Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
ELEANOR SHARPSTON
vom 17. November 2015 [1]

Rechtssache C-406/14

Wrocław – Miasto na prawach powiatu
gegen
Minister Infrastruktury i Rozwoju

(Vorabentscheidungsersuchen des Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie [Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau, Polen])

„Öffentliche Auftragsvergabe — Richtlinie 2004/18/EG — Verdingungsbedingungen — Beschränkung der Unterauftragsvergabe — Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 — ‚Unregelmäßigkeit', die eine finanzielle Berichtigung durch die zuständigen nationalen Behörden erfordert — Verstoß gegen das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge"

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft ein im Mai 2007 eingeleitetes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Bau einer Ringstraße in Wrocław (Breslau, Polen). Das Projekt wurde mit EU-Mitteln gefördert. In den Verdingungsbedingungen hatte die Stadt Wrocław vorgeschrieben, dass der erfolgreiche Bieter mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen habe. Die für die Überprüfung der ordnungsgemäßen Verwendung der EU-Finanzmittel zuständige nationale Behörde war der Auffassung, dass diese Bestimmung gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoße und daher mit der Richtlinie 2004/18/EG [2] unvereinbar sei. Infolgedessen wurde von dieser Behörde gegenüber der Stadt Wrocław eine Pauschalberichtigung in Höhe von 5 % des aus öffentlichen Mitteln gewährten Zuschusses festgesetzt.

2. Gegen die finanzielle Berichtigung klagte die Stadt Wrocław vor dem Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau, im Folgenden: vorlegendes Gericht). Das vorlegende Gericht möchte als Erstes wissen, ob die Richtlinie 2004/18, die insbesondere die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zum Ziel hat, die öffentlichen Auftraggeber daran hindert, erfolgreiche Bieter in der Vergabe von Unteraufträgen zu beschränken. Falls eine Beschränkung der Unterauftragsvergabe wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende mit dieser Richtlinie nicht vereinbar sein sollte, stellt sich das vorlegende Gericht darüber

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114). Maßgebend für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ist die zuletzt durch die Richtlinie 2006/97/EG des Rates vom 20. November 2006 (ABl. L 363, S. 107) geänderte Fassung der Richtlinie 2004/18. Die Richtlinie 2004/18 wird mit Wirkung vom 18. April 2016 durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94, S. 65) aufgehoben und ersetzt.

hinaus die Frage, ob die Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 [3] es erfordert, dass die dem öffentlichen Auftraggeber gewährte finanzielle Unterstützung selbst dann zu kürzen ist, wenn der Verlust, den der Europäische Fonds für regionale Entwicklung, der Europäische Sozialfonds oder der Kohäsionsfonds (im Folgenden: die Fonds) tatsächlich erlitten hat, nicht genau festgestellt werden kann.

Recht der Europäischen Union

Richtlinie 2004/18

3. Die Richtlinie 2004/18 koordiniert auf EU-Ebene die nationalen Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten [4]. Sie zielt darauf ab, die Wirksamkeit der Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze, u. a. der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, sicherzustellen. Außerdem soll sie die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb garantieren [5].

4. Die Richtlinie 2004/18 enthält Bestimmungen über Unteraufträge, um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu fördern [6].

5. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a definiert „[ö]ffentliche Aufträge“ als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne [der] Richtlinie [2004/18]“. Nach Art. 1 Abs. 11 Buchst. b sind „[n]ichtoffene Verfahren“ „Verfahren, bei denen sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben können“.

6. Art. 23 („Technische Spezifikationen“) Abs. 2 bestimmt: „Die technischen Spezifikationen müssen allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.“

7. Nach Art. 25 („Unteraufträge“) Abs. 1 „kann der öffentliche Auftraggeber [in den Verdingungsunterlagen] den Bieter auffordern oder er kann von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben“.

3 — Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 (ABl. L 210, S. 25). Zur Zeit des dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalts galt die zuletzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1989/2006 des Rates vom 21. Dezember 2006 (ABl. L 411, S. 6) geänderte Fassung. Die Verordnung Nr. 1083/2006 wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2014 aufgehoben durch die V**erordnung (EU) Nr. 1303/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 mit gemeinsamen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds, den Kohäsionsfonds, den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums und den Europäischen Meeres- und Fischereifonds sowie mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds, den Kohäsionsfonds und den Europäischen Meeres- und Fischereifonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates (ABl. L 347, S. 320)**.

4 — Zu der für das Ausgangsverfahren maßgebenden Zeit galt die Richtlinie 2004/18 für öffentliche Aufträge mit einem geschätzten Wert von mindestens 5 278 000 Euro ohne Mehrwertsteuer (Art. 7 Buchst. c).

