Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 28. aprila 2016 [1]

Združeni zadevi C-439/14 in C-488/14

SC Star Storage SA
proti
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Curtea de Apel București
(pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija))
in
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SA,Astaldi SpA,
SC Construcții Napoca SA
proti
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei, Romunija))

„Javna naročila — Direktivi 89/665/EGS in 92/13/EGS — Nacionalno pravo, s katerim je za dostop do revizijskih postopkov zahtevana ‚varščina za dobro ravnanje' — Procesna avtonomija držav članic — Načeli enakovrednosti in učinkovitosti — Člena 47 in 52 Listine — Pravica do učinkovitega pravnega sredstva — Omejitev — Sorazmernost"

1. V obravnavanih zadevah želita Curtea de Apel Bucureşti (pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija) in Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei, Romunija) v bistvu pridobiti usmeritve Sodišča o tem, ali pravo Unije prepoveduje zahtevo države članice, da mora vlagatelj za dostop do revizijskih postopkov glede odločitev naročnikov o javnih naročilih položiti „varščino za dobro ravnanje". V skladu z nacionalno zakonodajo, ki je sporna v postopkih v glavni stvari, naročniki obdržijo varščino za dobro ravnanje, če organ, ki je pristojen za revizijo njihovih odločitev, zavrne pravno sredstvo ali vlagatelj od njega odstopi.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2. Tako se predloga nanašata na obseg pravice do dostopa do učinkovitega pravnega sredstva v okviru javnega naročanja – pravice, ki ni zagotovljena le na podlagi člena 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), ampak je konkretno izražena tudi v direktivah Unije o postopkih oddaje javnih naročil. Kako daleč lahko države članice postavijo finančne zahteve za izpodbijanje odločitev naročnikov, zato da bi zmanjšale tveganje neresnih pravnih sredstev, torej pravnih sredstev, ki bodo nujno neuspešna in katerih namen je zgolj oviranje postopka oddaje javnega naročila?

Pravno ozadje

Pravo Evropske unije

3. Člen 47, prvi odstavek, Listine določa, da ima vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Unije, pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem, v skladu s pogoji, določenimi v tem členu. V skladu s členom 52(1) Listine mora biti kakršno koli omejevanje uresničevanja pravice iz Listine predpisano z zakonom in spoštovati bistveno vsebino te pravice. Ob upoštevanju načela sorazmernosti je tako omejevanje dovoljeno samo, če je potrebno in če dejansko ustreza ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če je potrebno zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih.

4. V skladu s tretjo uvodno izjavo Direktive Sveta 89/665/EGS[2] je za odpiranje javnih naročil za konkurenco v Uniji treba znatno povečati jamstva za preglednost in prepoved razlikovanja. Zato bi morala biti pri kršitvah zakonodaje Unije o javnih naročilih ali nacionalnih predpisov za izvajanje te zakonodaje na voljo učinkovita in hitra pravna sredstva.

5. Člen 1 Direktive 89/665 z naslovom „Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov“ določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za javna naročila iz Direktive 2004/18/ES […],[3] razen če so takšna naročila izključena v skladu s členi 10 do 18 navedene direktive.

Naročila v smislu te direktive zajemajo javna naročila, okvirne sporazume, koncesije za javne gradnje in dinamične nakupovalne sisteme.

Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2004/18/ES zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih 2 do 2f te direktive, na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile zakonodajo [Unije] na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje.

2. Države članice zagotovijo, da ni diskriminacije med ponudniki, ki trdijo, da so bili pri izvedbi postopka oddaje javnih naročil oškodovani, zato ker ta direktiva razlikuje med nacionalnimi predpisi, s katerimi se izvaja zakonodaja [Unije], in drugimi nacionalnimi predpisi.

3. Države članice zagotovijo, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsaj osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.

2 — Z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta iz Sveta z dne 11. decembra 2007 (UL 2007 L 335, str. 31).

3 — Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

[…]“

6. V peti uvodni izjavi Direktive Sveta 92/13/EGS [4] je navedeno, da odpiranje javnega naročanja na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštnih storitev terja, da imajo dobavitelji ali pogodbeniki na voljo ustrezne revizijske postopke v primeru kršitev upoštevnega prava Unije ali nacionalnih pravil, sprejetih za izvajanje tega prava.

7. Prvi trije odstavki člena 1 Direktive 92/13, ki ima naslov „Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov“, v bistvu ustrezajo prvim trem odstavkom člena 1 Direktive 89/665. [5]

Romunsko pravo

8. V skladu s členom 43a Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (nujna uredba vlade št. 34/2006 o oddaji javnih naročil blaga, gradenj ali storitev, v nadaljevanju: OUG št. 34/2006) mora vsak ponudnik položiti varščino (v nadaljevanju: razpisna varščina), da lahko sodeluje v postopku v vseh primerih, v katerih OUG št. 34/2006 od naročnika zahteva, da objavi razpis ali povabilo k objavi ponudb. Namen razpisne varščine, ki lahko znaša do 2 % ocenjene vrednosti javnega naročila, je zavarovati naročnika pred ponudnikovim morebitnim nepravilnim ravnanjem v celotnem obdobju pred sklenitvijo naročila.

9. V skladu s členom 256(1) OUG št. 34/2006 ima stranka, ki meni, da je oškodovana, pravico, da zadevo predloži Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (nacionalni svet za reševanje sporov, v nadaljevanju: CNSC). V skladu s členom 281(1) je mogoče zoper odločbe CNSC vložiti pritožbo pri sodišču.

10. Člen 278(1) OUG št. 34/2006 določa, da CNSC oziroma pristojno sodišče najprej odloči o postopkovnih ali vsebinskih ugovorih. Če ugotovi, da so utemeljeni, zadeve vsebinsko ne obravnava.

11. Člen 278a OUG št. 34/2006 je določal, da naročnik obdrži del razpisne varščine, če CNSC ali pristojno sodišče zavrne pravno sredstvo oziroma če ga ponudnik umakne.

12. Z Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 (nujna uredba vlade št. 51/2014, v nadaljevanju: OUG št. 51/2014) je bil razveljavljen člen 278a OUG št. 34/2006, v ta akt pa so bile vstavljene te določbe: [6]

„Člen 271a

1. Za varstvo naročnikov pred tveganjem morebitnega neustreznega ravnanja mora vlagatelj položiti varščino za dobro ravnanje za celotno obdobje od dneva vložitve ugovora/tožbe/pritožbe do dneva, ko postane odločba [CNSC] dokončna oziroma sodba pristojnega sodišča pravnomočna.

2. [Pravno sredstvo] se [zavrže], če vlagatelj ugovora ne predloži dokaza o pologu varščine iz odstavka 1.

