



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 15 września 2016 r.\*

Odesłanie prejudycjalne — Dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG — Zamówienia publiczne — Procedury odwoławcze — Przepisy krajowe, które uzależniają dopuszczalność środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiającej od ustanowienia „gwarancji należytego postępowania” — Karta praw podstawowych Unii Europejskiej — Artykuł 47 — Prawo do skutecznego środka prawnego

W sprawach połączonych C-439/14 i C-488/14

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) i Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei, Rumunia) postanowieniami z dnia 19 września 2014 r. i z dnia 8 października 2014 r., które wpłynęły do Trybunału odpowiednio w dniach 24 września 2014 r. i 4 listopada 2014 r., w postępowaniach:

**SC Star Storage SA**

przeciwko

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

oraz

**SC Max Boegl România SRL,**

**SC UTI Grup SA,**

**Astaldi SpA,**

**SC Construcții Napoca SA**

przeciwko

**RA Aeroportul Oradea,**

**SC Porr Construct SRL,**

**Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,**

**SC Col-Air Trading SRL,**

**AVZI SA,**

\* Język postępowania: rumuński.

**Trameco SA,**

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

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan i M. Vilaras (sprawozdawca),  
sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: L. Carrasco Marco, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 stycznia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu SC Star Storage SA przez A. Fetitǎ, avocate,
- w imieniu SC Max Boegl România SRL przez F. Irimie, avocat,
- w imieniu rządu rumuńskiego przez R.H. Radu, a także R. Hațieganu, D. Bulanceę oraz M. Bejenar, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu greckiego przez K. Georgiadisa oraz K. Karavasili, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára oraz I. Rogalskiego, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 28 kwietnia 2016 r.,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 246), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31, zwanej dalej „dyrektywą 89/665”) oraz art. 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 315), zmienionej dyrektywą 2007/66 (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”), a także art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”).
- 2 Wnioski te zostały złożone – w sprawie C-439/14 – w ramach sporu pomiędzy spółką SC Star Storage SA (zwaną dalej „Star Storage”) a Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) [krajowym instytutem badań i rozwoju w dziedzinie informatyki, (ICI)], w przedmiocie procedury udzielania zamówienia publicznego na dostawę infrastruktury informatycznej oraz usługi związane

z opracowaniem, zarządzaniem, rozwojem i wykonaniem platformy *cloud computing* (chmury obliczeniowej), a w sprawie C-488/14 – w ramach sporu pomiędzy spółkami SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA i SC Construcții Napoca SA (zwanymi dalej „Max Boegl i in.”) a spółkami RA Aeroportul Oradea SA, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AZVI SA, Trameco SA i Iamsat Muntenia SA w przedmiocie procedury udzielania zamówienia publicznego na rozbudowę i modernizację infrastruktury portu lotniczego w Oradei (Rumunia).

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

#### Dyrektywa 89/665

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 1–3:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [(Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132)], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

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

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

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

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

## Dyrektywa 92/13

- 4 Artykuł 1 dyrektywy 92/13, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 1–3:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych [(Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19)], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 5 ust. 2, art. 18–26, art. 29 i 30 lub art. 62 tej dyrektywy.

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

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

2. Państwa członkowskie zapewniają, że nie ma dyskryminacji między przedsiębiorstwami, mogącymi wystąpić z roszczeniami odszkodowawczymi w związku z procedurą udzielania zamówień w wyniku rozróżnienia dokonanego za pomocą niniejszej dyrektywy między przepisami krajowymi wdrażającymi [transponującymi] prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi.

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

## Dyrektywa 2007/66

- 5 Motyw 36 dyrektywy 2007/66 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa uwzględnia prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w [karcie]. W szczególności niniejsza dyrektywa ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego [prawnego] i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi [karty]”.

## Dyrektywa 2004/17

- 6 Artykuł 16 lit. b) dyrektywy 2004/17 stanowi:

„Z wyjątkiem przypadków wyłączeń na podstawie art. 19–26 lub na mocy art. 30, dotyczących prowadzenia określonego rodzaju działalności, niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest co najmniej równa następującym progom:

[...]

- b) 5 186 000 EUR w przypadku zamówień na roboty budowlane”.

