



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

15. september 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — direktiverne 89/665/EØF og 92/13/EØF — offentlige kontrakter — klageprocedurer — national lovgivning, der gør muligheden for, at klager vedrørende en ordregivende myndigheds handlinger kan antages til realitetsbehandling, betinget af, at der stilles en »opfyldelsesgaranti« — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — artikel 47 — adgang til effektive retsmidler«

I de forenede sager C-439/14 og C-488/14,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) og Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea, Rumænien) ved afgørelser af 19. september 2014 og af 8. oktober 2014, indgået til Domstolen henholdsvis den 24. september 2014 og den 4. november 2014, i sagerne

SC Star Storage SA

mod

Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (sag C-439/14),

og

SC Max Boegl România SRL,

SC UTI Grup SA,

Astaldi SpA,

SC Construcții Napoca SA

mod

RA Aeroportul Oradea,

SC Porr Construct SRL,

Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,

SC Col-Air Trading SRL,

AVZI SA,

* Processprog: rumænsk.

Trameco SA,

Iamsat Muntenia SA (sag C-488/14),

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen, og dommerne D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan og M. Vilaras (refererende dommer),

generaladvokat: E. Sharpston,

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. januar 2016,

efter at der er afgivet indlæg af:

— SC Star Storage SA ved avocate A. Fetiță,

— SC Max Boegl România SRL ved avocat F. Irimia

— den rumænske regering ved R.-H. Radu, R. Hațieganu, D. Bulancea og M. Bejenar, som befuldmægtigede

— den græske regering ved K. Georgiadis og K. Karavasili, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár og I. Rogalski, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. april 2016,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 1-3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 2007, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«), og artikel 1, stk. 1-3, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1992, L 76, s. 14), som ændret ved direktiv 2007/66 (herefter »direktiv 92/13«), og artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 2 Anmodningerne er i forbindelse med sag C-439/14 blevet fremsat i en tvist mellem SC Star Storage SA og Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (nationalt institut for it-forskning og -udvikling, herefter (ICI)) vedrørende en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt om erhvervelsen af it-faciliteter og tjenester vedrørende forberedelsen, forvaltningen, udviklingen og gennemførelsen af en cloud computing-platform, og i sag C-488/14 i en tvist mellem SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA og SC Construcții Napoca SA (herefter »Max Boegl

m.fl.«), på den ene side, og RA Aeroportul Oradea SA, Asocierea SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AZVI SA, Trameco SA og Iamsat Muntenia SA, på den anden side, vedrørende en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt vedrørende udvidelsesarbejder og modernisering af infrastrukturen i Oradea lufthavn (Rumænien).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 89/665

- 3 Direktivets artikel 1 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer i stk. 1-3:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [(EUT 2004, L 134, s. 114)], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.

Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige kontrakter, rammeaftaler, koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder og dynamiske indkøbssystemer.

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.«

Direktiv 92/13

- 4 Direktivets artikel 1 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer i stk. 1-3:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) [(EUT 2004, L 134, s. 1)], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30 eller artikel 62 i nævnte direktiv.

Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer.

Medlemsstaterne træffer for så vidt angår kontrakter, der er omfattet af direktiv 2004/17/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over ordregivernes beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende indgåelse af kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler til gennemførelse af fællesskabsretten og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.«

Direktiv 2007/66

5 36. betragtning til direktiv 2007/66 har følgende ordlyd:

»I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. [chartret]. Dette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med [chartrets] artikel 47, første og andet afsnit.«

Direktiv 2004/17

6 Artikel 16, litra b), i direktiv 2004/17 bestemmer:

»Medmindre de er udelukket i henhold til udelukkelse i artikel 19-26 eller i henhold til artikel 30 vedrørende udøvelsen af den pågældende aktivitet i den berørte medlemsstat, finder dette direktiv anvendelse på kontrakter, hvis anslåede værdi uden moms svarer til mindst følgende tærskelværdier:

[...]

b) 5 186 000 EUR for bygge- og anlægskontrakter.«

Direktiv 2004/18

7 Artikel 7, litra b) og c), i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Dette direktiv gælder for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i artikel 10 og 11 og artikel 12-18, og hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskelværdier:

[...]

b) 207 000 [EUR]:

— for offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af andre ordregivende myndigheder end dem, der er omfattet af bilag IV

