Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 28 april 2016 [1]

Förenade målen C-439/14 och C-488/14

SC Star Storage SA
mot
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
(begäran om förhandsavgörande från Curtea de Apel Bucureşti
(appellationsdomstol i Bukarest, Rumänien))
och
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SA,Astaldi SpA,
SC Construcții Napoca SA
mot
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

(begäran om förhandsavgörande från Curtea de Apel Oradea (appellationsdomstol i Oradea, Rumänien))

”Offentlig upphandling — Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG — Nationell lagstiftning som föreskriver en ’garanti för gott uppträdande’ för tillgång till prövningsförfaranden — Medlemsstaternas processuella autonomi — Principerna om likvärdighet och effektivitet — Artiklarna 47 och 52 i stadgan — Rätt till ett effektivt rättsmedel — Begränsning — Proportionalitet”

1. I förevarande mål vill Curtea de Apel Bucureşti (appellationsdomstol i Bukarest, Rumänien) och Curtea de Apel Oradea (appellationsdomstol i Oradea, Rumänien) i huvudsak få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för att en medlemsstat kräver att en sökande ställer en ”garanti för gott uppträdande” för att få tillgång till förfaranden för prövning av upphandlande myndigheters beslut avseende offentlig upphandling. Enligt den nationella lagstiftningen i fråga i målet vid den nationella domstolen behåller de upphandlande myndigheterna garantin för gott uppträdande för det fall det organ som är behörigt att pröva deras beslut ogillar ansökan eller sökanden återkallar den.

2. Begäran om förhandsavgörande rör därför omfattningen av rätten till ett effektivt rättsmedel i samband med offentlig upphandling, en rättighet som inte endast garanteras enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) utan även kommer till särskilt uttryck i EU-direktiv gällande förfaranden för offentlig upphandling. I vilken

1 — Originalspråk: engelska.

utsträckning kan medlemsstaterna ställa finansiella krav för rätten att begära överprövning av upphandlande myndigheters beslut i syfte att minska risken för ogrundade ansökningar om överprövning, det vill säga ansökningar som är av sådan art att det är osannolikt att de leder till framgång och vars syfte endast är att förhala den offentliga upphandlingen?

Rättslig bakgrund

Unionsrätt

3. Artikel 47 första stycket i stadgan föreskriver att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i den artikeln. För att sådana inskränkningar ska vara tillåtna krävs enligt artikel 52.1 i stadgan att de är föreskrivna i lag och förenliga med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

4. Enligt det tredje skälet i rådets direktiv 89/665/EEG [2] krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna. Effektiva och snabba rättsmedel ska därför stå till buds i händelse av överträdelse av unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförande av sådana bestämmelser.

5. I artikel 1 i direktiv 89/665, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i … direktiv 2004/18/EG …, [3] såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

Avtal enligt detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt, ramavtal, byggkoncessioner och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

2. Medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som åberopar skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt detta direktiv mellan nationella bestämmelser om genomförande av [unions]lagstiftningen och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

2 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, s. 31).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

…”

6. I femte skälet i rådets direktiv 92/13/EEG [4] anges att om upphandlingen inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna ska öppnas för konkurrens inom EU måste tillfredsställande prövningsförfaranden stå till buds för leverantörer och entreprenörer vid överträdelse av den relevanta unionsrätten eller de nationella regler som införlivar den.

7. De första tre punkterna i artikel 1 i direktiv 92/13, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, motsvarar i huvudsak de tre första punkterna i artikel 1 i direktiv 89/665. [5]

Rumänsk rätt

8. Enligt artikel 43a i brådskande regeringsdekret nr 34/2006 om offentlig upphandling av varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, nedan kallat OUG nr 34/2006) ska var och en som avser lämna anbud ställa en garanti (nedan kallad anbudsgivargarantin) för att få delta i samtliga förfaranden för vilka OUG nr 34/2006 kräver att den upphandlande myndigheten publicerar en inbjudan att avge anbud eller en inbjudan att inkomma med förslag. Anbudsgivargarantin, som kan motsvara upp till 2 procent av det offentliga kontraktets beräknade värde, är avsedd att skydda den upphandlande myndigheten mot risk för att anbudsgivaren uppträder olämpligt under tiden fram till dess att kontraktet ingås.

9. Enligt artikel 256.1 OUG nr 34/2006 har en part som anser sig ha behandlats felaktigt rätt att hänskjuta frågan till statens nämnd för tvistlösning (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, nedan kallad CNSC). Enligt artikel 281.1 kan CNSC:s beslut överklagas till domstol.

10. Artikel 278.1 OUG nr 34/2006 anger att CNSC eller behörig domstol ska avgöra alla processuella eller materiella invändningar som preliminärfrågor. Om den finner att de är välgrundade prövar den inte tvisten i sak.

11. Artikel 278a OUG nr 34/2006 föreskrev att den upphandlande myndigheten skulle behålla en del av anbudsgivargarantin om CNSC eller behörig domstol avslog anbudsgivarens ansökan eller om anbudsgivaren återkallade den.

12. Brådskande regeringsdekret nr 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014; nedan kallad OUG nr 51/2014) upphävde artikel 278a OUG nr 34/2006 och införde följande bestämmelser i den lagstiftningen: [6]

”Artikel 271a

1. För att skydda den upphandlande myndigheten mot risken för eventuella olämpliga beteenden är anbudsgivaren skyldig att ställa en garanti för gott uppträdande för hela den period som löper från dagen då överklagande/ansökan/klagomål gavs in till den tidpunkt då [CNSC:s] avgörande/den behöriga domstolens dom vann laga kraft.

2. [Ansökan] ska [avvisas] om anbudsgivaren inte visar att den garanti som anges i punkt 1 har ställts.

4 — Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

5 — Bortsett från att artikel 1 i direktiv 92/13 har korshänvisning till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1) och inte till direktiv 2004/18.

6 — I det följande kommer jag att hänvisa till dessa bestämmelser som den ursprungliga ordningen.

