



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 15 september 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG — Offentlig upphandling —
Prövningsförfarande — Nationell lagstiftning enligt vilken en ’garanti för gott uppträdande’ måste
ställas för att ett överklagande av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten ska tas upp
till prövning — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Artikel 47 —
Rätt till ett effektivt rättsmedel”

I de förenade målen C-439/14 och C-488/14,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Curtea de Apel
București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) och Curtea de Apel Oradea
(Appellationsdomstolen i Oradea, Rumänien) av den 19 september 2014 respektive den
8 oktober 2014, som inkom till domstolen den 24 september 2014 respektive den 4 november 2014, i
målen

SC Star Storage SA

mot

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

och

SC Max Boegl România SRL,

SC 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,

* Rättegångsspråk: rumänska.

Trameco SA,

Iamsat Muntenia SA (C-488/14),

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen samt domarna D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan och M. Vilaras (referent),

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: handläggaren L. Carrasco Marco,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 januari 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- SC Star Storage SA, genom A. Fetiță, avocate,
- SC Max Boegl România SRL, genom F. Irimia, avocat,
- Rumäniens regering, företrädd av R.-H. Radu samt R. Hațieganu, D. Bulancea och M. Bejenar, samtliga i egenskap av ombud,
- Greklands regering, företrädd av K. Georgiadis och K. Karavasili, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom A. Tokár och I. Rogalski, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 28 april 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Respektive begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 1.1–1.3 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 (EGT L 395, 1989, 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, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665), och av artikel 1.1–1.3 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 (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127), i dess lydelse enligt direktiv 2007/66 (nedan kallat direktiv 92/13), samt av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 2 Den ena begäran har framställts i mål (C-439/14) mellan SC Star Storage SA (nedan kallat Star Storage) och Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (Statens institut för forskning och utveckling inom informationsteknik, nedan kallat ICI), och detta mål rör ett förfarande för offentlig upphandling av varu- och tjänstekontrakt för förberedelse, drift, utveckling och färdigställande av en plattform för *cloud computing* (molntjänster). Den andra begäran har framställts

i mål (C-488/14) mellan, å ena sidan, SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA och SC Construcții Napoca SA (nedan kallade Max Boegl med flera), och, å andra sidan, RA Aeroportul Oradea SA, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AZVI SA, Trameco SA och Iamsat Muntenia SA, och detta mål rör ett förfarande för offentlig upphandling av arbeten för utbyggnad och modernisering av infrastrukturen vid flygplatsen i Oradea (Rumänien).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 89/665

- 3 I artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665, under rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i 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, 2004, s. 114)], 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 gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

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 gemenskapslagstiftningen 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.”

Direktiv 92/13

- 4 I artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, under rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i 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 (försörjningsdirektivet) [(EUT L 134, 2004, s. 1)], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 5.2, 18–26, 29 och 30 eller 62 i det direktivet.

Avtal enligt det här direktivet inbegriper varukontrakt, byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande enhets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/17/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att upphandlingsbeslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

2. Medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som kan åberopa skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt detta direktiv mellan nationella bestämmelser om genomförande av gemenskapslagstiftningen 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.”

Direktiv 2007/66

- 5 Skäl 36 i direktiv 2007/66 har följande lydelse:

”Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och principer som erkänns särskilt i [stadgan]. Detta direktiv syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.”

Direktiv 2004/17

- 6 I artikel 16 b i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på alla upphandlingskontrakt som inte skall undantas enligt artiklarna 19–26 eller artikel 30 när det gäller utövande av verksamheten i fråga, och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

- b) 5 186 000 euro vid byggentreprenadkontrakt.”