- for offentlige vareindkøbskontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder som omhandlet i bilag IV, der opererer på forsvarsområdet, når disse kontrakter vedrører varer, der ikke er omfattet af bilag V
- for offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af en ordregivende myndighed, når disse kontrakter vedrører tjenesteydelserne i kategori 8 i bilag II A, de teletjenester i kategori 5, hvis CPV-positioner svarer til referencenumrene CPC 7524, 7525 og 7526, og/eller de tjenesteydelser, der er nævnt i bilag II B.

c) 5 186 000 [EUR] for offentlige bygge- og anlægsarbejder.«

Rumænsk ret

- 8 Artikel 271a og 271b i Ordonanța de Urgență a Guvernului n° 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (regeringens hastedekret nr. 34/2006 om procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter[, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter), som ændret og suppleret ved Ordonanța de Urgență a Guvernului n° 51/2014 (regeringens hastedekret nr. 51/2014) (herefter »OUG nr. 34/2006«), bestemmer:

»Artikel 2171a

1) For at beskytte den ordregivende myndighed mod risikoen for en eventuel ukorrekt adfærd skal ophavsmanden til en klage stille en opfyldelsesgaranti, som er gyldig under hele perioden mellem datoen for indgivelsen af klagen/søgsmålet/appellen og den dato, hvor afgørelsen fra det nationale råd for klagesager/den kompetente rets dom bliver endelig.

2) Der gives afslag på klagen/søgsmålet/appellen, såfremt klagerens ophavsmand ikke fremlægger bevis for at have stillet den i stk. 1 nævnte garanti.

3) Opfyldelsesgarantien stilles gennem bankoverførsel eller et garantimiddel udstedt i henhold til de lovbestemte betingelser af et bankinstitut eller et forsikringsselskab. Det originale eksemplar af garantidokumentet indgives til sædet for den ordregivende myndighed, og en kopi heraf indgives til det nationale råd for klagesager eller retten sammen med klagen/søgsmålet/appellen.

4) Beløbet af opfyldelsesgarantien fastsættes i forhold til den anslåede værdi af den kontrakt, som skal tildeles, i henhold til følgende:

- a) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lavere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra a) og b)
- b) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lavere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra c), dog ikke højere end et beløb i [rumænske leu (RON)] svarende til 10 000 [EUR], beregnet på baggrund af den af den rumænske nationalbank fastsatte valutakurs på datoen for garantistillelse
- c) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lig med eller højere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra a) og b), dog ikke højere end et beløb i RON svarende til 25 000 [EUR], beregnet på baggrund af den af den rumænske nationalbank fastsatte valutakurs på datoen for garantistillelse
- d) 1% af den anslåede værdi, hvis denne er lig med eller højere end tærskelværdierne i artikel 55, stk. 2, litra c), dog ikke højere et beløb i RON svarende til 100 000 [EUR] i henhold til den af den rumænske nationalbank fastsatte valutakurs på datoen for garantistillelse.

- 5) Opfyldelsesgarantien skal være gyldig i mindst 90 dage, være uigenkaldelig og fastlægge ubetinget betaling på den ordregivende myndigheds første anmodning, såfremt der gives afslag på klagen/søgsmålet/appellen.
- 6) Hvis afgørelsen fra det nationale råd for klagesager eller rettens dom ikke er blevet endelig på den sidste gyldighedsdag for opfyldelsesgarantien, og klagens ophavsmand ikke har forlænget gyldigheden af opfyldelsesgarantien på de i stk. 1-5 fastlagte betingelser, tilbageholder den ordregivende myndighed opfyldelsesgarantien. Bestemmelserne i artikel 271b, stk. 3-5, finder tilsvarende anvendelse.
- 7) Bestemmelserne i stk. 1-6 finder ligeledes tilsvarende anvendelse, når søgsmålet mod afgørelsen fra det nationale råd for klagesager er anlagt af en anden person end den ordregivende myndighed eller klagerens ophavsmand i henhold til artikel 281.

