Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
E. SHARPSTON
представено на 17 ноември 2015 година [1]

Дело C-406/14

Wrocław — Miasto na prawach powiatu
срещу
Minister Infrastruktury i Rozwoju

(Преюдициално запитване, отправено от Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Варшавски областен административен съд, Полша)

„Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Спецификация за поръчка — Ограничение за използване на подизпълнител — Регламент (ЕО) № 1083/2006 — „Нередност“, водеща до задължителни финансови корекции от компетентните национални органи — Нарушение на процедурата за възлагане на обществени поръчки за строителство“

1. Настоящото преюдициално запитване възниква по повод на започнала през май 2007 г. процедура за възлагане на обществена поръчка за строителството на околовръстен път във Вроцлав (Полша). Проектът се ползва с финансово подпомагане от ЕС. В спецификацията за поръчката град Вроцлав предвижда спечелилият оферент да изпълни най-малко 25 % от дейностите по нея със собствени сили. Държавният орган в Полша, компетентен да проверява надлежното разходване на средства на ЕС, заема становището, че това условие нарушава принципа на лоялна конкуренция, поради което не е в съответствие с Директива 2004/18/ЕО [2]. В резултат от това посоченият орган е наложил на град Вроцлав корекция с фиксирана стойност в размер на 5 % от сумата на финансираните с публични средства допустими разходи.

2. Град Вроцлав оспорва финансовата корекция пред Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Варшавски областен административен съд; наричан по-нататък „запитващата юрисдикция“). Запитващата юрисдикция иска указания, първо — по въпроса дали Директива 2004/18, която има за цел по-специално да гарантира поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа, не допуска възлагащите органи да ограничават използването на подизпълнител от спечелилите оференти. В случай че ограничение за използването на подизпълнител като разглежданото в главното производство не е в съответствие с тази директива, запитващата юрисдикция иска също да установи дали Регламент (ЕО)

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — На Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправки в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282 и ОВ L 18, 2012 г., стр. 7). Релевантна за обстоятелствата по главното производство е редакцията на Директива 2004/18 в резултат от измененията с Директива 2006/97/ЕО на Съвета от 20 ноември 2006 г. (ОВ L 363, стр. 107; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 10, стр. 172). Считано от 18 април 2016 г., Директива 2004/18 ще бъде отменена и заменена с Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, стр. 65).

№ 1083/2006[3] на Съвета изисква предоставеното на този орган финансово подпомагане да се намали дори когато не е възможно с точност да се определи загубата, понесена от Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд или Кохезионния фонд (наричани по-нататък „фондовете“).

Правна уредба на Европейския съюз

Директива 2004/18

3. Директива 2004/18 координира на равнище ЕС националните процедури за възлагане на обществени поръчки над определена стойност[4]. Тя има за цел да гарантира действието на принципите на свободно движение на стоки, свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги, както и на принципите, произтичащи от тях, включително принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и прозрачност. Тя цели също да гарантира поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа[5].

4. Директива 2004/18 съдържа разпоредби относно участието на подизпълнители, за да се насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки[6].

5. Член 1, параграф 2, буква а) дефинира „[о]бществени[те] поръчки“ като „писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на [Директива 2004/18]“. Съгласно член 1, параграф 11, буква б) „[о]граничени процедури“ са „процедурите, при които всеки икономически оператор може да заяви участие и при които оферта може да подаде само икономически оператор, който е получил покана от възлагащия орган“.

6. Член 23 („Технически спецификации“), параграф 2 гласи: „Техническите спецификации предоставят равен достъп на оферентите и не създават неоснователни пречки пред отварянето на обществените поръчки за конкуренция“.

7. Съгласно член 25 („Подизпълнители“), първа алинея „[в] документацията за поръчката възлагащият орган може да постави изискване или може да бъде задължен от държавата членка да постави такова, оферентът да посочи в своята оферта дела от поръчката, който възнамерява да възложи на подизпълнители[, и предложените подизпълнители]“.

8. Съгласно член 26 („Условия за изпълнение на поръчките“) „[в]ъзлагащите органи могат да предвидят специални условия, свързани с изпълнението на поръчката, при условие че те са съвместими с [правото на ЕС] и са посочени в обявлението за поръчката или в спецификациите. […]“.

3 — От 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 (ОВ L 210, стр. 25; Специално издание на български език, 2007 г., глава 14, том 2, стр. 64). Към момента на настъпване на обстоятелствата по главното производство е приложима редакцията в резултат от измененията с Регламент (ЕО) № 1989/2006 на Съвета от 21 декември 2006 г. (ОВ L 411, стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г, глава 14, том 3, стр. 130). Считано от 1 януари 2014 г., Регламент № 1083/2006 е отменен с Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета (ОВ L 347, стр. 320).

4 — Към момента на разглежданите обстоятелства Директива 2004/18 се прилага за обществени поръчки за строителство с прогнозна стойност без ДДС 5 278 000 EUR (член 7, буква в).

5 — Съображение 2.

6 — Съображение 32.

