Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 14 juli 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Direktiv 2004/18/EG — Offentlig upphandling av byggentreprenader — Giltigheten av en skyldighet för anbudsgivare att fullgöra en viss andel av kontraktet utan att anlita underentreprenörer — Förordning (EG) nr 1083/2006 — Allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden — Skyldighet för medlemsstaterna att genomföra en finansiell korrigering med anledning av upptäckta oegentligheter — Begreppet ’oegentlighet’ — Behov av finansiell korrigering i fall av åsidosättande av unionsrätten avseende offentlig upphandling”

I mål C-406/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Förvaltningsdomstol i Warszawas vojvodskap, Polen), genom beslut av den 3 juni 2014, som inkom till domstolen den 27 augusti 2014, i målet

Wrocław – Miasto na prawach powiatu

mot

Minister Infrastruktury i Rozwoju,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen),

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

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Wrocław - Miasto na prawach powiatu, genom W. Szuster, radca prawny,

— Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: polska.

— Europeiska kommissionen, genom B.-R. Killmann och A. Tokár, samt M. Owsiany-Hornung, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 17 november 2015 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 25 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 och rättelse EUT L 351, 2004 s. 44), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 (EUT L 333, 2005, s. 28) (nedan kallat direktiv 2004/18), samt artikel 98 i rådets förordning (EG) nr 1083/2006 av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999 (EUT L 2010, 2006, s. 25).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Wrocław – Miasto na prawach powiatu (staden Wrocław, Polen) och Minister Infrastruktury i Rozwoju (Ministeriet för infrastruktur och utveckling) angående ett beslut att påföra Wrocław en finansiell korrigering med anledning av ett påstått åsidosättande av direktiv 2004/18 inom ramen för offentlig upphandling av en byggentreprenad där arbetena medfinansieras av Europeiska unionen.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

3 I enlighet med artikel 7 c i direktiv 2004/18 var direktivet, vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, tillämpligt på offentliga kontrakt för byggentreprenader som inte omfattades av något undantag och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknades uppgå till minst 5 278 000 euro.

4 I bland annat artikel 25 i direktivet erinras om möjligheten för en anbudsgivare att lägga ut en del av kontraktet på tredje part enligt följande:

”I förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

En sådan angivelse skall inte påverka frågan om den ekonomiska aktörens ansvar som huvudman.”

5 I artikel 26 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Villkor för fullgörande av kontraktet”, föreskrivs följande:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”

6 Denna bestämmelse förtydligas genom skäl 33 till direktivet, som anger att villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med direktivet ”om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.”

7 Direktiv 2004/18 innehåller även kvalitativa urvalskriterier för bedömningen av vilka kandidater som ska tillåtas delta i upphandlingsförfarandet. Artikel 48 i direktivet, avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet, har följande lydelse:

”…

2. Bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i en eller flera av följande former beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål:

…

b) Uppgifter om tekniker och tekniska organ, vare sig de tillhör den ekonomiska aktörens företag eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen och, i fråga om offentliga byggentreprenader, uppgift om tekniker och tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden.

…

i) Upplysning om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören eventuellt kommer att lägga ut på underleverantörer.

…

3. En ekonomisk aktör får vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse den ekonomiska aktören med nödvändiga resurser.

…

5. Vid förfaranden för tilldelning av offentliga varukontrakt som gäller leverans på plats eller installation, tillhandahållande av tjänster och/eller utförande av byggentreprenad får en ekonomisk aktörs förmåga att tillhandahålla tjänsterna eller utföra installationen eller byggentreprenaden i synnerhet bedömas på grundval av yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

6. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilka av de uppgifter som anges i punkt 2 som krävs.”

Förordning nr 1083/2006

8 Skäl 66 i förordning nr 1083/2006 har följande lydelse:

”Medlemsstaternas skyldigheter när det gäller förvaltnings- och kontrollsystem, attestering av utgifter samt förebyggande, upptäckande och korrigering av oegentligheter och överträdelse av gemenskapslagstiftningen bör fastställas för att effektivt och korrekt genomförande av de operativa programmen skall kunna säkerställas. …”

9 I artikel 1 i förordningen föreskrivs:

”I denna förordning fastställs de allmänna reglerna för Europeiska regionala utvecklingsfonden (ERUF) och Europeiska socialfonden (ESF) (nedan kallade ’strukturfonderna’) och för Sammanhållningsfonden …

…

I detta syfte fastställs i denna förordning principerna och reglerna för partnerskap, programplanering, utvärdering, förvaltning, inbegripet ekonomisk förvaltning, övervakning och kontroll på grundval av det ansvar som delas mellan medlemsstaterna och kommissionen.”