Direktiv 2004/18

- 7 I artikel 7 b och c i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt som inte skall undantas enligt undantagen i artiklarna 10 och 11 och 12–18 och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

- b) 207 000 euro

— för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte finns förtecknade i bilaga IV,

— för offentliga varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet som finns förtecknade i bilaga IV, om dessa kontrakt gäller varor som inte anges i bilaga V,

— för offentliga tjänstekontrakt som tilldelas av en upphandlande myndighet för tjänster i kategori 8 i bilaga II A, telekommunikationstjänster i kategori 5, vilkas positioner i CPV motsvarar referensnumren CPC 7524, 7525 och 7526 och/eller de tjänster som återfinns i bilaga II B.

c) 5 186 000 euro för offentliga byggentreprenadkontrakt.”

Rumänsk rätt

8 Artiklarna 271¹ och 271² i 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 (brådskande regeringsdekret nr 34/2006 om förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster), såsom det ändrats och kompletterats genom Ordonanța de Urgență a Guvernului nr 51/2014 (brådskande regeringsdekret nr 51/2014) (nedan kallat OUG nr 34/2006), har följande lydelse:

”Artikel 271¹

(1) För att skydda den upphandlande myndigheten mot risken för ett eventuellt olämpligt beteende ska den som inger ett klagomål ställa en garanti för gott uppträdande för hela perioden från den dag då klagomålet/ansökan/överklagandet inges till den dag då beslutet från statens nämnd för tvistlösning/domstolen avseende klagomålet/ansökan/överklagandet vinner laga kraft.

(2) Klagomålet/ansökan/överklagandet ska avvisas om den som inger klagomålet inte visar att garanti har ställts i enlighet med punkt 1.

(3) Garantin för gott uppträdande ska ställas genom bankgirering eller via ett säkerhetsinstrument som har utfärdats av en bankinrättning eller ett försäkringsbolag i enlighet med i lag fastställda villkor. Originalen ska deponeras vid den upphandlande myndighetens säte och en kopia ska deponeras vid statens nämnd för tvistlösning eller domstolen, samtidigt med klagomålet/ansökan/överklagandet.

(4) Beloppet på garantin för 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.
- b) 1 procent av det uppskattade kontraktsvärdet, om detta understiger de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 55.2 c men utan att beloppet överstiger belopp i [rumänska leu (RON)] motsvarande 10 000 euro enligt växelkursen vid Rumäniens nationalbank den dag då garantin 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 växelkursen vid Rumäniens nationalbank den dag då garantin 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 växelkursen vid Rumäniens nationalbank den dag då garantin ställs.

(5) Garantin för gott uppträdande ska ha en giltighetstid på minst 90 dagar, den ska inte kunna återkallas och ska utan förbehåll omedelbart utbetalas på begäran av den upphandlande myndigheten om klagomålet/ansökan/överklagandet har avslagits.

(6) Om det avgörande som meddelas av nämnden eller domstolen, 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, så ska den upphandlande myndigheten kvarhålla garantin. Bestämmelserna i artikel 271² punkterna 3–5 ska gälla i tillämpliga delar.

(7) Bestämmelserna i punkterna 1–6 ska gälla i tillämpliga delar även när ett överklagande av ovannämnda nämnds beslut i enlighet med artikel 281 har ingetts av en annan person än den upphandlande myndigheten eller den som ingav klagomålet.

Artikel 271²

(1) Om statens nämnd för tvistlösning eller domstolen, för det fall sökanden vänt sig direkt till domstol, avslår klagomålet, är den upphandlande myndigheten skyldig att kvarhålla garantin för gott uppträdande från och med den tidpunkt då ovannämnda nämnds beslut/domstolens avgörande vinner laga kraft. Garantin ska kvarhållas avseende de delar i vilka klagomålet har avslagits.

(2) Bestämmelserna i punkt 1 är tillämpliga även när den som har ingett klagomålet återkallar klagomålet/ansökan/överklagandet.

(3) Den åtgärd som anges i punkt 1 är inte tillämplig när statens nämnd för tvistlösning/domstolen avslår klagomålet på grund av att det inte längre har något föremål eller när klagomålet/ansökan/överklagandet återkallas till följd av att den upphandlande myndigheten har vidtagit nödvändiga korrigeringsåtgärder i enlighet med artikel 256³ punkt 1.