3. Garantin för gott uppträdande ska tillhandahållas i form av en banköverföring eller en garanti utfärdad av en bank eller försäkringsbolag i enlighet med rättsliga föreskrifter. Garantin i original ska överlämnas till den upphandlande myndighetens kontor och en kopia ska ges in till [CNSC] eller till domstolen samtidigt som [ansökan] ges in.

4. Beloppet av säkerheten avseende gott uppträdande ska fastställas i proportion till det uppskattade värdet av det kontrakt som ska tilldelas, på följande sätt:

(a) 1 procent av det uppskattade kontraktsvärdet, om detta understiger de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 55.2 a och b.[7]

(b) 1 procent av det uppskattade kontraktsvärdet, om detta understiger de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 55.2 c[8] men utan att beloppet överstiger belopp i RON motsvarande 10 000 euro enligt den växelkurs … som gäller den dag då säkerheten ställs.

(c) 1 procent av det uppskattade kontraktsvärdet, om detta är lika med eller överstiger de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 55.2 a och b, men utan att beloppet överstiger ett belopp i RON motsvarande 25 000 euro enligt den växelkurs … som gäller den dag då säkerheten ställs.

(d) 1 procent av det uppskattade kontraktsvärdet, om detta är lika med eller överstiger de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 55.2 c, men utan att beloppet överstiger ett belopp i RON motsvarande 100 000 euro enligt den växelkurs … som gäller den dag då säkerheten ställs.

5. Garantin för gott uppträdande ska ha en giltighetstid om minst 90 dagar. Garantin ska vara oåterkallelig och föreskriva ovillkorad utbetalning på begäran av den upphandlande myndigheten om [ansökan] avslås.

6. Om [CNSC:s] beslut eller domstolens dom, då garantin för gott uppträdande löper ut, inte vunnit laga kraft och sökanden inte förlängt dess giltighetstid på de villkor som föreskrivs i punkterna 1–5 ska den upphandlande myndigheten kvarhålla garantin. Bestämmelserna i artikel 271b.3–5 äger motsvarande tillämpning.

…

Artikel 271b

1. Om [CNSC] eller domstolen, för det fall sökanden vänt sig direkt till domstol, avslår ansökan är den upphandlande myndigheten skyldig att kvarhålla garantin för gott uppträdande från och med den tidpunkt då [CNSC:s] beslut/domstolens avgörande vinner laga kraft. Säkerheten ska behållas avseende de delar av kontraktet i vilka ansökan har avslagits.

2. Punkt 1 gäller även för det fall sökanden återkallar [ansökan].

3. Den åtgärd som anges i punkt 1 är inte tillämplig när [CNSC]/domstolen avslår ansökan på grund av att den inte längre har något föremål eller när [ansökan] dras tillbaka till följd av att den upphandlande myndigheten har vidtagit nödvändiga korrigeringsåtgärder i enlighet med artikel 256c.1.

4. När [CNSC] bifaller ansökan eller den behöriga domstolen bifaller ett överklagande av [CNSC:s] beslut att avslå ansökan, ska den upphandlande myndigheten senast fem dagar efter det att beslutet har vunnit laga kraft återlämna garantin för gott uppträdande till den part som ingett ansökan.

7 — Artikel 55.2 a och b OUG nr 34/2006 gäller offentliga varu- och tjänstekontrakt.

8 — Artikel 55.2 c OUG nr 34/2006 gäller offentliga byggentreprenadkontrakt.

5. När den som ingett ansökan vänt sig direkt till domstol och denna bifaller den ingivna ansökan ska bestämmelserna i punkt 4 äga motsvarande tillämpning.

6. De belopp som den upphandlande myndigheten uppburit på grund av garantin för gott uppträdande ska anses utgöra en inkomst för den myndigheten.”

13. Som svar på en begäran om klarläggande från EU-domstolen har de hänskjutande domstolarna bekräftat att Curtea Constituțională (författningsdomstolen i Rumänien) i dom av den 15 januari 2015 förklarade att artikel 271b.1 och 271b.2 OUG nr 34/2006 stred mot konstitutionen. Författningsdomstolen kom fram till denna slutsats i huvudsak på grund av att den upphandlande myndigheten enligt dessa bestämmelser skulle behålla garantin för gott uppträdande för det fall ansökningen ogillades eller återkallades utan att ge CNSC eller den domstol som handlade ansökningen något utrymme för att beakta sökandens uppträdande. Endast olämpligt uppträdande kunde motivera förlust av garantin för gott uppträdande. Författningsdomstolen förklarade den 4 november 2015 att artikel 271a.5 OUG nr 34/2006 stred mot konstitutionen på väsentligen liknande grunder, eftersom den bestämmelsen krävde att garantin för gott uppträdande skulle ge rätt till ovillkorad betalning om ansökningen ogillades så snart som den upphandlande myndigheten begärde det.

14. Vid förhandlingen förklarade den rumänska regeringen att artiklarna 271a och 271b OUG nr 34/2006 fortfarande är i kraft i den omfattning som de inte förklarats strida mot konstitutionen. Den bekräftade att övriga bestämmelser [9] fortfarande föreskriver att sökanden ska ställa en garanti för gott uppträdande men att det inte längre finns något lagligt stöd för den upphandlande myndigheten att behålla den. Till följd härav måste den upphandlande myndigheten nu återlämna garantin för gott uppträdande till sökanden vid slutet av förfarandet oavsett utgången av målet och därmed oavsett huruvida ansökningen var grundlös.

De faktiska omständigheterna, förfarandet och tolkningsfrågorna

Mål C-439/14

15. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Statens institut för forskning och utveckling inom informationsteknik, nedan kallat INCDI) inledde ett förfarande för upphandling av offentliga varu- och tjänstekontrakt för utveckling och färdigställande av en plattform för molntjänster. Det beräknade kontraktsvärdet exklusive moms var 61287713.71 RON (ungefär 13 700 000 euro). INCDI utarbetade ifrågavarande förfrågningsunderlag och publicerade en inbjudan att inkomma med anbud den 1 april 2014 i Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektroniskt system för offentlig upphandling). Tilldelningskriteriet var lägsta pris.