10 I artikel 2.7 i denna förordning definieras ”oegentlighet” som ”varje överträdelse av en bestämmelse i gemenskapsrätten som är följden av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör, och som har lett till eller skulle kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för Europeiska unionens allmänna budget genom att den allmänna budgeten belastas med en otillbörlig utgift”.

11 I enlighet med artikel 9.5 i förordning 1083/2006 ska de insatser som finansieras av Strukturfonderna och Sammanhållningsfonden överensstämma med bland annat bestämmelserna i sekundärrättsakter.

12 I artikel 98 i förordningen, med rubriken ”Medlemsstaternas finansiella korrigeringar”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ha det huvudsakliga ansvaret för att utreda oegentligheter och agera vid konstaterande av betydande ändringar som påverkar sättet och förutsättningarna för genomförandet eller kontrollen av insatser eller operativa program och genomföra de nödvändiga finansiella korrigeringarna.

2. Medlemsstaten skall göra de finansiella korrigeringar som krävs i samband med att enskilda eller systembetingade oegentligheter konstateras i insatser eller operativa program. De korrigeringar som görs av medlemsstaterna skall bestå i att dra in allt eller en del av det offentliga stödet till ett operativt program. Medlemsstaten skall ta hänsyn till oegentligheternas art och allvar och till den ekonomiska förlusten för fonderna.

…”

Polsk rätt

13 Det framgår av beslutet att begära förhandsavgörande att artikel 36.5 i ustawa – Prawo zamówień publicznych (lag om offentlig upphandling), av den 29 januari 2004 (nedan kallad p.z.p), i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, hade följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter kan i kontraktshandlingarna ange den del av kontraktet som inte får anförtros underleverantörer.”

14 Denna bestämmelse ändrades senare så att en ekonomisk aktör får anförtro underleverantörer att utföra det kontrakt aktören tilldelats, med undantag för fall då den upphandlande myndigheten, på grund av kontraktföremålets specifika karaktär, i kontraktshandlingarna angett att delar av kontraktet eller kontraktet i dess helhet inte får anförtros underleverantörer.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15 Den 18 maj 2007 inledde den behöriga myndigheten i staden Wrocław ett selektivt förfarande för offentlig upphandling av vissa delar av konstruktionen av en förbifartsled. Projektet, som beräknades kosta ungefär 65 miljoner euro, erhöll ekonomiskt stöd från unionen med tillämpning av ett operativt program om gemenskapsstöd till Republiken Polen avseende infrastruktur och miljö, inom ramen för ändamålet ”Konvergens”, vilket medfinansierades av Sammanhållningsfonden och ERUF.

16 Av sju ekonomiska aktörer som ansökt om att delta i förfarandet anmodades fem att inkomma med anbud. Förfrågningsunderlaget till dessa fem aktörer innehöll en klausul med följande lydelse:

”Den ekonomiska aktören ska med egna resurser fullgöra minst 25 procent av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet.”

17 Den 1 augusti 2008 ingick staden Wrocław ett offentligt kontrakt med den aktör som antagits.

18 Sedan kontraktet fullgjorts inledde de nationella myndigheterna med ansvar för kontroll av riktigheten av vissa åtgärder som medfinansierats av unionen ett administrativt förfarande, med följden att staden Wrocław påfördes en finansiell korrigering på 8 600 473, 38 polska zloty (PLN) (ungefär 1 960 000 euro), motsvarande 5 procent av de kostnader som finansierats med offentliga medel, på grund av att ovannämnda klausul påstods vara ogiltig med beaktande av direktiv 2004/18, som, med hänsyn till värdet, var tillämpligt på det aktuella kontraktet.