Artikel 271b

- 1) Såfremt det nationale råd for ankesager eller retten (for det tilfælde, at klagerens ophavsmand har henvendt sig direkte til retten) giver afslag på klagen/søgsmålet/appellen, skal den ordregivende myndighed tilbageholde opfyldelsesgarantien fra og med den dato, hvor afgørelsen fra det nationale råd for klagesager/rettens dom bliver endelig. Denne tilbageholdelse finder anvendelse på de dele, for hvilke der er givet afslag på klagen.
- 2) Bestemmelserne i stk. 1 finder også anvendelse, såfremt klagerens ophavsmand trækker klagen/søgsmålet/appellen tilbage.
- 3) Foranstaltningen i stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis det nationale råd for klagesager/retten giver afslag på klagen, fordi den er uden genstand, eller såfremt klagen/søgsmålet/appellen frafaldes, fordi den ordregivende myndighed vedtager de nødvendige korrigerende foranstaltninger i henhold til artikel 256c, stk. 1.
- 4) Såfremt det nationale råd for klagesager tager klagen til følge, eller den kompetente ret tiltræder den appel, der er indgivet til prøvelse af det afslag, som det nationale råd for klagesager har givet på klagen, skal den ordregivende myndighed tilbagebetale klagens ophavsmand opfyldelsesgarantien inden for fem dage fra den dato, hvor afgørelsen/dommen bliver endelig.
- 5) Såfremt klagens ophavsmand forelægger sagen direkte for retten, og retten tiltræder denne, finder bestemmelserne i stk. 4 tilsvarende anvendelse.
- 6) De beløb, som den ordregivende myndighed modtager ved inddrivelse af opfyldelsesgarantien, indgår i budgettet for myndigheden.«

Twisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-439/14

- 9) Den 1. april 2014 offentliggjorde ICI i sin egenskab af ordregivende myndighed en bekendtgørelse i Sistemul Electronic de Achiziții Publice (det elektroniske system vedrørende offentligt udbud, herefter »SEAP«) om afholdelse af en udbudsprocedure med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt vedrørende erhvervelse af it-faciliteter og tjenester vedrørende forberedelsen, forvaltningen, udviklingen og gennemførelsen af en cloud computing-plattform samt det tilsvarende udbudsmateriale. Kontrakten, som havde en anslået værdi af 61 287 713,71 RON (ca. 13 700 000 EUR) eksklusive merværdiafgift, skulle tildeles på grundlag af »den laveste pris«.

- 10 Som følge af anmodninger fra økonomiske operatører offentliggjorde ICI i SEAP en række forklarende bemærkninger til betingelserne i udbudsmaterialet.
- 11 Den 30. juni 2014 klagede Star Storage over forklarende bemærkning nr. 4 og 5 af 24. juni 2014 og nr. 7 af 26. juni 2014 ved Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationale råd for klagesager, herefter »CNSC«).
- 12 Ved afgørelse af 18. juli 2014 afviste CNSC, bl.a. på grundlag af artikel 271a, stk. 2, i OUG nr. 34/2006, klagen, fordi Star Storage ikke havde stillet en opfyldelsesgaranti.
- 13 Den 5. august 2014 indbragte Star Storage sagen for Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) med påstand om annullation af afgørelsen om afvisning med den begrundelse, at den pligt til at stille en opfyldelsesgaranti, som er fastsat i rumænsk ret, både var i strid med den rumænske forfatning og EU-retten.
- 14 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at opfyldelsesgarantien på grund af sin betydning og de regler, som den reguleres ved, er egnet til i høj grad at skade de økonomiske operatørers adgang til en effektiv klageprocedure vedrørende de ordregivende myndigheders handlinger.
- 15 Under disse omstændigheder har Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 [...] fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelser, der gør adgangen til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger betinget af pligten til forudgående at stille en »opfyldelsesgaranti« som den, der er fastsat i artikel 271a og 271b i [OUG] nr. 34/2006?»