16. Flera ekonomiska aktörer bad INCDI att förklara de regler som angetts i förfrågningsunderlaget. INCDI svarade genom att publicera flera förklaringar i det elektroniska systemet för offentlig upphandling.

9 — Övriga bestämmelser (som jag uppfattar det) är i huvudsak artikel 271a med undantag för kravet på ovillkorad betalning i punkt 5 däri och artikel 271b.3–5 OUG nr 34/2006. I detta förslag kommer jag att kalla dessa bestämmelser för ”övergångsordningen” och skilja dem från både den ”ursprungliga ordningen” och den nya ordning som, vilket den rumänska regeringen uppgav vid förhandlingen, den rumänska lagstiftaren avser införa någon gång i framtiden.

17. SC Star Storage SA (nedan kallat Star Storage) begärde den 30 juni 2014 överprövning av tre av dessa förklaringar vid CNSC, som den 18 juli 2014 avslog begäran, eftersom Star Storage inte hade tillhandahållit en garanti för gott uppträdande.[10] Star Storage överklagade det beslutet till Curtea de Apel București (appellationsdomstol i Bukarest), som vilandeförklarade målet och begärde ett förhandsavgörande avseende följande fråga:

”Ska bestämmelserna i artikel 1.1 tredje stycket och artikel 1.3 i direktiv 89/665 tolkas så, att de utgör hinder för en regel som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av upphandlande myndighets beslut att sökanden först ställer en ”garanti för gott uppträdande” i enlighet med vad som stadgas i artikel 271a och 271b OUG nr 34/2006?”

Mål C-488/14

18. RA Aeroportul Oradea (kallad Oradea flygplats) publicerade den 21 januari 2014 ett meddelande om upphandling i det elektroniska systemet för offentlig upphandling av ett offentligt kontrakt för utvidgning och modernisering av den flygplatsen. Det beräknade kontraktsvärdet var 101 232 054 RON (ungefär 22 800 000 euro). Tilldelningskriteriet var ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”.

19. Fyra ekonomiska aktörer avgav anbud. Enligt anbudsutvärderingen av den 28 mars 2014 förkastades det anbud som avgetts av konsortiet bestående av SC Max Boegl România SRL (nedan kallat Max Boegl), SC UTI Grup SA och Astaldi SpA. På andra plats i anbudsutvärderingen kom det anbud som avgetts av konsortiet bestående av SC Construcții Napoca SA (nedan kallat Construcții Napoca), SC Aici Cluj SA och CS Icco Energ SRL.

20. CNSC avslog den 10 juli 2014 de ansökningar om överprövning av anbudsutvärderingen som getts in av dessa två konsortier.

21. Konsortiet i vilket Max Boegl är medlem och Construcții Napoca överklagade dessa beslut till Curtea de Apel Oradea (appellationsdomstol i Oradea). Vid förhandlingen den 10 september 2014 uppmärksammade rätten klagandena på kravet att ställa en garanti för gott uppträdande på grund av att artiklarna 271a och 271b trätt i kraft den 30 juni 2014.[11] Den vilandeförklarade målet och hänsköt följande fråga för ett förhandsavgörande:

”Ska artikel 1.1, 1.2 och 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1, 1.2 och 1.3 i direktiv 92/13 tolkas så, att de utgör hinder för lagstiftning enligt vilken det för att få tillgång till överprövning av en upphandlande myndighets beslut krävs att det först ställs en ”garanti för gott uppträdande” såsom är fallet i artiklarna 271a och 271b OUG nr 34/2006?”

22. Genom beslut av domstolens ordförande av den 13 november 2014 förenades de båda målen vad gällde det muntliga och det skriftliga förfarandet samt domen. Star Storage, den grekiska och den rumänska regeringen samt Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden. Max Boegl, den rumänska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 14 januari 2016.

10 — Det begärda garantibeloppet uppgick till ett belopp i RON motsvarande 25 000 euro.

11 — Det framgår av för domstolen tillgängliga uppgifter att varje garanti för gott uppträdande som krävdes i målet vid den nationella domstolen uppgick till ett belopp i RON svarande mot 100 000 euro.

Bedömning

Inledande anmärkningar

23. Värdet av det offentliga kontraktet i mål C-439/14 är högre än det tröskelvärde som anges i artikel 7 b i direktiv 2004/18 för offentliga varu- och tjänstekontrakt. Direktiv 89/665 är därför tillämpligt i detta mål. [12] På samma sätt uppgår värdet av det offentliga kontraktet i mål C-488/14 till de tröskelvärden för offentliga byggentreprenadkontrakt som anges i både artikel 7 c i direktiv 2004/18 och artikel 16 b i direktiv 2004/17.

24. Den rumänska regeringen och kommissionen har dock olika uppfattningar om den rättsliga bakgrunden i målet vid den nationella domstolen såvitt gäller mål C-488/14. Den rumänska regeringen har påstått att endast direktiv 2004/18 och i förlängningen direktiv 89/665 gäller för det förfarandet. Kommissionens ståndpunkt är att på grund av att upphandlingen i fråga gällde utvidgning och förbättring av en flygplatsanläggning omfattas det av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, [13] varför direktiv 92/13 gäller. [14]

25. Jag anser att domstolen inte har tillräcklig information om det kontraktet för att kunna avgöra om det är direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 som är tillämpligt på upphandlingen. Detta medför emellertid inte några problem här. Å ena sidan framgår det av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen i mål C-488/14 att den fråga som appellationsdomstolen i Oradea ställer till domstolen inte är hypotetisk såvitt den gäller direktiv 92/13. Å andra sidan motsvarar de tre första punkterna i artikel 1 i det direktivet i huvudsak de tre första punkterna i artikel 1 i direktiv 89/665. De två frågor som ställts av de hänskjutande domstolarna är därför väsentligen desamma och ska behandlas tillsammans.