9. Член 44 („Проверка на годността на кандидатите, избор на участници и възлагане на поръчки“) предвижда в параграф 2, че възлагащите органи могат да предявят изискване кандидатите и оферентите да изпълнят минималните изисквания, които съответстват и са пропорционални на обекта на поръчката. Икономическият оператор може, когато това е приложимо и за конкретна поръчка, да разчита на възможностите на други образувания, независимо от правното естество на връзките между тях, за да докаже икономическото си и финансово състояние (член 47, параграф 2 и техническите си възможности и/или професионална квалификация (член 48, параграф 3). В този случай икономическият оператор трябва да докаже на възлагащия орган, че ще има на разположение необходимите ресурси за изпълнението на поръчката, например чрез представянето на доказателство за ангажимента, поет от тези образувания. Техническите възможности на икономическите оператори могат да бъдат доказани, по-специално чрез списък на техническите лица или техническите организации, които участват, независимо дали са свързани пряко или не с предприятието на икономическия оператор, и особено на тези, които изпълнителят може да използва за изпълнение на строежа при обществени поръчки за строителство, или пък с указване на дела от поръчката, която изпълнителят на услуги възнамерява евентуално да предостави на подизпълнител (член 48, параграф 2, букви б) и и).

Регламент № 2988/95

10. Член 1, параграф 1 от Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/95 на Съвета[7] гласи: „За целите на защитата на финансовите интереси на [Европейския съюз], с настоящото се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на [ЕС]“. Член 1, параграф 2 дефинира като „нередност“ „всяко нарушение на разпоредба на правото на [ЕС], в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на [Европейския съюз] или на бюджетите, управлявани от [него], или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на [Европейския съюз,] или посредством извършването на неоправдан разход“.

11. Член 2 по-конкретно предвижда:

„1. Административните проверки, мерки и санкции се въвеждат дотолкова, доколкото са необходими за осигуряването на правилното прилагане на правото на [ЕС]. Те ще бъдат ефективни, пропорционални и с възпиращ ефект, така че осигуряват адекватна защита на финансовите интереси на [Европейския съюз].

2. Не може да се налага административна санкция, освен ако тя не е предвидена […] в акт на [ЕС преди извършването на нередността]. В случай на последващо изменение на разпоредбите, които налагат административни санкции и се съдържат в правила на [ЕС], по-леката разпоредба ще се приложи с обратно действие.

3. Правото на [ЕС] определя характера и обхвата на административните мерки и санкции, които са необходими за правилното прилагане на въпросните правила, като се отчита видът и тежестта на нередността, предоставената или получената облага и степента на отговорност.

[…]“.

7 — От 18 декември 1995 година относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности (ОВ L 312, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 1, стр. 166).

Регламент № 1083/2006

12. Регламент № 1083/2006 установява общите правила, които регулират фондовете, включително принципите и правилата за финансово управление, мониторинг и контрол въз основа на поделените между държавите членки и Европейската комисия отговорности (член 1).

13. Съгласно член 3, параграф 1 изпълняваното от Европейския съюз действие по сегашния член 174 ДФЕС трябва да засили икономическото и социално сближаване на разширения Европейски съюз, за да насърчи хармоничното, балансирано и устойчиво развитие на Съюза. То трябва да има за цел да намали икономическите, социални и териториални различия, които са възникнали особено в страни и региони, чието развитие изостава и във връзка и с икономическото и социално преструктуриране и стареенето на населението [8].

14. Член 2, точка 7 дефинира като „нередност“ „всяко нарушение на разпоредба на [правото на ЕС], произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като [се] отчете неоправдан разход в общия бюджет“.

15. Член 9, параграф 2 по-специално гласи, че Комисията и държавите членки трябва да гарантират, че помощта от фондовете е съгласувана с дейностите, политиките и приоритетите на Европейския съюз. В съответствие с член 9, параграф 5 финансираните от фондовете операции следователно трябва да бъдат в съответствие с разпоредбите на Договора и на приетите в съответствие с него актове [9].

16. Член 14, параграф 1, първа алинея гласи, че бюджетът на ЕС, отделен за фондовете, трябва да се изпълнява в рамките на поделено управление между държавите членки и Комисията в съответствие с член 53, параграф 1, буква б) от Финансовия регламент [10]. Съгласно втората алинея на член 14, параграф 1 принципът за правилно финансово управление се прилага в съответствие с член 48, параграф 2 от Финансовия регламент. Съгласно последната разпоредба държавите членки сътрудничат на Комисията за усвояване на бюджетните кредити в съответствие с принципа на доброто финансово управление.

17. Съгласно член 98, параграф 1, който е част от дял VII („Финансово управление“), държавите членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции [11]. Съгласно член 98, параграф 2 държавата членка трябва да извършв[а] необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Тези корекции се състоят в анулирането на [целия] или на част от публичния принос за оперативната програма, като се вземат предвид характерът и тежестта на нередностите и финансовата загуба за фондовете.

18. Член 99, параграф 1, който също е част от дял VII, дава право на Комисията да извършва финансови корекции, като анулира цялото или част от участието на ЕС в оперативна програма, по-специално когато, след като извърши необходимия преглед, стигне до заключението, че държава членка не е изпълнила задълженията си по член 98 преди откриването на процедурата за извършване на корекции от Комисията.

8 — Вж. също съображение 1.