Sag C-488/14

- 16 Den 21. januar 2014 offentliggjorde RA Aeroportul Oradea i sin egenskab af ordregivende myndighed en bekendtgørelse i SEAP om afholdelse af en udbudsprocedure med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt vedrørende udvidelsesarbejder og modernisering af infrastrukturen i Oradea lufthavn (Rumænien). Den anslåede kontraktværdi var 101 232 054 RON (ca. 22 800 000 EUR) eksklusive merværdiafgift, og kontrakten skulle tildeles på grundlag af »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.
- 17 I henhold til den rapport, der blev affattet efter udbudsvurderingen, blev det bud, som var afgivet af sammenslutningen bestående af SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA og Astaldi SpA afvist, mens det bud, der var afgivet af sammenslutningen bestående af SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA og CS Icco Energ SRL, i henhold til tildelingskriteriet blev placeret på andenpladsen.
- 18 De to sammenslutninger indgav hver en klage over rapporten til CNSC. Ved afgørelse af 10. juli 2014 forkastede CNSC disse klager som ugrundede. De to sammenslutninger iværksatte hver især appel til prøvelse af denne afgørelse ved Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea).
- 19 Under retsmødet den 10. september 2014 henledte Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) sagsøgerne i hovedsagens opmærksomhed på det forhold, at de, henset til ikrafttrædelsen af artikel 271a i 271b i OUG nr. 34/2006, den 1. juli 2014 skulle stille en »opfyldelsesgaranti«. Max Boegl m.fl. nedlagde derpå påstand om, at Curtea Constituțională (forfatningsdomstol, Rumænien) skulle forelægges en indsigelse om, at disse bestemmelser var forfatningsstridige, og at Domstolen skulle forelægges et præjudicielt spørgsmål.

20 Under disse omstændigheder har Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea, Rumænien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13 [...] fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelser, der gør adgangen til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger betinget af pligten til forudgående at stille en »opfyldelsesgaranti« som den, der er fastsat i artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006?«

Retsforhandlingerne for Domstolen

21 Ved kendelser af 13. november 2014 og 10. december 2014 tog Domstolens præsident ikke anmodningerne indgivet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) og Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) om, at sagerne C-439/14 og C-488/14 skulle undergives den fremskyndede procedure i henhold til artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement, til følge.

22 Ved afgørelse afsagt af Domstolens præsident den 13. november 2014 blev sagerne C-439/14 og C-488/14 forenet med henblik på retsforhandlingernes skriftlige og mundtlige del og dommen.

23 Ved dom nr. 5 af 15. januar 2015 tog Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) delvis den af henholdsvis Star Storage og Max Boegl m.fl. nedlagte påstand til følge, hvorefter artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006 var forfatningsstridige.

24 Ved skrivelse af 21. juli 2015 fremsendte Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 101 en anmodning til Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) og Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) om at fremkomme med uddybende oplysninger og opfordrede dem til at indsende deres bemærkninger vedrørende dom nr. 5 afsagt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) den 15. januar 2015 og dens mulige indvirkning på deres anmodning om en præjudiciel afgørelse.

25 Ved skrivelse af 11. august 2015, indgået til Domstolen den 26. august 2015, angav Curtea de Apel Oradea (appeldomstolen i Oradea) i det væsentlige, at Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) ved dom nr. 5 af 15. januar 2015 havde taget påstanden om forfatningsstridighed med hensyn til artikel 271b, stk. 1 og 2, i OUG nr. 34/2006 til følge, men forkastet påstanden om forfatningsstridighed med hensyn til bestemmelserne i artikel 271a og 271b, stk. 3-6, i OUG nr. 34/2006, således at dens præjudicielle anmodning ikke længere vedrørte disse sidstnævnte bestemmelser.

26 Ved skrivelse af 14. september 2015, indgået til Domstolen den 23. september 2015, angav Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) ligeledes i det væsentlige, at Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) ved dom nr. 5 af 15. januar 2015 havde fastslået, at pligten til at stille en opfyldelsesgaranti som betingelse for, at en klage kan antages til realitetsbehandling, var i overensstemmelse med forfatningen, og at det derfor var nødvendigt at undersøge, hvorvidt bestemmelserne i artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006, der var erklæret at være i overensstemmelse med den rumænske forfatning, og som gør anvendelsen af klagemulighederne i forbindelse med procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter betinget af, at der stilles en »opfyldelsesgaranti«, kan anses for at være forenelige med princippet om effektiv retsbeskyttelse, som er beskyttet af artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47.

27 Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) er endvidere af den opfattelse, at den rumænske lovgivning nødvendiggør en grundig analyse af, for det første, den omstændighed, at opfyldelsesgarantien tilføjes en »budgaranti«, som tilbudsgiveren i henhold til artikel 43a i OUG nr. 34/2006 ligeledes skal stille, og hvis størrelse kan udgøre op til 2% af den offentlige kontrakts

anslåede værdi, og, for det andet, det forhold, at det hverken er muligt at afvige fra opfyldelsesgarantiens størrelse, som i henhold til artikel 271a, stk. 4, i OUG nr. 34/2006 er fastsat automatisk til 1% af den kontraktens ansåede værdi, inden den indgås, op til et beløb svarende til 100 000 EUR, eller at give en nedsættelse eller at fastsætte ratevis betaling afhængigt af omstændighederne i det konkrete tilfælde.

