Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 14 lipca 2016 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Dyrektywa 2004/18/WE — Zamówienia publiczne na roboty budowlane — Zgodność z prawem obowiązku wykonania pewnej części zamówienia bez udziału podwykonawców — Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 — Przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności — Obowiązek państw członkowskich dokonania korekty finansowej w stosunku do wykrytych nieprawidłowości — Pojęcie „nieprawidłowości" — Konieczność dokonania korekt w przypadku naruszenia prawa Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych

W sprawie C-406/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Polska) postanowieniem z dnia 3 czerwca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 27 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

Wrocław – miasto na prawach powiatu

przeciwko

Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

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

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Wrocławia – miasta na prawach powiatu, przez W. Szustera, radcę prawnego,

— w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

* Język postępowania: polski.

— w imieniu Komisji Europejskiej przez B.R. Killmanna, A. Tokára oraz przez M. Owsiany-Hornung, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2015 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 25 dyrektywy 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; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44), zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. (Dz.U. 2005, L 333, s. 28) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”), a także wykładni art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U. 2006, L 210, s. 25).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Wrocławiem – miastem na prawach powiatu (Polska) a Ministrem Infrastruktury i Rozwoju w przedmiocie decyzji nakładającej na owo miasto korektę finansową z powodu zarzucanego naruszenia dyrektywy 2004/18 w ramach udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane współfinansowanego z funduszy Unii Europejskiej.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

3 Zgodnie z art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18 akt ten ma zastosowanie w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych w sporze w postępowaniu głównym do niepodlegających wyłączeniu zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od 5 278 000 EUR.

4 Możliwość przewidzenia przez oferenta zlecenia części zamówienia podwykonawcom została przewidziana, w szczególności w art. 25 owej dyrektywy, w następujący sposób:

„W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”.

5 Artykuł 26 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Warunki realizacji zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych”.

6 Przepis ten został wyjaśniony w motywie 33 owej dyrektywy, który stanowi, iż warunki realizacji zamówienia są zgodne ze wskazaną dyrektywą, „pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia. Mogą one, w szczególności, zachęcać do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zatrudniania osób mających szczególne trudności z integracją, a także zwalczania bezrobocia lub ochrony środowiska. Można na przykład ustanowić wymóg – odnoszący się do realizacji zamówienia – co do zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, co do przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, co do przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP), o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego, oraz co do zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe”.

7 Dyrektywa 2004/18 określa także kryteria kwalifikacji pozwalające wybrać kandydatów dopuszczonych do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Artykuł 48 owej dyrektywy dotyczący kwalifikacji technicznych lub zawodowych brzmi następująco:

„[…]

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

[…]

b) wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych, odpowiedzialnych za kontrolę jakości, zaś w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, którymi ten przedsiębiorca budowlany będzie dysponował do wykonania robót budowlanych;

[…]

i) wskazanie części zamówienia, której realizację usługodawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcy;

[…]

3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

[…]

5. W procedurach udzielania zamówień publicznych, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług lub realizacji robót budowlanych, zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

6. Instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, które z dokumentów wymienionych w ust. 2 życzy sobie otrzymać”.

Rozporządzenie nr 1083/2006

8 Zgodnie z motywem 66 rozporządzenia nr 1083/2006:

„Powinno się określić zobowiązania państw członkowskich odnośnie do systemów zarządzania i kontroli, poświadczania wydatków oraz zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości i naruszeń prawa Wspólnoty, w celu zagwarantowania wydajnej i prawidłowej realizacji programów operacyjnych. […]”.

9 Artykuł 1 tego rozporządzenia stanowi:

„Niniejsze rozporządzenie ustanawia ogólne zasady dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS) (zwanych dalej »funduszami strukturalnymi«) oraz Funduszu Spójności […]

[…]

W tym celu niniejsze rozporządzenie ustanawia zasady partnerstwa, programowania, oceny, zarządzania, w tym zarządzania finansowego, monitorowania i kontroli, oparte na podziale obowiązków między państwa członkowskie a Komisję”.

10 Artykuł 2 pkt 7 omawianego rozporządzenia definiuje pojęcie „nieprawidłowości” jako „jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.

11 Zgodnie z art. 9 ust. 5 rozporządzenia nr 1083/2006 działania finansowane z funduszy strukturalnych lub funduszy spójności powinny być zgodne z przepisami aktów prawa wtórnego.

12 Artykuł 98 owego rozporządzenia, zatytułowany „Korekty finansowe dokonywane przez państwa członkowskie”, przewiduje:

„1. Państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych.

2. Państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

[…]”.

Prawo polskie

13 Z postanowienia odsyłającego wynika, że art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „p.z.p.”) w wersji obowiązującej w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym miał następujące brzmienie:

„Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”.

14 Przepis ten został następnie zmieniony, otrzymując brzmienie, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie udzielonego mu zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu tego zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość rzeczonego zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

15 W dniu 18 maja 2007 r. właściwa jednostka organizacyjna miasta Wrocław wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę odcinka obwodnicy. Przy realizacji tego projektu, którego koszty odpowiadały ok. 65 mln EUR, skorzystano z pomocy finansowej Unii na podstawie programu operacyjnego pomocy wspólnotowej na rzecz Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie infrastruktury i środowiska, w ramach celu „Konwergencja", współfinansowanego z Funduszu Spójności i EFRR.

16 Pięciu spośród siedmiu wykonawców, którzy ubiegali się o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, zostało zaproszonych do złożenia ofert. Skierowana do tych pięciu wykonawców specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała klauzulę o następującej treści:

„Wykonawca zobowiązany jest wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem".

17 W dniu 1 sierpnia 2008 r. miasto Wrocław udzieliło wybranemu wykonawcy zamówienia publicznego.

18 W wyniku postępowania administracyjnego toczącego się po wykonaniu tego zamówienia, wszczętego przez krajowe organy odpowiedzialne za kontrolę prawidłowości niektórych działań współfinansowanych przez Unię, zażądano od miasta Wrocław dokonania korekty finansowej w wysokości 8 600 473,38 PLN (złotych polskich) (ok. 1 960 000 EUR) w zakresie kwoty głównej, czyli 5% kwoty kosztów pokrytych ze środków publicznych, z powodu zarzucanej nieprawidłowości wspomnianej klauzuli w świetle dyrektywy 2004/18, która ma zastosowanie do rozpatrywanego zamówienia ze względu na jego wartość.

19 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym właściwy organ ostatniej instancji tego postępowania administracyjnego uzasadnił tę korektę finansową, po pierwsze, faktem, że sporna klauzula ogranicza możliwość korzystania z podwykonawstwa z naruszeniem art. 36 ust. 5 p.z.p. Celem tego przepisu jest bowiem zapewnienie, aby te części zamówienia, które wymagają szczególnej wiedzy i umiejętności, a których jakość wykonania jest zależna od indywidualnych właściwości wykonawcy, były faktycznie wykonywane przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Cel ten nabiera szczególnego znaczenia, w sytuacji gdy przepisy prawa krajowego obowiązujące w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym nie zezwalały wykonawcom na powoływanie się na kwalifikacje podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

20 Zdaniem tego organu instytucja zamawiająca stosująca art. 36 ust. 5 p.z.p. była wobec tego zobowiązana do wskazania konkretnych części rzeczonego zamówienia, które przyszły wykonawca miał obowiązek wykonać osobiście. Tymczasem klauzula taka, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która wskazuje jedynie w sposób domyślny udział procentowy robót odpowiadający części robót, które mają zostać wykonane przez wybranego oferenta, nie pozwala ustalić, wbrew celowi art. 36 ust. 5 p.z.p., czy ograniczenie podwykonawstwa dotyczy takiego zakresu robót, którego wykonanie wymaga szczególnych umiejętności. Owo naruszenie prawa krajowego stanowi jednocześnie naruszenie art. 25 dyrektywy 2004/18, przy czym wspomniany organ powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

21 Po drugie, pomimo braku wpływu zarzucanego naruszenia prawa Unii na udzielenie rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia, ograniczenie podwykonawstwa niekorzystnie wpłynęło na ogólny budżet Unii. Ograniczenie to doprowadziło bowiem do ryzyka zachwiania równowagi konkurencyjnej mogącego powodować wzrost cen proponowanych w ofertach, a ryzyko takie jest wystarczającą przesłanką wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

22 Z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że stawka korekty finansowej zastosowana w niniejszym przypadku została ustalona za pomocą stosowanego przez właściwy organ taryfikatora.

23 Miasto Wrocław wniosło do sądu odsyłającego skargę na decyzję dotyczącą korekty finansowej, kwestionując zasadność obu części uzasadnienia, na których została oparta ta decyzja. W odniesieniu do dopuszczalności spornej klauzuli specyfikacji istotnych warunków zamówienia miasto Wrocław podniosło, że art. 36 ust. 5 p.z.p. w wersji obowiązującej w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym zawierał zasadę, że wybrany oferent powinien wykonać zamówienie własnymi siłami, a korzystanie przez niego z podwykonawców było odstępstwem, i na tej podstawie instytucja zamawiająca mogła na to zezwolić, nie będąc jednak do tego zobowiązaną. Sąd odsyłający wydaje się podzielać taką wykładnię rozpatrywanego przepisu.