(4) När statens nämnd för tvistlösning bifaller ansökan eller den behöriga domstolen bifaller ett överklagande av ovannämnda nämnds beslut att avslå ansökan, ska den upphandlande myndigheten senast fem dagar efter det att avgörandet har vunnit laga kraft återlämna garantin för gott uppträdande till den part som ingett ansökan.

(5) När den som inger klagomålet vänder sig direkt till domstol och denna bifaller den ingivna ansökan, ska bestämmelserna i punkt 4 gälla i tillämpliga delar.

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

Målen vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

Mål C-439/14

- 9 ICI offentliggjorde, som upphandlande myndighet, den 1 april 2014, i Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronisk plattform för offentlig upphandling) (nedan kallad SEAP), ett meddelande om offentlig upphandling av varu- och tjänstekontrakt för förberedelse, drift, utveckling och färdigställande av en plattform för *cloud computing* (molntjänster) och ett därtill knutet förfrågningsunderlag. Tilldelningskriteriet för detta kontrakt, vars värde uppskattades till 61 287 713,71 RON (ungefär 13 700 000 euro) exklusive mervärdesskatt, var ”lägsta pris”.
- 10 På begäran från ett antal näringsidkare offentliggjorde ICI i SEAP en rad klaganden av villkoren i förfrågningsunderlaget.

- 11 Den 30 juni 2014 anförde Star Storage klagomål mot klargörandena nr 4 och nr 5 av den 24 juni 2014 och nr 7 av den 26 juni 2014 vid Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (statens nämnd för tvistlösning) (nedan kallad CNSC).
 - 12 CNSC avvisade detta klagomål enligt artikel 271¹, punkt 2 OUG nr 34/2006 genom beslut av den 18 juli 2014, med motiveringen att Star Storage inte ställt någon garanti för gott uppträdande.
 - 13 Den 5 augusti 2014 överklagade Star Storage detta beslut till Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) och yrkade att detta avvisningsbeslut skulle upphävas. Som rättslig grund angavs att den skyldighet att ställa garanti för gott uppträdande som föreskrivs i rumänsk lagstiftning strider mot den rumänska konstitutionen och mot unionsrätten.
 - 14 Den hänskjutande domstolen anser att omfattningen av garantin för gott uppträdande och de regler som gäller för den gör att den innebär en allvarlig inskränkning i näringsidkares möjligheter att effektivt få till stånd en prövning av upphandlande myndigheters beslut.
 - 15 Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska bestämmelserna i artikel 1.1 tredje stycket och artikel 1.3 i direktiv 89/665 ... tolkas så, att de utgör hinder för en reglering som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden först ställer en ”garanti för gott uppträdande” i enlighet med vad som stadgas i artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006?”
- Mål C-488/14*
- 16 RA Aeroportul Oradea offentliggjorde, i egenskap av upphandlande myndighet, den 21 januari 2014, i SEAP ett meddelande om offentlig upphandling av arbeten för utbyggnad och modernisering av infrastrukturen vid flygplatsen i Oradea (Rumänien). Tilldelningskriteriet för detta kontrakt, vars värde uppskattades till 101 232 054 RON (ungefär 22 800 000 euro) exklusive mervärdesskatt, var ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”.
 - 17 Enligt anbudsutvärderingen förkastades det anbud som avgetts av konsortiet bestående av SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA och Astaldi SpA, medan det anbud som hade lämnats av konsortiet bestående av SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA och CS Icco Energ SRL godkändes, men hamnade på andra plats med tillämpning av det valda tilldelningskriteriet.
 - 18 Dessa båda anbudsgivande konsortier ingav vart och ett klagomål mot denna rapport till CNSC. CNSC avslog dessa klagomål genom beslut av den 10 juli 2014. De två konsortierna överklagade var och en detta beslut till Curtea de Apel Oradea (Appellationsdomstolen i Oradea).
 - 19 Vid förhandlingen, som hölls den 10 september 2014, uppmärksammade denna domstol klagandena i samma mål på att de, sedan artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006 hade trätt i kraft den 1 juli 2014, var skyldiga att ställa en ”garanti för gott uppträdande”. Max Boegl med flera yrkade då att en hemställan till Curtea Constituțională (Rumäniens författningsdomstol) skulle göras för att få till stånd en prövning av huruvida dessa båda artiklar är förenliga med konstitutionen, samt att en begäran om förhandsavgörande skulle hänskjutas till EU-domstolen.