19 Det framgår av beslutet att begära förhandsavgörande att den behöriga myndighet som var högsta instans i detta administrativa förfarande grundade den finansiella korrigeringen på, för det första, den omständigheten att den omtvistade klausulen inskränkte möjligheten att anlita underleverantörer i strid med artikel 36.5 i p.z.p. Syftet med denna bestämmelse var nämligen att garantera att de delar av ett kontrakt som krävde särskilda kvalifikationer och kompetenser – och där kvaliteten på kontraktets genomförande berodde på specifika egenskaper hos den som utförde det – faktiskt fullgjordes av en ekonomisk aktör vars förmåga härtill kontrollerats under upphandlingsförfarandet. Detta syfte var av särskild betydelse i fall då ekonomiska aktörer, enligt den nationella lagstiftning som var i kraft vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, inte kunde åberopa erfarenhet hos tredjemän för att visa att de uppfyllde de kompetenskrav som ställdes för att delta i upphandlingsförfarandet.

20 Enligt denna administrativa myndighet var den upphandlande myndighet som tillämpade artikel 36.5 i p.z.p skyldig att konkret uppge vilka delar av det aktuella kontraktet som den ekonomiska aktören var tvungen att utföra personligen. En sådan klausul som det är fråga om i det nationella målet, som endast indirekt fastställer den procentandel av byggentreprenaden som måste utföras av den ekonomiska aktören, medgav nämligen inte en prövning av huruvida inskränkningen av möjligheten att anlita underleverantörer omfattade byggentreprenader vars utförande krävde särskild kompetens – vilket stred mot syftet med artikel 36.5 i p.z.p. Nämna myndighet fann att detta åsidosättande av nationell rätt även innebar ett åsidosättande av artikel 25 i direktiv 2004/18, och hänvisade i detta avseende till dom av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

21 För det andra kunde begränsningen av möjligheten att anlita underleverantörer leda till en negativ ekonomisk effekt för unionens allmänna budget, trots att den påstådda överträdelsen av unionsrätten var utan betydelse för tilldelningen av kontraktet i det nationella målet. Denna begränsning innebar

nämligen en risk för störningar av balansen i konkurrenshänseende, vilket kunde ta sig uttryck i att de priser som uppgavs i anbuden höjdes. En sådan risk var tillräcklig för att utgöra en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006.

22 Det framgår av handlingarna i målet att beloppet för den finansiella korrigering som påförts i förevarande fall har fastställts på grundval av en tabell som den behöriga myndigheten tillämpar.

23 Staden Wrocław överklagade beslutet om den finansiella korrigeringen till den hänskjutande domstolen och bestred att de två argumentationslinjer som beslutet baserades på var välgrundade. Avseende frågan huruvida den omtvistade klausulen i förfrågningsunderlaget var lagenlig, hävdade Wrocław att artikel 36.5 i p.z.p, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, innefattade huvudregeln att den ekonomiska aktören måste utföra kontraktet med egna resurser och att det utgjorde ett undantag att anlita underleverantörer. Med stöd härav kunde den upphandlande myndigheten bevilja att underleverantörer anlitades, men utan att vara skyldig därtill. Den hänskjutande domstolen förefaller dela denna tolkning av den aktuella bestämmelsen.

24 För att avgöra den anhängiggjorda tvisten anser den hänskjutande domstolen att en tolkning från EU-domstolen är nödvändig avseende på, för det första, artikel 25 i direktiv 2004/18 – i synnerhet begreppet ”del av kontraktet” – för att avgöra huruvida denna bestämmelse utgör hinder mot att en upphandlande myndighet fastställer en högsta procentsats för den del av ett kontrakt som den aktör som sedermera tilldelas kontraktet kan överlåta till underleverantörer. Den hänskjutande domstolen söker även klarhet i frågan huruvida en sådan begränsning, såsom villkor för fullgörande av kontraktet i den mening som avses i artikel 26 i direktivet, påverkas av sistnämnda bestämmelse.

25 Den hänskjutande domstolen anser att det följer av domen av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), att direktiv 2004/18 medger att möjligheten att anlita underleverantörer för att fullgöra offentliga upphandlingskontrakt begränsas, under förutsättning att det inte resulterar i att ekonomiska aktörer som önskar anlita teknisk och finansiell kapacitet hos underleverantörer inte kan delta i anbudsförfarandet. Denna dom avgjorde emellertid inte frågan huruvida det är tillåtet för en upphandlande myndighet att i form av en procentsats ange den andel av byggentreprenaden som den ekonomiska aktören måste utföra personligen.