Dyrektywa 2004/18

7 Artykuł 7 lit. b) i c) dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się wobec zamówień publicznych, które nie podlegają wyłączeniu w ramach wyjątków określonych w art. 10 i 11 oraz art. 12–18 oraz których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów:

[...]

b) 207 000 [EUR]:

- dla zamówień publicznych na dostawy i usługi, udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż wymienione w załączniku IV,
- dla zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające wymienione w załączniku IV i działające w dziedzinie obronności, w przypadku gdy zamówienia te dotyczą produktów niewymienionych w załączniku V,
- dla zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające w odniesieniu do usług wymienionych w kategorii 8 załącznika II A, kategorii 5 usług telekomunikacyjnych, których pozycje w CPV stanowią odpowiednik pozycji CPC nr 7524, 7525 i 7526, lub usług wymienionych w załączniku II B;

c) 5 186 000 [EUR] dla zamówień publicznych na roboty budowlane”.

*Prawo rumuńskie*

8 Artykuły 271<sup>1</sup> i 271<sup>2</sup> Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (przyjętego w trybie pilnym dekretu rządu nr 34/2006 dotyczącego udzielania zamówień publicznych na dostawy, roboty budowlane i usługi), zmienionego i uzupełnionego przez Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 51/2014 (przyjęty w trybie pilnym dekret rządu nr 51/2014) (zwanego dalej „OUG nr 34/2006”), stanowią:

„Artykuł 271<sup>1</sup>

1. W celu zabezpieczenia instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania podmiot wnoszący środek zaskarżenia ustanawia gwarancję należytego postępowania za cały okres od dnia złożenia odwołania/wniosku/skargi do dnia, w którym decyzja krajowej rady ds. rozstrzygania sporów staje się ostateczna lub wyrok właściwego sądu staje się prawomocny.

2. Odwołanie/wniosek/skarga zostają odrzucone jako niedopuszczalne, w przypadku gdy wnoszący je podmiot nie przedstawi dowodu ustanowienia gwarancji przewidzianej w ust. 1.

3. Gwarancja należytego postępowania zostaje ustanowiona w drodze przelewu bankowego lub instrumentu gwarancyjnego wydane zgodnie z warunkami przewidzianymi w ustawie przez bank lub zakład ubezpieczeń, przy czym jej oryginał przekazuje się instytucji zamawiającej, a kopię krajowej radzie ds. rozstrzygania sporów lub organowi sądowemu w chwili wniesienia odwołania/wniosku/skargi.

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

- a) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona niższa niż progi przewidziane w art. 55 ust. 2 lit. a) i b);
- b) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona niższa niż progi przewidziane w art. 55 ust. 2 lit. c), lecz nie przekracza równowartości w [lejach rumuńskich (RON)] 10 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany [...] w dniu ustanowienia gwarancji;
- c) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona równa progom przewidzianym w art. 55 ust. 2 lit. a) i b) lub wyższa od nich, lecz nie przekracza ona równowartości w [lejach rumuńskich] 25 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany narodowego banku Rumunii (BNR) w dniu ustanowienia gwarancji;
- d) 1% szacunkowej wartości, jeśli jest ona równa progom przewidzianym w art. 55 ust. 2 lit. c) lub wyższa od nich, lecz nie przekracza ona równowartości w [lejach rumuńskich] 100 000 EUR, zgodnie z kursem wymiany BNR w dniu ustanowienia gwarancji.

5. Gwarancja należytego postępowania powinna zachować ważność przez co najmniej 90 dni, jest nieodwołalna i wypłacana bezwarunkowo na pierwsze żądanie instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia odwołania/wniosku/skargi.

6. Jeżeli w ostatnim dniu ważności gwarancji należytego postępowania decyzja krajowej rady ds. rozstrzygania sporów lub wyrok sądu nie są ostateczne, względnie prawomocne, a podmiot wnoszący środek zaskarżenia nie przedłużył okresu obowiązywania gwarancji należytego postępowania na warunkach wymienionych w ust. 1–5, gwarancja należytego postępowania ulega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej. Artykuł 271<sup>2</sup> ust. 3–5 stosuje się odpowiednio.

7. Przepisy wskazane w ust. 1–6 znajdują zastosowanie również odpowiednio, w przypadku gdy skarga na decyzję krajowej rady ds. rozstrzygania sporów została wniesiona przez inny podmiot niż instytucja zamawiająca lub podmiot wnoszący środek zaskarżenia, zgodnie z art. 281.