- 20 Under dessa omständigheter beslutade Curtea de Apel Oradea (Appellationsdomstolen i Oradea, Rumänien) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska bestämmelserna i artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, ..., tolkas så, att de utgör hinder för en reglering som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden först ställer en ”garanti för gott uppträdande” i enlighet med vad som stadgas i artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006? ”

Förfarandet vid EU-domstolen

- 21 Genom beslut av den 13 november 2014 och av den 10 december 2014 avslog EU-domstolens ordförande begäran från Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) och Curtea de Apel Oradea (Appellationsdomstolen i Oradea) om att målen C-439/14 och C-488/14 skulle handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 105.1 i domstolens rättegångsregler.
- 22 EU-domstolens ordförande förenade genom beslut av den 13 november 2014 målen C-439/14 och C-488/14 vad gäller den skriftliga och muntliga delen av förfarandet samt domen.
- 23 Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) biföll i dom nr 5 av den 15 januari 2015 delvis Star Stages och Max Boegl med fleras yrkande att artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006 skulle förklaras strida mot konstitutionen.
- 24 I skrivelse av den 21 juli 2015 anmodade EU-domstolen, med tillämpning av artikel 101 i sina rättegångsregler, Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) och Curtea de Apel Oradea (Appellationsdomstolen i Oradea) att avge närmare förklaringar avseende Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) dom nr 5 av den 15 januari 2015, och om domens eventuella inverkan på deras respektive begäran om förhandsavgörande.
- 25 I skrivelse av den 11 augusti 2015, som inkom till EU-domstolen den 26 augusti 2015, angav Curtea de Apel Oradea (Appellationsdomstolen i Oradea) att Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) i sin dom nr 5 av den 15 januari 2015 hade bifallit yrkandet att artikel 271² punkterna 1 och 2 OUG nr 34/2006 skulle förklaras strida mot konstitutionen, men avslagit motsvarande yrkande vad gäller artikel 271¹ och artikel 271² punkterna 3–6 OUG nr 34/2006, varför dess begäran om förhandsavgörande hädanefter endast omfattar sistnämnda bestämmelser.
- 26 I skrivelse av den 14 september 2015, som inkom till EU-domstolen den 23 september 2015, angav Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) även att Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) i sin dom nr 5 av den 15 januari 2015 slagit fast att skyldigheten att ställa garanti för gott uppträdande, som villkor för att väcka talan, inte stred mot konstitutionen. Det återstod därför att pröva huruvida artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006, vilka förklarats vara förenliga med den rumänska konstitutionen och vilka uppställer ett krav på garanti för gott uppträdande som villkor för att väcka talan rörande offentlig upphandling, kan anses vara förenliga med principen om ett effektivt domstolsskydd, enligt artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, jämförda med artikel 47 i stadgan.
- 27 Nämnda domstol anser dessutom att den rumänska lagstiftningen behöver analyseras i detalj, dels vad gäller den omständigheten att kravet på garanti för gott uppträdande innebär ett ytterligare krav förutom den säkerhet för anbudet som anbudsgivaren också måste ställa enligt artikel 43¹ OUG nr 34/2006, och som kan vara så stor som 2 procent av kontraktets uppskattade värde, dels vad gäller den omständigheten att det varken går att göra avsteg från det belopp som gäller för garantin för gott uppträdande – vilket enligt artikel 271¹ punkt 4 OUG nr 34/2006 automatiskt ska uppgå till 1 procent av kontraktets uppskattade värde, dock högst 100 000 euro – eller att bevilja en nedsättning eller en möjlighet till delbetalningar, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

- 28 Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) har därför begärt att EU-domstolen ska besvara följande tolkningsfråga:

”Ska bestämmelserna i artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, jämförda med artikel 47 i stadgan, tolkas så, att de utgör hinder för en nationell reglering som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden ställer en ”garanti för gott uppträdande”, till förmån för den upphandlande enheten, i enlighet med vad som stadgas i artiklarna 271¹ och 271² OUG nr 34/2006?”

