Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 28 kwietnia 2016 r.[1]

**Sprawy połączone C-439/14 i C-488/14**

**SC Star Storage SA**
**przeciwko**
**Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)**
**[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia)]**
**i**
**SC Max Boegl România SRL,SC UTI Grup SA,Astaldi SpA,**
**S.C. Construcții Napoca SA**
**przeciwko**
**RA Aeroportul Oradea,**
**SC Porr Construct SRL,**
**Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,**
**SC Col-Air Trading SRL,**
**AVZI SA,**
**Trameco SA,**
**Iamsat Muntenia SA**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei, Rumunia)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG — Przepisy krajowe, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych od złożenia „gwarancji należytego postępowania" — Autonomia proceduralna państw członkowskich — Zasada równoważności i zasada skuteczności — Artykuły 47 i 52 karty — Prawo do skutecznego środka prawnego — Ograniczenie — Proporcjonalność

1. W niniejszych sprawach Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) i Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei, Rumunia) zwracają się w istocie do Trybunału o wyjaśnienie, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie uzależniało dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji w dziedzinie zamówień publicznych wydanych przez instytucje zamawiające od złożenia przez podmiot wnoszący środek zaskarżenia „gwarancji należytego postępowania". Zgodnie z przepisami krajowymi będącymi przedmiotem postępowań głównych gwarancja dobrego zachowania podlega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiających, jeżeli organ uprawniony do kontroli ich decyzji oddala środek zaskarżenia lub jeżeli podmiot wnoszący środek zaskarżenia cofnął ów środek.

2. Niniejsze wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą zatem zakresu prawa dostępu do skutecznego środka prawnego w kontekście zamówień publicznych, które nie tylko zostało zagwarantowane w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"), lecz także zostało skonkretyzowane w dyrektywach unijnych dotyczących postępowań o udzielanie

1 — Język oryginału: angielski.

zamówień publicznych. Jak dalece państwa członkowskie mogą ustanawiać wymogi finansowe związane z zaskarżaniem decyzji instytucji zamawiających w celu zmniejszenia ryzyka błahych środków zaskarżenia, czyli takich środków zaskarżenia, które ze swej istoty najprawdopodobniej zostaną oddalone, a które to środki mają wyłącznie na celu utrudnianie procedury udzielenia zamówienia publicznego?

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

3. Artykuł 47 akapit pierwszy karty stanowi, że każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule. Stosownie do art. 52 ust. 1 karty wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw uznanych w karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób.

4. Zgodnie z motywem trzecim dyrektywy Rady 89/665/EWG [2] otwarcie rynku zamówień publicznych na unijną konkurencję wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji. Skuteczne i szybkie środki odwoławcze powinny zatem być dostępne w przypadkach naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo.

5. Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych", stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE […] [3], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i dynamiczne systemy zakupów.

Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa [Unii] w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

2. Państwa członkowskie zapewniają, by nie istniała dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszej dyrektywie rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo [Unii] a pozostałymi przepisami krajowymi.

2 — Dyrektywa z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31).

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

[…]".

6. Motyw piąty dyrektywy Rady 92/13/EWG [4] stanowi, iż otwarcie rynku zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na unijną konkurencję wymaga przyjęcia przepisów, które zapewnią dostawcom i wykonawcom odpowiednie procedury odwoławcze w przypadku naruszenia odnośnych przepisów prawa Unii lub przepisów krajowych wdrażających to prawo.

7. Trzy pierwsze ustępy art. 1 dyrektywy 92/13, zatytułowanego „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych", odpowiadają w istocie trzem pierwszym ustępom art. 1 dyrektywy 89/665 [5].

*Prawo rumuńskie*

8. Zgodnie z art. 43[1] Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 ( dekretu rządu nr 34/2006 dotyczącego udzielania zamówień publicznych na dostawy, roboty budowlane i usługi, zwanego dalej „OUG nr 34/2006") każdy potencjalny oferent wpłaca gwarancję (zwaną dalej „gwarancją przetargową"), aby móc uczestniczyć w postępowaniu we wszystkich przypadkach, w których OUG nr 34/2006 przewiduje dla instytucji zamawiającej obowiązek opublikowania ogłoszenia o przetargu lub zaproszenia do składania ofert. Gwarancja przetargowa, której wysokość może wynosić do 2% szacunkowej wartości zamówienia, ma na celu zabezpieczenie instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania oferenta w czasie całego okresu poprzedzającego udzielenie zamówienia.

9. Zgodnie z art. 256 ust. 1 OUG nr 34/2006 strona, które uważa, że jej prawo zostało naruszone, może zwrócić się do Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady rozstrzygania sporów, zwanej dalej „CNSC"). Zgodnie z art. 281 ust. 1 decyzje CNSC mogą zostać zaskarżone poprzez wniesienie skargi do organu sądowego.

10. Artykuł 278 ust. 1 OUG nr 34/2006 stanowi, że CNSC lub właściwy sąd rozstrzyga w pierwszej kolejności w przedmiocie zarzutów proceduralnych i materialnych. Jeżeli uznaje je za zasadne, nie dokonuje analizy sporu co do istoty.

11. Artykuł 278[1] OUG nr 34/2006 stanowił, że część gwarancji przetargowej podlegała przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej, jeżeli CNSC lub właściwy sąd oddaliły środek zaskarżenia wniesiony przez oferenta lub jeżeli oferent cofnął ten środek.

4 — Dyrektywa z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14).

5 — Z tym wyjątkiem, że art. 1 dyrektywy 92/13 odwołuje się raczej do przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) niż do przepisów dyrektywy 2004/18.

12. Artykuł 278[1] OUG nr 34/2006 został uchylony Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (dekretem rządu nr 51/2014, zwanym dalej „OUG nr 51/2014"), który wprowadził do OUG nr 34/2006 następujące przepisy[6]:

„Artykuł 271[1]

1. W celu zabezpieczenia instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania podmiot wnoszący środek zaskarżenia wpłaca gwarancję należytego postępowania za cały okres od dnia złożenia odwołania/wniosku/skargi do dnia, w którym decyzja [CNSC] staje się ostateczna lub wyrok właściwego organu sądowego staje się prawomocny.

2. [Środek zaskarżenia] zostaj[e] odrzucony w przypadku, gdy wnoszący go podmiot nie przedstawi dowodu na wpłacenie gwarancji przewidzianej w ust. 1.