9 — Вж. също съображение 22.

10 — Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета от 25 юни 2002 година относно Финансовия регламент, приложим за общия бюджет на Европейските общности (ОВ L 248, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 3, стр. 198). Вж. също съображение 28 от Регламент № 1083/2006.

11 — Вж. също съображение 65.

Полската правна уредба

19. Съгласно член 7, параграф 1 от Закона за обществените поръчки (Ustawa Prawo Zamówień Publicznych) от 29 януари 2004 г. в редакцията, релевантна за главното производство, възлагащият орган подготвя и провежда процедурите по възлагане на обществени поръчки така, че да осигури лоялна конкуренция и равно третиране на икономическите оператори.

20. Съгласно член 36, параграф 4 от Закона за обществените поръчки възлагащият орган иска от оператора да посочи в офертата си какъв дял от поръчката смята да възложи на подизпълнител. В съответствие с член 36, параграф 5 възлагащият орган може да посочи в спецификацията за поръчката кой дял от поръчката не може да се възлага на подизпълнители.

Факти, производство и преюдициални въпроси

21. На 18 май 2007 г. служба „Пътища и поддръжка“ на град Вроцлав започва ограничена процедура за възлагане на обществена поръчка за изграждането на северната дъга на вътрешния околовръстен път. Проектът се ползва с финансово подпомагане от ЕС по оперативна програма „Инфраструктура и околна среда“ (наричана по-нататък „оперативната програма“) [12].

22. Въпреки че седем икономически оператори заявяват участие в процедурата, град Вроцлав кани само петима от тях да представят оферти. Спецификацията за поръчката, изпратена заедно с поканата за представяне на оферти, съдържа следното условие: „Изпълнителят е длъжен да извърши със собствени сили най-малко 25 % от работата по поръчката“ (наричано по-нататък „25-процентовото изискване“). Оферти представят трима икономически оператори.

23. На 1 август 2008 г. град Вроцлав сключва договор за възлагане на обществена поръчка за строителство (наричана по-нататък „обществена поръчка за строителство“ или „поръчка“) с избрания оператор за изпълнение на първия етап от проекта.

24. През 2010 г. град Вроцлав сключва договор с директора на Центъра за европейски транспортни проекти (Centrum Unijnych Projektów Transportowych, наричан по-нататък „ЦЕТП“) и директора на Службата за управление на средствата от ЕС на град Вроцлав (Biuro Zarządzania Funduszami Europejskimi Urzędu Miasta Wrocławia) за ползването на финансиране от ЕС. ЦЕТП отговаря за мониторинга при използването на финансовото подпомагане, предоставено на град Вроцлав по оперативната програма.

25. ЦЕТП е на мнение, че град Вроцлав е нарушил принципа на лоялна конкуренция, налагайки 25-процентовото изискване. Според ЦЕТП нито правото на ЕС, нито националната правна уредба допускат подобно ограничаване на използването на подизпълнител. Поради това на 24 май 2012 г. ЦЕТП уведомява град Вроцлав, че ще приложи финансова корекция в размер на 5 % от сумата на финансираните с публични средства допустими разходи (тоест 8 600 473,38 PLN [полски злоти] и съответни лихви). От доказателствата по делото пред Съда е видно, че ЦЕТП е приложил и т.нар. „Taryfikator“, таблица с различни размери на финансовата корекция с фиксирана стойност в зависимост от вида нередност [13]. На 5 юли 2012 г. Министърът на транспорта, строителството и морското дело потвърждава определената корекция.

12 — Оперативната програма се финансира както от Кохезионния фонд, така и от Европейския фонд за регионално развитие. Вж. www.ec.europa.eu/regional_policy/fr/atlas/programmes/2007-2013/poland/operational-programme-infrastructure-and-environment.

13 — Комисията твърди, че размерът на приложената по главното производство финансова корекция е в съответствие с Насоките за определянето на финансовите корекции, които трябва да се прилагат спрямо разходите, съфинансирани от структурните фондове и Кохезионния фонд при неспазване на правилата относно обществените поръчки (Cocof 07/0037/03, 29 ноември 2007 г.). Тези насоки могат се намират на: www.ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction/correction_2007_bg.pdf

26. На 30 септември 2013 г. Министърът на регионалното развитие отхвърля жалбата на град Вроцлав срещу финансовата корекция. Видно от преюдициалното запитване, той счита, че съгласно член 36, параграф 5 от Закона за обществените поръчки възлагащите органи нямат право да изискват от спечелилия оферент да изпълни сам определена абстрактно част от поръчката. Според него 25-процентовото изискване е в разрез и с член 25 от Директива 2004/18. Тази нередност обосновавала необходимостта от финансова корекция съгласно Регламент № 1083/2006.

27. Жалбата на град Вроцлав против това решение е висяща пред запитващата юрисдикция, която е спряла производството и е отправила преюдициално запитване по следните въпроси:

„1. В светлината на член 25 от Директива 2004/18[…] допустимо ли е в спецификацията възлагащият орган да посочи, че изпълнителят е длъжен да извърши със собствени сили най-малко 25 % от работата по поръчката?