- 29 Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) förklarade slutligen, i dom nr 750 av den 4 november 2015, att artikel 271¹ punkt 5 OUG nr 34/2006 strider mot den rumänska konstitutionen. I nämnda bestämmelse föreskrivs en ovillkorlig och omedelbar utbetalning av garantin för gott uppträdande på begäran av den upphandlande myndigheten om klagomålet, ansökan eller överklagandet avslås.

Inledande synpunkter

- 30 Värdet av det offentliga kontraktet i mål C-439/14 avseende tillhandahållande av tjänster är högre än det tröskelvärde som anges i artikel 7 b i direktiv 2004/18, varför direktiv 89/665 är tillämpligt på nämnda mål.
- 31 Rumäniens regering och Europeiska kommissionen har emellertid anfört invändningar vad gäller arten av kontraktet i mål C-488/14. Den rumänska regeringen anser att kontraktet omfattas av direktiv 2004/18, och således av direktiv 89/665. Kommissionen anser att kontraktet omfattas av direktiv 2004/17, och således av direktiv 92/13.
- 32 Det ska härvid påpekas att den hänskjutande domstolen i mål C-488/14 lämnat mycket få upplysningar om det aktuella kontraktet, varför EU-domstolen inte kan avgöra huruvida kontraktet omfattas av direktiv 2004/17 eller av direktiv 2004/18.
- 33 Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att ta ställning i denna fråga, varför denna otydlighet saknar betydelse för begäran om förhandsavgörande i mål C-488/14. Såsom generaladvokaten påpekat i punkt 25 i sitt förslag till avgörande, uppgår nämligen värdet av det aktuella offentliga kontraktet 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.
- 34 EU-domstolen kommer således att på en och samma gång besvara frågan i mål C-439/14 och frågan i mål C-488/14, eftersom de bestämmelser i direktiv 89/665 och direktiv 92/13 som ska tolkas hursomhelst är identiskt formulerade.

Prövning av tolkningsfrågorna

- 35 Såsom framgår av de två hänskjutande domstolarnas svar på EU-domstolens begäran om klargöranden och av vad som framförts under förhandlingen, har artikel 271² punkterna 1 och 2 och artikel 271¹ punkt 5 sista meningen OUG nr 34/2006 förklarats strida mot den rumänska konstitutionen i Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) dom nr 5 av den 15 januari 2015 och dom nr 750 av den 4 november 2015.
- 36 De båda hänskjutande domstolarna har angett att de således inte längre kan tillämpa sistnämnda bestämmelser, vilket den rumänska regeringen också har bekräftat vid förhandlingen. De har emellertid uttryckligen förklarat att de vidhåller sina tolkningsfrågor, eftersom övriga aktuella bestämmelser i den rumänska lagstiftningen fortfarande är tillämpliga.

