dobije odgovor Suda.

27. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, nije na Sudu da odlučuje o primjenjivosti odredbi nacionalnog prava koje su relevantne za ishod glavnog postupka. Umjesto toga, Sud mora, sukladno podjeli nadležnosti između sudova Unije i nacionalnih sudova uzeti u obzir zakonodavni kontekst u koji se smjestilo prethodno pitanje, utvrđen u odluci kojom je upućeno prethodno pitanje [15]. Međutim, Sud je nadležan nacionalnom sudu pružiti potpune smjernice o tome kako protumačiti pravo Unije kako bi se tom sudu omogućilo da u predmetu koji razmatra odgovori na pitanje o usklađenosti nacionalnog prava s pravom Unije [16]. Budući da nije sigurno primjenjuje li se na glavni postupak u predmetu C-439/14 prvotno ili prijelazno uređenje, u ovom ću mišljenju razmotriti oba.

12 — Članak 1. stavak 1. Direktive 89/665

13 — Članak 7. točka (b) Direktive 2004/17

14 — Članak 1. stavak 1. Direktive 92/13

15 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 17. srpnja 2008., Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, t. 20. i navedenu sudsku praksu.

16 — Presuda od 16. prosinca 2008., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, t. 51. i navedena sudska praksa

28. Naposljetku, informacije kojima Sud raspolaže upućuju na to da se, u skladu s OUG-om br. 34/2006, prigovor može podnijeti ili CNSC-u (protiv čijih je odluka moguće podnijeti žalbu žalbenom sudu) ili izravno sudu. Budući da je u oba slučaja jamstvo dobrog postupanja obvezno, to ne utječe na obrazloženje koje slijedi [17].

Metodologija analize

29. Iz prve i druge uvodne izjave Direktive 89/665 te iz prve, druge i treće uvodne izjave Direktive 92/13 jasno proizlazi da je svrha tih direktiva osnažiti postojeće mehanizme, i na nacionalnoj razini i na razini Unije, kako bi se osigurala učinkovita primjena direktiva o javnoj nabavi, osobito u fazi u kojoj je još uvijek moguće ispraviti povrede [18]. U tom pogledu, člankom 1. stavkom 1. obje direktive od država članica se zahtijeva da zajamče učinkovito i što brže preispitivanje nezakonitih odluka javnih naručitelja [19]. Moraju osigurati široku dostupnost pravnih lijekova svakoj osobi koja ima ili je imala interes da joj se dodijeli određeni ugovor i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja [20].

30. Međutim, tim su direktivama predviđeni samo minimalni uvjeti koje, prema domaćem pravu, moraju ispunjavati postupci pravne zaštite kako bi bili u skladu s pravom Unije o javnoj nabavi [21]. U nedostatku posebnih propisa u tom pogledu, na svakoj je državi članici da, sukladno načelu postupovne autonomije država članica, uredi pravila upravnog i sudskog postupka koja trebaju osigurati zaštitu prava koja pojedinci uživaju na temelju prava Unije o javnoj nabavi. Ta pravila ne smiju biti nepovoljnija od onih koja se tiču sličnih pravnih lijekova predviđenih za zaštitu prava koja proizlaze iz unutarnjeg pravnog poretka (načelo ekvivalentnosti) i ne smiju učiniti gotovo nemogućim ili pretjerano teškim izvršavanje tih prava (načelo djelotvornosti) [22]. Potonji zahtjev je ključan za ostvarivanje glavnog cilja prava Unije o javnoj nabavi, a to je otvaranje javne nabave za nenarušeno natjecanje u svim državama članicama [23].

31. Kako Komisija ističe, ni Direktiva 89/665 ni Direktiva 92/13 ne sadrži pravila o financijskim uvjetima koja gospodarski subjekti moraju ispuniti da bi stekli pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnih naručitelja. Stoga, nacionalni propisi poput onih koji su predmet glavnog postupka spadaju u okvir postupovne autonomije država članica, podložno načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti. Prethodna pitanja ću razmotriti u svjetlu tih načela [24].

32. Svaka od tih direktiva svejedno konkretizira opće načelo prava Unije kojim se osigurava pravo na djelotvoran pravni lijek u specifičnom području javne nabave [25]. To iznjedruje dva usko povezana pitanja u pogledu područja primjene načela djelotvornosti.