#### Artykuł 271<sup>2</sup>

1. Jeżeli środek zaskarżenia zostaje oddalony przez krajową radę ds. rozstrzygania sporów lub sąd, w przypadku gdy podmiot wnoszący ten środek zwrócił się bezpośrednio do sądu, gwarancja należytego postępowania podlega przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej od chwili, gdy decyzja krajowej rady ds. rozstrzygania sporów staje się ostateczna lub wyrok sądu staje się prawomocny. Przepadek ten odnosi się do tych części zamówienia, w odniesieniu do których środek zaskarżenia został oddalony.

2. Przepisy ust. 1 stosuje się również w przypadku, gdy wnoszący środek zaskarżenia wycofuje odwołanie/wniosek/skargę.

3. Rozwiązanie przewidziane w ust. 1 nie znajduje zastosowania, w przypadku gdy krajowa rada ds. rozstrzygania sporów, względnie sąd oddalają środek zaskarżenia jako bezprzedmiotowy lub w wyniku wycofania odwołania/wniosku/skargi w następstwie przyjęcia przez instytucję zamawiającą koniecznych środków korygujących w rozumieniu art. 256<sup>3</sup> ust. 1.

4. Jeśli krajowa rada ds. rozstrzygania sporów uwzględni odwołanie lub właściwy sąd uwzględni skargę na decyzję krajowej rady ds. rozstrzygania sporów o oddaleniu odwołania, instytucja zamawiająca zwraca podmiotowi wnoszącemu środek zaskarżenia gwarancję należytego postępowania w ciągu pięciu dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, a wyrok – prawomocny.

5. W sytuacji gdy podmiot wnoszący środek zaskarżenia zwraca się bezpośrednio do sądu, a sąd ten uwzględni skargę, ust. 4 stosuje się odpowiednio.

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

## Postępowania główne i pytania prejudycjalne

### *Sprawa C-439/14*

- 9 ICI opublikował – jako instytucja zamawiająca – w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronicznym systemie zamówień publicznych, zwanym dalej „SEAP”) ogłoszenie o wszczęciu postępowania mającego na celu udzielenie zamówienia publicznego na dostawę infrastruktury informatycznej oraz usługi związane z opracowaniem, zarządzaniem, rozwojem i wykonaniem platformy *cloud computing* (chmury obliczeniowej), do którego to ogłoszenia załączono odnośną dokumentację przetargową. Kryterium udzielenia zamówienia, którego szacunkowa wartość wynosiła, bez podatku od wartości dodanej, 61 287 713,71 RON (w przybliżeniu równoważąc 13 700 000 EUR), była „najniższa cena”.
- 10 W odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie złożone przez uczestników rynku ICI opublikował w SEAP szereg not wyjaśniających do dokumentacji przetargu.
- 11 W dniu 30 czerwca 2014 r. spółka Star Storage zakwestionowała przed Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajową radą ds. rozstrzygania sporów, zwaną dalej „CNSC”) wyjaśnienia nr 4 i 5 z dnia 24 czerwca 2014 r. i wyjaśnienie nr 7 z dnia 26 czerwca 2014 r.
- 12 W dniu 18 lipca 2014 r. CNSC odrzuciło, w szczególności w oparciu o art. 271<sup>1</sup> ust. 2 OUG nr 34/2006, wniesione przez Star Storage odwołanie jako niedopuszczalne, gdyż spółka ta nie ustanowiła gwarancji należytego postępowania.
- 13 W dniu 5 sierpnia 2014 r. spółka Star Storage wniosła do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie, Rumunia) skargę zmierzającą m.in. do stwierdzenia nieważności wyżej wymienionej decyzji, w której to skardze podniosła, że przewidziany w ustawodawstwie rumuńskim obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania jest niezgodny, po pierwsze, z konstytucją rumuńską, a po drugie, z prawem Unii.
- 14 Sąd odsyłający uważa, że ze względu na posiadane przez nią znaczenie i regulujące ją przepisy gwarancja należytego postępowania może poważnie naruszać prawa uczestników rynku do skutecznego środka prawnego, umożliwiającego zaskarżenie aktów instytucji zamawiającej.
- 15 W tej sytuacji Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