3. Varščina za dobro ravnanje se položi prek bančnega nakazila ali garancijskega instrumenta, izdanega v skladu z zakonskimi pogoji bančne institucije ali zavarovalnice; izvirnik se predloži na sedežu naročnika, kopija pa hkrati z vložitvijo [pravnega sredstva] [CNSC] ali sodišču.

4 — Z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315).

5 — Razen da se člen 1 Direktive 92/13 navzkrižno sklicuje na Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19) in ne na Direktivo 2004/18.

6 — Za te določbe bom v nadaljevanju uporabljala izraz „prvotni režim“.

4. Znesek varščine za dobro ravnanje se določi sorazmerno z ocenjenim zneskom naročila, ki bo predmet oddaje, v skladu s temi pravili:

(a) 1 % ocenjenega zneska, če je znesek nižji od zneskov iz člena 55(2)(a) in (b);[7]

(b) 1 % ocenjenega zneska, če je znesek nižji od zneskov iz člena 55(2)(c),[8] vendar ne presega protivrednosti 10.000 EUR v RON po menjalnem tečaju […] na dan položitve varščine;

(c) 1 % ocenjenega zneska, če je znesek enak ali višji od zneskov iz člena 55(2)(a) in (b), vendar ne presega protivrednosti 25.000 EUR v RON po menjalnem tečaju […] na dan položitve varščine;

(d) 1 % ocenjenega zneska, če je enak ali višji od zneskov iz člena 55(2)(c), vendar ne presega protivrednosti 100.000 EUR v RON po menjalnem tečaju […] na dan položitve varščine.

5. Varščina za dobro ravnanje mora veljati najmanj 90 dni, biti mora nepreklicna in določati brezpogojno plačilo na prvi poziv naročnika, če se [pravno sredstvo] zavrne.

6. Če na zadnji dan veljavnosti varščine za dobro ravnanje odločba [CNSC] ali sodišča še ni dokončna oziroma pravnomočna in vlagatelj ugovora ne podaljša veljavnosti varščine za dobro ravnanje v skladu s pogoji iz odstavkov od 1 do 5, naročnik obdrži varščino za dobro ravnanje. Smiselno se uporabljajo določbe člena 271b, od (3) do (5).

[…]

Člen 271b

1. Če [CNSC] ali sodišče, kadar se vlagatelj neposredno obrne nanj, zavrne ugovor, je naročnik dolžan zadržati varščino za dobro ravnanje do trenutka, ko postane odločba [CNSC] dokončna oziroma sodba sodišča pravnomočna. Zadržanje se uporablja za sklope pogodbe, za katere je bil ugovor zavrnjen.

2. Določbe odstavka 1 se uporabljajo tudi v primeru, ko vlagatelj ugovora umakne [pravno sredstvo].

3. Ukrep iz odstavka 1 se ne uporablja, če [CNSC]/sodišče ugovor kot brezpredmeten zavrne ali če se [pravno sredstvo] umakne, ker naročnik sprejme popravne ukrepe, ki so potrebni v skladu s členom 256c(1).

4. Če [CNSC] ugodi ugovoru ali če pristojno sodišče ugodi pritožbi zoper odločbo [CNSC] o zavrnitvi ugovora, je naročnik dolžan vrniti varščino za dobro ravnanje osebi, ki vloži pravno sredstvo, najpozneje v petih dneh od dneva, ko je odločba postala dokončna oziroma sodba pravnomočna.

5. Če oseba, ki izpodbija odločitev, neposredno pri sodišču vloži tožbo in če sodišče tožbi ugodi, se smiselno uporabljajo določbe odstavka 4.

6. Zneski, ki jih naročnik prejme na podlagi varščine za dobro ravnanje, so prihodki tega naročnika.“

13. V odgovoru na zahtevo Sodišča po pojasnitvi sta predložitveni sodišči potrdili, da je Curtea Constituțională (ustavno sodišče, Romunija) v sodbi z dne 15. januarja 2015 razglasilo za protiustavnega člen 271b(1) in (2) OUG št. 34/2006. Curtea Constituțională (ustavno sodišče) je do tega sklepa prišlo v bistvu na podlagi tega, da se s tema določbama od naročnika zahteva, da zadrži varščino za dobro ravnanje, če se pravnemu sredstvu ne ugodi ali je umaknjeno, ne da bi CNSC ali

7 — Člen 55(2)(a) in (b) OUG št. 34/2006 se nanaša na javna naročila blaga in storitev.

8 — Člen 55(2)(c) OUG št. 34/2006 se nanaša na javna naročila gradenj.

sodišče, ki o pravnem sredstvu odloča, imelo možnost, da upošteva ravnanje vlagatelja. Izguba varščine za dobro ravnanje bi bila upravičena zgolj zaradi neprimernega vedenja. Curtea Constituțională (ustavno sodišče) je 4. novembra 2015 iz v bistvu podobnih razlogov razglasilo člen 271a(5) OUG št. 34/2006 za protiustavnega v delu, v katerem se s to določbo zahteva, da je z varščino za dobro ravnanje zagotovljeno brezpogojno plačilo na prvi poziv naročnika, če se pravno sredstvo zavrne.

14. Romunska vlada je na obravnavi pojasnila, da člena 271a in 271b OUG št. 34/2006 še vedno veljata v delu, v katerem nista bila razglašena za protiustavna. Potrdila je, da se s preostalimi določbami [9] od vlagatelja še vedno zahteva, da položi varščino za dobro ravnanje, da pa ni več pravne podlage za to, da bi jo naročnik zadržal. Zato mora zdaj naročnik vlagatelju na koncu postopka vrniti varščino za dobro ravnanje ne glede na izid postopka in s tem ne glede na to, ali je bila vloga neresna.

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

Zadeva C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (nacionalni inštitut za raziskave in razvoj v informatiki, Romunija, v nadaljevanju: INCDI) je izvedel postopek za oddajo javnega naročila blaga in storitev za razvoj in vzpostavitev platforme, ki temelji na računalništvu v oblaku. Ocenjena vrednost naročila brez davka na dodano vrednost (DDV) je bila 61.287.713,71 RON (približno 13.700.000 EUR). INCDI je pripravil razpisno dokumentacijo in 1. aprila 2014 objavil razpis v Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronski portal za oddajo javnih naročil). Merilo oddaje je bila „najnižja cena“.

16. Več gospodarskih subjektov je zaprosilo INCDI za pojasnila pravil iz razpisne dokumentacije. INCDI je odgovoril tako, da je objavil več pojasnjevalnih opomb v elektronskem portalu za oddajo javnih naročil.