3. Gwarancja należytego postępowania zostaje ustanowiona w drodze przelewu bankowego lub instrumentu gwarancyjnego wydanego zgodnie z warunkami przewidzianymi w ustawie przez bank lub zakład ubezpieczeń, przy czym jej oryginał przekazuje się instytucji zamawiającej, a kopię – [CNSC] lub organowi sądowemu w chwili wniesienia [środka zaskarżenia].

4. Gwarancja należytego postępowania jest ustanawiana w zależności od szacunkowej wartości udzielanego zamówienia, zgodnie z następującymi zasadami:

a) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona niższa niż progi przewidziane w art. 55 ust. 2 lit. a) i b)[7];

b) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona niższa niż progi przewidziane w art. 55 ust. 2 lit. c)[8], lecz nie przekracza równowartości w [lejach rumuńskich (RON)] 10 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany […] w dniu wpłacenia gwarancji;

c) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona równa progom przewidzianym w art. 55 ust. 2 lit. a) i b) lub wyższa od nich, lecz nie przekracza ona równowartości w RON 25 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany […] w dniu wpłacenia gwarancji;

d) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona równa progom przewidzianym w art. 55 ust. 2 lit. c) lub wyższa od nich, lecz nie przekracza ona równowartości w RON 100 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany […] w dniu wpłacenia gwarancji.

5. Gwarancja należytego postępowania powinna zachować ważność przez co najmniej 90 dni, jest nieodwołalna i wypłacana bezwarunkowo na pierwsze żądanie instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia [środka zaskarżenia].

6. Jeżeli w ostatnim dniu ważności gwarancji należytego postępowania decyzja [CNSC] lub wyrok organu sądowego nie są ostateczne/prawomocne, a podmiot wnoszący środek zaskarżenia nie przedłużył okresu obowiązywania gwarancji należytego postępowania na warunkach wymienionych w ust. 1–5, gwarancja należytego postępowania ulega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej. Artykuł 271[2] ust. 3–5 stosuje się odpowiednio.

[…].

6 — W dalszej części przepisy te określam jako „system pierwotny".

7 — Artykuł 55 ust. 2 lit. a) i b) OUG nr 34/2006 dotyczy zamówień publicznych na dostawy i usługi.

8 — Artykuł 55 ust. 2 lit. c) OUG nr 34/2006 dotyczy zamówień publicznych na roboty budowlane.

Artykuł $271^2$

1. Jeżeli środek zaskarżenia zostaje oddalony przez [CNSC] lub organ sądowy w przypadku, gdy podmiot wnoszący ten środek zwrócił się bezpośrednio do tego organu, gwarancja należytego postępowania podlega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej od chwili, gdy decyzja [CNSC] staje się ostateczna lub wyrok organu sądowego staje się prawomocny. Przepadek ten odnosi się do tych części zamówienia, w odniesieniu do których środek zaskarżenia został oddalony.

2. Przepisy ust. 1 stosuje się również w przypadku, gdy podmiot wnoszący środek zaskarżenia wycofuje ów [środek].

3. Rozwiązanie przewidziane w ust. 1 nie znajduje zastosowania w przypadku, gdy [CNSC] lub organ sądowy oddala środek zaskarżenia jako bezprzedmiotowy lub w wyniku wycofania [środka zaskarżenia] w następstwie przyjęcia przez instytucję zamawiającą koniecznych środków korygujących w rozumieniu art. $256^3$ ust. 1.

4. Jeśli [CNSC] uwzględnia środek zaskarżenia lub właściwy organ sądowy uwzględnia skargę na decyzję [CNSC] o oddaleniu środka zaskarżenia, instytucja zamawiająca zwraca podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia gwarancję należytego postępowania w ciągu 5 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, a wyrok prawomocny.

5. W sytuacji gdy podmiot wnoszący środek zaskarżenia zwraca się bezpośrednio do organu sądowego, a organ ten uwzględnia skargę, ust. 4 stosuje się odpowiednio.

6. Kwoty uzyskane przez instytucję zamawiającą z tytułu gwarancji należytego postępowania stanowią jej przychód".

13. W odpowiedzi na zapytanie Trybunału sądy odsyłające potwierdziły, iż w wyroku z dnia 15 stycznia 2015 r. Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny, Rumunia) stwierdził niezgodność z konstytucją art. $271^2$ ust. 1 i 2 OUG nr 34/2006. Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) doszedł do takiego wniosku zasadniczo na tej podstawie, że w myśl tych przepisów gwarancja należytego postępowania podlegała przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia środka zaskarżenia lub jego wycofania, przy czym przepisy te nie pozostawiały CNSC ani sądowi rozpoznającemu środek zaskarżenia żadnej swobody, co się tyczy uwzględnienia zachowania podmiotu wnoszącego środek zaskarżenia. Wyłącznie nieodpowiednie zachowanie uzasadniało przepadek gwarancji należytego zachowania. W dniu 4 listopada 2015 r. Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) stwierdził na podobnych podstawach niezgodność z konstytucją art. $271^1$ ust. 5 OUG nr 34/2006 w zakresie, w jakim przepis ten nakładał wymóg, aby gwarancja należytego zachowania obejmowała jej bezwarunkową wypłatę na pierwsze żądanie instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia środka zaskarżenia.

14. Rząd rumuński wyjaśnił podczas rozprawy, że art. $271^1$ i $271^2$ OUG nr 34/2006 obowiązują w dalszym ciągu w zakresie, w jakim nie stwierdzono ich niezgodności z konstytucją. Potwierdził on, iż pozostałe przepisy[9] wciąż wymagają, aby podmiot wnoszący środek zaskarżenia wpłacił gwarancję należytego postępowania, jednakże brak już podstawy prawnej jej przepadku na rzecz instytucji zamawiającej. W konsekwencji instytucja zamawiająca musi teraz zwrócić podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia gwarancję należytego postępowania po zakończeniu postępowania niezależnie od wyniku badania środka zaskarżenia, a tym bardziej bez względu na okoliczność, czy środek zaskarżenia był błahy.

9 — Pozostałe przepisy (jak rozumiem) to zasadniczo art. $271^1$, z wyjątkiem wymogu bezwarunkowej wypłaty przewidzianego w ust. 5, oraz art. $271^2$ ust. 3–5 OUG nr 34/2006. W niniejszej opinii przepisy te określam jako „system przejściowy", odróżniając go zarówno od „systemu pierwotnego", jak i od nowego systemu, którego wprowadzenie w życie w przyszłości – jak wskazał rząd rumuński na rozprawie – przewiduje ustawodawca rumuński.