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

*Sprawa C-488/14*

- 16 RA Aeroportul Oradea opublikował, jako instytucja zamawiająca, w dniu 21 stycznia 2014 r., w SEAP ogłoszenie o wszczęciu postępowania mającego na celu udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę i modernizację infrastruktury portu lotniczego w Oradei (Rumunia). Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła, bez podatku od wartości dodanej, 101 232 054 RON (w przybliżeniu równowartość 22 800 000 EUR), a kryterium udzielenia zamówienia stanowiła „oferta najbardziej korzystna z gospodarczego punktu widzenia”.
- 17 Z raportu dotyczącego oceny ofert wynika, że stwierdzono, iż oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodziły spółki SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA oraz Astaldi SpA, nie spełniała wymaganych warunków, podczas gdy oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego weszły SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA oraz CS Icco Energ SRL, zajęła w świetle kryterium udzielenia zamówienia, drugie miejsce w rankingu.
- 18 Obydwa konsorcja wniosły odwołania od ww. raportu do CNSC. W dniu 10 lipca 2014 r. CNSC oddaliło obydwa ww. odwołania jako bezzasadne. Obydwa konsorcja wniosły wobec powyższego skargi na ww. decyzje o oddaleniu odwołania do Curtea de Apel Oradea (sądu apelacyjnego w Oradei).
- 19 Na rozprawie w dniu 10 września 2014 r. Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei) zwrócił uwagę skarżących w postępowaniu głównym na wymóg ustanowienia gwarancji należytego postępowania w związku z wejściem w życie w dniu 1 lipca 2014 r. art. 271<sup>1</sup> i 271<sup>2</sup> OUG nr 34/2006. Max Boegl i in. zażądali w związku z tym podniesienia zarzutu niezgodności z konstytucją przed Curtea Constituțională (trybunałem konstytucyjnym, Rumunia) oraz wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 20 W tej sytuacji Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei, Rumunia) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

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

**Postępowanie przed Trybunałem**

- 21 Postanowieniami z dnia 13 listopada 2014 r. i z dnia 10 grudnia 2014 r. prezes Trybunału oddalił wnioski Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie) i Curtea de Apel Oradea (sądu apelacyjnego w Oradei) o rozpatrzenie odesłań prejudycjalnych w sprawach C-439/14 i C-488/14 w trybie przyspieszonym zgodnie z art. 105 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem.
- 22 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 13 listopada 2014 r. sprawy C-439/14 i C-488/14 zostały połączone do celów pisemnego i ustnego etapu postępowania oraz wydania wyroku.
- 23 W wyroku nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) uwzględnił w części zarzut niezgodności z konstytucją art. 271<sup>1</sup> i art. 271<sup>2</sup> OUG nr 34/2006, podnoszony odpowiednio przez Star Storage i Max Boegl i in.
- 24 Pismem z dnia 21 lipca 2015 r. Trybunał zwrócił się na podstawie art. 101 regulaminu postępowania przed Trybunałem do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie) i do Curtea de Apel Oradea (sądu apelacyjnego w Oradei) o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie uwag dotyczących



wyroku Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i ewentualnego wpływu rzeczzonego wyroku na złożone przez te sądy wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