17. Družba SC Star Storage SA (v nadaljevanju: Star Storage) je 30. junija 2014 izpodbijala tri od teh pojasnjevalnih opomb pred CNSC. CNSC je 18. julija 2014 zavrnil vlogo kot nedopustno, ker družba Star Storage ni predložila varščine za dobro ravnanje. [10] Družba Star Storage se je zoper to odločbo pritožila na Curtea de Apel București (pritožbeno sodišče v Bukarešti), ki je prekinilo postopek in predlagalo sprejetje predhodne odločbe o tem vprašanju:

„Ali je treba določbe iz člena 1(1), tretji pododstavek, in (3) [Direktive 89/665] razlagati tako, da nasprotujejo zakonodaji, v kateri je dostop do revizijskih postopkov zoper odločbe naročnikov pogojen z obveznostjo predhodnega pologa ‚varščine za dobro ravnanje‘, kakršna je določena v členih 271a in 271b [OUG št. 34/2006]?“

Zadeva C-488/14

18. RA Aeroportul Oradea (v nadaljevanju: letališče Oradea) je 21. januarja 2014 v elektronskem portalu za oddajo javnih naročil objavilo javni razpis za širitvena dela in modernizacijo letališča. Ocenjena vrednost naročila brez DDV je bila 101.232.054 RON (približno 22.800.000 EUR). Merilo oddaje je bila „ekonomsko najugodnejša ponudba“.

9 — Preostale določbe so, kot sama razumem, v bistvu člen 271a razen zahteve po brezpogojnem plačilu iz odstavka 5 ter člen 271b, od (3) do (5), OUG št. 34/2006. V teh sklepnih predlogih bom za te določbe uporabljala ime „prehodni režim“ in ga razlikovala od „prvotnega režima“ in novega režima, ki ga – kot je na obravnavi pojasnila romunska vlada – namerava v prihodnosti sprejeti romunski zakonodajalec.

10 — Znesek dolgovane varščine je znašal 25.000 EUR v protivrednosti v RON.

19. Ponudbo so oddali štirje gospodarski subjekti. V skladu s poročilom o presoji ponudb z dne 28. marca 2014 je bila ponudba, ki jo je predložil konzorcij SC Max Boegl România SRL (v nadaljevanju: Max Boegl), SCI UTI Group SA in Astaldi SpA, razglašena za neustrezno. V istem poročilu je bilo navedeno, da je ponudba, ki jo je predložil konzorcij SC Construcții Napoca SA (v nadaljevanju: Construcții Napoca), SC Aici Cluj SA in CS Icco Energ SRL, uvrščena na drugo mesto.

20. CNSC je 10. julija 2014 kot neutemeljena zavrnil ugovora teh dveh konzorcijev, vložena zoper poročilo o presoji ponudb.

21. Konzorcij, katerega član je bila družba Max Boegl, in družba Construcții Napoca sta zoper ti odločbi vložila pritožbo pri Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei). Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei) je na obravnavi 10. septembra 2014 opozorilo tožeči stranki na zahtevo po položitvi varščine za dobro ravnanje po tem, ko sta 30. junija 2014 začela veljati člena 271a in 271b OUG št. 34/2006.[11] Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei) je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba določbe člena 1(1), (2) in (3) Direktive 89/665 in člena 1(1), (2) in (3) Direktive 92/13 razlagati tako, da nasprotujejo ureditvi, ki dostop do revizijskih postopkov proti odločbam naročnikov pogojuje z obveznostjo predhodne predložitve ‚varščine za dobro ravnanje', kakršno določata člena 271a in 271b OUG št. 34/2006?"

22. Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 13. novembra 2014 združil zadevi za pisni in ustni postopek ter sodbo. Pisna stališča so predložili družba Star Storage, grška in romunska vlada ter Evropska komisija. Družba Max Boegl, romunska vlada in Evropska komisija so na obravnavi 14. januarja 2016 predstavile ustne navedbe.

Analiza

Uvodna pojasnila

23. Vrednost javnega naročila, ki je sporno v zadevi C-439/14, je višja od upoštevnega praga, ki je za naročila blaga in storitev določen s členom 7(b) Direktive 2004/18. Zato se za ta postopek uporablja Direktiva 89/665.[12] Podobno vrednost javnega naročila, ki je sporno v zadevi C-488/14, dosega prage za javna naročila gradenj iz člena 7(c) Direktive 2004/18 in člena 16(b) Direktive 2004/17.

24. Vendar se romunska vlada in Komisija ne strinjata glede pravnega ozadja, ki je upoštevno za postopek v glavni stvari v zadevi C-488/14. Romunska vlada navaja, da zanj velja zgolj Direktiva 2004/18 in s tem tudi Direktiva 89/665. Komisija trdi, da ker se je sporni postopek oddaje javnega naročila nanašal na širitvena dela in izboljšavo zmogljivosti letališča, spada na področje uporabe Direktive 2004/17[13] in zanj torej velja Direktiva 92/13.[14]

11 — Iz informacij, s katerim razpolaga Sodišče, je razvidno, da je bil znesek vsake od varščin za dobro ravnanje, ki je bila zahtevana v postopku pred nacionalnim sodiščem, 100.000 EUR v protivrednosti v RON.

12 — Člen 1(1) Direktive 89/665.

13 — Člen 7(b) Direktive 2004/17.

14 — Člen 1(1) Direktive 92/13.

25. Menim, da Sodišče nima dovolj podatkov o tem javnem naročilu, da bilahko določilo, ali se za postopek njegove dodelitve uporablja Direktiva 89/665 ali Direktiva 92/13. Vendar to tu ni problematično. Po eni strani je iz dejanskega stanja v postopku v glavni stvari v zadevi C-488/14 razvidno, da vprašanje, ki ga je Sodišču predložilo Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei), v zvezi z Direktivo 92/13 ni hipotetično. Po drugi strani prvi trije odstavki člena 1 te direktive v bistvu ustrezajo prvim trem odstavkom člena 1 Direktive 89/665. Vprašanji predložitvenih sodišč sta zato v bistvu enaki in bi ju bilo treba obravnavati skupaj.

26. Dalje, vpliv sodb Curtea Constituțională (ustavno sodišče) z dne 15. januarja 2015 in 4. novembra 2015 na postopka v glavni stvari ni jasen. Romunska vlada je na obravnavi navedla, da bosta morali predložitveni sodišči zdaj uporabiti prehodni režim. Po drugi strani pa je Komisija skušala prikazati, da se zadevi razlikujeta. V zadevi C-488/14 se je zahteva po varščini za dobro ravnanje prvič pojavila pred predložitvenim sodiščem. To sodišče bo torej moralo uporabiti *prehodni* režim. Nasprotno pa se je v zadevi C-439/14 zahteva prvič pojavila v postopku pred CNSC – torej pred sodbama ustavnega sodišča. Komisija zato navaja, da bi moralo v tej zadevi predložitveno sodišče potem, ko bo prejelo odgovor Sodišča, uporabiti *prvotni* režim.