## Stan faktyczny, postępowanie oraz pytania prejudycjalne

*Sprawa C-439/14*

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (krajowy instytut badawczo-rozwojowy w dziedzinie informatyki, zwany dalej „INCDI") ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy i usługi obejmujące opracowanie i wykonanie platformy chmury obliczeniowej. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła, bez podatku od wartości dodanej (VAT), 61 287 713,71 RON (co w przybliżeniu stanowi równowartość 13 700 000 EUR). INCDI opracował odpowiednią dokumentację przetargową i opublikował w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronicznym systemie zamówień publicznych) ogłoszenie o zamówieniu. Kryterium udzielenia zamówienia była „najniższa cena".

16. Wiele podmiotów gospodarczych złożyło do INCDI wnioski o wyjaśnienie zasad zawartych w dokumentacji przetargowej. W odpowiedzi INCDI opublikował w elektronicznym systemie zamówień publicznych szereg not wyjaśniających.

17. W dniu 30 czerwca 2014 r. spółka SC Star Storage SA (zwana dalej „Star Storage") wniosła do CNSC odwołanie dotyczące trzech wyjaśnień. W dniu 18 lipca 2014 r. CNSC odrzuciła wniesione przez Star Storage odwołanie jako niedopuszczalne, gdyż spółka ta nie ustanowiła gwarancji należytego postępowania [10]. Spółka Star Storage wniosła skargę na przedmiotową decyzję do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie), który to sąd zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następującego pytania:

„Czy przepisy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 [dyrektywy 89/665] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia uprzednio »gwarancji należytego postępowania«, ustanowionej w art. $271^1$ i $271^2$ [OUG nr 34/2006]?".

*Sprawa C-488/14*

18. W dniu 21 stycznia 2014 r. RA Aeroportul Oradea (zwany dalej „portem lotniczym w Oradei") opublikował w elektronicznym systemie zamówień publicznych ogłoszenie o zamówieniu publicznym na rozbudowę i modernizację tegoż portu lotniczego. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła, bez podatku VAT, 101 232 054 RON (co w przybliżeniu stanowi równowartość 22 800 000 EUR). Kryterium udzielenia zamówienia była „najbardziej korzystna z gospodarczego punktu widzenia oferta".

19. Oferty złożyły cztery podmioty gospodarcze. Z raportu dotyczącego oceny ofert z dnia 28 marca 2014 r. wynika, że stwierdzono, iż oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodziły spółki SC Max Boegl România SRL (zwana dalej „Max Boegl"), SC UTI Grup SA oraz Astaldi SpA, nie spełniała wymaganych warunków. W tym samym raporcie wskazano, że oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego weszły SC Construcții Napoca SA (zwana dalej „Construcții Napoca"), SC Aici Cluj SA oraz CS Icco Energ SRL, zajęła drugie miejsce w rankingu.

20. W dniu 10 lipca 2014 r. CNSC oddaliła jako bezzasadne wniesione przez te dwa konsorcja odwołania w przedmiocie raportu dotyczącego oceny ofert.

10 — Kwota należnej gwarancji wynosiła równowartość 25 000 EUR w RON.

21. Konsorcjum, do którego należy Max Boegl, a także Construcții Napoca wniosły skargi na przedmiotowe decyzje do Curtea de Apel Oradea (sądu apelacyjnego w Oradei). Na rozprawie w dniu 10 września 2014 r. Curtea de Apel Oradea zwrócił uwagę skarżących na wymóg wpłacenia gwarancji należytego postępowania w związku z wejściem w życie w dniu 30 czerwca 2014 r. art. $271^1$ i $271^2$ OUG nr 34/2006 [11]. Curtea de Apel Oradea zawiesił postępowania i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następującego pytania:

„Czy przepisy art. 1 ust. 1–3 [dyrektywy 89/665] oraz przepisy art. 1 ust. 1–3 [dyrektywy 92/13] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia uprzednio »gwarancji należytego postępowania«, ustanowionej w art. $271^1$ i $271^2$ [OUG nr 34/2006]?”.

22. W dniu 13 listopada 2014 r. prezes Trybunału połączył obie sprawy dla celów procedury pisemnej i ustnej oraz wydania wyroku. Uwagi na piśmie przedstawiły Star Storage, rządy grecki i rumuński oraz Komisja Europejska. Max Boegl, rząd rumuński i Komisja przedstawiły swoje stanowiska ustnie na rozprawie w dniu 14 stycznia 2016 r.

## Analiza

### *Uwagi wstępne*

23. Wartość zamówienia publicznego będącego przedmiotem sporu w sprawie C-439/14 przewyższa próg określony w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 dla zamówień publicznych na dostawy i usługi. W związku z tym dyrektywa 89/665 ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania [12]. Podobnie wartość zamówienia publicznego będącego przedmiotem sporu w sprawie C-488/14 sięga progów dla zamówień publicznych na roboty budowlane, przewidzianych zarówno w art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18, jak i w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17.

24. Jednakże rząd rumuński i Komisja nie są zgodne co do ram prawnych mających znaczenie dla postępowań głównych w sprawie C-488/14. Rząd rumuński twierdzi, iż do postępowań tych ma zastosowanie wyłącznie dyrektywa 2004/18, a co za tym idzie – dyrektywa 89/665. Komisja podnosi natomiast, że skoro omawiane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy rozbudowy i udoskonalenia infrastruktury portu lotniczego, wchodzi ono w zakres stosowania dyrektywy 2004/17 [13], w związku z czym podlega dyrektywie 92/13 [14].

25. Moim zdaniem Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat przedmiotowego zamówienia, aby móc ustalić, czy do postępowania o jego udzielenie zastosowanie ma dyrektywa 89/665, czy raczej dyrektywa 92/13. Okoliczność ta nie stwarza jednak trudności. Z jednej strony z okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniach głównych w sprawie C-488/14 wynika w sposób oczywisty, że pytanie przedłożone Trybunałowi przez Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei) nie jest bynajmniej hipotetyczne, co się tyczy dyrektywy 92/13. Z drugiej strony trzy pierwsze ustępy art. 1 tej dyrektywy odpowiadają zasadniczo trzem pierwszym ustępom art. 1 dyrektywy 89/665. Obydwa pytania przedłożone przez sądy odsyłające są zatem zasadniczo tożsame, w związku z czym należy zbadać je łącznie.

11 — Z informacji przekazanych Trybunałowi wynika, że wysokość każdej gwarancji należytego postępowania wymaganej w postępowaniach zawisłych przed sądami krajowymi stanowiła równowartość kwoty 100 000 EUR wyrażonej w RON.

12 — Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.

13 — Artykuł 7 lit. b) dyrektywy 2004/17.

14 — Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 92/13.