- 37 EU-domstolen påpekar i denna del att det enbart ankommer på de hänskjutande domstolarna att avgöra vilka slutsatser som ska dras av Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) dom nr 5 av den 15 januari 2015 och dom nr 750 av den 4 november 2015 i de mål de har att avgöra. EU-domstolen anser mot denna bakgrund att respektive begäran om förhandsavgörande endast avser bestämmelserna i den rumänska lagstiftningen om garantin för gott uppträdande, vilka bestämmelser förklarats vara förenliga med den rumänska konstitutionen.
- 38 De hänskjutande domstolarna har således ställt sina frågor för att få klarhet i huruvida artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, jämförda med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell reglering, såsom den som är aktuell i de nationella målen, som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden ställer en garanti för gott uppträdande, till förmån för den upphandlande enheten, varvid denna garanti ska återställas till sökanden när förfarandet avslutats, oavsett utgången i detsamma.
- 39 Det ska härvid erinras om att medlemsstaterna enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 och artikel 1.1 i direktiv 92/13 är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden som omfattas av direktiven 2004/17 och 2004/18 kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.
- 40 I såväl artikel 1.3 i direktiv 89/665 som artikel 1.3 i direktiv 92/13 föreskrivs dessutom att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är 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.
- 41 Dessa bestämmelser, som är tänkta att skydda de ekonomiska aktörerna mot den upphandlande myndighetens godtycke, syftar således till att säkerställa att det i samtliga medlemsstater finns effektiva rättsmedel, så att en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling säkerställs, särskilt på det stadium där överträdelserna ännu kan rättas till (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 71, dom av den 11 september 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 34, och dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 50).
- 42 Varken direktiv 89/665 eller direktiv 92/13 innehåller dock några bestämmelser som särskilt reglerar villkoren för att utöva dessa rättsmedel. EU-domstolen har således slagit fast att det i direktiv 89/665 endast fastställs de minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla för att säkerställa att unionsrättens regler för offentlig upphandling uppfylls (se, bland annat, dom av den 27 februari 2003, *Santex* C-327/00, EU:C:2003:109, punkt 47, dom av den 19 juni 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 45, och dom av den 30 september 2010, *Strabag m.fl.*, C-314/09, EU:C:2010:567, punkt 33).
- 43 Det framgår emellertid av fast rättspraxis att de förfaranderegler vid domstolsprövningen som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av unionsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter inte får förta den ändamålsenliga verkan av direktiven 89/665 och 92/13, vars syfte är att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt (se, bland annat, dom av den 12 december 2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 72, dom av den 27 februari 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, punkt 51, dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 42, beslut av den 4 oktober 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, punkt 29, dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 40, och dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 47).

- 44 Det ska särskilt tillses att verkan av direktiven 89/665 och 92/13 inte begränsas (se dom av den 18 juni 2002, HI, C-92/00, EU:C:2002:379, punkterna 58 och 59, och dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia, C-440/13, EU:C:2014:2435, punkt 40), och detsamma gäller även enskildas rättigheter enligt unionsrätten (dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 72, och dom av den 28 januari 2010, Uniplex (UK) C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 49).
- 45 Det framgår dessutom av skäl 36 i direktiv 2007/66 att detta direktiv – och således även direktiven 89/665 och 92/13, som ändrats och kompletterats genom förstnämnda direktiv – syftar till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.
- 46 Medlemsstaterna ska således – när de fastställer de förfaranderegler vid domstolsprövningen som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av direktiven 89/665 och 92/13 och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter – säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 i stadgan.
- 47 I förevarande fall framgår det att artikel 271¹ punkterna 1–5 OUG nr 34/2006 innebär ett krav på att var och en som deltar i ett upphandlingsförfarande och som vill överklaga ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten antingen till CNSC eller direkt till en domstol måste ställa en garanti för gott uppträdande för att överklagandet ska kunna prövas. Denna garanti, till förmån för den upphandlande myndigheten, ska motsvara 1 procent av det aktuella kontraktets uppskattade värde, med ett högsta belopp uppgående till 25 000 euro vad gäller offentliga varu- och tjänstekontrakt och 100 000 euro vad gäller offentliga byggentreprenadkontrakt, och den ska ställas genom bankgirering eller via ett säkerhetsinstrument som har utfärdats av en bankinrättning eller ett försäkringsbolag och gälla i minst 90 dagar.
- 48 Denna garanti ska emellertid återställas senast inom fem dagar efter det att ett avgörande om att överklagandet bifalls vinner laga kraft, i enlighet med artikel 271² punkterna 4 och 5 OUG nr 34/2006, men även om överklagandet återkallats eller avslagits, eftersom garantin till förmån för den upphandlande myndigheten därefter saknar rättslig grund enligt Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) dom nr 5 av den 15 januari 2015 och dom nr 750 av den 4 november 2015.
- 49 Såsom generaladvokaten påpekat i punkt 37 i sitt förslag till avgörande, utgör ställandet av en garanti för gott uppträdande således en förutsättning för att få till stånd en prövning av varje ansökan om överprövning, varför detta utgör en inskränkning i rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, i den mening som avses i artikel 47 i stadgan. I enlighet med artikel 52.1 i stadgan kan en sådan inskränkning vara tillåten endast om den är föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i denna rättighet, och om den enligt proportionalitetsprincipen är nödvändig och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av Europeiska unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter (se dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punkt 160).
- 50 EU-domstolen konstaterar att i målen vid de nationella domstolarna framgår den rättsliga grunden för garantin för gott uppträdande klart och tydligt av OUG nr 34/2006, varför den ska anses vara föreskriven i nationell lag (se dom av den 27 maj 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, dom av den 6 oktober 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, punkt 47, och dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 81). Den omständigheten att garantin för gott uppträdande kan uppgå till så betydande belopp som 25 000 euro eller 100 000 euro kan för övrigt inte leda till slutsatsen att skyldigheten att ställa nämnda garanti är oförenlig med det väsentliga innehållet i rätten till ett effektivt rättsmedel, då den upphandlande myndigheten i vilket fall som helst inte kan ta garantin i anspråk, oavsett utgången i målet.