26. Det är oklart vilken betydelse de domar som meddelades av Curtea Constituțională (författningsdomstolen) den 15 januari 2015 och den 4 november 2015 har för målet vid den nationella domstolen. Vid förhandlingen påstod den rumänska regeringen att de hänskjutande domstolarna nu måste tillämpa övergångsordningen. Kommissionen å andra sidan ville göra en åtskillnad mellan de två målen. I mål C-488/14 uppkom kravet på en garanti för gott uppträdande första gången vid den hänskjutande domstolen. Den domstolen ska därför tillämpa *övergångsordningen*. I mål C-439/14 däremot uppkom kravet första gången i förfarandet vid CNSC, det vill säga i tiden före författningsdomstolens domar. Kommissionen har därför hävdat att den hänskjutande domstolen i det målet ska tillämpa den *ursprungliga* ordningen efter det att den erhållit domstolens svar.

27. Enligt fast rättspraxis ankommer det inte på domstolen att avgöra vilka nationella bestämmelser som ska tillämpas som har betydelse för utgången i målet vid den nationella domstolen. Däremot åligger det domstolen att, inom ramen för behörighetsfördelningen mellan unionsdomstolarna och nationella domstolar, beakta det rättsliga sammanhang i vilket tolkningsfrågan har ställts, såsom detta beskrivits i begäran om förhandsavgörande. [15] Domstolen är emellertid behörig att ge den nationella domstolen fullständig vägledning angående unionsrättens tolkning, detta för att nämnda domstol ska kunna avgöra förenlighetsfrågan i det mål den har att avgöra. [16] Eftersom det är osäkert huruvida den ursprungliga ordningen eller övergångsordningen ska tillämpas i det nationella mål som ligger till grund för mål C-439/14, kommer jag att pröva båda i detta förslag till avgörande.

12 — Artikel 1.1 i direktiv 89/665.

13 — Artikel 7 b i direktiv 2004/17.

14 — Artikel 1.1 i direktiv 92/13.

15 — Se, bland annat, dom av den 17 juli 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, punkt 20 och där anförd rättspraxis.

16 — Dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 51 och där anförd rättspraxis.

28. Det framgår av utredningen i målet att enligt OUG nr 34/2006 kan en begäran om överprövning framställas antingen vid CNSC (vars beslut sedan kan överklagas till en appellationsdomstol) eller direkt vid en domstol. Eftersom en garanti för gott uppträdande krävs i båda fallen, påverkar inte detta bedömningen. [17]

Metod för bedömningen

29. Första och andra skälet i direktiv 89/665 och första, andra och tredje skälet i direktiv 92/13 klarlägger att dessa direktiv syftar till att stärka befintliga mekanismer för att både på nationell nivå och gemenskapsnivå säkerställa att direktiv avseende offentlig upphandling kan tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. [18] Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i båda direktiven åläggs en skyldighet att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt. [19] De ska säkerställa att ett sådant prövningsförfarande står till buds för varje person som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett visst kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse. [20]

30. Dessa direktiv fastställer emellertid endast de minimivillkor som prövningsförfarandena enligt nationell rätt ska uppfylla för att svara mot unionsrättens regler om offentlig upphandling. [21] I avsaknad av särskilda bestämmelser på området ankommer det på varje medlemsstat att fastställa detaljerade regler för administrativa och rättsliga förfaranden gällande de åtgärder som säkerställer enskilda personers rättigheter som grundar sig på unionsrättens regler om offentlig upphandling. Dessa processrättsliga regler får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundar sig på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen). [22] Det senare kravet är väsentligt för att uppnå huvudsyftet med unionsrättens regler om offentlig upphandling att öppna upp offentlig upphandling för icke snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater. [23]

31. Som kommissionen framhållit innehåller varken direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 några bestämmelser om finansiella krav som ekonomiska aktörer kan åläggas uppfylla för att få tillgång till förfarande för överprövning av upphandlande myndigheters beslut. Nationella bestämmelser som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen faller därför inom medlemsstaternas processuella autonomi villkorat av principerna om likvärdighet och effektivitet. Jag kommer att bedöma tolkningsfrågorna i belysning av dessa principer. [24]

32. Vart och ett av dessa direktiv ger ändå, på det särskilda området för offentlig upphandling, uttryck för den allmänna principen i unionsrätten om rätten till ett effektivt rättsmedel. [25] Detta föranleder två varandra närliggande frågor avseende omfattningen av effektivitetsprincipen.

17 — Se, i synnerhet, artiklarna 271a.1, 271b.1 och 271b.5 OUG nr 34/2006.

18 — Se, bland annat, dom av den 28 oktober 1999, Alcatel Austria m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 33, dom av den 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 44 och där angiven rättspraxis, och dom av den 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 26.

19 — Se, bland annat, dom av den 19 juni 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, punkt 22 och där anförd rättspraxis, och dom av den 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 44 och där anförd rättspraxis.

20 — Dom av den 26 november 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkt 28 och där anförd rättspraxis.

21 — Dom av den 30 september 2010, Strabag m.fl., C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 33 och där anförd rättspraxis. Se också, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 1998, EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, punkt 16.

22 — Se, bland annat, dom av den 11 september 2003, Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, punkt 49 och dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 46 och där anförd rättspraxis.

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punkterna 33 och 34.

24 — Se punkterna 40–58 i detta förslag till avgörande.

25 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punkt 28. Ursprunget till detta resonemang kan härledas till dom av den 15 maj 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, punkterna 18 och 19.

33. Kan för det första den principen begränsas till att kontrollera huruvida ett nationellt processuellt krav som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen gör det *i praktiken omöjligt eller orimligt svårt* att utöva rätten till överprövningsförfarande som anges i artikel 1 i direktiv 89/665 och i artikel 1 i direktiv 92/13? Eller har den större räckvidd på det sättet att den kräver att *varje nationell bestämmelse som undergräver* dessa bestämmelser ska underkännas?