24 Sąd ów uznaje, że dla rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez niego sporu konieczne jest dokonanie przez Trybunał wykładni, po pierwsze, art. 25 dyrektywy 2004/18, zwłaszcza wyrażenia „części zamówienia” w celu ustalenia, czy przepis ten stoi na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca ustanowiła procentowe ograniczenie części zamówienia, które przyszły wykonawca będzie mógł zlecić podwykonawcom. Sąd odsyłający ma również wątpliwości co do tego, czy takie ograniczenie jest objęte art. 26 omawianej dyrektywy jako warunek realizacji w rozumieniu tego ostatniego przepisu.

25 Wspomniany sąd uważa, że z wyroku z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159) wynika, iż dyrektywa 2004/18 dopuszcza ograniczenie korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych, pod warunkiem że skutkiem jego zastosowania nie będzie pozbawienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym wykonawców, którzy chcą wykorzystać w przetargu potencjał techniczny i ekonomiczny podwykonawców. Niemniej wskazany wyrok nie rozstrzyga kwestii, czy instytucja zamawiająca ma prawo określić procentowo zakres prac, które wybrany oferent ma wykonać osobiście.

26 Ponadto sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy klauzula taka, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, poprzez ograniczenie możliwości dla małych i średnich przedsiębiorstw uczestnictwa w wykonaniu robót objętych zamówieniem publicznym, nie narusza zasady otwarcia zamówień publicznych na niezakłóconą konkurencję, które to otwarcie dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, bez względu na ich wielkość, przy czym w opinii tego sądu wydaje się, że należy zwrócić szczególną uwagę w tym zakresie na małe i średnie przedsiębiorstwa. Sąd ów powołuje się w tej kwestii na orzecznictwo Trybunału, w szczególności na wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33).

27 Po drugie, wspomniany sąd uznaje, że konieczne jest także uzyskanie wyjaśnień w odniesieniu do pojęcia „nieprawidłowości” w rozumieniu rozporządzenia nr 1083/2006, tak aby sąd ów mógł ocenić, czy w okolicznościach rozpatrywanej przez niego sprawy ewentualne naruszenie prawa Unii, które miało wpływ na postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest na tyle istotne, że wymaga dokonania korekty finansowej.

28 W tym względzie sąd ten zmierza do ustalenia, czy jakiekolwiek naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych może stanowić taką nieprawidłowość powodującą konieczność dokonania korekty finansowej, czy też należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności każdej indywidualnej sprawy, w szczególności skutki ewentualnego naruszenia tego prawa. W odniesieniu do tych konkretnych okoliczności sąd ów zauważa w zawisłej przed nim sprawie, że mające zastosowanie

przepisy są interpretowane w ten sposób, iż nie wykluczają klauzuli takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, że owa klauzula zezwala jednak na korzystanie z podwykonawstwa dla 75% robót objętych zamówieniem, że klauzula ta nie jest kwestionowana oraz że przetarg odbył się w warunkach silnej konkurencji.

29 W tych okolicznościach Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy w świetle art. 25 dyrektywy 2004/18 dopuszczalne jest określenie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [publicznego], że [wybrany oferent będzie] zobowiązany […] wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem?

2) W razie odpowiedzi negatywnej na pytanie pierwsze – czy skutkiem zastosowania wymogu opisanego w pytaniu pierwszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest takie naruszenie przepisów prawa Unii Europejskiej, które uzasadnia konieczność dokonania korekty finansowej w trybie art. 98 rozporządzenia [nr 1083/2006]?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

30 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.

31 Zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on ewentualnie zlecić podmiotom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

32 Jak stwierdził Trybunał w pkt 31 wyroku z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), na mocy tego przepisu dyrektywa 2004/18 umożliwia odwołanie się do podwykonawców, nie stanowiąc ograniczeń w tym zakresie.

33 Natomiast art. 48 ust. 3 owej dyrektywy, który przewiduje dla oferentów możliwość udowodnienia, że spełnią oni określone przez instytucję zamawiającą minimalne wymogi w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych poprzez wykorzystanie kwalifikacji podmiotów trzecich, o ile wykażą, że w przypadku udzielenia im zamówienia będą oni rzeczywiście dysponować niezbędnymi do jego wykonania zasobami, które nie stanowią ich własności, potwierdza możliwość korzystania przez oferentów z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia w zakresie co do zasady nieograniczonym.