- 25 Pismem z dnia 11 sierpnia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 26 sierpnia 2015 r., Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei) wskazał w istocie, że wyrok Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. uwzględnił zarzut niezgodności z konstytucją przepisów art. 271<sup>2</sup> ust. 1 i 2 OUG nr 34/2006, lecz oddalił tenże zarzut w odniesieniu do art. 271<sup>1</sup> oraz art. 271<sup>2</sup> ust. 3–6 OUG nr 34/2006, w związku z czym jego wniosek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego dotyczy wyłącznie tych ostatnich spośród przywołanych przepisów.
- 26 Pismem z dnia 14 września 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 września 2015 r., Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) wskazał również w istocie, że wyrok Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. potwierdził zgodność z konstytucją obowiązku ustanowienia gwarancji należytego postępowania jako warunku dopuszczalności jakiegokolwiek środka zaskarżenia oraz że w związku z tym konieczne pozostaje zbadanie, czy przepisy art. 271<sup>1</sup> i art. 271<sup>2</sup> OUG nr 34/2006, uznane za zgodne z konstytucją rumuńską, które uzależniają wykonanie prawa do wniesienia środka zaskarżenia w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego od warunku ustanowienia „gwarancji należytego postępowania”, mogą być uważane za zgodne z zasadą skutecznej ochrony prawnej, chronionej przez art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 w związku z art. 47 karty.
- 27 Ponadto sąd ów uważa, że uregulowanie rumuńskie wymaga dogłębnej analizy, po pierwsze, okoliczności, czy gwarancja należytego postępowania jest zobowiązaniem dodatkowym w stosunku do obowiązku złożenia wadium, które zgodnie z art. 43<sup>1</sup> OUG nr 34/2006 oferent musi również ustanowić i którego kwota stanowi 2% szacunkowej wartości zamówienia i, po drugie, okoliczności, że nie ma możliwości wyznaczenia innej kwoty gwarancji należytego postępowania, która zgodnie z art. 271<sup>1</sup> ust. 4 OUG nr 34/2006 jest automatycznie ustanowiona na poziomie od 1% szacunkowej wartości zamówienia, które ma zostać udzielone, do maksymalnej wysokości 100 000 EUR, ani też przyznania obniżki, czy też zadecydowania o rozłożeniu kwoty gwarancji na raty stosownie do okoliczności danego przypadku.
- 28 W konsekwencji Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) wnosi do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie pytania prejudycjalnego o następującej treści:
- „Czy przepisy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 oraz przepisy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 w związku z art. 47 karty należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one stosowaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do procedur odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia na rzecz instytucji zamawiającej »gwarancji należytego postępowania« ustanowionej w art. 271<sup>1</sup> i 271<sup>2</sup> OUG nr 34/2006?”.
- 29 W końcu w wyroku nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) uznał za niezgodny z rumuńską konstytucją również art. 271<sup>1</sup> ust. 5 OUG nr 34/2006, który przewidywał bezwarunkową zapłatę gwarancji należytego postępowania na pierwsze żądanie instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia odwołania, wniosku lub skargi.

### Uwagi wstępne

- 30 Należy stwierdzić, że w związku z tym, że zamówienie publiczne stanowiące przedmiot sporu w sprawie C-439/14 dotyczy dostawy i usług, których wartość przekracza próg ustanowiony w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, do postępowania głównego zastosowanie znajduje dyrektywa 89/665.

- 31 Rząd rumuński i Komisja Europejska są natomiast innego zdania, jeżeli chodzi o charakter zamówienia publicznego stanowiącego przedmiot sporu w sprawie C-488/14; rząd rumuński uważa, że sporne zamówienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18 i, w konsekwencji, dyrektywy 89/665, podczas gdy Komisja uważa, że zamówienie to należy do zakresu stosowania dyrektywy 2004/17, a zatem – dyrektywy 92/13.
- 32 W kwestii tej należy zauważyć, że jako iż w sprawie C-488/14 sąd odsyłający przedstawia jedynie niewiele informacji dotyczących spornego zamówienia publicznego, Trybunał nie jest w stanie ustalić, czy jest ono objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/17, czy też dyrektywy 2004/18.
- 33 Po sprecyzowaniu, że to na sądzie odsyłającym ciąży obowiązek rozstrzygnięcia przedstawionej kwestii, należy stwierdzić, że pozostaje ona jednakowoż bez wpływu na postępowanie w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-488/14, ponieważ – jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 25 swojej opinii – wartość spornego zamówienia publicznego osiąga próg określony dla zamówień publicznych na roboty budowlane zarówno przez art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18, jak i przez art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17.
- 34 W konsekwencji Trybunał udzieli w tym samym czasie odpowiedzi na pytanie przedstawione w sprawie C-439/14, jak i na pytanie przedstawione w sprawie C-488/14, jako że przepisy dyrektywy 89/665 i dyrektywy 92/13, o których wykładnię wnoszą sądy krajowe, mają w każdym razie identyczne brzmienie.