27. V skladu z ustaljeno sodno prakso ni dolžnost Sodišča, da razsodi o uporabi določb nacionalnega prava, ki so upoštevne za izid postopkov v glavni stvari. V skladu s porazdelitvijo pristojnosti med sodišči Unije in nacionalnimi sodišči mora upoštevati pravni okvir, kot je opredeljen v predložitveni odločbi in znotraj katerega se postavlja vprašanje za predhodno odločanje.[15] Vendar je Sodišče pristojno, da nacionalnemu sodišču zagotovi vse ustrezne elemente razlage prava Unije, na podlagi katerih lahko to sodišče presodi o združljivosti nacionalnega prava s pravom Unije v zadevi, o kateri odloča.[16] Ker ni gotovo, ali se za postopek v glavni stvari v zadevi C-439/14 uporablja prvotni ali prehodni režim, bom v teh sklepnih predlogih preučila oba.

28. Nazadnje, iz informacij, s katerim razpolaga Sodišče, je razvidno, da je mogoče v skladu z OUG št. 34/2006 pravno sredstvo vložiti bodisi pred CNSC (katerega odločbe je nato mogoče izpodbijati s pritožbo pred pritožbenim sodiščem) bodisi neposredno pred sodiščem. Ker se v vsakem primeru zahteva varščina za dobro ravnanje, to ne vpliva na obrazložitev, navedeno spodaj.[17]

Metodologija analize

29. Iz prve in druge uvodne izjave Direktive 89/665 ter prve, druge in tretje uvodne izjave Direktive 92/13 je razvidno, da sta ti direktivi namenjeni okrepitvi obstoječih mehanizmov na nacionalni ravni in ravni Unije, da bi se zagotovila učinkovita uporaba direktiv, ki se nanašajo na oddajo javnih naročil, zlasti v fazi, ko je še vedno mogoče odpraviti kršitve.[18] V tem smislu je s členom 1(1) obeh direktiv državam članicam naložena obveznost, da zagotovijo učinkovito in čim hitrejšo revizijo nezakonitih odločitev naročnikov.[19] Zagotoviti morajo, da je taka revizija široko dostopna vsem osebam, ki imajo ali so imele interes za pridobitev določenega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.[20]

15 — Glej med drugim sodbo z dne 17. julija 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, točka 20 in navedena sodna praksa).

16 — Sodba z dne 16. decembra 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, točka 51 in navedena sodna praksa).

17 — Glej zlasti člena 271a(1) ter 271b(1) in (5) OUG št. 34/2006.

18 — Glej med drugim sodbe z dne 28. oktobra 1999, Alcatel Austria in drugi (C-81/98, EU:C:1999:534, točka 33); z dne 19. junija 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, točka 44 in navedena sodna praksa); in z dne 28. januarja 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, ECR, EU:C:2010:45, točka 26).

19 — Glej med drugim sodbi z dne 19. junija 2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, točka 22 in navedena sodna praksa), in z dne 19. junija 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, točka 44 in navedena sodna praksa).

20 — Sodba z dne 26. novembra 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, točka 28 in navedena sodna praksa).

30. Vendar so s tema direktivama določeni le minimalni pogoji, ki jih morajo izpolnjevati revizijski postopki v nacionalnih pravnih redih, da se zagotovi varstvo določb prava Unije na področju javnega naročanja.[21] Če problematika ni urejena s posebno določbo, mora vsaka država članica določiti natančna pravila za upravne in sodne postopke, s katerimi je urejeno ravnanje za varstvo pravic, ki jih posamezniki izvajajo iz prava Unije na področju javnega naročanja. Ta natančna pravila ne smejo biti manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna pravna sredstva, predvidena za varstvo pravic iz nacionalnega pravnega reda (načelo enakovrednosti), in ne smejo praktično onemogočiti oziroma čezmerno otežiti uveljavljanja teh pravic (načelo učinkovitosti).[22] Ta zadnja zahteva je nujna za dosego poglavitnega namena prava Unije na področju javnega naročanja, ki je prosta in neizkrivljena konkurenca v vseh državah članicah.[23]

31. Kot opozarja Komisija, ne Direktiva 89/665 ne Direktiva 92/13 ne vsebuje pravil o finančnih zahtevah, ki jih morda morajo izpolniti gospodarski subjekti za dostop do revizijskih postopkov zoper odločbe naročnikov. Nacionalne določbe, kakršne so sporne v postopkih v glavni stvari, zato spadajo v procesno avtonomijo držav članic, če sta izpolnjeni načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Predloženi vprašanji bom obravnavala ob upoštevanju teh načel.[24]

32. Vseeno pa je z obema direktivama konkretizirano splošno načelo prava Unije glede pravice do učinkovitega pravnega sredstva na posebnem področju javnega naročanja.[25] To poraja dve tesno povezani vprašanji, ki se nanašata na obseg načela učinkovitosti.

33. Prvič, ali je mogoče to načelo omejiti na preverjanje, ali se z nacionalno postopkovno zahtevo, kakršna je sporna v postopkih v glavni stvari, *praktično onemogoči oziroma čezmerno oteži* uveljavljanje pravice do revizijskih postopkov, določene v členu 1 Direktive 89/665 in Direktive 92/13? Ali pa je širše in zahteva, da se ne uporabi nobeno *nacionalno pravilo, ki spodkopava* te določbe?

34. Sodišče je večkrat preverjalo, ali nacionalna postopkovna pravila o pravnih sredstvih, katerih namen je zagotovitev varstva pravic, ki jih pravo Unije daje kandidatom in ponudnikom, ki so oškodovani z odločitvami naročnikov, ogrožajo učinkovitost Direktive 89/665.[26] Vendar v sodni praksi ni enotnega pristopa glede tega, kako je ta test učinkovitosti povezan s procesno avtonomijo držav članic in načelom učinkovitosti, ki jo omejuje.[27] V nekaterih primerih se je analiza osredotočila izključno na učinkovitost Direktive 89/665, ne da bi bila kakorkoli omenjena procesna avtonomija in njene

21 — Sodba z dne 30. septembra 2010, Strabag in drugi (C-314/09, EU:C:2010:567, točka 33 in navedena sodna praksa). V zvezi s tem glej tudi sodbo z dne 24. septembra 1998, EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, točka 16).

22 — Glej med drugim sodbi z dne 11. septembra 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, točka 49), in z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točka 46 in navedena sodna praksa).