17 — Osobito vidjeti članak 271.a stavak 1. i 271.b stavke 1. i 5. OUG-a br. 34/2006.

18 — Vidjeti, među ostalim, presude od 28. listopada 1999., Alcatel Austria i dr., C-81/98, EU:C:1999:534, t. 33.; od 19. lipnja 2003., GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, t. 44. i navedenu sudsku praksu i od 28. siječnja 2010., Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, t. 26.

19 — Vidjeti, među ostalim, presude od 19. lipnja 2003., Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, t. 22. i navedenu sudsku praksu i od 19. lipnja 2003., GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, t. 44. i navedenu sudsku praksu.

20 — Presuda od 26. studenoga 2015., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, t. 28. i navedena sudska praksa

21 — Presuda od 30. rujna 2010., Strabag i dr., C-314/09, EU:C:2010:567, t. 33. i navedena sudska praksa. U tom pogledu, također vidjeti presudu od 24. rujna 1998., EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, t. 16.

22 — Vidjeti, među ostalim, presude od 11. rujna 2003., Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, t. 49. i od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 46. i navedenu sudsku praksu.

23 — U tom pogledu, vidjeti presudu od 14. veljače 2008., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, t. 33. i 34.

24 — Vidjeti točke 40. do 58. ovog mišljenja.

25 — U tom pogledu, vidjeti rješenje od 23. travnja 2015. u predmetu Komisija/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, t. 28. Taj pristup potječe još iz presude od 15. svibnja 1986., Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, t. 18. i 19.

33. Kao prvo, može li se to načelo ograničiti na provjeru da nacionalni postupovni zahtjev poput onog o kojem se raspravlja u glavnom postupku čini *gotovo nemogućim ili pretjerano teškim* izvršavanje prava na postupke pravne zaštite iz članaka 1. Direktive 89/665 i Direktive 92/13? Ili je šire u smislu da zahtijeva ukidanje *svih nacionalnih pravila koja potkopavaju* te odredbe?

34. Sud je u više prigoda razmatrao jesu li djelotvornost Direktive 89/665 ugrozila nacionalna postupovna pravila o pravnim lijekovima čija je svrha zaštita prava koja pravo Unije dodjeljuje natjecateljima i ponuditeljima kojima su odluke javnih naručitelja nanijele štetu [26]. Međutim, u sudskoj praksi nema dosljednog pristupa o odnosu između testa djelotvornosti, s jedne strane, i postupovne autonomije država članica i načela djelotvornosti koje ju ograničava, s druge [27]. U nekim predmetima, analiza je bila usredotočena isključivo na djelotvornost Direktive 89/665, bez osvrtanja na postupovnu autonomiju i njezine granice [28]. Drugi predmeti upućuju na to da test djelotvornosti dopunjava test postupovne autonomije ako u Direktivi 89/665 ne postoje posebne odredbe kojima je to pitanje uređeno [29]. Ponekad, uporabljeni izrazi upućuju da je test djelotvornosti dio testa postupovne autonomije (te da mu daje poseban sadržaj) [30].

35. Po mojemu mišljenju, u konačnici je najvažnije osigurati da se pravima koja pravo Unije dodjeljuje pojedincima pruži veća, a ne manja zaštita. Članak 1. Direktive 89/665 i članak 1. Direktive 92/13 konkretiziraju pravo na *djelotvoran* pravni lijek. Stoga nije moguće analizu ograničiti na pitanje može li postupovni zahtjev poput onog o kojem se raspravlja u glavnom postupku učiniti gotovo nemogućim ili pretjerano teškim izvršavanje tog prava. Umjesto toga, u tom posebnom kontekstu, test djelotvornosti mora uključivati ispitivanje može li takav zahtjev *potkopati* pravo na djelotvorne postupke pravne zaštite koje te odredbe jamče.

36. Kao drugo, koji utjecaj temeljno pravo na djelotvoran pravni lijek iz članka 47. Povelje ima na načelo djelotvornosti kao granicu postupovne autonomije država članica?