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 35 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że – jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez dwa sądy odsyłające w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał żądanie udzielenia wyjaśnień oraz uwag przedstawionych na rozprawie – przepisy art. 271<sup>2</sup> ust. 1 i 2 oraz art. 271<sup>1</sup> ust. 5 zdanie ostatnie OUG nr 34/2006 zostały uznane za niezgodne z konstytucją rumuńską przez Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) w wyrokach, odpowiednio, nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r.
- 36 Obydwa sądy odsyłające sprecyzowały, że w następstwie wydania ww. wyroków nie mogą one dalej stosować przywołanych przepisów, co rząd rumuński potwierdził na rozprawie. Wyraźnie zazaczyły one jednak, że podtrzymują przedstawione pytania prejudycjalne, ponieważ pozostałe przepisy rumuńskiego uregulowania stanowiącego przedmiot sporu w postępowaniach głównych nadal mają zastosowanie.
- 37 W tej sytuacji, po uściśleniu, że wyłącznie do sądów odsyłających należy wyciągnięcie konsekwencji z wyroków Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. w ramach rozpatrywanych przez nie sporów, należy uznać, że wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym odnoszą się wyłącznie do przepisów dotyczących gwarancji należytego postępowania uznanych za zgodne z konstytucją rumuńską.
- 38 Wynika z tego, że za pomocą przedstawionego pytania sądy odsyłające pragną w istocie ustalić, czy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 należy w świetle art. 47 karty interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak przepisy sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, przy czym należy sprecyzować, że gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.

- 39 W kwestii tej należy przypomnieć, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13 nakładają na państwa członkowskie obowiązek przyjęcia środków niezbędnych dla zapewnienia, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające w ramach procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektyw 2004/17 i 2004/18 mogą stanowić przedmiot skutecznego, a w szczególności w miarę możliwości szybkiego środka prawnego, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.
- 40 Zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 przewidują ponadto spoczywający na państwach członkowskich obowiązek zapewnienia dostępności procedur odwoławczych, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, zgodnie z zasadami, które państwa te ustanawiają.
- 41 Przepisy te, których celem jest ochrona uczestników obrotu przed arbitralnością instytucji zamawiającej, mają wobec tego zapewnić, by we wszystkich państwach członkowskich istniały skuteczne środki prawne służące zagwarantowaniu skutecznego stosowania uregulowań Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 71; z dnia 11 września 2014 r., *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 34; a także z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 50).
- 42 Jednakże ani dyrektywa 89/665, ani dyrektywa 92/13 nie zawierają przepisów regulujących konkretnie warunki, na jakich środki zaskarżenia mogą być wnoszone. Trybunał orzekł zatem, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. w szczególności wyroki: z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 47; z dnia 19 czerwca 2003 r., *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 45; a także z dnia 30 września 2010 r., *Strabag i in.*, C-314/09, C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 33).
- 43 Z utrwalonego orzecznictwa wynika jednakże, że zasady regulujące procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie mogą zagrażać skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest zagwarantowanie, by niezgodne z prawem decyzje wydane przez instytucję zamawiającą mogły być przedmiotem skutecznego i możliwie jak najszybszego środka zaskarżenia (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 51; z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; postanowienie z dnia 4 października 2007 r., *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, pkt 29; wyroki: z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 40; a także z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47).
- 44 W szczególności należy czuwać nad tym, by nie została naruszona skuteczność dyrektyw 89/665 i 92/13 (zob. wyroki: z dnia 18 czerwca 2002 r., *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 58, 59; a także z dnia 11 grudnia 2014 r., *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 40) oraz prawa przyznane jednostkom przez prawo Unii [wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; a także z dnia 28 stycznia 2010 r., *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 49].
- 45 Ponadto należy przypomnieć, że – jak wynika z jej motywu 36 – dyrektywa 2007/66, a zatem dyrektywy 89/665 i 92/13, które ta pierwsza dyrektywa zmieniła i uzupełniła, mają na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.