26. Następnie należy stwierdzić, że wpływ na postępowania główne wyroków wydanych w dniach 15 stycznia i 4 listopada 2015 r. przez Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) nie jest oczywisty. Rząd rumuński podniósł na rozprawie, że sądy odsyłające będą musiały teraz stosować system przejściowy. Natomiast Komisja dokonała rozróżnienia pomiędzy tymi dwiema sprawami. W sprawie C-488/14 wymóg gwarancji należytego postępowania po raz pierwszy pojawił się przed sądem odsyłającym. Ów sąd będzie zatem musiał stosować system *przejściowy*. Tymczasem w sprawie C-439/14 wymóg pojawił się najpierw w postępowaniu przed CNSC, czyli przed wydaniem wyroków przez Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny). Wobec tego Komisja twierdzi, że w tej sprawie po otrzymaniu odpowiedzi Trybunału sąd odsyłający będzie zobowiązany do stosowania sytemu *pierwotnego*.

27. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że do Trybunału nie należy orzekanie w przedmiocie możliwości stosowania przepisów prawa krajowego celem rozstrzygnięcia postępowania głównego. Trybunał jest bowiem zobowiązany uwzględnić, zgodnie z podziałem kompetencji między sądami unijnymi i sądami krajowymi, kontekst prawny, w jaki wpisują się pytania prejudycjalne przedstawione w postanowieniu odsyłającym [15]. Trybunał jest jednak właściwy do udzielenia sądowi odsyłającemu wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa Unii, umożliwiających temu sądowi dokonanie oceny zgodności prawa krajowego z prawem Unii i wydanie orzeczenia w zawisłej przed nim sprawie [16]. Skoro istnieją wątpliwości, czy do postępowania głównego w sprawie C-439/14 ma zastosowanie system pierwotny czy też system przejściowy, w niniejszej opinii przedstawię analizę obu rozwiązań.

28. Wreszcie, z informacji przedstawionych Trybunałowi wynika, że zgodnie z OUG nr 34/2006 środek zaskarżenia może być wniesiony albo do CNSC (której decyzje mogą następnie zostać zaskarżone przed sądem apelacyjnym), albo bezpośrednio do sądu. Skoro gwarancja należytego postępowania wymagana jest w każdym przypadku, pozostaje to bez wpływu na tok rozumowania [17].

*Metodologia analizy*

29. Z brzmienia motywów pierwszego i drugiego dyrektywy 89/665 oraz z brzmienia motywów pierwszego, drugiego i trzeciego dyrektywy 92/13 jasno wynika, że dyrektywy te mają za zadanie wzmocnić mechanizmy istniejące na szczeblu krajowym i Unii w celu zagwarantowania skutecznego stosowania dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, gdy istnieje jeszcze możliwość zaradzenia uchybieniom [18]. W tym względzie art. 1 ust. 1 każdej z tych dyrektyw zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, że niezgodne z prawem decyzje wydane przez instytucję zamawiającą będą mogły być przedmiotem skutecznego i możliwie jak najszybszego postępowania odwoławczego [19]. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że postępowanie odwoławcze będzie przysługiwać każdej osobie, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku zarzucanego naruszenia [20].

15 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo.

16 — Wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Zobacz w szczególności art. $271^1$ ust. 1 i art. $271^2$ ust. 1 i 5 OUG nr 34/2006.

18 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 28 października 1999 r., Alcatel Austria i in., C-81/98, EU:C:1999:534, pkt 33; z dnia 19 czerwca 2003 r., GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 28 stycznia 2010 r., Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 26.

19 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 19 czerwca 2003 r., Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 19 czerwca 2003 r., GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo.

20 — Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

30. Jednakże wspomniane dyrektywy ustanawiają jedynie minimalne warunki, jakie winny spełniać procedury odwoławcze określone w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych [21]. W braku specyficznych uregulowań w tym zakresie zadaniem każdego państwa członkowskiego jest określenie szczegółowych zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę praw jednostek wynikających z unijnego prawa zamówień publicznych. Rzeczone szczegółowe zasady nie mogą być mniej korzystne niż przepisy proceduralne regulujące podobne sprawy o charakterze krajowym (zasada równoważności) ani też w praktyce uniemożliwiać wykonywania tych praw przyznanych przez prawo Unii lub czynić je nadmiernie utrudnionym (zasada skuteczności) [22]. Ten drugi wymóg ma zasadnicze znaczenie dla realizacji podstawowego celu prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynków zamówień publicznych we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję [23].

31. Jak zauważa Komisja, ani dyrektywa 89/665, ani dyrektywa 92/13 nie zawierają zasad w przedmiocie wymogów finansowych, jakie podmioty gospodarcze winny spełniać w celu uzyskania dostępu do procedur odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających. Przepisy krajowe takie jak te będące przedmiotem postępowań głównych wchodzą zatem w zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich, z zastrzeżeniem zasad równoważności i skuteczności. Analizę pytań prejudycjalnych przeprowadzę w świetle tych właśnie zasad [24].

32. Niemniej jednak każda z tych dyrektyw konkretyzuje ogólną zasadę prawa do skutecznego środka prawnego w szczególnej dziedzinie zamówień publicznych [25]. Powyższe rodzi dwa pozostające w bliskim ze sobą związku pytania co do zakresu zasady skuteczności.

33. Po pierwsze, nasuwa się pytanie: czy zasadę tę można ograniczać do sprawdzenia, że krajowy wymóg proceduralny taki jak ten będący przedmiotem postępowań głównych *w praktyce uniemożliwia lub czyni nadmiernie utrudnionym* wykonywanie prawa do postępowań odwoławczych określonego w art. 1 dyrektywy 89/665 i w art. 1 dyrektywy 92/13? Czy też ma ona szersze zastosowanie, to znaczy wymaga uchylenia *wszelkich norm krajowych* podważających wskazane przepisy?

34. Trybunał wielokrotnie badał, czy przepisy krajowe regulujące procedurę odwoławczą, mające na celu zapewnienie ochrony praw przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających, podważały skuteczność dyrektywy 89/665 [26]. W orzecznictwie brak jest jednak jednolitego podejścia w odniesieniu do związku między kryterium skuteczności a autonomią proceduralną państw członkowskich oraz zasadą skuteczności, która ogranicza tę autonomię [27]. W niektórych sprawach analiza skupiła się wyłącznie na skuteczności dyrektywy 89/665, bez odwoływania się do autonomii proceduralnej oraz jej ograniczeń [28]. Wyroki

21 — Wyrok z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz podobnie także wyrok z dnia 24 września 1998 r., EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, pkt 16.