37. Jasno je da postupovna pravila poput onih koja su predmet glavnog postupka spadaju u područje primjene članka 1. Direktive 89/665 i članka 1. Direktive 92/13. Osim toga, temeljno pravo na djelotvoran pravni lijek koje te odredbe konkretiziraju obuhvaća takva pravila [31]. Posljedično, članak 47. Povelje primjenjuje se u glavnom postupku [32]. Pružanje jamstva dobrog postupanja preduvjet je za razmatranje bilo kojeg prigovora [33]. Stoga, taj zahtjev predstavlja ograničenje prava na djelotvoran

26 — Vidjeti, među ostalim, presude od 12. prosinca 2002., Universale-Bau i dr., C-470/99, EU:C:2002:746, t. 71. i 72.; od 28. siječnja 2010., Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, t. 27. i od 30. rujna 2010., Strabag i dr., C-314/09, EU:C:2010:567, t. 34.

27 — Taj nedostatak dosljednosti otežava predviđanje metodologije koju će Sud slijediti u pojedinom slučaju. Vidjeti Prechal, S., Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between ‚Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", 4 Review of European Administrative Law (2011), str. 39.

28 — Vidjeti, primjerice, presude od 12. prosinca 2002., Universale-Bau i dr., C-470/99, EU:C:2002:746, t. 71. i od 28. siječnja 2010., Uniplex (UK), C-406/08, t. 26. do 28.

29 — Presuda od 30. rujna 2010., Strabag i dr., C-314/09, EU:C:2010:567, t. 34. i od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 47., 50. i 72.

30 — Presuda od 12. ožujka 2015., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, t. 40. (posebice vidjeti uvodne riječi „Osobito,[…]") i 41. Sud je u presudi od 15. travnja 2008., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, t. 47. i 48.), zaključio da su uvjeti ekvivalentnosti i djelotvornosti *utjelovljavali* opću obvezu država članica da osiguraju sudsku zaštitu prava pojedinca iz prava Unije. Isti je pristup ponovljen u rješenju od 24. travnja 2009. u predmetu Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, t. 98.). Sud je u presudi od 6. listopada 2015., East Sussex County Council, na sličan način spojio načelo djelotvornosti kao granicu postupovne autonomije i pravo na djelotvoran pravni lijek iz članka 47. Povelje (C-71/14, EU:C:2015:656, t. 52. i navedena sudska praksa).

31 — Vidjeti, među ostalim, presude od 15. travnja 2008., Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, t. 44. i navedenu sudsku praksu i od 17. srpnja 2014., Sánchez Morcillo i Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, t. 35. i navedenu sudsku praksu.

32 — U tom pogledu, vidjeti presude od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 49. Također vidjeti, po analogiji, presudu od 17. prosinca 2015., Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, t. 51. U dijelu u kojem se primjenjuje na države članice, članak 47. Povelje odražava drugi podstavak članka 19. stavka 1. UEU-a te konkretizira načelo lojalne suradnje iz članka 4. stavka 3. UEU-a. U vezi s potonjim pitanjem, vidjeti presudu od 13. ožujka 2007., Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, t. 37.

33 — Članak 271.a stavak 2. OUG-a br. 34/2006

pravni lijek pred sudom u smislu članka 47.[34] Takvo ograničenje stoga može biti opravdano samo ako je predviđeno zakonom, ako poštuje bit tih prava i sloboda te, podložno načelu proporcionalnosti, ako je potrebno te zaista odgovara ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba[35]? Taj test je sličan testu koji Sud u Strasbourgu primjenjuje kada razmatra jesu li financijska ograničenja pristupu sudovima u skladu s člankom 6. stavkom 1. EKLJP-a[36].

38. Ponavljam, ova sudska praksa Suda ne pruža jasne smjernice u tom pogledu[37]. Po mojemu mišljenju, u predmetima poput ovog, ocjena iz članka 52. stavka 1. Povelje potrebna je kako bi se zadovoljila razina zaštite koju članak 47. Povelje dodjeljuje pojedincima. Primjena drukčije metodologije imala bi iznenađujuć (te, po mojemu mišljenju, neprihvatljiv) učinak u smislu da bi države članice mogle izbjeći taj test na temelju puke činjenice da su djelovale, unutar opsega svoje postupovne autonomije, u području u kojem je zakonodavac Unije konkretizirao pravo na djelotvoran pravni lijek.