- 46 W związku z tym, ustanawiając zasady regulujące sądowe postępowania odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez dyrektywy 89/665 i 92/13 kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionych na mocy art. 47 karty.
- 47 W rozpatrywanej sprawie art. 271<sup>1</sup> ust. 1–5 OUG nr 34/2006 nakłada na każdą osobę biorącą udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i pragnącą podważyć decyzję instytucji zamawiającej, czy to przed CNSC, czy też bezpośrednio przed sądem, obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania, co stanowi warunek dopuszczalności wszelkich środków prawnych. Owa gwarancja, w wysokości 1% wartości udzielanego zamówienia publicznego, nie może przekraczać kwoty 25 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi i 100 000 EUR w przypadku robót budowlanych, musi zostać ustanowiona na rzecz instytucji zamawiającej, czy to w drodze przelewu bankowego lub instrumentu gwarancyjnego wydanego zgodnie z warunkami przewidzianymi w ustawie przez bank lub zakład ubezpieczeń i musi ona zachować ważność przez okres co najmniej 90 dni.
- 48 Gwarancja ta musi natomiast zostać zwrócona w przypadku uwzględnienia środka zaskarżenia najpóźniej pięć dni po tym, jak decyzja w jego przedmiocie stanie się ostateczna, względnie prawomocna zgodnie z art. 271<sup>2</sup> ust. 4 i 5 OUG nr 34/2006, lecz również wtedy, gdy środek prawny został cofnięty bądź oddalony, ponieważ w świetle wyroków Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. zatrzymanie gwarancji przez instytucję zamawiającą jest obecnie pozbawione podstawy prawnej.
- 49 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 37 opinii, gwarancja należytego postępowania stanowi zatem – jako wstępny warunek zbadania zasadności środka prawnego – ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty, które zgodnie z art. 52 ust. 1 karty może być zasadne tylko wtedy, gdy jest przewidziane ustawą, szanuje istotę tego prawa i – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – jest konieczne oraz faktycznie odpowiada celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię Europejską lub potrzebie ochrony praw i wolności innych osób (zob. wyrok z dnia 4 maja 2016 r., Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, pkt 160).
- 50 Należy stwierdzić, że w postępowaniach głównych podstawa prawna gwarancji należytego postępowania została jasno i wyraźnie ustanowiona przez OUG nr 34/2006, tak że należy uznać, iż została ona przewidziana przez przepisy krajowe (zob. wyroki: z dnia 27 maja 2014 r., Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; z dnia 6 października 2015 r., Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, pkt 47; z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicences, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 81). Ponadto okoliczność, że gwarancja należytego postępowania może opiewać na znaczną kwotę, taką jak 25 000 EUR, względnie 100 000 EUR, nie może prowadzić do wniosku, że obowiązek ustanowienia tejże gwarancji zagraża istocie prawa do skutecznego środka prawnego, ponieważ gwarancja ta – w żadnym przypadku – nie może zostać zatrzymana przez instytucję zamawiającą, niezależnie od wyniku procedury odwoławczej.
- 51 Należy jednak zbadać jeszcze, czy gwarancja należytego postępowania realizuje cel interesu ogólnego i – jeśli tak by było – czy odbywa się to z poszanowaniem zasady proporcjonalności w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty.
- 52 Artykuł 271<sup>1</sup> ust. 1 OUG nr 34/2006 precyzuje, że celem gwarancji należytego postępowania jest zabezpieczenie instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania. Rząd rumuński wskazał w uwagach na piśmie oraz na rozprawie, że podstawowym celem gwarancji należytego postępowania jest zapewnienie płynności procedur udzielania zamówień publicznych poprzez zapobieganie nadużywaniu środków zaskarżenia i wszelkim opóźnieniom w zawarciu umowy.