22 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 11 września 2003 r., Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, pkt 49; a także z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo.

23 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 33, 34.

24 — Zobacz pkt 40–58 niniejszej opinii.

25 — Zobacz podobnie postanowienie wiceprezesa Trybunału z dnia 25 kwietnia 2015 r., Komisja/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, pkt 28. Początki takiego rozumowania sięgają wyroku z dnia 15 maja 1986 r., Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, pkt 18, 19.

26 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 71, 72; z dnia 28 stycznia 2010 r., Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 27; a także z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34.

27 — Ów brak jednolitości utrudnia przewidywanie, jaką metodologię zastosuje Trybunał w danej sprawie. Zobacz S. Prechal, R. Widdershoven, Redefining the Relationship between „Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection, *4 Review of European Administrative Law*, nº 4, 2011, s. 39.

28 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 71; a także z dnia 28 stycznia 2010 r., Uniplex (UK), C-406/08, pkt 26–28.

w innych sprawach wskazują, że kryterium skuteczności stanowi uzupełnienie kryterium autonomii proceduralnej w sytuacji, gdy dyrektywa 89/665 nie zawiera szczególnego przepisu regulującego owo zagadnienie [29]. Niekiedy sformułowania, którymi się posłużono, wskazują, że kryterium skuteczności stanowi część kryterium autonomii proceduralnej (i nadaje mu szczególną treść) [30].

35. Moim zdaniem tym, co w ostateczności ma znaczenie, jest zapewnienie, aby prawa przysługujące jednostkom na podstawie przepisów prawa Unii podlegały większej, a nie mniejszej ochronie. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 dyrektywy 92/13 konkretyzują prawo do *skutecznego* środka prawnego. Nie jest zatem możliwe ograniczenie analizy zasady skuteczności do kwestii, czy wymóg proceduralny taki jak ten, który jest przedmiotem sporu w postępowaniach głównych, może w praktyce uniemożliwiać lub czynić nadmiernie utrudnionym wykonywanie tegoż prawa. Przeciwnie, w tym szczególnym kontekście kryterium skuteczności z całą pewnością musi wiązać się z przeprowadzeniem analizy, czy taki wymóg może prowadzić do *podważenia* prawa do skutecznego postępowania odwoławczego, które to prawo zostało zagwarantowane w tych przepisach.

36. Po drugie, nasuwa się pytanie: jaki jest wpływ podstawowego prawa do skutecznego środka prawnego przewidzianego w art. 47 karty na zasadę skuteczności stanowiącą ograniczenie autonomii proceduralnej państw członkowskich?

37. Normy proceduralne takie jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniach głównych są ewidentnie objęte zakresem stosowania art. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 dyrektywy 92/13. Co więcej, podstawowe prawo do skutecznego środka prawnego, które przepisy te konkretyzują, obejmuje takie normy [31]. W konsekwencji art. 47 karty ma zastosowanie w postępowaniach głównych [32]. Wpłacenie gwarancji należytego postępowania jest warunkiem rozpoznania środka zaskarżenia [33]. Wymóg ten stanowi zatem ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty [34]. Ograniczenie takie może być więc zasadne, tylko jeśli jest przewidziane ustawą, szanuje istotę tego prawa i – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – jest konieczne oraz faktycznie

29 — Wyroki: z dnia z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34; a także z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47, 50, 72.

30 — Wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 40 (zob. zwłaszcza początek zdania, rozpoczynający się od słów „[w] szczególności"), 41. W wyroku z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 47, 48, Trybunał orzekł, że wymogi równoważności i skuteczności *wyrażają* ogólny obowiązek państw członkowskich polegający na zapewnieniu ochrony sądowej praw jednostki wynikających z prawa Unii. Taka sama formuła została powtórzona w postanowieniu z dnia 24 kwietnia 2009 r., Koukou, C-519/08, EU:C:2009:269, pkt 98. Podobnie Trybunał połączył zasadę skuteczności jako ograniczenie autonomii proceduralnej z prawem do skutecznego środka prawnego na podstawie art. 47 karty w wyroku z dnia 6 października 2015 r., East Sussex County Council, C-71/14, EU:C:2015:656, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo.

31 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 17 lipca 2014 r., Sánchez Morcillo i Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

32 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 49. Zobacz także, analogicznie, wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, pkt 51. W zakresie, w jakim art. 47 karty ma zastosowanie do państw członkowskich, ów artykuł stanowi potwierdzenie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE i konkretyzuje zasadę lojalnej współpracy przewidzianą w art. 4 ust. 3 TUE. Co się tyczy tego drugiego zagadnienia, zob. wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, pkt 37.

33 — Artykuł $271^{1}$ ust. 2 OUG nr 34/2006.

34 — Zobacz analogicznie opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena przedstawiona w dniu 7 maja 2015 r. w sprawie Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, pkt 37. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznaje zasadniczo opłatę sądową lub zabezpieczenie kosztów za zakłócenie prawa dostępu do sądu chronionego przez art. 6 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC"), jeżeli opłata jest warunkiem rozpoznania sprawy. Zobacz w szczególności wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie Tolstoy Miloslavski przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59–67; z dnia 4 maja 2006 r. w sprawie Weissman i in. przeciwko Rumunii, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, §§ 32–44; a także z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie Stankov przeciwko Bułgarii, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

odpowiada celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebie ochrony praw i wolności innych osób [35]. Powyższe kryterium jest podobne do kryterium stosowanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, gdy bada on, czy finansowe ograniczenia dostępu do sądów są zgodne z art. 6 ust. 1 EKPC [36].

38. I znów, owo orzecznictwo Trybunału nie zawiera jasnych wskazówek w tym względzie [37]. W mojej ocenie, w sprawach takich jak niniejsze, przeprowadzenie oceny określonej w art. 52 ust. 1 karty jest niezbędne w celu zapewnienia poziomu ochrony przysługującej jednostkom na podstawie art. 47 karty. Zastosowanie innej metodologii (co moim zdaniem jest niedopuszczalne) prowadziłoby do nieoczekiwanego skutku, mianowicie państwa członkowskie mogłyby uchylić się od stosowania tego kryterium wyłącznie na tej podstawie, że działały w ramach swojej autonomii proceduralnej w dziedzinie, w której prawodawca Unii skonkretyzował prawo do skutecznego środka prawnego.