39. Stoga ću u nastavku razmotriti jesu li nacionalna pravila poput onih koja su predmet glavnog postupka, koja spadaju u postupovnu autonomiju država članica, u skladu s načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti. Međutim, s obzirom na to da članak 1. stavci 1. i 3. kako Direktive 89/665, tako i Direktive 92/13, uređuju takva pravila te da navedene odredbe izražavaju, u posebnom području javne nabave, temeljno pravo na djelotvoran pravni lijek zajamčeno člankom 47. Povelje, to ću učiniti polazeći od toga da načelo djelotvornosti zahtijeva analizu pitanja zadovoljavaju li ta nacionalna pravila, koja ograničavaju to pravo, test proporcionalnosti iz članka 52. stavka 1. Povelje. Ako ne zadovoljavaju, potkopavaju djelotvornost članka 1. stavaka 1. i 3. obje direktive.

Prvotno uređenje

40. Članak 1. stavak 2. Direktive 89/665 i članak 1. stavak 2. Direktive 92/13 konkretiziraju načelo ekvivalentnosti. To načelo zahtijeva da se dotična nacionalna odredba bez razlikovanja primjenjuje na pravna sredstva koja se temelje na povredi prava Unije i ona koja se temelje na nepoštovanju unutarnjeg prava, a koja imaju slične predmete i ciljeve[38].

34 — Vidjeti, po analogiji, mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, t. 37. Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Sud u Strasbourgu) smatra da sudski troškovi ili osiguranje troškova načelno ometaju pravo pristupa sudu koje je zaštićeno člankom 6. stavkom 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP) ako je plaćanje preduvjet za razmatranje slučaja. Vidjeti, među ostalim, presude Suda u Strasbourgu od 13. srpnja 1995., Tolstoy Miloslavski protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, t. 59. do 67.; od 4. svibnja 2006., Weissman i dr. protiv Rumunjske, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, t. 32. do 44., i od 12. srpnja 2007., Stankov protiv Bugarske, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, t. 53.

35 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 17. rujna 2014., Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, t. 72. i moje mišljenje u predmetu Ordre des barreaux francophones et germanophone i dr., C-543/14, EU:C:2016:157, t. 80.

36 — Sud u Strasbourgu jasno je istaknuo da, iako države članice imaju određenu diskreciju pri nametanju takvih ograničenja, ta ograničenja ne smiju ograničavati ili umanjivati pristup sudu na način da se sama bit tog prava narušava, moraju biti usmjerena legitimnom cilju te da mora postojati razumna proporcionalnost između uporabljenih sredstava i željenog cilja. U tom pogledu, vidjeti presude Suda u Strasbourgu od 13. srpnja 1995., Tolstoy Miloslavski protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, t. 59. do 67. i od 19. lipnja 2001., Kreuz protiv Poljske, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, t. 54. i 55. (navedenu u presudi od 22. prosinca 2010., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, t. 47.). Također vidjeti presudu Suda u Strasbourgu od 14. prosinca 2006., Markovic i dr. protiv Italije, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, t. 99.

37 — Sud je u presudi Orizzonte Salute jasno istaknuo da se članak 1. Direktive mora tumačiti s obzirom na članak 47. Povelje. Međutim, svoju je analizu načela djelotvornosti ograničio na ispitivanje je li dotični sustav sudskih troškova mogao učiniti gotovo nemogućim ili pretjerano teškim izvršavanje prava dodijeljenih pravom Unije o javnoj nabavi (presuda od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 49. i 72.). Sud nije proveo test proporcionalnosti na temelju članka 52. stavka 1. Povelje. Nasuprot tomu, on je u drugim predmetima primijenio test proporcionalnosti kako bi ocijenio ograničenja prava na djelotvoran pravni lijek pred sudom na temelju članka 47. Povelje. Vidjeti, među ostalim, presude od 18. ožujka 2010., Alassini i dr., C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, t. 61. do 66. i od 26. rujna 2013., Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, t. 84. do 88.

38 — Vidjeti nedavnu presudu od 12. veljače 2015., Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, t. 30.