23 — V zvezi s tem glej sodbo z dne 14. februarja 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, točki 33 in 34).

24 — Glej točke od 40 do 58 teh sklepnih predlogov.

25 — Glej v tem smislu sklep z dne 23. aprila 2015, Komisija/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, točka 28). Izvoru tega razmišljanja je mogoče slediti vse do sodbe z dne 15. maja 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, točki 18 in 19).

26 — Glej med drugim sodbe z dne 12. decembra 2002, Universale-Bau in drugi (C-470/99, EU:C:2002:746, točki 71 in 72); z dne 28. januarja 2010, Uniplex (UK), (C-406/08, EU:C:2010:45, točka 27), in z dne 30. septembra 2010, Strabag in drugi (C-314/09, EU:C:2010:567, točka 34).

27 — Ker praksa ni enotna, je težko napovedati, katero metodologijo bo Sodišče uporabilo v vsakem posameznem primeru. Glej S. Prechal, R. Widdershoven, „Redefining the Relationship between ‚Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", 4 Review of European Administrative Law (2011), str. 39.

omejitve.[28] Iz drugih zadev je mogoče razbrati, da se v primeru, ko v Direktivi 89/665 ni posebne določbe o tej problematiki, test procesne avtonomije dopolni s testom učinkovitosti.[29] Včasih besedilo kaže na to, da je test učinkovitosti del testa procesne avtonomije (kateremu daje posebno vsebino).[30]

35. Menim, da je najpomembneje zagotoviti, da so pravice, ki so dane posameznikom s pravom Unije, deležne raje več kot manj varstva. S členom 1 Direktive 89/665 in členom 1 Direktive 92/13 je konkretizirana pravica do *učinkovitega* pravnega sredstva. Zato analize načela učinkovitosti ni mogoče omejiti na to, ali lahko postopkovna zahteva, kakršna je sporna v postopkih v glavni stvari, praktično onemogoči oziroma čezmerno oteži uveljavljanje te pravice. Nasprotno mora v teh konkretnih okoliščinah test učinkovitosti vsebovati preučitev tega, ali lahko takšna zahteva *spodkoplje* pravico do učinkovitih revizijskih postopkov, ki so zagotovljeni s temi določbami.

36. Drugič, kakšen je vpliv temeljne pravice do učinkovitega pravnega sredstva na podlagi člena 47 Listine na načelo učinkovitosti kot omejitve procesne avtonomije držav članic?

37. Postopkovna pravila, kakršna so sporna v postopkih v glavni stvari, povsem jasno spadajo na področje uporabe člena 1 Direktive 89/665 in člena 1 Direktive 92/13. Poleg tega temeljna pravica do učinkovitega pravnega sredstva, ki je konkretizirana s tema določbama, obsega taka pravila.[31] Zato se v postopkih v glavni stvari uporablja člen 47 Listine.[32] Zagotovitev varščine za dobro ravnanje je predpogoj za to, da bo pravno sredstvo obravnavano.[33] Ta zahteva torej pomeni omejitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v smislu člena 47.[34] Taka omejitev je lahko torej upravičena le, če je predpisana z zakonom, spoštuje bistveno vsebino navedene pravice, je ob upoštevanju načela sorazmernosti potrebna in dejansko ustreza ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali je potrebna zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih?[35] Ta test je podoben testu, ki ga uporablja ESČP, kadar preučuje, ali so finančne omejitve pri dostopu do sodišča združljive s členom 6(1) EKČP.[36]

28 — Glej med drugim sodbi z dne 12. decembra 2002, Universale-Bau in drugi (C-470/99, EU:C:2002:746, točka 71), in z dne 28. januarja 2010, Uniplex (UK), (C-406/08, točke od 26 do 28).

29 — Sodbi z dne 30. septembra 2010, Strabag in drugi (C-314/09, EU:C:2010:567, točka 34), in z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točke 47, 50 in 72).

30 — Sodba z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točki 40 (glej predvsem […] besedo „zlasti“) in 41). Sodišče je v sodbi z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točki 47 in 48), ugotovilo, da zahtevi po enakovrednosti in učinkovitosti *izražata* splošno obveznost držav članic, da zagotovijo sodno varstvo pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava Unije. Isti pristop je ponovilo v sklepu z dne 24. aprila 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, točka 98). Sodišče je podobno združilo načelo učinkovitosti kot omejitev procesne avtonomije in pravico do učinkovitega pravnega sredstva na podlagi člena 47 Listine v sodbi z dne 6. oktobra 2015, East Sussex County Council (C-71/14, ECR, EU:C:2015:656, točka 52 in navedena sodna praksa).

31 — Glej med drugim sodbi z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točka 44 in navedena sodna praksa), in z dne 17. julija 2014, Sánchez Morcillo in Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, točka 35 in navedena sodna praksa).

32 — V zvezi s tem glej sodbo z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točka 49). Glej po analogiji tudi sodbo z dne 17. decembra 2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, točka 51). V obsegu, v katerem se uporablja za države članice, člen 47 Listine izraža člen 19(1) PEU, drugi pododstavek, in poudarja načelo lojalnega sodelovanja iz člena 4(3) PEU. V zvezi s to zadnjo točko glej sodbo z dne 13. marca 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, točka 37).

33 — Člen 271a(2) OUG št. 34/2006.

34 — Glej po analogiji sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Jääskinena v zadevi Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, točka 37). Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je ocenilo, da sodna taksa ali varščina za stroške načeloma ovira pravico do dostopa do sodišča iz člena 6(1) Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), če je plačilo predpogoj za preučitev zadeve. Glej med drugim sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 13. julija 1995 v zadevi Tolstoy Miloslavsky proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, točke od 59 do 67); v zadevi Weissman in drugi proti Romuniji (CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, točke od 32 do 44,) in z dne 12. julija 2007 v zadevi Stankov proti Bolgariji (CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, točka 53).

35 — Glej med drugim sodbo z dne 17. septembra 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, točka 72), in moje sklepne predloge v zadevi Ordre des barreaux francophones et germanophone in drugi (C-543/14, EU:C:2016:157, točka 80).

36 — ESČP je pojasnilo, da čeprav države članice uživajo določeno polje proste presoje, ki jim dovoljuje uvedbo takih omejitev, te omejitve ne smejo omejevati ali zmanjšati dostopa do sodišča tako, da bi bilo prizadeto samo bistvo pravice, zasledovati morajo zakonit cilj, med uporabljenimi sredstvi in zasledovanim ciljem, ki ga je treba doseči, pa mora obstajati razumno razmerje sorazmernosti. Glej v tem smislu sodbi ESČP z dne 13. julija 1995 v zadevi Tolstoy Miloslavsky proti Združenemu kraljestvu, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, točke od 59 do 67, in z dne 19. junija 2001 v zadevi Kreuz proti Poljski, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, točki 54 in 55 (navedena v sodbi z dne 22. decembra 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, točka 47). Glej tudi sodbo ESČP z dne 14. decembra 2006 v zadevi Markovic in drugi proti Italiji, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, točka 99.