26 Den hänskjutande domstolen undrar dessutom om en sådan klausul som det är fråga om i det nationella målet – som inskränker små- och medelstora företags möjlighet att delta i utförandet av byggentreprenader som omfattas av offentlig upphandling – inte strider mot principen om att offentlig upphandling ska öppnas för rättmätig konkurrens. Eftersom denna princip omfattar samtliga företag, oavsett storlek, förefaller små- och medelstora företag förtjäna särskild uppmärksamhet i detta avseende. Härvidlag har den hänskjutande domstolen hänvisat till EU-domstolens rättspraxis, bland annat till dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 33).

27 För det andra anser den hänskjutande domstolen även att det är nödvändigt att begreppet ”oegentlighet”, i den mening som avses i förordning nr 1083/2006, förtydligas för att kunna avgöra huruvida en eventuell överträdelse av unionsrätten inom ramen för anbudsförfarandet, under sådana omständigheter som de i det nationella målet, är så betydande att en finansiell korrigering krävs.

28 Härvidlag söker den hänskjutande domstolen klarhet i huruvida varje åsidosättande av unionsrätten vid offentlig upphandling utgör en sådan oegentlighet som ska resultera i en finansiell korrigering eller huruvida de konkreta omständigheterna i varje enskilt fall ska beaktas, i synnerhet effekterna av ett eventuellt åsidosättande av unionsrätten. Beträffande dessa konkreta omständigheter har den hänskjutande domstolen anfört att i förevarande fall tolkades den tillämpliga lagstiftningen så, att den inte förbjöd en sådan klausul som den i det nationella målet, att denna klausul trots allt medgav att

75 procent av byggentreprenaden som omfattades av kontraktet kunde utföras av underleverantörer, att klausulen inte hade bestridits och att de inkomna anbuden hade gett upphov till kraftig konkurrens.

29 Mot denna bakgrund beslutade Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Förvaltningsdomstol i Warszawas vojvodskap) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Får en upphandlande myndighet, mot bakgrund av artikel 25 i direktiv 2004/18, uppställa som krav i förfrågningsunderlaget för ett offentligt kontrakt att den ekonomiska aktören ska fullgöra minst 25 procent av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser?

2. Om svaret på den första frågan är nekande: Utgör tillämpning i ett förfarande för offentlig upphandling av ett sådant krav som beskrivits i den första frågan en sådan överträdelse av unionsrätten som motiverar att en finansiell korrigering genomförs i enlighet med artikel 98 i förordning nr 1083/2006?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

30 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, genom en klausul i förfrågningsunderlaget för ett offentligt kontrakt för byggentreprenad, får uppställa krav på att den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet ska fullgöra en viss andel av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser.

31 Enligt artikel 25 första stycket i direktiv 2004/18 får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

32 Såsom domstolen fastställde i punkt 31 i dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), utgår direktiv 2004/18 genom nämnda artikel från att underleverantörer kan komma att anlitas, utan att uppställa någon begränsning i detta avseende.

33 Artikel 48.3 i direktivet anger tvärtom en, i princip oinskränkt, möjlighet för anbudsgivare att anlita underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt. Bestämmelsen föreskriver nämligen en möjlighet för anbudsgivare att visa att de uppfyller de minimikrav som uppställts av den upphandlande myndigheten beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att anlita andra enheters kapacitet, under förutsättning att de visar att de förfogar över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra det kontrakt de tilldelats men inte är ensamma om att genomföra.

34 Då konktraktshandlingarna ålägger anbudsgivare att, i enlighet med artikel 25 första stycket i direktiv 2004/18, i sina anbud uppge den del av kontraktet de eventuellt avser lägga ut på tredje part och de underleverantörer som föreslås, får den upphandlande myndigheten likväl förbjuda att underleverantörer anlitas när myndigheten inte har kunnat kontrollera underleverantörernas kapacitet vid undersökningen av anbuden och valet av anbudsgivare som ska utföra de huvudsakliga delarna av kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 45).

35 Detta är emellertid inte innebörden av en sådan klausul som det är fråga om i det nationella målet, som uppställer begränsningar för att anlita underleverantörer för en del av kontraktet som på ett abstrakt sätt satts till en viss procentandel därav, oberoende av om det är möjligt att kontrollera

kapaciteten hos eventuella underleverantörer och utan någon hänvisning till den huvudsakliga karaktären av de uppgifter som avses. Med beaktande härav är en dylik klausul oförenlig med direktiv 2004/18, som är tillämpligt i det nationella målet.