- 28 Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) anmoder derfor Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47, fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, der gør adgangen til klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger betinget af pligten til forudgående at stille en »opfyldelsesgaranti« til den ordregivende myndighed som den, der er fastsat i artikel 271a og 271b i OUG nr. 34/2006?«

- 29 Endelig fastslog Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) ved dom nr. 750 af 4. november 2015 ligeledes, at artikel 271a, stk. 5, i OUG nr. 34/2006, som forskrev ubetinget betaling af opfyldelsesgarantien til den ordregivende myndighed på første anmodning, såfremt der blev givet afslag på klagen, søgsmålet eller appellen, var i strid med den rumænske forfatning.

Indledende bemærkninger

- 30 Det skal fastslås, at for så vidt som den i sag C-439/14 omhandlede offentlige kontrakt angår vareindkøb og tjenesteydelser, hvis værdi overstiger den tærskel, der er fastsat i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, finder direktiv 89/665 anvendelse på tvisten i hovedsagen.
- 31 Den rumænske regering og Europa-Kommissionen er derimod uenige med hensyn til arten af den i sag C-488/14 omhandlede offentlige kontrakt, idet den rumænske regering er af den opfattelse, at kontrakten er omfattet af direktiv 2004/18 og dermed også af direktiv 89/665, mens Kommissionen er af den opfattelse, at nævnte kontrakt er omfattet af direktiv 2004/17 og således også af direktiv 92/13.
- 32 I denne henseende skal det bemærkes, at for så vidt som den forelæggende ret i sag C-488/14 kun har givet meget sparsomme oplysninger om den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, kan Domstolen ikke afgøre, om den er omfattet af direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18.
- 33 Eftersom det tilkommer den forelæggende ret at træffe afgørelse herom, har denne uklarhed imidlertid ingen indvirkning på den præjudicielle procedure i sag C-488/14, for så vidt som værdien af den omhandlede offentlige kontrakt, således som generaladvokaten har anført i punkt 25 i forslaget til afgørelse, overstiger de tærskler for offentlige bygge- og anlægskontrakter, som er fastsat i artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18 såvel som i artikel 16, litra b), i direktiv 2004/17.
- 34 Domstolen vil derfor besvare det spørgsmål, der er rejst i sag C-439/14, og det spørgsmål, der er rejst i sag C-488/14, samtidigt, idet de bestemmelser i direktiv 89/665 og 92/13, som der er anmodet om en fortolkning af, under alle omstændigheder har nøjagtig samme ordlyd.

Om de præjudicielle spørgsmål

- 35 Det skal indledningsvis bemærkes, således som det fremgår af de forklaringer, som de to forelæggende retter har givet som svar på Domstolens anmodning om uddybende oplysninger, og de bemærkninger, der er fremsat under retsmødet, at Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) ved dom nr. 5 af 15. januar 2015 og nr. 750 af 4. november 2015 har fastslået, at bestemmelserne i artikel 271b, stk. 1 og 2, og i artikel 271a, stk. 5, sidste afsnit, i OUG nr. 34/2006 er i strid med den rumænske forfatning.