38. Tudi v tem pogledu s sodno prakso Sodišča niso dane jasne usmeritve.[37] Kot sama razumem, se v primerih, kakršen je obravnavani, za to, da je zadoščeno stopnji varstva, ki je posameznikom zagotovljena s členom 47 Listine, zahteva presoja, določena v členu 52(1) Listine. Z uporabo drugačne metodologije bi prišlo do presenetljivega (in po mojem mnenju nesprejemljivega) učinka, da bi lahko države članice ušle temu testu zgolj zato, ker bi v okviru svoje procesne avtonomije delovale na področju, na katerem je zakonodajalec konkretiziral pravico do učinkovitega pravnega sredstva.

39. V nadaljevanju bom torej preučila, ali so nacionalna pravila, kakršna so sporna v postopkih v glavni stvari in ki spadajo v okvir procesne avtonomije držav članic, skladna z načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Ker pa za taka pravila velja člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 in tudi Direktive 92/13 ter ker je s temi določbami na posebnem področju javnega naročanja izražena temeljna pravica do učinkovitega pravnega sredstva iz člena 47 Listine, bom to storila na podlagi tega, da se z načelom učinkovitosti zahteva preučitev, ali nacionalna pravila, s katerimi je ta pravica omejena, zadostijo testu sorazmernosti iz člena 52(1) Listine. Če ni tako, spodkopavajo učinkovitost člena 1(1) in (3) iz obeh direktiv.

Prvotni režim

40. V členu 1(2) Direktive 89/665 in členu 1(2) Direktive 92/13 je konkretizirano načelo enakovrednosti. To načelo zahteva da zadevno nacionalno pravilo velja brez razlikovanja za pravna sredstva, ki temeljijo na kršitvi prava Unije, in za pravna sredstva, ki temeljijo na kršitvi nacionalnega prava, s podobnim predmetom in podlago.[38]

41. Ne strinjam se z družbo Star Storage, ki trdi, da nacionalna pravila, kakršna so sporna v postopkih v glavni stvari, niso združljiva s tem načelom. Čeprav je res, da vzpostavljajo posebno finančno breme za začetek revizijskega postopka, povezanega z oddajo javnega naročila, pa se z načelom enakovrednosti ne zahteva enako obravnavanje nacionalnih procesnih pravil, ki se uporabljajo za različne postopke (kot so civilni postopki na eni strani in upravni postopki na drugi) ali ki se uporabljajo za postopke, ki spadajo v dve različni veji prava.[39] Poleg tega je romunska vlada na obravnavi potrdila, da se nacionalne določbe, ki so sporne v postopkih v glavni stvari, uporabljajo v vseh revizijskih postopkih, ki so uvedeni zoper odločbe naročnikov, ne glede na to, ali za postopek oddaje javnega naročila veljajo pravila Unije na področju javnega naročanja.

42. Kaj pa načelo učinkovitosti in test sorazmernosti iz člena 52(1) Listine?

43. Ni sporno, da je omejitev, ki izhaja iz členov 271a in 271b OUG št. 34/2006, *predpisana z zakonom*.

44. Drugi pogoj testa sorazmernosti je, da mora ukrep zasledovati *legitimen cilj* (to je cilj splošnega interesa, ki ga priznava Unija, ali potrebo po zaščiti pravic in svoboščin drugih). Ni sporno, da je varščina za dobro ravnanje vir prihodka naročnika, kadar jo ta obdrži. Ta varščina torej ni namenjena financiranju sodnega sistema.[40] Nacionalne določbe, s katerimi je uvedena varščina za dobro ravnanje, so v bistvu bolj namenjene varovanju naročnikov, CNSC in sodišč pred neresnimi pravnimi sredstvi, ki

37 — V sodbi Orizzonte Salute je Sodišče jasno navedlo, da je treba člen 1 Direktive 89/665 razlagati ob upoštevanju člena 47 Listine. Vendar je svojo analizo načela učinkovitosti omejilo na preverjanje, ali lahko sistem sodnih taks, ki je bil sporen v tisti zadevi, praktično onemogoči oziroma čezmerno oteži uveljavljanje pravic, ki so zagotovljene s pravom Unije na področju javnega naročanja (sodba z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute, (C-61/14, EU:C:2015:655, točki 49 in 72)). Sodišče ni opravilo testa sorazmernosti na podlagi člena 52(1) Listine. V nasprotju s tem pa je v drugih primerih Sodišče uporabilo test sorazmernosti za presojo omejitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem iz člena 47 Listine. Glej med drugim sodbi z dne 18. marca 2010, Alassini in drugi (od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, točke od 61 do 66), in z dne 26. septembra 2013, in Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, točke od 84 do 88).

38 — Glej nazadnje sodbo z dne 12. februarja 2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, točka 30).

39 — Sodba z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točka 67 in navedena sodna praksa).

40 — Po tem se varščina za dobro ravnanje razlikuje od sodnih taks, ki so bile sporne v sodbi z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

bi jih lahko gospodarski subjekti (vključno s tistimi, ki niso ponudniki) vložili z drugačnimi nameni, kot so tisti, zaradi katerih so bili vpeljani revizijski postopki.[41] Tak cilj je nesporno legitimen.[42] To, da se skuša odvrniti neresna pravna sredstva, organom, katerih naloga je nadzor nad odločitvami naročnikov, med drugim omogoča, da se osredotočijo na „prava“ pravna sredstva. To lahko vpliva na izpolnitev zahteve, da morajo države članice zagotoviti učinkovito in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, kadar se zatrjuje, da se s takimi odločitvami krši zakonodaja Unije na področju javnih naročil ali nacionalni predpisi o izvajanju te zakonodaje.[43]

45. Naslednje vprašanje je, ali je z nacionalnimi določbami, kakršne so sporne v postopkih v glavni stvari, *mogoče doseči ta cilj*.

46. Kot je prikazano s tema postopkoma,[44] lahko takšne določbe povzročijo precejšnje stroške gospodarskemu subjektu, ki ne uspe s svojim pravnim sredstvom ali ga umakne.[45] Ti stroški lahko dosežejo protivrednost 25.000 EUR za javna naročila blaga in storitev ter 100.000 EUR za javna naročila gradenj, in to poleg stroškov, ki so povezani s položitvijo varščine.[46] Romunska vlada je na obravnavi potrdila, da na podlagi prvotnega režima vlagatelj izgubi celotni znesek varščine za dobro ravnanje, ker jo je naročnik dolžan zadržati. CNSC ali sodišče, ki odloča o pravnem sredstvu, ni pristojno, da bi naročniku odredilo, naj glede na konkretne okoliščine zadeve obdrži le del varščine za dobro ravnanje.