- 53 W tym kontekście należy stwierdzić, że zwalczanie nadużywania środków zaskarżenia stanowi – jak stwierdziła rzecznik generalna w pkt 44 opinii – cel zgodny z prawem, przyczyniający się nie tylko do osiągnięcia celów dyrektyw 89/665 i 92/13, ale także, w szerszym kontekście, do prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości.
- 54 Wymóg o charakterze finansowym, taki jak gwarancja należytego postępowania stanowiąca przedmiot sporu w postępowaniach głównych, stanowi środek, który może zniechęcić do nadużywania środków zaskarżenia i zagwarantować wszystkim podmiotom prawa – w interesie prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości – rozpatrzenie wnoszonego środka zaskarżenia w najkrótszym możliwym terminie zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.
- 55 Jednakże, o ile interes związany z administrowaniem wymiarem sprawiedliwości może uzasadnić nałożenie ograniczenia finansowego na dostęp jednostki do możliwości zaskarżenia, o tyle ograniczenie to musi zachowywać rozsądną proporcję pomiędzy stosowanymi środkami a zamierzonym celem (zob. podobnie wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, pkt 47 i 60).
- 56 W tym kontekście należy stwierdzić, że o ile obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania stanowi w swojej obecnej formie środek zniechęcający w mniejszym stopniu, aniżeli miało to miejsce w jego pierwotnej formie, ponieważ gwarancja ta nie może zostać automatycznie i bezwarunkowo zatrzymana przez instytucję zamawiającą w przypadku oddalenia lub wycofania środka zaskarżenia, nie zmienia to faktu, że środek ten jest odpowiedni do realizacji realizowanego przez uregulowanie rumuńskie celu polegającego na zwalczaniu nadużywania środków zaskarżenia.
- 57 Po pierwsze, ustanowienie gwarancji należytego postępowania stanowi bowiem, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 55 opinii, obciążenie finansowe dla wnoszącego środek zaskarżenia, niezależnie od tego, czy zleci on przelew bankowy, czy też ustanowi gwarancję bankową.
- 58 Wysokość gwarancji należytego postępowania jest określana w formie procentowej w stosunku do wartości zamówienia, które ma zostać udzielone i może wynosić maksymalnie 25 000 EUR w przypadku zamówienia publicznego na dostawy i usługi, ewentualnie 100 000 EUR w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane.
- 59 Przygotowanie tak znacznej kwoty w drodze przelewu bankowego, podobnie jak konieczność podjęcia wymaganych kroków umożliwiających ustanowienie gwarancji bankowej oraz poniesienie związanych z tym kosztów, mogą skłaniać wnoszącego środek zaskarżenia do pewnej ostrożności w ramach jego wnoszenia. Ponadto w zakresie, w jakim gwarancja należytego postępowania angażuje środki, a przynajmniej ogranicza możliwości finansowe wnoszących środki zaskarżenia do czasu ich uwolnienia, może ona zachęcić wnoszących środki zaskarżenia do wykazania się ostrożnością w ramach wszczynanych procedur odwoławczych, zgodnie z wymogiem szybkości postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13. Jak bowiem podniósł rząd rumuński na rozprawie: nie można wykluczyć, że tego rodzaju wymóg o charakterze finansowym zachęca potencjalnych wnoszących środki zaskarżenia do poważnej oceny interesu we wszczęciu postępowania sądowego oraz szansy na jej wygranie i w związku z tym zniechęca ich do wnoszenia środków zaskarżenia, które są oczywiście bezzasadne, względnie takich, których jedynym celem jest opóźnienie procedury udzielenia zamówienia (zob. w drodze analogii wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 73).
- 60 Po drugie, w zakresie, w jakim zgodnie z wyrokami Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. automatyczne i bezwarunkowe zatrzymanie gwarancji należytego postępowania przez instytucję zamawiającą oraz jej zapłata na pierwsze żądanie nie są już możliwe, nie można uznawać, że sam tylko obowiązek ustanowienia teje

gwarancji, stanowiący warunek dopuszczalności wszelkich środków zaskarżenia, wykracza poza to, co niezbędne do realizacji celu polegającego na zwalczaniu nadużywania środków zaskarżenia, który owa gwarancja ma realizować.

- 61 Gwarancja należytego postępowania, opiewająca na 1% wartości zamówienia publicznego, której wysokość nie może przekroczyć pewnej kwoty maksymalnej stosownie do charakteru zamówienia, pozostaje bowiem niezbyt wysoką kwotą (zob. wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 58), w szczególności w przypadku oferentów, którzy muszą zwykle wykazać pewną zdolność finansową. Owa gwarancja może potem i w każdym razie zostać ustanowiona w formie gwarancji bankowej. W końcu musi ona zostać ustanowiona jedynie na okres pomiędzy wniesieniem środka zaskarżenia a wydaniem ostatecznego, względnie prawomocnego rozstrzygnięcia w jego przedmiocie.
- 62 W końcu, w odpowiedzi na sformułowane przez Trybunał żądanie przedstawienia wyjaśnień *Curtea de Apel București* (sąd apelacyjny w Bukareszcie) wniósł do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na pytanie przy uwzględnieniu kumulacji obciążenia wynikającego z gwarancji należytego postępowania i wadium, które oferent również musi ustanowić zgodnie z art. 43<sup>1</sup> OUG nr 34/2006. Sąd ów nie przedstawił jednakże żadnej dokładniejszej informacji w tym zakresie, ani w odniesieniu do aktualnego reżimu wadium, ani też w odniesieniu do jego stosunku do gwarancji należytego postępowania. W tej sytuacji Trybunał nie może ustosunkować się do wspomnianej kwestii.
- 63 W świetle powyższych rozważań na przedstawione pytania należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 należy w świetle art. 47 karty interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, jeżeli gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.

### **W przedmiocie kosztów**

- 64 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

**Artykuł 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego**

**środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, jeżeli gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.**

Podpisy