2. При отрицателен отговор на първия въпрос: прилагането на описаното в първия въпрос изискване в процедурата по възлагане на обществена поръчка съставлява ли нарушение на разпоредбите на правото на Европейския съюз, което да обосновава извършването на финансова корекция по реда на член 98 от [Регламент № 1083/2006]?“.

28. Писмени становища са представени от град Вроцлав, австрийското и полското правителство, както и от Комисията. Съдебно заседание не е поискано и не е проведено.

Анализ

Въпрос 1: Ограничения при използването на подизпълнител съгласно Директива 2004/18

29. Безспорно обществената поръчка за строителство, разглеждана в главното производство, попада в приложното поле на Директива 2004/18. Град Вроцлав посочва, че спечелилият оферент е предложил брутна цена от 257 565 599,68 PLN[14] за строителните работи, която надвишава приложимия към момента праг[15].

30. Директива 2004/18 има за цел не само да избегне пречките пред свободното предоставяне на услуги при възлагането на обществени поръчки за услуги или строителство, но и да гарантира поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа[16]. Съображение 32 от тази директива гласи, че възможността за използване на подизпълнители може да насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки. Използването на подизпълнители дава възможност на такива предприятия да участват в процедури по възлагане на обществени поръчки и да сключват договори за изпълнение на обществени поръчки независимо от мащаба на поръчките[17]. По този начин използването на подизпълнител способства за постигането на целите на директивата чрез увеличаване на броя на потенциалните кандидати за възлагане на обществени поръчки.

14 — Приблизително 60 750 000 EUR по обменния курс към момента на изготвяне на настоящото заключение.

15 — Вж. бележка под линия 4 по-горе.

16 — Съображение 2.

17 — Вж. също заключението на генералния адвокат Jääskinen по дело Swm Costruzioni и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, т. 33).

31. В съответствие с това член 25 от Директива 2004/18 не само предвижда, че оферентът може да възложи на подизпълнител част от поръчката, но и не поставя ограничение в това отношение [18]. Всъщност Директива 2004/18 потвърждава изрично, че икономическият оператор може, когато това е приложимо и за конкретна поръчка, да разчита на икономическите, финансови, технически и/или професионални възможности на други образувания, независимо от правното естество на връзките си с тях [19]. Следователно лицето не може да бъде изключено от процедурата за възлагане на обществена поръчка само поради това че, за да изпълни поръчката, предлага да използва ресурси, които не са негови, а на едно или няколко други образувания [20].

32. При все това възлагащите органи имат законен интерес да се уверят, че поръчката ще бъде действително и правилно изпълнена. Следователно, когато в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка икономическият оператор възнамерява да разчита на възможностите на други икономически оператори, той трябва да докаже, че действително ще има на свое разположение техните ресурси, които не притежава сам и чието наличие е необходимо за изпълнението на поръчката [21]. Оферентът, който твърди, че техническите и икономически възможности на трети лица са на негово разположение и възнамерява да разчита на тях, ако му бъде възложена поръчката, може да бъде отстранен от възлагащия орган само ако не отговаря на това изискване [22].

33. Възлагащият орган може невинаги да е в състояние да провери техническите и икономически възможности на подизпълнителите при разглеждане на офертите и подбора на най-ниската от тях. Съдът е постановил, че в такива случаи Директива 2004/18 допуска забрана или ограничаване на използването на подизпълнители за съществени части от поръчката [23]. Подобна забрана или ограничение са обосновани поради законния интерес на възлагащия орган да гарантира действителното и правилно изпълнение на обществената поръчка. Директива 2004/18 не изисква възлагащият орган да приема изпълнението на *съществени части* от обществената поръчка от образувания, чиито възможности и качества не е могъл да прецени в рамките на процедурата за възлагане на обществена поръчка [24].

34. Според мен, като се има предвид голямото значение на използването на подизпълнители за постигането на целите на Директива 2004/18 [25], други забрани или ограничения са недопустими. Действително в решение Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino Съдът е приел, че е възможно някои строителни работи да имат особености, за които са необходими определени ресурси, които не могат да бъдат получени чрез обединение на ресурсите на няколко оператора, които поотделно не биха могли да изпълнят тези строителни работи. В тази специфична хипотеза Съдът е постановил, че възлагащият орган основателно може да въведе изискване за постигане на минимално равнище на съответния ресурс от един-единствен икономически оператор или, при необходимост, чрез използване на ограничен брой икономически оператори, по силата на член 44, параграф 2, втора алинея на Директива 2004/18, при условие че това изискване е

18 — Решение Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 31). Вж. също решения Ordine degli Architetti и др. (C-399/98, EU:C:2001:401, т. 90) (в което се тълкува Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54) и CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, т. 41).

19 — Член 47, параграф 2, първо изречение, член 48, параграф 2, букви б) и и) и член 48, параграф 3, първо изречение от Директива 2004/18.

20 — Решения Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, т. 26), Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 43) и Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 32).

21 — Член 47, параграф 2, второ изречение и член 48, параграф 3 второ изречение от Директива 2004/18. Вж. също решения Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, т. 28 и 29) и Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 44). Вж. също заключението на генералния адвокат Wathelet по дело Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2015:365, т. 40).

22 — Решение Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 46).

23 — Решение Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 45).