34 Niemniej, jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta (zob. podobnie wyrok z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45).

35 Nie ma to jednak miejsca w kontekście zakresu klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań. We wszystkich tych aspektach klauzula taka okazuje się niezgodna z dyrektywą 2004/18 mającą znaczenie dla sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym.

36 Ponadto, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 41 opinii, klauzula taka, przy założeniu, że stanowi ona warunek wykonania zamówienia w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18, nie może zostać dopuszczona na podstawie tego artykułu, na mocy samego jego brzmienia, ponieważ jest ona niezgodna z art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, a zatem z prawem Unii.

37 W związku z powyższym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.

W przedmiocie pytania drugiego

38 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006 w związku z jego art. 2 pkt 7 należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi – w sytuacji takiej jak ta w sprawie w postępowaniu głównym – „nieprawidłowość" w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98.

39 W odniesieniu do konkretnych okoliczności rozpatrywanej sprawy sąd odsyłający zauważa, że mające zastosowanie przepisy prawa krajowego są interpretowane w ten sposób, iż nie zakazują klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, że klauzula ta zezwala jednak na korzystanie z podwykonawstwa dla 75% robót objętych zamówieniem, że klauzula ta nie została kwestionowana przez kandydatów zaproszonych do składania ofert, którzy znali jej treść, oraz że przetarg doprowadził do silnej konkurencji.

40 Zadane pytanie odnosi się zatem do dwóch kwestii dotyczących, po pierwsze, pojęcia „nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 oraz, po drugie, mechanizmu korekty finansowej podlegającej na podstawie art. 98 wskazanego rozporządzenia wykonaniu przez organy krajowe w wypadku wystąpienia nieprawidłowości.

41 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do wspomnianego pojęcia „nieprawidłowości", zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 dotyczy ono jakiegokolwiek naruszenia przepisu prawa Unii wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

42 Należy stwierdzić, że to ta ostatnia część tej definicji budzi wątpliwości sądu odsyłającego, jako że w niniejszej sprawie klauzula, którą w związku z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze należy uznać za sprzeczną z prawem Unii, wydała się temu sądowi pozbawiona konkretnych skutków.

43 W tym względzie należy zauważyć, że wprawdzie, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 53–55 opinii, odnosząc się w szczególności do art. 9 ust. 5 rozporządzenia nr 1083/2006, a także analogicznie do wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r., Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 46, 47), Unia zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii.

44 Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 47).

45 W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.

46 W drugiej kolejności, w odniesieniu do mechanizmu korekt finansowych przewidzianego w art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia przepis ów wymaga od państw członkowskich dokonania korekty finansowej w wypadku stwierdzenia nieprawidłowości.

47 Niemniej art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wymaga również od właściwego organu krajowego ustalenia kwoty korekty, która ma zostać dokonana, przy uwzględnieniu trzech kryteriów, a mianowicie charakteru nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.

48 Jeżeli chodzi o, tak jak w sprawie w postępowaniu głównym, nieprawidłowość jednorazową, a nie powtarzającą się, ten ostatni wymóg oznacza, że należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

49 Wobec tego, nawet jeśli, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 60 opinii, nie wyklucza to tego, że pierwsze obliczenie można przeprowadzić na podstawie taryfikatora zgodnego z zasadą proporcjonalności, to nie zmienia to jednak faktu, że przy ustalaniu końcowej kwoty korekty, która ma zostać dokonana, należy uwzględnić wszystkie szczególne cechy, jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w porównaniu do elementów branych pod uwagę przy ustalaniu tego taryfikatora, które to cechy mogą uzasadniać dokonanie większej bądź niższej korekty.

50 Okoliczności takie jak zgodność z prawem krajowym klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, obowiązek wykonania za pomocą zasobów własnych określonej części zamówienia i sam fakt stwierdzenia ryzyka, nawet niewielkiego, wystąpienia skutków finansowych, mogą mieć wpływ na końcową kwotę korekty finansowej, która ma zostać dokonana.

51 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć, że art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006 w związku z jego art. 2 pkt 7 należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi „nieprawidłowość" w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności,

które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.

W przedmiocie kosztów

52 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:

1) **Dyrektywę 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, zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.**

2) **Artykuł 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 w związku z art. 2 pkt 7 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi „nieprawidłowość" w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności, które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.**

Podpisy