41. Ne slažem se s tvrdnjom društva Star Storage da nacionalna pravila poput onih koja su predmet glavnog postupka nisu u skladu s tim načelom. Iako je točno da stvaraju specifičan financijski teret u vezi s pokretanjem postupaka pravne zaštite u pogledu javne nabave, načelo ekvivalentnosti ne zahtijeva ekvivalentnost nacionalnih postupovnih pravila primjenjivih na sporove koji su različite prirode (kao što je građanski spor, s jedne strane, i upravni spor, s druge strane), ili na sporove koji spadaju u dvije različite pravne grane [39]. Osim toga, rumunjska vlada je na raspravi potvrdila da se nacionalne odredbe koje su predmet glavnog postupka primjenjuju na sve postupke pravne zaštite koji su pokrenuti protiv odluka javnih naručitelja, neovisno o tome primjenjuju li se pravila Unije o javnoj nabavi na postupak sklapanja ugovora.

42. Što je s načelom djelotvornosti i testom proporcionalnosti iz članka 52. stavka 1. Povelje?

43. Nesporno je da je ograničenje koje proizlazi iz članaka 271.a i 271.b OUG-a br. 34/2006 *predviđeno zakonom*.

44. Drugi uvjet testa proporcionalnosti jest da se mjerom mora nastojati ispuniti *legitiman cilj* (odnosno cilj od općeg interesa koji priznaje Unija ili potreba zaštite prava i sloboda drugih osoba). Nesporno je da jamstvo dobrog postupanja predstavlja izvor prihoda javnog naručitelja ako ga potonji zadrži. Stoga, to jamstvo ne služi financiranju sudskog sustava [40]. Umjesto toga, nacionalne odredbe kojima je uspostavljeno jamstvo dobrog postupanja namijenjene su, u biti, zaštiti javnih naručitelja, CNSC-a i sudova od neozbiljnih prigovora koje bi gospodarski subjekti (uključujući one koji nisu ponuditelji) mogli podnijeti u svrhe različite od onih kojima postupci pravne zaštite služe [41]. Takav je cilj nedvojbeno legitiman [42]. Osobito, obeshrabrivanje neozbiljnih prigovora omogućuje tijelima koja su nadležna za preispitivanje odluka javnih naručitelja da se usredotoče na „stvarne" prigovore. To će vjerojatno doprinijeti zadovoljavanju zahtjeva da države članice moraju osigurati da odluke javnih naručitelja mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće, ako se tvrdi da takve odluke krše pravo Unije u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno to pravo [43].

45. Sljedeće je pitanje *može li se* nacionalnim odredbama poput onih koje su predmet glavnog postupka *ostvariti taj cilj*.

46. Kako ti postupci pokazuju [44], takve odredbe mogu gospodarskim subjektima koji ne uspiju u prigovoru, ili ga povuku, izazvati znatne troškove [45]. Ti troškovi mogu doseći protuvrijednost od 25 000 eura za ugovore o javnoj nabavi robe i usluga te 100 000 eura za ugovore o javnoj nabavi radova, osim troškova povezanih s polaganjem jamstva [46]. Rumunjska vlada je na raspravi potvrdila da je podnositelj prigovora, prema prvotnom uređenju, gubio čitav iznos jamstva dobrog postupanja jer je javni naručitelj bio obvezan zadržati ga. CNSC ili sud koji odlučuje o prigovoru nije ovlašten naložiti javnom naručitelju da, s obzirom na posebne okolnosti slučaja, zadrži samo dio jamstva dobrog postupanja.

39 — Presuda od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 67. i navedena sudska praksa

40 — To razlikuje jamstvo dobrog postupanja od sudskih troškova koji su predmet presude od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — U skladu s uvodom OUG-u br. 51/2014, prigovori koji su očito neosnovani ili kojima se samo želi odugovlačiti postupak imaju nekoliko štetnih posljedica. Primjerice, javni naručitelji mogu izgubiti vanjsku financijsku potporu (uključujući Unijinu) zbog neuobičajenih kašnjenja u postupcima javne nabave te možda neće moći provesti važne projekte od javnog interesa. Nadalje, neozbiljni prigovori suviše opterećuju osoblje koje brani javne naručitelje pred CNSC-om ili sudovima te, općenito, narušavaju učinkovitost CNSC-a.