- 51 Det återstår emellertid att pröva huruvida garantin för gott uppträdande svarar mot ett mål av allmänt samhällsintresse, och, om så är fallet, huruvida den är förenlig med proportionalitetsprincipen, i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan.
- 52 I artikel 271¹ punkt 1 OUG nr 34/2006 preciseras att syftet med garantin för gott uppträdande är att skydda den upphandlande myndigheten från risken för ett eventuellt olämpligt beteende. Den rumänska regeringen har såväl i sitt skriftliga yttrande som vid förhandlingen angett att det främsta syftet med garantin för gott uppträdande är att underlätta upphandlingsförfaranden genom att förebygga att rättsmedel missbrukas och att förfaranden förhalas.
- 53 EU-domstolen konstaterar härvid, såsom generaladvokaten påpekat i punkt 44 i sitt förslag till avgörande, att kampen mot missbruk av rättsmedel utgör ett legitimt syfte som inte bara främjar uppnåendet av syftena med direktiven 89/665 och 92/13 utan även, mer allmänt, en god rättsskipning.
- 54 Ett finansiellt krav såsom det i de nationella målen aktuella kravet på en garanti för gott uppträdande utgör nämligen en åtgärd för att se till att möjligheten till klagomål inte missbrukas och att se till att överklaganden handläggs så snabbt som möjligt, vilket medför en god rättsskipning i samtliga medborgares intresse, i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.
- 55 EU-domstolen konstaterar emellertid att även om intresset av en god rättsskipning kan motivera att tillgången till ett rättsmedel ges finansiella begränsningar, måste denna begränsning stå i rimlig proportion till det eftersträvade målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 december 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punkterna 47 och 60).
- 56 Skyldigheten att ställa en garanti för gott uppträdande har visserligen i sin nuvarande version mindre avhållande verkan än i sin ursprungliga version, eftersom den upphandlande myndigheten inte längre automatiskt och villkorslöst kan tillgodogöra sig den om klagomålet återkallas eller avslås. Denna skyldighet är emellertid fortfarande ägnad att uppnå den rumänska lagstiftningens syfte att bekämpa missbruk av rättsmedel.
- 57 Ställandet av en garanti för gott uppträdande innebär nämligen för det första, såsom generaladvokaten påpekat i punkt 55 i sitt förslag till avgörande, en finansiell börda för sökanden, oavsett om denne gör en bankgirering eller ställer en bankgaranti.
- 58 Garantins storlek bestäms i form av en procentandel av det aktuella kontraktets uppskattade värde, med ett högsta belopp uppgående till 25 000 euro vad gäller offentliga varu- och tjänstekontrakt och 100 000 euro vad gäller offentliga byggtreprenadkontrakt.
- 59 Kravet att överföra ett så stort belopp via bankgiro, liksom nödvändigheten att vidta vederbörliga åtgärder för att ställa en bankgaranti och att betala därtill knutna avgifter, leder dock till viss försiktighet i sökandenas överväganden huruvida de ska överklaga. Garantin för gott uppträdande leder till att sökandens resurser tas i anspråk eller åtminstone deras kreditvärdighet fram till dess att garantin återställs, varför den föranleder sökandena att agera med omsorg i sina beslut att överklaga, vilket överensstämmer med det krav på skyndsamhet i prövningsförfaranden som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665 och i artikel 1.1 i direktiv 92/13. Såsom den rumänska regeringen har påpekat vid förhandlingen kan det inte uteslutas att ett sådant finansiellt krav uppmuntrar potentiella sökande att allvarligt överväga deras intresse av att inleda ett domstolsförfarande och deras chans till framgång, och således avhålla från överklaganden som är uppenbart ogrundade eller vars enda syfte är att fördröja upphandlingsförfarandet (se, analogt, dom av den 6 oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 73).
- 60 EU-domstolen påpekar för det andra att enligt Curtea Constituțională (Författningsdomstolen) dom nr 5 av den 15 januari 2015 och dom nr 750 av den 4 november 2015 kan den upphandlande myndigheten inte längre automatiskt och villkorslöst tillgodogöra sig garantin för gott uppträdande på