24 — Заключение на генералния адвокат Geelhoed по дело Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2003:628, т. 82).

25 — Вж. т. 30 и 31 по-горе.

относимо и пропорционално на целта на съответната обществена поръчка[26]. Това обаче не е специфично основание за забрана или ограничаване на самото използване на подизпълнители. Няма никаква пречка този „един-единствен икономически оператор“ или „ограничен брой икономически оператори“ да бъде/бъдат подизпълнител или подизпълнители на спечелилия/спечелилите оферент/и.

35. Поради това условие като разглежданото в главното производство очевидно е в разрез с Директива 2004/18.

36. Първо, 25-процентовото изискване е част от спецификацията за поръчката, която град Вроцлав разпраща на ограничен брой икономически оператори заедно с поканата за представяне на оферта. По този начин той ограничава възможността за използване на подизпълнител на етапа на разглеждане на офертите и подбор на спечелил оферент.

37. Град Вроцлав твърди, че е имал законен интерес да се увери, че спечелилият оферент разполага сам с техническите възможности и човешки ресурси, необходими за изпълнение на поне част от поръчката за строителство, тъй като Законът за обществените поръчки не му позволявал да проверява техническите възможности и финансовото положение на подизпълнителите при сравняването на офертите. Това твърдение не може да се приеме. Ако това описание на приложимата към съответния момент полска правна уредба[27] е точно, посоченото правило ограничава възможността на икономическите оператори на практика да разчитат на капацитета на други образувания в процедури за възлагане на обществени поръчки, а това не би било в съответствие с член 47, параграф 2 и с член 48, параграф 3 от Директива 2004/18.

38. Второ, 25-процентовото изискване не се отнася за изпълнението на точно определени задачи, а само за процент от общата стойност на поръчката. Следователно това изискване не дава възможност на възлагащия орган да се увери в действителното и правилно изпълнение на същността на поръчката.

39. Въпреки че настоящото производството се отнася до Директива 2004/18, е интересно да се отбележи, че същите мотиви се откриват в член 63, параграф 2 от Директива 2014/24, която я заменя. Съгласно посочената разпоредба възлагащите органи могат да изискват определени операции от критично значение да бъдат извършвани пряко от самия оферент или, когато офертата е подадена от група икономически оператори — от участник в тази група. Въпреки че посочената разпоредба вече допуска изрично ограниченията за използването на подизпълнител на етапа на разглеждане и подбор, такива ограничения са допустими само доколкото се отнасят до точно определени операции, за които се счита, че имат „критично значение“ за изпълнението на поръчката.

40. Изводът, до който стигам, не се поставя под въпрос нито от факта, че 25-процентовото изискване се е прилагало само за ограничен брой икономически оператори, получили покана за представяне на оферти при условията на ограничена процедура, нито от обстоятелството, че никой от тях не го е оспорил или е представил оферта, при която използването на подизпълнител надхвърля ограничението. Тези обстоятелства не променят естеството на спорното ограничение. Поради изложените съображения това ограничение е в нарушение на Директива 2004/18.

26 — Решение Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 35).

27 — В преюдициалното запитване е посочено, че в решението си от 30 септември 2013 г. Министърът на регионалното развитие е разяснил, че Законът за обществените поръчки не позволява на икономическите оператори да се позовават на опита на трети лица, за да докажат, че отговарят на условията за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка.

41. Също е без значение, че ограничението за използване на подизпълнител в случая представлява специално условие във връзка с изпълнението на поръчката по смисъла на член 26 от Директива 2004/18. Възлагащите органи могат да налагат такива специални условия само ако са съвместими с правото на ЕС. В случая това не е така.

42. Накрая, не съм съгласна с твърдението на град Вроцлав, че това тълкуване на Директива 2004/18 не може да му бъде противопоставено, тъй като член 36, параграф 5 от Закона за обществените поръчки в приложимата към съответния момент редакция е разрешавал на възлагащите органи да решават свободно кои части от обществените поръчки не могат да бъдат възлагани на подизпълнител. В качеството си на орган на местната власт град Вроцлав е сред държавните органи, по отношение на които достатъчно ясните, точни и безусловни разпоредби на директивите имат пряк ефект [28]. При всички положения съгласно установената съдебна практика, при прилагането на вътрешното право, и по-конкретно на разпоредбите на законодателство, прието специално с оглед на изпълнението на изискванията на дадена директива, националните юрисдикции са длъжни, доколкото е възможно, да тълкуват това право в светлината на текста и на целите на тази директива, за да постигнат посочения в нея резултат и по този начин да се съобразят с член 288, трета алинея ДФЕС [29]. Въпреки че прилагането на националното право в главното производство е задача на националната юрисдикция, според мен не е невъзможно член 36, параграф 5 от Закона за обществените поръчки да се разбира в съответствие с направеното от мен по-горе тълкуване на Директива 2004/18.

43. Поради това стигам до извода, че Директива 2004/18 не допуска възлагащ орган да предвижда в спецификацията за обществена поръчка за строителство от спечелилия оферент да се изисква абстрактно да изпълни определен процент от работата по поръчката със собствени сили.