42 — Vidjeti, po analogiji, presudu od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 73. i 74. To je stajalište i Suda u Strasbourgu. Vidjeti, među ostalim, presude Suda u Strasbourgu od 12. srpnja 2007., Stankov protiv Bugarske, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, t. 57. i od 3. lipnja 2014., Harrison McKee protiv Mađarske, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, t. 27.

43 — Treći podstavak članka 1. stavka 1. Direktive 89/665 i Direktive 92/13

44 — Vidjeti bilješke 10 i 11.

45 — Osim u slučajevima kada javni naručitelj ne smije zadržati jamstvo dobrog postupanja u skladu s člankom 271.b stavkom 3.

46 — Vidjeti točku 55. u nastavku.

47. Po mojemu mišljenju, tako veliki troškovi obeshrabruju podnošenje neozbiljnih prigovora jer će oni, zbog same svoje naravi, vjerojatno biti odbijeni te će, stoga, automatski rezultirati gubitkom čitavog jamstva dobrog postupanja i povezanim troškovima [47]. Činjenica da, kako je Sud podsjetio u presudi Orizzonte Salute [48], poduzetnici koji žele sudjelovati u postupcima javne nabave uređenima pravilima Unije o javnoj nabavi moraju imati odgovarajuću ekonomsku i financijsku sposobnost ne dovodi u pitanje taj zaključak. Kao prvo, nacionalni propisi koji su predmet glavnog postupka primjenjuju se na sve gospodarske subjekte koji osporavaju odluke javnih naručitelja, dakle, ne samo na ponuditelje. Dalje, uvjet da ponuditelji moraju imati ekonomsku i financijsku sposobnost nije apsolutan. U članku 47. stavku 2. Direktive 2004/18 predviđeno je da se gospodarski subjekt može osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobnog odnosa, kako bi ispunio uvjet sposobnosti [49]. U skladu s tim, stranku se ne može isključiti iz postupka samo zato što predlaže, kako bi izvršila ugovor, uporabu resursa koji nisu njezini, nego pripadaju jednom ili više drugih subjekata [50]. Naposljetku, navod Suda o ekonomskoj i financijskoj sposobnosti iz presude Orizzonte Salute odnosio se na mnogo manja financijska ograničenja pristupa postupcima pravne zaštite od onih iz predmetnog slučaja [51].

48. Posljednji dio testa proporcionalnosti jest da dotične mjere *ne smiju prelaziti ono što je potrebno* za ostvarenje njihova cilja [52]. Ako postoji izbor između više prikladnih mjera, treba izabrati manje ograničavajuću, a uzrokovane nepovoljnosti ne smiju biti nerazmjerne u odnosu na ciljeve koje se želi postići [53].

49. Prema prvotnom uređenju, podnositelj prigovora automatski gubi jamstvo dobrog postupanja ako njegov prigovor bude odbijen ili ga on povuče. To vrijedi i ako nema elemenata koji upućuju na zlouporabu postupka pravne zaštite (primjerice, ako je prigovor očito neosnovan, ili je podnesen s isključivom svrhom odugovlačenja postupka sklapanja ugovora). Dakle, zbog razloga sličnih onima koje sam gore navela [54], prvotno uređenje znatno je otežavalo pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnih naručitelja za osobe koje (čak i ako njihov prigovor na kraju ne uspije) imaju „moguće osnovane zahtjeve” [55]. Ono, stoga, može obeshrabriti znatan dio potencijalnih parničara od podnošenja prigovora ako nisu razumno sigurni da će biti uspješni. Smatram da bi primjeri takvih okolnosti uključivali slučajeve kada nema ustaljene sudske prakse o spornom pitanju ili kada se prigovorom nastoji dovesti u pitanje ocjena javnog naručitelja u pogledu koje isti ima široku diskreciju.

50. Čini mi se da je bilo moguće izbjeći taj štetan učinak (i znatno ograničenje prava na djelotvoran pravni lijek) a da se pritom ne potkopa cilj obeshrabrivanja neozbiljnih prigovora. Primjerice, u slučajevima odbijanja ili povlačenja prigovora, CNSC-u ili nadležnom sudu mogla se dati mogućnost da utvrdi je li taj prigovor bio neozbiljan ili ne, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti [56], te da odluči je li, s obzirom na to, zadržavanje (čitavog ili dijela) jamstva dobrog postupanja bilo opravdano.