39. Wobec powyższego zbadam następnie, czy przepisy krajowe takie jak te będące przedmiotem postępowań głównych, wchodzące w zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich, są zgodne z zasadami równoważności i skuteczności. Zważywszy jednak, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/13 regulują takie przepisy krajowe oraz że przepisy art. 1 obu dyrektyw konkretyzują w szczególnej dziedzinie zamówień publicznych podstawowe prawo do skutecznego środka prawnego gwarantowane w art. 47 karty, analizę przeprowadzę w oparciu o założenie, że zasada skuteczności wymaga zbadania, czy owe przepisy krajowe ograniczające to prawo spełniają kryterium proporcjonalności określone w art. 52 ust. 1 karty. Odpowiedź przecząca oznaczałaby, że podważają one skuteczność art. 1 ust. 1 i 3 obydwu dyrektyw.

*System pierwotny*

40. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 2 dyrektywy 92/13 konkretyzują zasadę równoważności. Poszanowanie tej zasady zakłada, że dany przepis prawa krajowego znajduje zastosowanie bez różnicy do skarg opartych na naruszeniu prawa Unii oraz do skarg opartych na naruszeniu prawa krajowego mających podobny przedmiot i podobną podstawę [38].

41. Nie podzielam twierdzenia Star Storage, że przepisy krajowe takie jak te będące przedmiotem postępowań głównych są niezgodne z tą zasadą. Wprawdzie stwarzają one określone obciążenie finansowe przy wszczęciu postępowania odwoławczego w dziedzinie zamówień publicznych, lecz zasada równoważności nie wymaga równego traktowania krajowych przepisów proceduralnych mających zastosowanie do postępowań o innym charakterze (takich jak postępowania cywilne z jednej strony oraz postępowania administracyjne z drugiej strony) lub do postępowań objętych dwiema

35 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 września 2014 r., Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, pkt 72; a także moja opinia przedstawiona w dniu 10 marca 2016 r. w sprawie Ordre des barreaux francophones et germanophone i in., C-543/14, EU:C:2016:157, pkt 80.

36 — Europejski Trybunał Praw Człowieka jasno stwierdził, iż wprawdzie państwa członkowskie mają pewien zakres uznania pozwalający im na wprowadzanie takich ograniczeń, nie mogą one jednak ograniczać ani pomniejszać prawa dostępu do sądu w taki sposób, że zostaje naruszona istota tego prawa, zaś ograniczenia te muszą zmierzać do realizacji celu zgodnego z prawem oraz winien występować rozsądny stosunek proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami a zamierzonym celem. Zobacz podobnie wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie Tolstoy Miloslavski przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ 59–67; a także z dnia 19 czerwca 2001 r. w sprawie Kreuz przeciwko Polsce, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54, 55 (przytoczone w wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, pkt 47). Zobacz także wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie Markovici in. przeciwko Włochom, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — W wyroku Orizzonte Salute Trybunał jasno stwierdził, że art. 1 dyrektywy 89/665 należy interpretować w świetle art. 47 karty. Ograniczył on jednak swoją analizę zasady skuteczności do sprawdzenia, czy system opłat sądowych będący przedmiotem sporu w praktyce uniemożliwiał lub czynił nadmiernie utrudnionym wykonywanie praw przyznanych przez prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych (wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 49, 72). Trybunał nie zastosował kryterium proporcjonalności na podstawie art. 52 ust. 1 karty. Natomiast w innych sprawach Trybunał zastosował kryterium proporcjonalności w celu przeprowadzenia oceny ograniczeń prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem na podstawie art. 47 karty. Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 marca 2010 r., Alassini i in., od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 61–66; a także z dnia 26 września 2013 r., Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, pkt 84–88.

38 — Zobacz ostatnio wyrok z dnia 12 lutego 2015 r., Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, pkt 30.

różnymi dziedzinami prawa [39]. Ponadto rząd rumuński potwierdził na rozprawie, że krajowe przepisy będące przedmiotem postępowań głównych mają zastosowanie do wszystkich postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających niezależnie od okoliczności, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest regulowane przez przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

42. Co zatem z zasadą skuteczności i kryterium proporcjonalności określonym w art. 52 ust. 1 karty?

43. Bezsporne jest, że ograniczenie wynikające z art. $271^1$ i $271^2$ OUG nr 34/2006 jest *przewidziane ustawą*.

44. Drugą przesłanką kryterium proporcjonalności jest to, że dany środek winien realizować *cel zgodny z prawem* (to znaczy cel interesu ogólnego uznawany przez Unię lub potrzebę ochrony praw i wolności innych osób). Bezsporne jest to, że gwarancja należytego postępowania stanowi źródło przychodów dla instytucji zamawiającej, gdy ulega przepadkowi na rzecz tej instytucji. Gwarancja ta nie ma zatem na celu finansowania systemu sądownictwa [40]. Przeciwnie, celem przepisów krajowych wprowadzających gwarancję należytego postępowania jest w istocie ochrona instytucji zamawiających, CNSC oraz sądów przed błahymi środkami zaskarżenia, które to środki podmioty gospodarcze (w tym podmioty niebędące oferentami) mogą wnieść w celach innych niż te, dla których ustanowiono postępowania odwoławcze [41]. Taki cel jest niewątpliwie zgodny z prawem [42]. W szczególności zniechęcanie do wnoszenia błahych środków zaskarżenia umożliwi organom powołanym do rozpatrywania odwołań od decyzji instytucji zamawiających skupienie się na „autentycznych" środkach zaskarżenia. Przyczyni się to zapewne do uczynienia zadość wymogowi, by państwa członkowskie zapewniły możliwość skutecznego, w szczególności możliwie szybkiego odwołania się od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, gdy pada zarzut naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo [43].

45. Kolejnym pytaniem jest to, czy przepisy krajowe takie jak te będące przedmiotem postępowań głównych są *zdolne do realizacji tego celu*.

46. Jak wynika z tych postępowań [44], takie przepisy mogą spowodować powstanie znaczących kosztów dla podmiotu gospodarczego, w przypadku gdy jego środek zaskarżenia zostanie oddalony lub gdy wycofa on ów środek [45]. Koszty te mogą sięgać równowartości kwoty 25 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi oraz kwoty 100 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, oprócz kosztów związanych z wpłaceniem gwarancji [46]. Rząd rumuński potwierdził na rozprawie, że zgodnie z systemem pierwotnym cała kwota gwarancji

39 — Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 67 i przytoczone tam orzecznictwo.