Въпрос 2: Финансови корекции по член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006

44. Безспорно е, че Регламент № 1083/2006 се прилага по отношение на главното производство, в което се разглежда проект, получил финансово подпомагане от ЕС в рамките на оперативната програма.

45. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали нарушение на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки като описаното по-горе представлява „нередност“ по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, която поражда задължение съответната държава членка да наложи финансова корекция на основание член 98, параграф 2 от същия.

46. Определението за „нередност“ в член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006 включва три елемента: (i) трябва да има действие или бездействие на стопански субект, (ii) което води до нарушение на разпоредба от правото на ЕС и (iii) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

28 — Вж. решение Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, т. 31 и 32). Вж. също по аналогия решение Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 38).

29 — Вж. inter alia решения Von Colson и Kamann (14/83, EU:C:1984:153, т. 26) и Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, т. 98 и цитираната съдебна практика).

47. Очевидно е, че в главното производство първите две условия са изпълнени. Безспорно е, че възлагащ орган като град Вроцлав, независимо от правното му положение като юридическо лице на публичното право, може да се счита за „стопански субект“ по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, когато провежда процедура за възлагане на обществена поръчка[30]. Видно от предлагания от мен отговор на въпрос 1, считам, че в настоящия случай е изпълнено и второто условие.

48. Трудности възникват във връзка с третото изискване.

49. Град Вроцлав твърди, че дори ограничението за използване на подизпълнител, наложено от него, да не е в съответствие с Директива 2004/18, то не води до нарушение на конкуренцията при обстоятелствата, предмет на разглеждане в главното производство, както съответно и до увреждане на общия бюджет на ЕС по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006. 25-процентовото изискване е включено в спецификацията за поръчката, изпратена на петимата икономически оператори, поканени да представят оферти, и никой от тях не го е оспорил. Всеки от тримата подали оферти оператори предлага да използва подизпълнител за значително по-малко от 75 % от общата стойност на предложението си. Полското правителство и Комисията по същество твърдят, че финансовата корекция е обоснована дори когато е налице само риск от увреждане на общия бюджет на ЕС.

50. Най-напред не съм съгласна с град Вроцлав, че ограничението за използване на подизпълнител няма как да е оказало въздействие върху процедурата за възлагане на обществената поръчка за строителство. Ако нямаше такова ограничение, оферентите щяха да могат да предложат използването на подизпълнител за повече от 75 % от стойността на поръчката[31]. Както полското правителство и Комисията правилно отбелязват, в такъв случай офертите биха могли да са по-различни (например по отношение на цената или сроковете за изпълнение на строителните работи). Освен това от доказателствата по делото пред Съда е видно, че всъщност само трима от петимата икономически оператори, които са били поканени да отправят оферти, са подали такава. Би могло евентуално да се приеме, че 25-процентовото изискване е повлияло на останалите двама оператори да не представят оферта. Поради това не може да се изключи евентуална загуба за фондовете.

51. При все това считам, че тези аспекти са без значение, когато се разглежда въпросът дали член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006 изисква финансова корекция като разглежданата в главното производство.

52. Практиката на Съда по тълкуването на понятието „нередност“ съгласно Регламент № 2988/95 дава полезни указания в това отношение. Първо, този регламент дефинира понятието „нередност“ по сходен начин с Регламент № 1083/2006[32]. Второ, Регламент № 2988/95 установява общи принципи, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на ЕС, които следва да се спазват във всички области, в които финансовите интереси на Европейския съюз могат да бъдат застрашени[33].

30 — Вж. в този смисъл решение Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, т. 45).

31 — Обстоятелството, че в техните оферти се предлага превъзлагане на подизпълнител на не повече от 32,13 % от стойността, е без значение в този смисъл.

32 — Член 1, параграф 2 от Регламент № 2988/95.

33 — Вж. в този смисъл решения Handlbauer (C-278/02, EU:C:2004:388, т.31) и Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, т. 61 и цитираната съдебна практика). Съдът обаче е уточнил, че тъй като Регламент № 2988/95 единствено установява общи правила, възстановяването на неправилно използваните средства трябва да се извърши въз основа на други разпоредби, а именно според случая въз основа на секторните разпоредби (като член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006) (решение Somvao, C-599/13, EU:C:2014:2462, т. 37 и цитираната съдебна практика).

53. В този смисъл Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre [34] се отнася до възстановяването на предоставени по структурните фондове субсидии от ЕС в резултат от неспазването на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки. В посоченото решение Съдът е подчертал, че структурните фондове не могат да се използват за финансиране на дейности, провеждани в нарушение на посочените правила [35]. Следователно нарушаването от получателя на субсидия от Европейския фонд за регионално развитие в качеството му на възлагащ орган на правилата за възлагане на обществените поръчки при осъществяване на субсидирана дейност води до неоправдан разход и в този смисъл уврежда бюджета на Съюза [36]. Съдът е отбелязал, че „дори нередности без точно финансово изражение могат в значителна степен да засегнат финансовите интереси на [Европейския съюз]“ [37].

54. Според мен същите принципи се прилагат във връзка с тълкуването на понятието „нередност“ съгласно Регламент № 1083/2006.