47 — To se još više odnosi na ponuditelje koji su, usto, obvezni podnijeti i jamstvo uz ponudu u iznosu do 2 % procijenjene vrijednosti ugovora (članak 43.a OUG-a br. 34/2006). Iako je rumunjska vlada na raspravi istaknula da ta dva jamstva imaju različitu svrhu, ostaje činjenica da ponuditelj može oba izgubiti u jednom postupku javne nabave.

48 — Presuda od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, t. 64.

49 — Također vidjeti članak 63. stavak 1. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65.).

50 — Presude od 2. prosinca 1999., Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, t. 26.; od 18. ožujka 2004., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, t. 43. i od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, t. 32.

51 — Standardni sudski troškovi koji su se razmatrali u tom predmetu iznosili su 2 000 eura, 4 000 eura ili 6 000 eura ovisno o vrijednosti ugovora o javnoj nabavi.

52 — U tom pogledu, vidjeti presudu od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, t. 74.

53 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 29. travnja 2015., Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, t. 58. i navedenu sudsku praksu.

54 — Točka 46. ovog mišljenja

55 — Taj sam izraz posudila iz sudske prakse Suda u Strasbourgu, prema kojoj je svrha članka 13. EKLJP-a da osigura djelotvorni pravni lijek kada se radi o „moguće osnovanim zahtjevima”. Vidjeti, među ostalim, presudu Suda u Strasbourgu od 23. lipnja 2011., Diallo protiv Češke Republike, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, t. 56.

56 — Te se okolnosti mogu odnositi na to je li sudska praksa ustaljena u pogledu određenog pravnog pitanja, predstavlja li dotični prigovor samo ponavljanje ranijeg ili se jednostavno temelji na pogrešnom tumačenju pobijane mjere ili na pogrešnoj činjeničnoj pretpostavci.

51. Stoga se slažem s društvima Star Storage i Max Boegl te s Komisijom da prvotno uređenje predstavlja nerazmjerno ograničenje prava na djelotvoran pravni lijek iz članka 47. Povelje te da, stoga, potkopava djelotvornost članka 1. stavaka 1. i 3. Direktive 89/665 i članka 1. stavaka 1. i 3. Direktive 92/13. To uređenje utječe i na bit tog prava zato što gospodarske subjekte koji imaju ili su imali interes za dobivanje određenog ugovora može u praksi lišiti pristupa pravnom lijeku protiv navodno nezakonitih odluka javnih naručitelja.

52. Zbog tih razloga, zaključujem da se članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 89/665 i članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 92/13, u vezi s člankom 47. Povelje, protivi nacionalni propis poput onog koji je predmet glavnog postupka, kojim se od podnositelja prigovora zahtijeva da položi „jamstvo dobrog postupanja" kako bi dobio pristup postupku pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja koje se odnose na javnu nabavu te u skladu s kojim javni naručitelj mora zadržati jamstvo ako prigovor bude odbijen ili povučen, neovisno o tome je li prigovor neozbiljan ili nije.

Prijelazno uređenje

53. Sada ću se osvrnuti na prijelazno uređenje, koje se od prvotnog uređenja razlikuje po tome što podnositelj prigovora dobiva povrat jamstva dobrog postupanja neovisno o ishodu prigovora.