34. Domstolen har vid flera tillfällen prövat huruvida medlemsstaternas processuella regler för rättsmedel avsedda att skydda de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare vilka vållas skada genom upphandlande myndigheters beslut var sådana att de förtar den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665.[26] Det finns emellertid inte någon enhetlig modell i rättspraxis för hur det effektivitetstestet förhåller sig till medlemsstaternas processuella autonomi och effektivitetsprincipen som begränsar den.[27] I vissa fall inriktade sig bedömningen uteslutande på den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 utan beaktande av processuell autonomi och gränserna därför.[28] Andra mål antyder att effektivitetstestet kompletterar testet av processuell autonomi när det inte föreligger någon särskild bestämmelse i frågan i direktiv 89/665.[29] Ibland utvisar ordvalet att effektivitetstestet är en del av (och ger särskilt innehåll till) testet av processuell autonomi.[30]

35. Det viktigaste enligt min uppfattning är att säkerställa att de rättigheter som unionsrätten ger enskilda erhåller starkare snarare än svagare skydd. Artikel 1 i direktiv 89/665 och artikel 1 i direktiv 92/13 ger särskilt uttryck för rätten till ett *effektivt* rättsmedel. Det är därför inte möjligt att begränsa bedömningen av effektivitetsprincipen till huruvida ett processuellt krav som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen riskerar att göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva den rättigheten. I det särskilda sammanhanget måste snarare effektivitetstestet avse prövning av frågan huruvida ett sådant krav riskerar att *undergräva* den rätt till ett effektivt prövningsförfarande som garanteras i dessa bestämmelser.

36. För det andra, vilken inverkan har den grundläggande rättigheten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan på effektivitetsprincipen i dess funktion som en begränsning av medlemsstaternas processuella autonomi?

37. Processuella regler som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen omfattas klart av tillämpningsområdet för artikel 1 i direktiv 89/665 och artikel 1 i direktiv 92/13. Dessutom omfattar den grundläggande rätten till ett effektivt rättsmedel, för vilken dessa bestämmelser ger särskilt uttryck, sådana regler.[31] Följaktligen är artikel 47 i stadgan tillämplig i målet vid den nationella domstolen.[32] Ställandet av garantin för gott uppträdande är en förutsättning för att erhålla prövning

26 — Se, bland annat, dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, EU:C:2002:746, punkterna 71 och 72, dom av den 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 27, och dom av den 30 september 2010, Strabag m.fl., C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34.

27 — Bristen på enhetlighet gör det svårt att förutse vilken metod domstolen kommer att tillämpa i ett särskilt fall. Se S. Prechal, R. Widdershoven, Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection, 4 *Review of European Administrative Law* (2011), s. 39.

28 — Se, till exempel, dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 71, och dom av den 28 januari 2010, Uniplex (UK), C-406/08, punkterna 26–28.

29 — Dom av den 30 september 2010, Strabag m.fl., C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 34, och dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkterna 47, 50 och 72.

30 — Dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 40 och 41. I dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkterna 47 och 48), uttalade domstolen att kravet på likvärdighet och effektivitet *är uttryck för* medlemsstaternas allmännna skyldighet att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten. Samma formulering återkom i beslut av den 24 april 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, punkt 98). Domstolen har på ett liknande sätt sammanslagit effektivitetsprincipen som en gräns för processuell autonomi med rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan i dom av den 6 oktober 2015, East Sussex County Council(C-71/14, EU:C:2015:656, punkt 52 och där anförd rättspraxis.).

31 — Se, bland annat, dom av den 15 april 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 44 och där angiven rättspraxis, och dom av den 17 juli 2014, Sánchez Morcillo och Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

32 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 49. Se även analogt dom av den 17 december 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, punkt 51. I den omfattning som artikel 47 i stadgan gäller för medlemsstaterna motsvarar den artikel 19.1 andra stycket FEU och anger principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU. Angående den senare frågan, se dom av den 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 37.

av varje ansökan om överprövning.[33] Detta krav utgör därför en inskränkning i rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol i den mening som avses i artikel 47.[34] En sådan begränsning kan vara motiverad endast om den är föreskriven i lag, om den är förenlig med kärnan i dessa rättigheter och friheter och om den med beaktande av proportionalitetsprincipen är nödvändig och faktiskt svarar mot det mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.[35] Detta test liknar det test som Europadomstolen tillämpar när den prövar huruvida finansiella begränsningar för tillgång till domstolsprövning är förenliga med artikel 6.1 i Europakonventionen.[36]

38. Återigen ger EU-domstolens praxis inte någon klar ledning i detta avseende.[37] Som jag uppfattar det erfordras i mål som det förevarande att den bedömning som anges i artikel 52.1 i stadgan tillämpas för att uppnå det skydd som garanteras enskilda i artikel 47 i stadgan. Tillämpning av en annan metod skulle ha det förvånande (och enligt min uppfattning icke godtagbara) resultatet att medlemsstaterna skulle kunna undgå det testet enbart på grund av att de, inom ramen för deras processuella autonomi, agerade på ett område där unionslagstiftaren låtit rätten till ett effektivt rättsmedel komma till särskilt uttryck.

39. I det följande kommer jag därför att pröva huruvida nationella bestämmelser som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilka omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi, är förenliga med principerna om likvärdighet och effektivitet. Mot bakgrund av att artikel 1.1 och artikel 1.3 i såväl direktiv 89/665 som direktiv 92/13 gäller sådana regler och att dessa bestämmelser på det särskilda området för offentlig upphandling uttrycker den grundläggande rätten till ett effektivt rättsmedel som garanteras i artikel 47 i stadgan kommer jag emellertid göra detta med den utgångspunkten att effektivitetsprincipen kräver en undersökning av huruvida dessa nationella bestämmelser som begränsar den rätten uppfyller proportionalitetstestet som fastläggs i artikel 52.1 i stadgan. Om de inte gör det undergräver de den ändamålsenliga verkan av artikel 1.1 och 1.3 i vart och ett av direktiven.

33 — Artikel 271a.2 OUG nr 34/2006.