55. Първо, както съображение 22, така и член 9, параграфи 2 и 5 потвърждават, че дейностите на фондовете и операциите, които те помагат да бъдат финансирани, следва да бъдат в пълно съответствие с правото на ЕС, включително правилата на ЕС в областта на обществените поръчки. Предоставянето на финансово подпомагане за определен проект, който не е в пълно съответствие с правилата, следователно води до отчитане на (поне частично) неоправдан разход в бюджета на ЕС. Второ, прилагането на финансова корекция при тези обстоятелства е в съответствие с принципа, установен с член 2, параграф 1 от Регламент № 2988/95, съгласно който административните мерки, приети за осигуряване на правилното прилагане на правото на ЕС, трябва да са с възпиращ ефект. Това е още по-важно в случаите, когато може да не се окаже лесно или дори възможно да се докаже и изрази в количествено отношение причиненото от нередността увреждане на бюджета на ЕС. Накрая, изразът „финансовата загуба за фондовете“, съдържащ се в член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006, не поставя това тълкуване под въпрос. Възникването на действителна, количествено изразима финансова загуба е само един от факторите, които държавите членки са задължени да вземат под внимание, когато налагат финансови корекции на основание на тази разпоредба.

56. Според мен нарушение на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки като разглежданото в главното производство следователно представлява „нередност“ по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, която изисква компетентният орган в съответната държава членка да наложи финансова корекция на основание член 98, параграф 2 от същия регламент дори когато нарушението не е довело до количествено изразима финансова загуба за фондовете.

57. Град Вроцлав твърди, че ЦЕТП е нарушил член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006, като е изчислил механично финансовата корекция с помощта на „Taryfikator“-а и поради това не е отчел незначителната тежест на тази нередност и отсъствието на количествено изразима загуба за фондовете.

58. Могат ли компетентните органи да приложат предварително определена фиксирана корекция, когато установят нередности в процедурите за възлагане на обществени поръчки?

34 — C-465/10, EU:C:2011:867.

35 — По това дело Съдът се позовава на член 7, параграф 1 от Регламент (ЕИО) № 2052/88 на Съвета от 24 юни 1988 година за задачите на структурните фондове, тяхната ефективност, както и координацията на дейностите на фондовете помежду им и с тези на Европейската инвестиционна банка и на другите съществуващи финансови инструменти (ОВ L 185, стр. 9), изменен с Регламент (ЕИО) № 2081/93 на Съвета от 20 юли 1993 г. (ОВ L 193, стр. 5). Член 7, параграф 1 предвижда, че „[м]ерките, финансирани от Структурните фондове или от [Европейската инвестиционна банка] или от друг съществуващ финансов инструмент, трябва да бъдат в съответствие с разпоредбите на Договорите, с инструментите, приети в съгласие с тях, и с политиките на Общността, включително тези, отнасящи се до правилата за […] възлагането на обществени поръчки […]“ [неофициален превод].

36 — Решение Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, т. 46).

37 — Решение Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, т. 47 и цитираната съдебна практика). Вж. също заключението ми по дело Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (C-465/10, EU:C:2011:596, т. 59—65).

59. Въпреки че запитващата юрисдикция не е поискала изрични указания относно начина на изчисляване на приложимата финансова корекция, въпросът изисква внимание.

60. Член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006 изисква, когато държавата членка изчислява финансовата корекция, да вземе предвид характера и тежестта на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Тази разпоредба оставя широко право на преценка на държавата членка при условие да спазва двойния принцип на равностойност и ефективност, както и принципа на пропорционалност. Изискването за пропорционалност произтича по-специално от член 2, параграф 1 от Регламент № 2988/95, който налага въвеждането на административни проверки, мерки и санкции „дотолкова, доколкото са необходими за осигуряването на правилното прилагане на правото на [ЕС]“, както и да са „ефективни, пропорционални и с възпиращ ефект, така че [да] осигуряват адекватна защита на финансовите интереси на [Европейския съюз]“ [38]. Следователно финансовите корекции не трябва да излизат извън пределите на това, което действително е необходимо с оглед на характера и тежестта на нарушенията [39].

61. В допълнение Съдът е уточнил в контекста на мерките, насочени към защитата на финансовите интереси на Европейския съюз, че когато не е възможно да се определят с точност претърпените от Европейския съюз загуби, Комисията може да предвиди фиксирана корекция [40]. Считам, че същият принцип трябва да се прилага за държавите членки, когато действат на основание член 98 от Регламент № 1083/2006. Оттук следва, че компетентните национални органи могат да прилагат фиксирани корекции, когато установят нарушение на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки. Това положение е такова, при което често е трудно и дори невъзможно да се определят с точност произтеклите за фондовете загуби. Има вероятност използването на фиксирани корекции едновременно да улесни задачата на тези органи и да утвърди правната сигурност, като направи тези корекции по-предвидими. Разбира се, фиксираните корекции трябва да отразяват надлежно характера и тежестта на различните нередности, за които се прилагат, и да не бъдат непропорционални [41]. В този смисъл обстоятелствата могат понякога да наложат приложимата за дадена нередност фиксирана корекция да бъде адаптирана. Например, ако възлагащият орган действа в съответствие с национални норми, които не са в (пълно) съответствие с правото на ЕС, това би могло да се отрази на тежестта на съответната нередност, а оттам и на подходящия размер на финансовата корекция.