40 — Właśnie to odróżnia gwarancję należytego postępowania od opłat sądowych będących przedmiotem wyroku z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — Zgodnie z preambułą OUG nr 51/2014 środki zaskarżenia, które są ewidentnie bezzasadne lub których jedynym celem jest blokowanie postępowania, wywołują szereg negatywnych skutków. Otóż instytucje zamawiające mogą stracić zewnętrzne źródła finansowania (w tym ze strony Unii) w wyniku szczególnego przedłużania się postępowań przetargowych i być niezdolne do realizacji ważnych projektów w interesie ogólnym. Ponadto błahe środki zaskarżenia powodują nadmierne obciążenie personelu przy obronie instytucji zamawiających przed CNSC lub sądami, a w ogólności ujemnie wpływają na skuteczność CNSC.

42 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 73, 74. Takie stanowisko zajmuje również Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zobacz w szczególności wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie Stankov przeciwko Bułgarii, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57; z dnia 3 czerwca 2014 r. w sprawie Harrison McKee przeciwko Węgrom, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 i dyrektywy 92/13.

44 — Zobacz przypisy 10 i 11 do niniejszej opinii.

45 — Z wyjątkiem sytuacji, gdy gwarancja należytego postępowania nie ulega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej na podstawie art. $271^2$ ust. 3.

46 — Zobacz pkt 55 poniżej.

należytego postępowania uległa przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej. Ani CNSC, ani sąd rozpoznający środek zaskarżenia nie są władne, by orzec tylko częściowy przepadek gwarancji należytego postępowania na rzecz instytucji zamawiającej w oparciu o szczególne okoliczności danej sprawy.

47. Moim zdaniem koszty tego rzędu powinny odstraszać od wnoszenia błahych środków zaskarżenia, które ze względu na swój charakter zostaną zapewne oddalone, prowadząc w konsekwencji do automatycznej utraty całej gwarancji należytego zachowania i związanych z nią kosztów [47]. Jak przypomniał Trybunał w wyroku Orizzonte Salute [48], okoliczność, że przedsiębiorstwa chcące uczestniczyć w zamówieniu publicznym regulowanym przepisami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych winny posiadać odpowiednią zdolność ekonomiczną i finansową, nie podważa tego wniosku. Po pierwsze, przepisy krajowe będące przedmiotem postępowań głównych mają zastosowanie do wszystkich podmiotów gospodarczych zaskarżających decyzje instytucji zamawiających, a więc nie tylko do oferentów. Po drugie, wymóg, by oferenci posiadali zdolność ekonomiczną i finansową, nie jest bezwzględny. Artykuł 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, że podmiot gospodarczy może polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, w celu osiągnięcia tej zdolności [49]. W związku z tym nie można wykluczyć podmiotu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie z tego powodu, że w celu realizacji zamówienia oferuje on wykorzystanie zasobów niebędących jego własnością, ale należących do innego podmiotu lub innych podmiotów [50]. Wreszcie, stwierdzenie Trybunału dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej w wyroku Orizzonte Salute odnosiło się do znacznie mniejszych ograniczeń w dostępie do postępowania odwoławczego niż ograniczenia będące przedmiotem sporu w niniejszych sprawach [51].

48. Ostatnia część kryterium proporcjonalności polega na tym, że sporne środki *nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne* dla realizacji celów [52]. W przypadku gdy istnieje wybór pomiędzy kilkoma właściwymi środkami, państwo członkowskie winno posłużyć się środkiem najmniej uciążliwym, zaś wywołane negatywne skutki nie mogą być nieproporcjonalne do zamierzonych celów [53].

49. Zgodnie z systemem pierwotnym podmiot wnoszący środek zaskarżenia traci automatycznie gwarancję należytego postępowania w przypadku oddalenia środka zaskarżenia lub wycofania go. Dzieje się tak również w przypadku, gdy brak jest okoliczności wskazujących na nadużycie postępowania odwoławczego (na przykład środek zaskarżenia jest ewidentnie bezzasadny albo został wniesiony wyłącznie w celu zablokowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Z powodów podobnych do tych wskazanych przeze mnie powyżej [54] system pierwotny znacząco utrudnia dostęp do postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających osobom (nawet jeżeli ich środek zaskarżenia nie zostanie ostatecznie uwzględniony), które występują z „żądaniami nadającymi się do rozpoznania” [55]. W konsekwencji może on zniechęcić znaczną część potencjalnych

47 — Tym bardziej dotyczy to oferentów, którzy są ponadto zobowiązani do wpłacenia gwarancji przetargowej w wysokości do 2% szacunkowej wartości zamówienia (art. 43[1] OUG nr 34/2006). Wprawdzie rząd rumuński podniósł na rozprawie, iż obie te gwarancje służą odmiennym celom, jednak pozostaje faktem, że oferent może utracić obie gwarancje w toku jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

48 — Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 64.

49 — Zobacz także art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

50 — Wyroki: z dnia 2 grudnia 1999 r., Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 26; z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 43; a także z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 32.

51 — Standardowe opłaty sądowe zbadane w tej sprawie wynosiły 2000 EUR, 4000 EUR lub 6000 EUR, w zależności od wartości zamówienia publicznego.

52 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 74.

53 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 kwietnia 2015 r., Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo.

54 — Punkt 46 niniejszej opinii.

55 — Wyrażenie to zapożyczyłam z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgodnie z którym art. 13 EKPC ma na celu zapewnienie skutecznego środka prawnego dla „żądań nadających się do rozpoznania”. Zobacz w szczególności wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 czerwca 2011 r. w sprawie Diallo przeciwko Republice Czeskiej, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

skarżących do wniesienia środka zaskarżenia, jeżeli nie mają oni uzasadnionej pewności, że ów środek zostanie uwzględniony. Moim zdaniem przykładem takich okoliczności jest między innymi sytuacja, gdy brak jest utrwalonego orzecznictwa w przedmiocie spornego zagadnienia albo gdy środek zaskarżenia zmierza do podważenia oceny instytucji zamawiającej, która dysponuje w tym zakresie szerokim zakresem uznania.

50. Uważam, że możliwe byłoby uniknięcie tego niekorzystnego skutku (oraz znaczącego zakłócenia prawa do skutecznego środka prawnego) bez podważenia zarazem celu w postaci zniechęcania do wnoszenia błahych środków zaskarżenia. W przypadku oddalenia lub wycofania środka zaskarżenia CNSC lub właściwy sąd mogłyby na przykład posiadać swobodę w zakresie stwierdzenia, czy ów środek zaskarżenia był błahy, z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności [56], oraz w zakresie stwierdzenia, czy przepadek (całości lub części) gwarancji należytego zachowania był zasadny.