47. Menim, da stroški takega velikostnega razreda odvračajo od vložitve neresnih pravnih sredstev, ker bi bila slednja verjetno že po svoji naravi zavrnjena, zaradi česar bi avtomatsko prišlo do izgube celotne varščine za dobro ravnanje in povezanih stroškov.[47] Kot je opozorilo Sodišče v sodbi Orizzonte Salute,[48] to, da morajo biti podjetja, ki želijo sodelovati pri javnih naročilih, za katera veljajo pravila Unije na področju javnega naročanja, ustrezno gospodarsko in finančno sposobna, ne omaja tega sklepa. Prvič, nacionalne določbe, ki so sporne v postopkih v glavni stvari, se uporabljajo za vse gospodarske subjekte, ki izpodbijajo odločitve naročnikov, in ne samo na ponudnike. Dalje, zahteva, da morajo biti ponudniki gospodarsko in finančno sposobni, ni absolutna. Člen 47(2) Direktive 2004/18 določa, da se lahko gospodarski subjekti za dokaz zmogljivosti sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na naravo povezave z njimi.[49] V skladu s tem stranke ni mogoče izključiti iz postopka oddaje javnih naročil le zato, ker predlaga – zato da bi lahko izvršila naročilo – uporabo sredstev enega ali več drugih subjektov.[50] Nazadnje, navedba Sodišča o gospodarski in finančni sposobnosti v sodbi Orizzonte Salute je bila podana v zvezi z nižjimi finančnimi omejitvami dostopa do revizijskih postopkov, kot so te, ki so sporne v obravnavanih zadevah.[51]

41 — Glede na uvod k OUG št. 51/2014 imajo pravna sredstva, ki so očitno neutemeljena ali katerih namen je zgolj zavlačevanje postopka, resne škodljive posledice. Tako lahko naročniki zaradi neobičajno dolgih zamud v postopkih oddaje javnega naročila izgubijo zunanje financiranje (vključno s financiranjem Unije) in ne morejo izpeljati pomembnih projektov v javnem interesu. Dalje, neresna pravna sredstva preobremenjujejo zaposlene, ki predstavljajo naročnike pred CNSC ali sodišči ter, splošneje, spodkopavajo učinkovitost CNSC.

42 — Glej po analogiji sodbo z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točki 73 in 74). Tako je tudi stališče ESČP. Glej med drugim sodbi ESČP v zadevi Stankov proti Bolgariji, navedena zgoraj, točka 57, in z dne 3. junija 2014 v zadevi Harrison McKee proti Madžarski (pritožba št. 22840/07, točka 27).

43 — Člen 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665 in Direktive 92/13.

44 — Glej opombi 10 in 11.

45 — Razen če naročnik varščine za dobro ravnanje v skladu s členom 271b(3) ne sme zadržati.

46 — Glej točko 55 spodaj.

47 — To toliko bolj velja za ponudnike, ki morajo poleg tega položiti razpisno varščino v višini do 2 % ocenjene vrednosti javnega naročila (člen 43a OUG št. 34/2006). Čeprav je romunska vlada na obravnavi navedla, da sta obe varščini namenjeni različnemu cilju, je dejstvo, da lahko ponudnik v enem samem postopku oddaje javnega naročila izgubi obe.

48 — Sodba z dne 6. oktobra 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, točka 64).

49 — Glej tudi člen 63(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014 L 94, str. 65).

50 — Sodbe z dne 2. decembra 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, točka 26); z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, točka 43), in z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 32).

51 — Običajne sodne takse, preučene v tej zadevi, so odvisno od vrednosti javnega naročila znašale 2000 EUR, 4000 EUR ali 6000 EUR.

48. V zadnjem delu testa sorazmernosti se preverja, ali sporni ukrepi *ne presegajo tistega, kar je nujno potrebno* za uresničitev njihovega cilja.[52] Če je mogoče izbrati med več primernimi ukrepi, je treba izbrati najmanj omejujočega, povzročene neugodnosti pa ne smejo biti nesorazmerne s cilji, ki se uresničujejo.[53]

49. Na podlagi prvotnega režima vlagatelj avtomatsko izgubi varščino za dobro ravnanje, če je njegovo pravno sredstvo zavrnjeno ali če ga umakne. To velja tudi v primeru, ko niso podani elementi, ki kažejo na zlorabo revizijskega postopka (na primer, ker je pravno sredstvo očitno neutemeljeno ali je bilo vloženo zgolj z namenom zavlačevanja postopka oddaje javnega naročila). Iz podobnih razlogov, kot sem jih navedla zgoraj,[54] se tako s prvotnim režimom znatno ovira dostop do revizijskih postopkov zoper odločitve naročnikov osebam, ki imajo (čeprav na koncu njihovemu pravnemu sredstvu ni ugodeno) „verjetne zahtevke“.[55] Zato lahko odvrne znaten del morebitnih strank od vložitve pravnih sredstev, če ne morejo biti razumno prepričane, da bo pravno sredstvo uspešno. Primeri takih okoliščin bi lahko bili po mojem mnenju neobstoj ustaljene sodne prakse o spornem vprašanju ali kadar se s pravnim sredstvom izpodbija presoja naročnika, pri kateri ima ta široko polje proste presoje.

50. Zdi se mi, da bi se bilo mogoče temu škodljivemu učinku (in znatnemu oviranju pravice do učinkovitega pravnega sredstva) izogniti brez spodkopavanja cilja, da se odvrnjeno neresna pravna sredstva. Če je bilo pravno sredstvo zavrnjeno ali umaknjeno, bi lahko na primer bila CNSC ali pristojnemu sodišču ob upoštevanju upoštevnih okoliščin[56] dana svoboda, da ugotovi, ali je pravno sredstvo neresno, in posledično odloči, ali je zadržanje varščine za dobro ravnanje (ali njenega dela) upravičeno.

51. Zato se strinjam z družbama Star Storage in Max Boegl ter Komisijo, da prvotni režim vsebuje nesorazmerno omejitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz člena 47 Listine ter zato spodkopava učinkovitost člena 1(1) in (3) Direktive 89/665 ter člena 1(1) in (3) Direktive 92/13. Ta režim tudi vpliva na bistvo te pravice, ker lahko gospodarskim subjektom, ki imajo ali so imeli interes za pridobitev določenega javnega naročila, v praksi odvzame dostop do pravnega sredstva zoper domnevno nezakonite odločitve naročnikov.