34 — Se, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, punkt 37. Europadomstolen för mänskliga rättigheter (kallad Europadomstolen) betraktar i princip en domstolsavgift eller säkerhet för kostnader som en inskränkning i principen om rätt till domstolsskydd, som garanteras i artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättighterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (kallad Europakonventionen), om betalning är en förutsättning för prövning av målet. Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 13 juli 1995 i målet Tolstoy Miloslavski mot Förenade kungariket, serie A, nr 316-B, §§ 59–67, dom av den 4 maj 2006 i målet Weissman m.fl. mot Rumänien, nr 63945/00, CEDH 2006-VII, §§ 32–44, och dom av den 12 juli 2007 i målet Stankov mot Bulgarien, nr 68490/01, § 53.

35 — Se, bland annat, dom av den 17 september 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, punkt 72 och mitt förslag till avgörande, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., C-543/14, EU:C:2016:157, punkt 80.

36 — Europadomstolen har klarlagt att medan medlemsstaterna har ett visst utrymme för egen bedömning vid införandet av sådana begränsningar, får dessa begränsningar inte inskränka tillgången till domstolsprövning på ett sådant sätt att själva kärnan i rättigheten kränks. De ska vidare ha ett legitimt mål, och det ska föreligga en rimlig proportion mellan de företagna åtgärderna och det eftersträvade målet. Se, för ett liknande resonemang, det ovan anförda målet Tolstoy-Miloslavsky mot Förenade kungariket, §§ 59–67, och Europadomstolens dom av den 19 juni 2001 i målet Kreuz mot Polen, CEDH 2001-VI, §§ 54 och 55, som anförts i dom av den 22 december 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punkt 47. Se också Europadomstolens dom av den 14 december 2006 i målet Markovic m.fl. mot Italien [GC], nr 1398/03, CEDH 2006-XIV, § 99.

37 — I målet Orizzonte Salute klarlade domstolen att artikel 1 i direktiv 89/665 ska tolkas mot bakgrund av artikel 47 i stadgan. Den begränsade emellertid bedömningen av effektivitetsprincipen till att kontrollera att systemet för domstolsavgifter i fråga inte riskerade att göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling. (dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkterna 49 och 72). Domstolen genomförde inte ett proportionalitetstest enligt artikel 52.1 i stadgan. I andra mål har domstolen däremot tillämpat proportionalitetstestet vid bedömningen av begränsningar i rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol enligt artikel 47 i stadgan. Se, bland annat, dom av den 18 mars 2010, Alassini m.fl., C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punkterna 61–66, och dom av den 26 september 2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, punkterna 84–88.

Den ursprungliga ordningen

40. Artikel 1.2 i direktiv 89/665 och artikel 1.2 i direktiv 92/13 ger särskilt uttryck för likvärdighetsprincipen. Iakttagandet av likvärdighetsprincipen förutsätter att den aktuella nationella bestämmelsen tillämpas på samma sätt på en talan som grundar sig på åsidosättande av unionsrätten som på en talan som grundar sig på åsidosättande av nationell rätt när saken i målet och grunden för talan är likartade. [38]

41. Jag delar inte Star Storages uppfattning att nationella bestämmelser som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är oförenliga med den principen. Det är visserligen sant att de medför en särskild finansiell börda för inledande av ett prövningsförfarande avseende offentlig upphandling, men likvärdighetsprincipen kräver inte lika behandling av nationella processregler som gäller för förfaranden av annat slag (som tvistemål å ena sidan och förvaltningsmål å andra sidan) eller som gäller för förfaranden inom två olika rättsområden. [39] Vid förhandlingen bekräftade dessutom den rumänska regeringen att de nationella bestämmelserna i fråga i målet vid den nationella domstolen gäller för samtliga prövningsförfaranden som inletts mot beslut av upphandlande myndigheter oavsett om unionsrättsliga regler om offentlig upphandling är tillämpliga på upphandlingsförfarandet.

42. Vad gäller beträffande effektivitetsprincipen och proportionalitetstestet som anges i artikel 52.1 i stadgan?

43. Det är otvistigt att den begränsning som är en följd av artiklarna 271a och 271b OUG nr 34/2006 är *föreskriven i lag*.

44. Det andra villkoret i proportionalitetstestet är att åtgärden ska ha ett *legitimt mål* (det vill säga ett mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.) Det är ostridigt att garantin för gott uppträdande är en inkomstkälla för den upphandlande myndigheten när den behåller den. Denna garanti finansierar därför inte rättssystemet. [40] De nationella bestämmelser som infört garantin för gott uppträdande syftar snarare i huvudsak till att skydda de upphandlande myndigheterna, CNSC och domstolarna mot grundlösa ansökningar som ekonomiska aktörer (inbegripet dem som inte är anbudsgivare) kan tänkas inleda för andra syften än dem för vilka prövningsförfarandet inrättats. [41] Ett sådant mål är onekligen legitimt. [42] I synnerhet gör en minskning av antalet grundlösa ansökningar det möjligt för de instanser som handlägger överprövning av upphandlande myndigheters beslut att koncentrera sig på ”verkliga” ansökningar. Detta bidrar sannolikt till att uppfylla kravet att medlemsstaterna ska garantera att upphandlande myndigheters beslut kan överprövas på ett effektivt sätt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt när det görs gällande att sådana beslut innebär överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser om införlivande av denna lagstiftning. [43]

45. Nästa fråga är huruvida nationella bestämmelser som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen *kan uppnå det målet*.

38 — Se, senast, dom av den 12 februari 2015, Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, punkt 30.

39 — Dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 67 och där anförd rättspraxis.

40 — Detta skiljer garantin för gott uppträdande från de domstolsavgifter som var i fråga i dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — Enligt inledningen till OUG nr 51/2014 har ansökningar som är uppenbart ogrundade eller som endast syftar till att fördröja förfarandet flera skadliga följder. Således kan upphandlande myndigheter förlora extern (inbegripet EU-) finansiering på grund av abnorma förseningar i förfaranden för offentlig upphandling och sakna möjlighet att genomföra viktiga projekt av samhällsintresse. Grundlösa ansökningar överbelastar dessutom den personal som sysslar med försvar av upphandlande myndigheter inför CNSC eller domstolar och undergräver generellt sett CNSC:s effektivitet.