första begäran, varför det inte kan anses att redan villkoret att denna garanti måste ställas för att ett överklagande ska upptas till sakprövning går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det genom garantin eftersträvade målet att bekämpa missbruk av rättsmedel.

- 61 Beloppet på garantin för gott uppträdande, vilket uppgår till 1 procent av kontraktets värde, med ett maximibelopp som beror på kontraktets art, framstår nämligen som blygsamt (se dom av den 6 oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, punkt 58), särskilt vad avser anbudsgivare som normalt sett måste kunna påvisa en viss finansiell kapacitet. Garantin kan vidare och i vilket fall som helst ställas i form av en bankgaranti. Den behöver slutligen endast ställas för tiden från överklagandet till dess att avgörandet vinner laga kraft.
- 62 *Curtea de Apel București* (Appellationsdomstolen i Bukarest) har slutligen, i sitt svar på EU-domstolens begäran om förtydligande, hemställt att EU-domstolen besvarar dess tolkningsfråga med beaktande av att garantin för gott uppträdande innebär ett ytterligare krav förutom den säkerhet för anbudet som anbudsgivaren också måste ställa enligt artikel 43¹ OUG nr 34/2006. Nämda domstol har emellertid inte lämnat några preciseringar i detta avseende, vare sig vad gäller bestämmelserna om säkerhet för anbudet eller hur detta förhåller sig till garantin för gott uppträdande. EU-domstolen kan således inte ta ställning i denna del.
- 63 Mot bakgrund av det anförda ska tolkningsfrågorna besvaras enligt följande. Artikel 1.1–1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.1–1.3 i direktiv 92/13, jämförda med artikel 47 i stadgan, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell reglering, såsom den som är aktuell i de nationella målen, som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden ställer en garanti för gott uppträdande, till förmån för den upphandlande myndigheten, då denna garanti ska återställas till sökanden oavsett utgången i förfarandet.

Rättegångskostnader

- 64 Eftersom förfarandena i förhållande till parterna i de nationella målen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på de hänskjutande domstolarna att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Artikel 1.1–1.3 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 dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007, och artikel 1.1–1.3 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, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, jämförda med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell reglering, såsom den som är aktuell i de nationella målen, som uppställer som villkor för att få tillgång till förfarandet för överprövning av en upphandlande myndighets beslut att sökanden ställer en garanti för gott uppträdande, till förmån för den upphandlande myndigheten, då denna garanti ska återställas till sökanden oavsett utgången i förfarandet.

Underskrifter