- 36 De to forelæggende retter præciserede, at de derfor ikke længere kan anvende disse bestemmelser, hvilket den rumænske regering bekræftede under retsmødet. De forelæggende retter anførte imidlertid udtrykkeligt, at de ville opretholde deres præjudicielle anmodning, for så vidt som de øvrige bestemmelser i den i hovedsagen omhandlede rumænske lovgivning fortsat fandt anvendelse.
- 37 Eftersom det er præciseret, at det alene tilkommer de forelæggende retter i forbindelse med afgørelsen af de sager, som de er blevet forelagt, at fastlægge konsekvenserne af dom nr. 5 af 15. januar 2015 og nr. 750 af 4. november 2015 afsagt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstol), skal det under disse omstændigheder konkluderes, at anmodningerne om præjudiciel afgørelse udelukkende angår de bestemmelser i den rumænske lovgivning, der vedrører opfyldelsesgarantien, og som er erklæret at være i overensstemmelse med den rumænske forfatning.
- 38 Det følger heraf, at de forelæggende retter med deres spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den, der er genstand for hovedsagerne, der gør muligheden for, at klager vedrørende en ordregivende myndigheds handling kan antages til realitetsbehandling, betinget af en pligt for klageren til at stille en opfyldelsesgaranti til fordel for den ordregivende myndighed, idet det præciseres, at garantien skal tilbagebetales til klageren uanset sagens udfald.
- 39 I denne henseende bemærkes, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1, i direktiv 92/13 pålægger medlemsstaterne en pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der i forbindelse med fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-ret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.
- 40 Såvel artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 som artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 fastsætter endvidere en pligt for medlemsstaterne til at sikre, at der efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, er adgang til klageprocedurerne i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse
- 41 Disse bestemmelser, der har til formål at beskytte de økonomiske operatører mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, skal dermed sikre, at der findes effektive klagemuligheder i alle medlemsstaterne med henblik på at sikre en effektiv anvendelse af EU-reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (jf. i denne retning dom af 12.12.2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 71, af 11.9.2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 34, og af 12.3.2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 50).
- 42 Imidlertid indeholder hverken direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 bestemmelser, der specifikt fastsætter betingelserne, hvorunder disse klagemuligheder kan udøves. Domstolen har således allerede fastslået, at direktiv 89/665 kun fastsætter de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre iagttagelsen af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 27.2.2003, *Santex* C-327/00, EU:C:2003:109, præmis 47, af 19.6.2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, præmis 45, og af 30.9.2010, *Strabag m.fl.*, C-314/09, EU:C:2010:567, præmis 33).
- 43 Det følger imidlertid af fast retspraksis, at de processuelle betingelser for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, EU-retten tillægger de ansøgere og bydende, som berøres af de ordregivende myndigheders beslutninger, ikke må være til skade for den effektive virkning af direktiv 89/665 og 92/13, hvis formål er at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives

klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger (jf. bl.a. dom af 12.12.2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 72, af 27.2.2003, *Santex C-327/00*, EU:C:2003:109, præmis 51, og af 3.3.2005, *Fabricom, C-21/03 og C-34/03*, EU:C:2005:127, præmis 42, kendelse af 4.10.2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele, C-492/06*, EU:C:2007:583, præmis 29, samt dom af 12.3.2015, *eVigilo, C-538/13*, EU:C:2015:166, præmis 40, og af 6.10.2015, *Orizzonte Salute, C-61/14*, EU:C:2015:655, præmis 47).