36 Som generaladvokaten påpekat i punkt 41 i sitt förslag till avgörande kan en sådan klausul, om den antas vara ett villkor för fullgörandet av kontraktet i den mening som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18, inte heller tillåtas med stöd av denna artikel – vilket följer av själva ordalydelsen – eftersom klausulen strider mot artikel 48.3 i direktivet och därmed mot unionsrätten.

37 Den första tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, genom en klausul i förfrågningsunderlaget för ett offentligt kontrakt för byggentreprenad, inte får uppställa krav på att den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet ska fullgöra en viss andel av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser.

Den andra frågan

38 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 98 i förordning nr 1083/2006, jämförd med artikel 2.7 i samma förordning, ska tolkas på så sätt att den omständigheten att en upphandlande myndighet – inom ramen för ett upphandlingsförfarande för byggentreprenad som erhåller ekonomiskt stöd från unionen – har ålagt den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet att fullgöra minst 25 procent av kontraktet med egna resurser i strid med direktiv 2004/18 utgör, under sådana omständigheter som de i det nationella målet, en ”oegentlighet” i den mening som avses i nämnda artikel 2.7 som motiverar att en finansiell korrigering genomförs i enlighet med nämnda artikel 98.

39 Beträffande de konkreta omständigheterna i målet har den hänskjutande domstolen anfört att den tillämpliga nationella lagstiftningen har tolkats som att den inte förbjöd en sådan klausul som den i det nationella målet, att denna klausul trots allt medgav att 75 procent av byggentreprenaden som omfattades av kontraktet kunde utföras av underleverantörer, att klausulen inte hade bestridits av de aktörer som anmodats inkomma med anbud – vilka var de enda som hade kännedom om klausulen – samt att de inkomna anbuden hade gett upphov till kraftig konkurrens.

40 Frågan uppvisar två aspekter, där den ena avser begreppet ”oegentlighet” i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006, och den andra avser funktionen hos den finansiella korrigering de nationella myndigheterna ska genomföra i enlighet med artikel 98 i denna förordning för det fall att en oegentlighet har konstaterats.

41 Vad inledningsvis beträffar termen ”oegentlighet” avser denna, i enlighet med artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006, varje överträdelse av en bestämmelse i unionsrätten som är följden av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör, och som har lett eller skulle kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för Europeiska unionens allmänna budget genom att den allmänna budgeten belastas med en otillbörlig utgift.

42 EU-domstolen konstaterar härvidlag att det är sista delen av denna definition som framstår som oklar för den hänskjutande domstolen, eftersom den klausul, som med hänsyn till svaret på den första tolkningsfrågan, i förevarande fall befunnits strida mot unionsrätten inte tycks ha gett upphov till några konkreta konsekvenser.

43 Med hänvisning till bland annat artikel 9.5 i förordning nr 1083/2006 samt, analogt, dom av den 21 december 2011, Chambre de Commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, punkterna 46 och 47), påpekar EU-domstolen i detta avseende, och i likhet med vad generaladvokaten

anfört i punkterna 53–55 i sitt förslag till avgörande, att unionen genom Strukturfonderna och Sammanhållningsfonden förvisso endast ska finansiera sådana åtgärder som utförs helt i enlighet med unionsrätten.

44 Det framgår emellertid av definitionen i artikel 2.7 i denna förordning att en överträdelse av unionsrätten utgör en ”oegentlighet” i den mening som avses i denna bestämmelse endast om den har lett eller skulle kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för Europeiska unionens allmänna budget genom att denna budget belastas med en otillbörlig utgift. Därmed ska en sådan överträdelse anses vara en oegentlighet i den mån den, i sig, kan påverka budgeten. Däremot finns inget krav på att en specifik ekonomisk påverkan har påvisats (se, analogt, dom av den 21 december 2011, Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, punkt 47).

45 Det kan följaktligen konstateras att ett åsidosättande av reglerna om offentlig upphandling utgör en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006 såvitt det inte kan uteslutas att det finns en möjlighet att detta åsidosättande har påverkat fondernas budget.