51. W związku z tym zgadzam się ze spółkami Star Storage, Max Boegl i z Komisją, które twierdzą, że system pierwotny wiąże się z nieproporcjonalnym ograniczeniem prawa do skutecznego środka prawnego chronionego na podstawie art. 47 karty, a zatem podważa skuteczność art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/13. System ten narusza również istotę tego prawa, bowiem może on w praktyce pozbawić podmioty gospodarcze, które mają lub miały interes w udzieleniu im danego zamówienia, dostępu do środka odwoławczego od domniemanych niezgodnych z prawem decyzji instytucji zamawiających.

52. Z tych względów dochodzę do wniosku, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/13, interpretowane w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak te będące przedmiotem postępowań głównych, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających w sprawie zamówień publicznych od złożenia przez podmiot wnoszący środek zaskarżenia „gwarancji należytego postępowania" i zgodnie z którymi to przepisami owa gwarancja podlega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia lub wycofania środka zaskarżenia niezależnie od okoliczności, czy ów środek zaskarżenia jest błahy.

*System przejściowy*

53. Przejdę teraz do badania systemu przejściowego, który różni się od systemu pierwotnego tym, że podmiot wnoszący środek zaskarżenia otrzymuje zwrot gwarancji należytego postępowania niezależnie od tego, czy ów środek zaskarżenia zostanie uwzględniony.

54. Przedstawione powyżej rozumowanie w przedmiocie równoważności ma zastosowanie również w tym miejscu [57].

55. Co się tyczy skuteczności, jest oczywiste, że wymóg proceduralny taki jak ten wynikający z art. $271^1$ ust. 1 OUG nr 34/2006 sam w sobie bezwzględnie ogranicza prawo dostępu do postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających. Wymóg ten stanowi warunek wstępny zbadania środka zaskarżenia co do istoty [58]. Co więcej, wprawdzie podmiot wnoszący środek zaskarżenia odzyska gwarancję należytego postępowania po rozpatrzeniu tego środka zaskarżenia, jednak samo wpłacenie owej organizacji wiąże się koniecznie z obciążeniem finansowym dla tego podmiotu. Tak więc art. $271^1$ ust. 3 zdanie pierwsze OUG nr 34/2006 określa dwa sposoby ustanowienia gwarancji należytego postępowania Jeśli podmiot wnoszący środek zaskarżenia dokonuje przelewu bankowego,

56 — Takie okoliczności mogłyby obejmować następujące sytuacje: czy istnieje utrwalone orzecznictwo dotyczące szczególnego zagadnienia prawnego, czy środek zaskarżenia stanowi jedynie powtórzenie wcześniejszego środka zaskarżenia lub też czy opiera się on po prostu na nieprawidłowej wykładni zaskarżonego środka lub na ewidentnie błędnych przesłankach faktycznych.

57 — Zobacz pkt 40 i 41 powyżej.

58 — Artykuł $271^1$ ust. 2 OUG nr 34/2006.

zostaje on pozbawiony możliwości korzystania z potencjalnie znaczącej kwoty przez cały okres od dnia wniesienia środka zaskarżenia do dnia, w którym decyzja CNSC staje się ostateczna lub wyrok właściwego sądu staje się prawomocny. Tym samym podmiot wnoszący środek zaskarżenia ponosi koszty związane z niemożnością wykorzystania tych środków na inne cele. Jeżeli natomiast ów podmiot wybierze instrument gwarancyjny wydany przez bank lub zakład ubezpieczeń, to jest on zobowiązany do poniesienia kosztów związanych z przedmiotowym instrumentem [59].

56. Co więcej, jest dla mnie jasne, że taki wymóg proceduralny nie chroni należycie instytucji zamawiających przed błahymi środkami zaskarżenia. Zgodnie z systemem przejściowym instytucja zamawiająca winna zwrócić podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia gwarancję należytego postępowania w ciągu pięciu dni od dnia, w którym decyzja CNSC stała się ostateczna lub wyrok stał się prawomocny, nawet jeżeli ów podmiot w sposób oczywisty nadużył prawa dostępu do postępowań odwoławczych. Koszty wynikające z systemu przejściowego niekoniecznie zatem zniechęcają podmioty gospodarcze do wnoszenia środków zaskarżenia w celu innym niż ten, w jakim ustanowiono postępowania odwoławcze, na przykład wyrządzenie szkody konkurentowi. Niemniej jednak mogą one stanowić przeszkodę dla podmiotu gospodarczego mającego żądanie nadające się do rozpoznania, a zarazem dysponującego ograniczonymi środkami.

57. Wreszcie, system przejściowy, podobnie jak system pierwotny, nie wprowadza żadnego rozróżnienia między żądaniami nadającymi się do rozpoznania a błahymi żądaniami. Z tej przyczyny ograniczenie dostępu do postępowań odwoławczych w sposób oczywisty wykracza poza to, co jest niezbędne do realizacji celu w postaci zniechęcania do wnoszenia błahych środków zaskarżenia.

58. Wobec powyższego dochodzę do wniosku, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/13, interpretowane w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak te składające się na system przejściowy, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od złożenia przez podmiot wnoszący środek zaskarżenia „gwarancji należytego postępowania" i zgodnie z którymi to przepisami gwarancja jest automatycznie zwracana podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia po rozpatrzeniu tego środka, niezależnie od tego, czy ów środek zaskarżenia zostanie uwzględniony.

## Wnioski

59. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) i Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei) Trybunał udzielił następujących odpowiedzi:

— Przepisy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, ze zmianami, oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, interpretowane w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak te będące przedmiotem postępowań głównych, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających w sprawie zamówień publicznych od złożenia przez podmiot wnoszący środek zaskarżenia

59 — Nie jest jasne, czy podmiot wnoszący środek zaskarżenia otrzyma zwrot tych kosztów od instytucji zamawiającej w przypadku, gdy CNSC lub sąd uwzględni środek zaskarżenia. Nawet gdyby tak było, to i tak podmiot, którego środek zaskarżenia zostanie uwzględniony, będzie musiał ponieść te koszty w początkowym okresie w celu uzyskania dostępu do postępowań odwoławczych. Tak więc wymóg ustanowienia gwarancji w dalszym ciągu będzie stanowił przeszkodę w dostępie do postępowania odwoławczego.

„gwarancji należytego postępowania" i zgodnie z którymi to przepisami owa gwarancja podlega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia lub wycofania środka zaskarżenia, niezależnie od okoliczności, czy ów środek zaskarżenia jest błahy.

— Te same przepisy prawa Unii stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od złożenia przez podmiot wnoszący środek zaskarżenia „gwarancji należytego postępowania" i zgodnie z którymi to przepisami gwarancja jest automatycznie zwracana podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia po rozpatrzeniu tego środka, niezależnie od tego, czy ów środek zaskarżenia zostanie uwzględniony.