52. Zato lahko sklenem, da člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 ter člen 1(1) in (3) Direktive 92/13 v povezavi s členom 47 Listine nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kakršna je sporna v postopkih v glavni stvari, s katero se od vlagatelja zahteva, da položi „varščino za dobro ravnanje“, da bi pridobil dostop do nadzora nad naročnikovimi odločitvami, ki se nanašajo na oddajo javnih naročil, in na podlagi katere mora naročnik zadržati to varščino, če je pravno sredstvo zavrnjeno ali umaknjeno, ne glede na to, ali gre za neresno pravno sredstvo.

Prehodni režim

53. Zdaj se bom posvetila prehodnemu režimu, ki se razlikuje od prvotnega režima v tem, da se vlagatelju vrne varščina za dobro ravnanje ne glede na izid pravnega sredstva.

54. Tu se prav tako uporablja moje razmišljanje o enakovrednosti, ki sem ga predstavila zgoraj.[57]

52 — V zvezi s tem glej sodbo z dne 17. decembra 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, točka 74).

53 — Glej med drugim sodbo z dne 29. aprila 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, točka 58 in navedena sodna praksa).

54 — Točka 46 teh sklepnih predlogov.

55 — Ta izraz sem si izposodila iz sodne prakse ESČP, v skladu s katero je namen člena 13 EKPČ zagotoviti učinkovito pravno sredstvo za „verjetne zahtevke“. Glej med drugim sodbo ESČP z dne 23. junija 2011 v zadevi Diallo proti Češki republiki (pritožba št. 20493/07, točka 56).

56 — Med temi okoliščinami so lahko, ali je sodna praksa o nekem pravnem vprašanju ustaljena, ali pravno sredstvo zgolj ponavlja predhodno ali pa, ali temelji na očitno napačnem razumevanju izpodbijanega ukrepa ali na očitno napačni dejanski predpostavki.

57 — Glej točki 40 in 41 zgoraj.

55. V zvezi z enakovrednostjo je jasno, da postopkovna zahteva, kot je ta, ki izhaja iz člena 271a(1) OUG št. 34/2006, nujno sama po sebi omejuje pravico do dostopa do revizijskih postopkov zoper odločitve naročnikov. Ta zahteva je predpogoj za preučitev vsebine pravnega sredstva.[58] Poleg tega, čeprav se vlagatelju na koncu njegovega izpodbijanja vrne varščina za dobro ravnanje, je njen polog zanj nujno finančno breme. Tako sta v prvem stavku člena 271a(3) OUG št. 34/2006 opisani dve metodi za pridobitev varščine za dobro ravnanje. Če vlagatelj opravi bančno nakazilo, potencialno ne more uporabljati znatnega zneska v celotnem obdobju od dne, ko se vloži pravno sredstvo, do dne dokončnosti odločbe CNSC ali pravnomočnosti sodbe pristojnega sodišča. Vlagatelju tako nastane oportunitetni strošek, ker teh zneskov ne more uporabiti za druge namene. Če se vlagatelj namesto tega odloči za jamstveni instrument, ki ga priskrbi banka ali zavarovalnica, mora nositi stroške, povezane s tem instrumentom.[59]

56. Poleg tega mi je jasno, da taka postopkovna zahteva naročnika ne varuje primerno pred neresnimi pravnimi sredstvi. Na podlagi prehodnega režima mora naročnik vlagatelju vrniti varščino za dobro ravnanje v petih dneh po datumu dokončnosti odločbe CNSC ali pravnomočnosti sodbe, tudi če je vlagatelj očitno zlorabil pravico do dostopa do revizijskega postopka. Stroški prehodnega režima zato morda niso takšni, da bi gospodarskega subjekta odvrnili od vložitve pravnega sredstva, ki ima drugačen cilj od ciljev, zaradi kakršnih so bili ustanovljeni revizijski postopki – na primer, zaradi škodovanja konkurentu. Vseeno pa lahko pomenijo oviro za gospodarski subjekt, ki ima verjeten zahtevek, a omejena sredstva.

57. Nazadnje, prehodni režim – tako kot prvotni – ne razlikuje med verjetnimi in neresnimi zahtevki. Zato omejitev dostopa do revizijskih postopkov, ki jih vsebuje, zagotovo presega tisto, kar je potrebno za dosego cilja odvračanja neresnih pravnih sredstev.

58. Zato lahko sklenem, da člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 ter člen 1(1) in (3) Direktive 92/13 v povezavi s členom 47 Listine nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kot je prehodni režim, s katero se od vlagatelja zahteva, da položi „varščino za dobro ravnanje“, da bi pridobil dostop do nadzora nad naročnikovimi odločitvami, ki jih je ta sprejel, in na podlagi katere vlagatelj avtomatsko dobi vrnjeno varščino na koncu postopka s pravnim sredstvom ne glede na njegov izid.

Predlog

59. Ob upoštevanju gornjih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki sta ju predložili Curtea de Apel Bucureşti (pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija) in Curtea de Apel Oradea (pritožbeno sodišče v Oradei, Romunija), odgovori:

— Člen 1(1) in (3) Direktive 89/665/EGS dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, kakor je bila spremenjena, in člen 1(1) in (3) Direktive 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju v povezavi s členom 47 Listine nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kakršna je sporna v postopkih v glavni stvari, s katero se od vlagatelja zahteva, da položi „varščino za dobro ravnanje“, da bi pridobil dostop do nadzora nad naročnikovimi odločitvami, ki se nanašajo na oddajo javnih naročil, in na podlagi katere mora naročnik zadržati to varščino, če je pravno sredstvo zavrnjeno ali umaknjeno, ne glede na to, ali gre za neresno pravno sredstvo.

58 — Člen 271a(2) OUG št. 34/2006.

59 — Ni jasno, ali bi naročnik vlagatelju te stroške vrnil, če bi CNSC ali sodišče njegovemu pravnemu sredstvu ugodilo. Tudi v tem primeru bi moral uspešni vlagatelj na začetku še vedno nositi stroške, da bi pridobil dostop do revizijskega postopka. Tako zahteva po predložitvi garancije še vedno pomeni oviro za dostop.

— Isti določbi prava Unije nasprotujeta nacionalni zakonodaji, s katero se od vlagatelja zahteva, da položi „varščino za dobro ravnanje“, da bi pridobil dostop do nadzora nad naročnikovimi odločitvami, ki jih je ta sprejel, in na podlagi katere vlagatelj avtomatsko dobi vrnjeno varščino na koncu postopka s pravnim sredstvom ne glede na njegov izid.