- 44 Navnlig skal det sikres, at hverken effektiviteten af direktiv 89/665 og direktiv 92/13 (jf. dom af 18.6.2002, *HI, C-92/00*, EU:C:2002:379, præmis 58 og 59, og af 11.12.2014, *Croce Amica One Italia, C-440/13*, EU:C:2014:2435, præmis 40) eller de rettigheder, Unionen tillægger borgerne (dom af 12.12.2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 72, og af 28.1.2010, *Uniplex (UK), C-406/08*, EU:C:2010:45, præmis 49), bringes i fare.
- 45 Det skal endvidere bemærkes, at direktiv 2007/66 – og dermed også direktiv 89/665 og direktiv 92/13, som det ændrer og supplerer – således som det fremgår af 36. betragtning hertil, har til formål at sikre fuld respekt af adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit.
- 46 Når medlemsstaterne fastsætter de proceduremæssige regler for klageadgangen, der skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, som direktiv 89/665 og direktiv 92/13 tillægger de ansøgere og tilbudsgivere, der bebyrdes af de ordregivende myndigheders beslutninger, skal de derfor sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som er fastsat i chartrets artikel 47.
- 47 I den foreliggende sag pålægger artikel 271a, stk. 1-5, i OUG nr. 34/2006 enhver person, der deltager i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, og som har til hensigt at anfægte en beslutning, som den ordregivende myndighed har truffet, enten ved CNSC eller direkte ved retten, at stille en opfyldelsesgaranti som betingelse for, at enhver klagesag kan antages til realitetsbehandling. Garantien, hvis størrelse svarer til 1% af den pågældende offentlige kontrakts anslåede værdi, som højst kan udgøre 25 000 for offentlige indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og 100 000 for offentlige bygge- og anlægskontrakter, skal stilles til den ordregivende myndighed enten gennem bankoverførsel eller ved et garantimiddel udstedt af et bankinstitut eller et forsikringsselskab og være gyldig i mindst 90 dage.
- 48 I henhold til artikel 271b, stk. 4 og 5, i OUG nr. 34/2006 skal garantien imidlertid tilbagebetales inden for fem dage fra den dato, hvor afgørelsen er blevet endelig, såfremt klagesagen tages til følge, men ligeledes såfremt klagesagen frafaldes eller afvises, og henset til dom nr. 5 af 15. januar 2015 og nr. 750 af 4. november 2015 afsagt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstol) er den ordregivende myndigheds tilbageholdelse af garantien fra og med dette tidspunkt uden retsgrundlag.
- 49 Som generaladvokaten har anført i punkt 37 i forslaget til afgørelse, udgør opfyldelsesgarantien som en forudsætning for at få en klage undersøgt således en begrænsning af retten til effektive retsmidler for en domstol som sikret ved chartrets artikel 47, som i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, kun er begrundet, såfremt den er fastlagt i lovgivningen, respekterer rettighedens væsentligste indhold og under iagttagelse af proportionalitetsprincippet er nødvendig og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Den Europæiske Union, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder (jf. dom af 4.5.2016, *Pillbox 38, C-477/14*, EU:C:2016:324, præmis 160).
- 50 Det må fastslås, at retsgrundlaget for opfyldelsesgarantien i hovedsagerne klart og tydeligt fremgår af OUG nr. 34/2006, således at det skal anses for at være fastlagt i den nationale lovgivning (jf. dom af 27.5.2014, *Spasic, C-129/14 PPU*, EU:C:2014:586, af 6.10.2015, *Delvigne, C-650/13*, EU:C:2015:648, præmis 47, og af 17.12.2015, *WebMindLicenses, C-419/14*, EU:C:2015:832, præmis 81). Den omstændighed, at opfyldelsesgarantien kan nå det betydelige beløb af 25 000 EUR eller 100 000 EUR, kan desuden ikke føre til den konklusion, at pligten til at stille en sådan garanti bringer det væsentligste indhold af retten til effektive retsmidler i fare, idet de ordregivende myndigheder under alle omstændigheder ikke kan tilbageholde denne garanti, uanset hvad sagens udfald måtte være.

- 51 Det må dog stadig undersøges, om opfyldelsesgarantien svarer til et mål af almen interesse, og om den i bekræftende fald opfylder proportionalitetsprincippet som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1.
- 52 Artikel 271a, stk. 1, i OUG nr. 34/2006 præciserer, at formålet med opfyldelsesgarantien er at beskytte den ordregivende myndighed mod risikoen for en eventuel ukorrekt adfærd. Den rumænske regering har såvel i sit skriftlige indlæg som under retsmødet anført, at opfyldelsesgarantiens hovedformål er at gøre procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter mere smidige ved at forebygge misbrug af klagemulighederne og enhver forsinkelse af kontraktens indgåelse.
- 53 Det skal i denne henseende konstateres, at bekæmpelsen af misbrug af klagemuligheder, således som generaladvokaten har anført i punkt 44 i forslaget til afgørelse, er et legitimt mål, som ikke alene bidrager til virkeliggørelsen af de formål, der forfølges med direktiv 89/665 og direktiv 92/13, men ligeledes i bredere forstand til en ordnet retspleje.
- 54 Et økonomisk krav som den i hovedsagerne omhandlede opfyldelsesgaranti udgør således en foranstaltning, der er egnet til at afskrække uberettigede klager og til at sikre, at alle retsundergivne – under hensyn til en ordnet retspleje – kan få behandlet deres klager inden for de kortest mulige frister i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1 og 2.
- 55 Selv om hensynet til en ordnet retspleje kan begrunde, at der pålægges en økonomisk begrænsning for en persons mulighed for at klage, skal der med begrænsningen imidlertid fortsat bestå et rimeligt forhold mellem de anvendte midler og det forfulgte mål (jf. i denne retning dom af 22.12.2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, præmis 47 og 60).
- 56 I denne henseende bemærkes, at selv om pligten til at stille opfyldelsesgarantien udgør en foranstaltning, som er mindre afskrækkende i sin nuværende form end i sin oprindelige form, idet den ikke længere automatisk og ubetinget kan tilbageholdes af den ordregivende myndighed, når klagen afvises eller forkastes, forholder det sig sådan, at denne pligt er egnet til at virkeliggøre det mål om bekæmpelse af misbrug, som den rumænske lovgivning forfølger.
- 57 For det første udgør opfyldelsesgarantien, således som generaladvokaten har anført i punkt 55 i forslaget til afgørelse, en økonomisk byrde for klageren, som denne stiller ved bankoverførsel, eller udgør en bankgaranti.
- 58 Opfyldelsesgarantiens størrelse fastsættes som en procentdel af prisen af den pågældende offentlige kontrakt, som kan være op til 25 000 EUR for offentlige indkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og 100 000 EUR for offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- 59 Såvel det forhold, at der skal stilles et så betydeligt beløb ved bankoverførsel, som behovet for at foretage de foranstaltninger, der er nødvendige med henblik på at stille en bankgaranti og betale gebyrer i forbindelse hermed, kan tilskynde klagerne til at udvise en vis forsigtighed i forhold til at anlægge sag. For så vidt som opfyldelsesgarantien påvirker klagerens ressourcer eller som minimum kreditmuligheder, indtil garantien frigøres, er den egnet til at tilskynde klagerne til at vise omhu i forbindelse med de sager, de anlægges, i overensstemmelse med det krav om hurtig behandling af klagen, der er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 og i artikel 1, stk. 1, i direktiv 92/13. Således som den rumænske regering har gjort gældende under retsmødet, kan det ikke udelukkes, at et sådant økonomisk krav tilskynder potentielle klager til grundigt at overveje, om de har interesse i anlægge sag, og deres chance for at vinde sagen, og det har således afskrækkende virkning på fremsættelse af påstande, der er åbenbart grundløse eller kun har til formål at forhale sagen (jf. analogt dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 73).
- 60 For så vidt som det følger af dom nr. 5 af 15. januar 2015 og nr. 750 af 4. november 2015 afsagt af Curtea Constituțională (forfatningsdomstol), at det ikke længere er muligt for den ordregivende myndighed at tilbageholde opfyldelsesgarantien automatisk og ubetinget, og opfyldelsesgarantien ikke