42 — Se, analogt, dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkterna 73 och 74. Detta är också Europadomstolens inställning. Se, bland annat, ovan anförda dom av Europadomstolen i målet Stankov mot Bulgarien, § 57, och Europadomstolens dom av den 3 juni 2014 i målet Harrison McKee mot Ungern, nr 22840/07, § 27.

43 — Artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665 och direktiv 92/13.

46. Som framgår av dessa förfaranden [44] kan sådana bestämmelser föranleda betydande kostnader för en ekonomisk operatör som antingen inte får framgång eller som återkallar sin ansökan om överprövning. [45] Dessa kostnader kan uppgå till belopp motsvarande 25 000 euro vad gäller offentliga varu- och tjänstekontrakt och till 100 000 euro vad gäller offentliga byggentreprenadkontrakt utöver de kostnader som har samband med kostnader för ställande av garantin. [46] Vid förhandlingen bekräftade den rumänska regeringen att sökanden förlorade hela beloppet av garantin för gott uppträdande i den ursprungliga ordningen på grund av att den upphandlande myndigheten måste behålla den. CNSC eller den domstol som prövar ansökan är inte behörig att förplikta den upphandlande myndigheten att behålla endast en del av garantin för gott uppträdande med beaktande av de särskilda omständigheterna i målet.

47. Enligt min uppfattning motverkar kostnader av denna storleksordning ingivandet av grundlösa ansökningar om överprövning på grund av att de till sin natur sannolikt kommer att avslås och därför automatiskt utmynnar i en förlust av hela garantin för gott uppträdande och därmed förbundna kostnader. [47] Den omständigheten att, som domstolen påpekade i målet Orizzonte Salute, [48] ett företags deltagande i en upphandling enligt unionsbestämmelser om offentlig upphandling förutsätter en lämplig ekonomisk och finansiell kapacitet förändrar inte den bedömningen. För det första är de nationella bestämmelserna som är i fråga i målet vid den nationella domstolen tillämpliga beträffande alla ekonomiska aktörer som begär överprövning av upphandlande myndigheters beslut och således inte endast beträffande anbudsgivare. Vidare är inte kravet att anbudsgivare måste ha viss ekonomisk och finansiell kapacitet utan undantag. Artikel 47.2 i direktiv 2004/18 föreskriver att en ekonomisk aktör får åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter för att visa denna kapacitet. [49] En part kan följaktligen inte uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster enbart på grund av att vederbörande för genomförandet av kontraktet avser att använda resurser, som inte är dess egna utan tillhör en eller flera andra enheter. [50] Slutligen gjordes domstolens uttalande om ekonomisk och finansiell kapacitet i målet Orizzonte Salute med avseende på betydligt mindre begränsningar för tillgång till prövningsförfaranden än de begränsningar som är i fråga i de förevarande målen. [51]

48. Den sista delen i proportionalitetstestet är att åtgärderna i fråga inte ska *sträcka sig längre än vad som är nödvändigt* för att nå målen. [52] När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen. [53]

49. Enligt den ursprungliga ordningen förlorade sökanden automatiskt garantin för gott uppträdande när dennes ansökan avslogs eller när sökanden återkallade den. Detta gällde också när det inte förelåg något som tydde på missbruk av prövningsförfarandet (till exempel på grund av att ansökan var uppenbart ogrundad eller getts in i det enda syftet att förhala det offentliga upphandlingsförfarandet).

44 — Se fotnoterna 10 och 11.

45 — Utom när den upphandlande myndigheten inte får behålla garantin för gott uppträdande enligt artikel 271b.3.

46 — Se punkt 55 nedan.

47 — Detta gäller i ännu högre grad anbudsgivare som är skyldiga att dessutom ställa en anbudsgivargaranti på upp till 2 procent av det beräknade kontraktsvärdet (artikel 43a OUG nr 34/2006). Även om den rumänska regeringen uppgav vid förhandlingen att de två garantierna har olika syften återstår det faktum att en anbudsgivare kan förlora båda två i ett enda förfarande för tilldelning av ett kontrakt.

48 — Dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 64.

49 — Se även artikel 63.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, s. 65).

50 — Dom av den 2 december 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punkt 26, dom av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 43, och dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 32.

51 — Domstolsavgifterna som prövades i det fallet uppgick till 2 000 euro, 4 000 euro eller 6 000 euro beroende på värdet av det offentliga kontraktet.

52 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 74.

53 — Se, bland annat, dom av den 29 april 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, punkt 58 och där angiven rättspraxis.

Av skäl som liknar dem jag angett ovan [54] hindrar således den ursprungliga ordningen i betydande utsträckning tillgången till förfaranden för överprövning av upphandlande myndigheters beslut för personer som (även om deras ansökan slutligen avslås) har ”klagomål på rimliga grunder”. [55] Den riskerar därför att avskräcka en ansenlig andel av möjliga tvistande parter från att ge in en ansökan om överprövning om de inte kan vara rimligt säkra på att den kan leda till framgång. Exempel på sådana situationer påstår jag innefattar fall där det inte finns någon fast rättspraxis i den aktuella frågan eller där ansökan ifrågasätter en slutsats av den upphandlande myndigheten i en fråga där den har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning.

50. Det förefaller som om det kunde ha varit möjligt att undvika denna ogynnsamma effekt (och den betydande störningen av rätten till ett effektivt rättsmedel) utan att undergräva målet att söka hindra grundlösa ansökningar. För det fall en ansökan avslogs eller återkallades kunde CNSC eller den behöriga domstolen ha getts friheten att till exempel fastställa huruvida ansökningen var grundlös eller inte med beaktande av samtliga relevanta omständigheter [56] och sedan besluta huruvida det var berättigat att behålla (hela eller del av) garantin för gott uppträdande.