46 Vad därefter angår funktionen hos den finansiella korrigering som föreskrivs i artikel 98 i förordning nr 1083/2006, noterar domstolen att i enlighet med punkterna 1 och 2 ålägger denna artikel medlemsstaterna att genomföra en finansiell korrigering så snart en oegentlighet har konstaterats.

47 Emellertid ålägger punkt 2 första stycket i denna artikel även de nationella behöriga myndigheterna att fastställa beloppet för den finansiella korrigeringen med hänsyn till tre kriterier, nämligen oegentlighetens art, dess allvar, och den ekonomiska förlusten för den berörda fonden.

48 När det som i det nationella målet är fråga om en enstaka, icke-upprepad, oegentlighet innebär detta sistnämnda krav nödvändigtvis att en bedömning måste göras från fall till fall, med beaktande av samtliga omständigheter i respektive fall som är relevanta med avseende på ett av dessa tre kriterier.

49 Även om detta inte utesluter att ett första tillvägagångssätt kan grunda sig på en tariff som iakttar proportionalitetsprincipen, kvarstår faktum att, såsom generaladvokaten har noterat i punkt 60 i sitt förslag till avgörande, vid fastställandet av beloppet av den finansiella korrigering som ska göras, hänsyn ska tas till samtliga förhållanden som är utmärkande för den konstaterade oegentligheten med avseende på de faktorer som beaktats för att fastställa denna tariff – vilket kan motivera att en mer betydande korrigering görs, eller tvärtom en reducerad sådan.

50 Frågan huruvida en klausul som den som det är fråga om i det nationella målet är förenlig med nationell lagstiftning, skyldigheten att med egna resurser utföra en begränsad del av ett kontrakt, samt det faktum att endast en – möjligtvis liten – risk för finansiell påverkan har visats, är således omständigheter som är av betydelse för det slutliga beloppet av den finansiella korrigering som ska göras.

51 Den andra frågan ska följakltigen besvaras enligt följande. Artikel 98 i förordning nr 1083/2006, jämförd med artikel 2.7 i samma förordning, ska tolkas på så sätt att den omständigheten att en upphandlande myndighet – inom ramen för ett upphandlingsförfarande för byggentreprenad som erhåller ekonomiskt stöd från unionen – har ålagt den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet att fullgöra minst 25 procent av kontraktet med egna resurser i strid med direktiv 2004/18, utgör en ”oegentlighet” i den mening som avses i nämnda artikel 2.7 som motiverar att en finansiell korrigering genomförs i enlighet med nämnda artikel 98, såvitt det inte kan uteslutas att det finns en möjlighet för att detta åsidosättande har påverkat fondens budget. Beloppet för denna korrigering ska fastställas med beaktande av samtliga konkreta omständigheter som är relevanta med avseende på de kriterier som omnämns i artikel 98.2 första stycket i nämnda förordning, nämligen oegentlighetens art, dess allvar, och den ekonomiska förlusten för den aktuella fonden.

Rättegångskostnader

52 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen 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:

1) **Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005, ska tolkas så, att en upphandlande myndighet, i en klausul i förfrågningsunderlaget för ett byggentreprenadkontrakt, inte får uppställa krav på att den anbudsgivare som sedermera tilldelas kontraktet ska fullgöra en viss andel av den entreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser.**

2) **Artikel 98 i rådets förordning (EG) nr 1083/2006 av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999, jämförd med artikel 2.7 i samma förordning, ska tolkas på så sätt, att den omständigheten att en upphandlande myndighet – inom ramen för ett upphandlingsförfarande för byggentreprenad som erhåller ekonomiskt stöd från unionen – har ålagt den ekonomiska aktör som sedermera tilldelas kontraktet att fullgöra minst 25 procent av kontraktet med egna resurser i strid med direktiv 2004/18, utgör en ”oegentlighet” i den mening som avses i nämnda artikel 2.7 som motiverar att en finansiell korrigering genomförs i enlighet med nämnda artikel 98, såvitt det inte kan uteslutas att det finns en möjlighet för att detta åsidosättande har påverkat den aktuella fondens budget. Beloppet för denna korrigering ska fastställas med beaktande av samtliga konkreta omständigheter som är relevanta med avseende på de kriterier som omnämns i artikel 98.2 första stycket i nämnda förordning, nämligen oegentlighetens art, dess allvar, och den ekonomiska förlusten för den aktuella fonden.**

Underskrifter