længere skal betales på første anmodning, kan det for det andet ikke antages, at pligten i sig selv til at stille denne garanti som betingelse for, at en klage kan antages til realitetsbehandling, går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet om bekæmpelse af misbrug, som den skal forfølge.

- 61 Opfyldelsesgarantien, som er på 1% af den offentlige kontrakts værdi, og hvis loft er fastsat i henhold til kontraktens art, er således beskeden (jf. dom af 6.10.2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, præmis 58) navnlig for de tilbudsgivere, som sædvanligvis skal godtgøre at have en vis finansiell kapacitet. Garantien kan dernæst og under alle omstændigheder stilles som en bankgaranti. Endelig skal den kun stilles i den periode, der forløber mellem sagens anlæg og den endelige afgørelse heraf.
- 62 I sit svar på Domstolens anmodning om uddybende oplysninger anmodede Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) endelig Domstolen om at besvare spørgsmålet under hensyntagen til den samlede sum af opfyldelsesgarantien og den budgaranti, som tilbudsgiveren ligeledes skal stille i henhold til artikel 43a i OUG nr. 34/2006. Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) er imidlertid ikke fremkommet med uddybende oplysninger i denne forbindelse, hverken med hensyn til den nuværende ordning for budgarantien eller dens forbindelse med opfyldelsesgarantien. Under disse omstændigheder kan Domstolen ikke tage stilling til dette forhold.
- 63 På baggrund af det ovenstående skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 89/665 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den, der er genstand for hovedsagerne, der gør muligheden for, at klager vedrørende en ordregivende myndigheds handling kan antages til realitetsbehandling, betinget af en pligt for klageren til at stille en opfyldelsesgaranti til fordel for den ordregivende myndighed, når denne garanti skal tilbagebetales til klageren uanset sagens udfald.

Sagsomkostningerne

- 64 Da sagernes behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for de forelæggende retter, tilkommer det disse at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

Artikel 1, stk. 1-3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 og artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved direktiv 2007/66, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagerne omhandlede, som gør muligheden for, at klager vedrørende en ordregivende myndigheds handling kan antages til realitetsbehandling, betinget af en pligt for klageren til at stille en opfyldelsesgaranti til fordel for den ordregivende myndighed, når denne garanti skal tilbagebetales til klageren uanset sagens udfald.

Underskrifter