По прилагането на решението във времето

62. Полското правителство твърди, че съдебното решение трябва да произвежда действие само за в бъдеще, ако Съдът установи, че член 25 от Директива 2004/18 допуска възлагащ орган да налага ограничение за използване на подизпълнител като разглежданото в главното производство. В противен случай възлагащите органи можели да поискат възстановяване на финансовите корекции, наложени им след 2008 г., на основания, сходни с посочените в настоящото производство. Проверката на финансовите корекции, наложени на тези основания, била свързана с преизчисляване на размера на публичните разходи, вече нотифицирани от полските власти на Комисията. В такъв случай било възможно полските власти да не могат да изискат от Комисията вече авансираните от тях суми за финансово подпомагане.

38 — Регламент № 1303/2013 вече изрично изисква държавите членки да прилагат финансови корекции, които са „пропорционалн[и]“ (вж. член 143, параграф 2).

39 — Вж. заключение на генералния адвокат Jääskinen по дело Дания/Комисия (C-417/12 P, EU:C:2014:286, т. 76) (що се отнася до финансовите корекции, прилагани от Комисията).

40 — Вж. по-специално решения Обединено кралство/Комисия (C-346/00, EU:C:2003:474, т. 53), Белгия/Комисия (C-418/06, EU:C:2008:247, т. 136) и Дания/Комисия (C-417/12, EU:C:2014:2288, т. 105). Вж. също член 99, параграф 2 от Регламент № 1083/2006.

41 — Вж. точка 60 по-горе.

63. Ако Съдът приеме предложения от мен отговор на първия въпрос, не се налага разглеждане на това искане. Ако Съдът достигне до обратния извод обаче, не виждам основание за ограничаване на действието на съдебното решение във времето.

64. В съответствие с постоянната съдебна практика тълкуването, което при упражняване на възложената му от член 267 ДФЕС компетентност Съдът дава на норма на правото на ЕС, изяснява и уточнява, когато е необходимо, значението и приложното поле на тази норма, както тя трябва или е трябвало да се разбира и прилага от момента на влизането ѝ в сила. В резултат от това, така разтълкувана, нормата може и трябва да се прилага от съда дори към правоотношения, възникнали и установени преди решението за искането на тълкуване, ако освен това са налице останалите условия, които позволяват пред компетентните юрисдикции да се отнесе спор по прилагането на посочената норма [42].

65. При това положение Съдът само по изключение уважава искания като това на полското правителство. Съдът е прибягвал до това разрешение само при точно определени обстоятелства, когато съществува риск от тежки икономически последици, дължащ се по-специално на големия брой правоотношения, установени добросъвестно въз основа на считаната за валидно действаща правна уредба, и когато се установи, че лицата и националните власти са били подтикнати към поведение, което не съответства на правната уредба на ЕС поради обективна и значителна несигурност, що се отнася до приложното поле на разпоредбите на Съюза — несигурност, за която евентуално е допринесло поведението, възприето от други държави членки, или това на Комисията [43]. За разлика от това, финансовите последици, които могат да произтекат за държава членка от постановено решение по преюдициално запитване, сами по себе си не оправдават ограничаването на действието на това решение във времето [44].

66. По настоящото дело полското правителство твърди по същество, че съдебно решение относно тълкуването на Директива 2004/18 като посоченото в точка 62 по-горе би могло да доведе до значителни финансови последици за него. С оглед на току-що изложените по-горе принципи това искане не може да бъде прието. При всички положения полското правителство не е представило доказателства, позволяващи на Съда да провери дали действително съществува риск за Република Полша да възникнат тежки икономически последици. По-специално полското правителство не е посочило броя на наложените в тази държава членка финансови корекции поради аналогични на разглежданите в главното производство основания, които е възможно да бъдат оспорени при такова съдебно решение. То не дава информация и относно общия размер на тези корекции.

Заключение

67. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Варшавски областен административен съд, Полша) преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги не допуска възлагащ орган да предвижда в спецификацията за обществена поръчка за строителство от спечелилия оферент да се изисква абстрактно да изпълни определен процент от работата по поръчката със собствени сили.

42 — Вж. например решения Roders и др. (C-367/93—C-377/93, EU:C:1995:261, т. 42 и цитираната съдебна практика) и Richardson (C-137/94, EU:C:1995:342, т. 31).

43 — Решение Roders и др. (C-367/93—C-377/93, EU:C:1995:261, т. 43 и цитираната съдебна практика).

44 — Вж. по-специално решения Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, т. 68), Linneweber и Akritidis (C-453/02 и C-462/02, EU:C:2005:92, т. 44) и Santander Asset Management SGIIC и др. (C-338/11—C-347/11, EU:C:2012:286, т. 62).

2) Ако възлагащ орган не спази тази забрана в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка с финансиране по оперативна програма, за която се прилага Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999, този орган допуска „нередност“ по смисъла на член 2, точка 7 от същия регламент. В такъв случай член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006 изисква компетентният национален орган да наложи финансова корекция на възлагащия орган дори когато нередността не е довела до количествено изразима загуба за фондовете“.