54. Razmatranje u pogledu ekvivalentnosti koje sam gore iznijela jednako je primjenjivo i ovdje [57].

55. Što se tiče djelotvornosti, jasno je da postupovni zahtjev poput onog koji proizlazi iz članka 271.a stavka 1. OUG-a br. 34/2006 po samoj svojoj naravi ograničava pravo na pristup postupcima pravne zaštite protiv odluka javnih naručitelja. Taj je zahtjev preduvjet za ispitivanje merituma prigovora [58]. Osim toga, iako podnositelj prigovora na kraju postupka dobiva povrat jamstva dobrog postupanja, njegovo polaganje za njega predstavlja financijski teret. U prvoj rečenici članka 271.a stavka 3. OUG-a br. 34/2006 opisane su dvije metode pružanja jamstva dobrog postupanja. Ako podnositelj prigovora izvrši bankovni prijenos, nije u mogućnosti koristiti potencijalno znatan iznos tijekom čitavog razdoblja od datuma polaganja jamstva do datuma na koji odluka CNSC-a ili presuda nadležnog suda postane konačna. Stoga, podnositelju prigovora nastaje oportunitetni trošak zato što ne može ta sredstva koristiti za druge svrhe. Ako podnositelj prigovora umjesto toga izabere jamstveni instrument koji izdaje banka ili osiguravajuće društvo, mora snositi troškove povezane s tim instrumentom [59].

56. Osim toga, čini mi se jasnim da takav postupovni zahtjev ne štiti adekvatno javne naručitelje od neozbiljnih prigovora. Prema prijelaznom uređenju, javni naručitelj mora podnositelju prigovora vratiti jamstvo dobrog postupanja u roku od pet dana od datuma na koji je odluka CNSC-a ili presuda suda postala konačna, čak i ako je podnositelj prigovora očito zlouporabio svoje pravo na pristup postupcima pravne zaštite. Stoga, troškovi koji nastaju na temelju prijelaznog uređenja možda neće biti takvi da gospodarskog subjekta obeshrabre u podnošenju prigovora čiji cilj – primjerice, nanošenje štete konkurentu – ne odgovara cilju za koji su postupci pravne zaštite predviđeni. Svejedno mogu predstavljati prepreku gospodarskom subjektu s moguće osnovanim zahtjevom, ali ograničenim sredstvima.

57. Naposljetku, u prijelaznom uređenju – kao ni u prvotnom uređenju – ne pravi se razlika između moguće osnovanih i neozbiljnih zahtjeva. Zbog toga, ograničenje pristupa postupcima pravne zaštite koje to uređenje uključuje očito prelazi ono što je nužno za postizanje cilja da se obeshrabri podnošenje neozbiljnih prigovora.

57 — Vidjeti gornje točke 40. i 41.

58 — Članak 271.a stavak 2. OUG-a br. 34/2006

59 — Nejasno je bi li javni naručitelj podnositelju prigovora naknadio te troškove ako bi CNSC ili sud uvažio prigovor. Čak i ako bi, uspješni podnositelj prigovora svejedno bi početno morao snositi troškove kako bi dobio pristup postupku pravne zaštite. Stoga bi zahtjev pružanja jamstva i dalje predstavljao prepreku pristupu.

58. Stoga, zaključujem da se članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 89/665 i članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 92/13, u vezi s člankom 47. Povelje, protive nacionalni propisi poput prijelaznog uređenja, kojima se od podnositelja prigovora zahtijeva da položi „jamstvo dobrog postupanja" kako bi dobio pristup postupku pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja te u skladu s kojim taj podnositelj prigovora automatski dobiva povrat jamstva na kraju postupka povodom prigovora, neovisno o njegovu ishodu.

Zaključak

59. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem da Sud na pitanja koja su uputile Curtea de Apel Bucureşti (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska) i Curtea de Apel Oradea (Žalbeni sud u Oradei, Rumunjska) odgovori na sljedeći način:

— Članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i [radova], kako je izmijenjena, i članku 1. stavcima 1. i 3. Direktive 92/13/EEZ od 25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru, u vezi s člankom 47. Povelje, protivi se nacionalni propis poput onog koji je predmet glavnog postupka, kojim se od podnositelja prigovora zahtijeva da položi „jamstvo dobrog postupanja" kako bi dobio pristup postupku pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja koje se odnose na javnu nabavu te u skladu s kojim javni naručitelj mora zadržati jamstvo ako prigovor bude odbijen ili povučen, neovisno o tome je li prigovor neozbiljan ili nije.

— Navedenim odredbama prava Unije protive se i nacionalni propisi kojima se od podnositelja prigovora zahtijeva da položi „jamstvo dobrog postupanja" kako bi dobio pristup postupku pravne zaštite protiv odluka javnog naručitelja te u skladu s kojima taj podnositelj prigovora automatski dobiva povrat jamstva na kraju postupka povodom prigovora, neovisno o njegovu ishodu.