51. Jag håller därför med Star Storage, Max Boegl och kommissionen att den ursprungliga ordningen medför en oproportionerlig begränsning av rätten till ett effektivt rättsmedel som garanteras av artikel 47 i stadgan och därför undergräver den ändamålsenliga verkan av artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 92/13. Den ordningen påverkar också kärnan i den rättigheten, då den riskerar att i praktiken beröva ekonomiska aktörer som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett kontrakt tillgång till ett rättsmedel mot påstått lagstridiga beslut av upphandlande myndigheter.

52. Av dessa skäl blir min slutsats att artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 92/13, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, utgör hinder för nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen som föreskriver att en sökande ska ställa en ”garanti för gott uppträdande” för att kunna åstadkomma överprövning av en upphandlande myndighets beslut avseende offentlig upphandling och enligt vilken den upphandlande myndigheten är skyldig att behålla den garantin om ansökan avslås eller återkallas oberoende av om ansökan är grundlös.

Övergångsordningen

53. Jag övergår nu till övergångsordningen som skiljer sig från den ursprungliga ordningen på det sättet att sökanden återfår garantin för gott uppträdande oberoende av om ansökan bifalls eller avslås.

54. Resonemanget kring frågan om likvärdighet som jag fört ovan har samma giltighet här. [57]

55. Vad gäller frågan om effektivitet är det klart att ett processuellt krav som det som anges i artikel 271a.1 OUG nr 34/2006 med nödvändighet i sig självt begränsar rätten till tillgång till förfarande för prövning av upphandlande myndigheters beslut. Det kravet är en förutsättning för prövning av ansökan. [58] Fastän sökanden återfår garantin för gott uppträdande när prövningen avslutats innebär emellertid ställandet därav med nödvändighet en finansiell belastning för honom. Den första meningen i artikel 271a.3 OUG nr 34/2006 anger två sätt för ställandet av garantin för gott

54 — Punkt 46 i detta förslag till avgörande.

55 — Jag lånar detta uttryck från Europadomstolens rättspraxis, enligt vilken syftet med artikel 13 i Europakonventionen är att garantera ett effektivt rättsmedel för ”klagomål på rimliga grunder”. Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 23 juni 2011 i målet Diallo mot Tjeckien, nr 20493/07, § 56.

56 — Dessa situationer kan innefatta huruvida rättspraxis är fast i en särskild fråga, huruvida ansökningen endast upprepar en tidigare ansökan eller huruvida den grundas på en direkt felaktig tolkning av den angripna åtgärden eller på en uppenbart felaktig faktisk förutsättning.

57 — Se ovan punkterna 40 och 41.

58 — Artikel 271a.2 OUG nr 34/2006.

uppträdande. Om sökanden gör en banköverföring går han miste om ett eventuellt betydande belopp under tiden från ingivande av ansökningen till dess CNSC:s beslut eller dom meddelad av behörig domstol vunnit laga kraft. Sökanden har således alternativkostnaden för att inte kunna använda dessa medel för andra ändamål. Om sökanden i stället väljer en garanti utfärdad av en bank eller ett försäkringsbolag måste han stå för kostnaden för den garantin.[59]

56. Det förefaller dessutom vara klart att ett sådant processuellt krav inte skyddar de upphandlande myndigheterna på ett adekvat sätt mot grundlösa ansökningar. Enligt övergångsordningen måste den upphandlande myndigheten återlämna garantin för gott uppträdande till sökanden inom fem dagar från det att CNSC:s beslut eller domen har vunnit laga kraft även om sökanden uppenbarligen missbrukat sin rätt till tillgång till ett prövningsförfarande. Den kostnad som övergångsordningen medför avhåller därför inte nödvändigtvis en ekonomisk aktör från att ge in en ansökan som har ett annat mål än det för vilket prövningsförfarandet inrättats, till exempel att skada en konkurrent. Den kan ändå bli ett hinder för en ekonomisk aktör som har ett klagomål på rimliga grunder men begränsade resurser.

57. Slutligen skiljer inte övergångsordningen, i likhet med den ursprungliga ordningen, mellan klagomål på rimliga grunder och grundlösa klagomål. Av den anledningen sträcker sig begränsningen av tillgång till prövningsförfaranden som den medför klart längre än vad som krävs för att nå målet att förhindra grundlösa ansökningar om överprövning.

58. Min slutsats är därför att artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 92/13, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, utgör hinder för sådan nationell lagstiftning som övergångsordningen som föreskriver att en sökande ska ställa en ”garanti för gott uppträdande” för att få tillgång till prövning av en upphandlande myndighets beslut och enligt vilken denna sökande automatiskt återfår garantin när prövningen avslutats oavsett utgången därav.

Förslag till avgörande

59. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna som ställts av Curtea de Apel Bucureşti (appellationsdomstol i Bukarest, Rumänien) och av Curtea de Apel Oradea (appellationsdomstol i Oradea, Rumänien) på följande sätt:

— Artikel 1.1 och 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i ändrad lydelse samt artikel 1.1 och 1.3 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, utgör hinder för sådan lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, som föreskriver att en sökande ska ställa en ”garanti för gott uppträdande” för att kunna få tillgång till prövning av en upphandlande myndighets beslut avseende offentlig upphandling och enligt vilken den upphandlande myndigheten är skyldig att behålla den garantin om ansökan avslås eller återkallas, oberoende av om ansökningen är grundlös eller inte.

— Samma unionsrättsliga bestämmelser utgör också hinder för nationell lagstiftning som föreskriver att en sökande ska ställa en ”garanti för gott uppträdande” för att kunna få tillgång till prövning av en upphandlande myndighets beslut och enligt vilken denna sökande automatiskt återfår garantin när prövningen avslutats, oberoende av utgången därav.

59 — Det är oklart huruvida sökanden skulle ersättas för dessa kostnader av den upphandlande myndigheten för det fall CNSC eller domstolen bifaller ansökningen. Även om så är fallet skulle den framgångsrike sökanden ändå ha haft dessa kostnader inledningsvis för att få tillgång till prövningsförfarandet. Kravet att ställa en garanti har således ändå utgjort ett hinder för tillgång.