5 — Zweiter Erwägungsgrund.

6 — 32. Erwägungsgrund.

8. Nach Art. 26 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) „können [die öffentlichen Auftraggeber] zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem [Unions]recht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden“.

9. Art. 44 („Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer, Vergabe des Auftrags“) Abs. 2 bestimmt, dass die öffentlichen Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit stellen können, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen; diese Mindestanforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen – ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen – stützen, um seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Art. 47 Abs. 2) sowie seine technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit (Art. 48 Abs. 3) nachzuweisen. In einem solchen Fall muss er dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise eine Zusage dieser Unternehmen vorlegt. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann u. a. durch Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen erbracht werden, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen des Wirtschaftsteilnehmers angehören oder nicht, bei öffentlichen Bauaufträgen insbesondere derjenigen, über die der Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks verfügt, oder durch die Angabe, welche Teile des Auftrags der Dienstleistungserbringer unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt (Art. 48 Abs. 2 Buchst. b und i).

Verordnung Nr. 2988/95

10. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates[7] bestimmt: „Zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen [Union] wird eine Rahmenregelung für einheitliche Kontrollen sowie für verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen bei Unregelmäßigkeiten in Bezug auf das [Unions]recht getroffen.“ Art. 1 Abs. 2 definiert „Unregelmäßigkeit“ als „jede[n] Verstoß gegen eine [Unions]bestimmung als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers …, die einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der [Europäischen Union] oder die Haushalte, die von [ihr] verwaltet werden, bewirkt hat bzw. haben würde, sei es durch die Verminderung oder den Ausfall von Eigenmitteleinnahmen, die direkt für Rechnung der [Europäischen Union] erhoben werden, sei es durch eine ungerechtfertigte Ausgabe“.

11. Art. 2 der Verordnung bestimmt insbesondere:

„(1) Kontrollen und verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen werden eingeführt, soweit sie erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Anwendung des [Unions]rechts sicherzustellen. Sie müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, um einen angemessenen Schutz der finanziellen Interessen der [Europäischen Union] zu gewährleisten.

(2) Eine verwaltungsrechtliche Sanktion kann nur verhängt werden, wenn sie in einem Rechtsakt der [Europäischen Union] vor dem Zeitpunkt der Unregelmäßigkeit vorgesehen wurde. Bei späterer Änderung der in einer [Unions]regelung enthaltenen Bestimmungen über verwaltungsrechtliche Sanktionen gelten die weniger strengen Bestimmungen rückwirkend.

(3) In den Bestimmungen des [Unions]rechts werden Art und Tragweite der verwaltungsrechtlichen Maßnahmen und Sanktionen in dem für die ordnungsgemäße Anwendung der betreffenden Regelung erforderlichen Maß und entsprechend der Art und Schwere der Unregelmäßigkeit, dem gewährten oder erlangten Vorteil und dem Grad des Verschuldens festgelegt.

7 — Vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 312, S. 1).

…“

Verordnung Nr. 1083/2006

12. Die Verordnung Nr. 1083/2006 legt auf der Grundlage von zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission geteilten Zuständigkeiten die allgemeinen Bestimmungen für die Fonds fest, darunter die Grundsätze und Regeln für die finanzielle Abwicklung, die Begleitung und die Kontrolle (Art. 1).

13. Gemäß Art. 3 Abs. 1 soll mit der Politik, die die Europäische Union im Rahmen des jetzigen Art. 174 AEUV verfolgt, der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt der erweiterten Europäischen Union gestärkt werden, um eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung der Union zu fördern. Mit ihr sollen die wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Disparitäten verringert werden, die sich insbesondere in den Mitgliedstaaten und Regionen mit Entwicklungsrückstand, im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen und sozialen Umstrukturierung sowie aus der Alterung der Bevölkerung ergeben [8].

14. Art. 2 Nr. 7 definiert „Unregelmäßigkeit“ als „jeden Verstoß gegen eine [Unions]bestimmung als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers, die dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste“.

15. Art. 9 Abs. 2 bestimmt insbesondere, dass die Kommission und die Mitgliedstaaten für die Kohärenz der Förderung aus den Fonds mit den Tätigkeiten, Politiken und Prioritäten der Europäischen Union zu sorgen haben. Nach Art. 9 Abs. 5 müssen die aus den Fonds finanzierten Vorhaben daher den Bestimmungen der Verträge und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsakten entsprechen [9].

16. Art. 14 Abs. 1 Unterabs. 1 bestimmt, dass die Ausführung der den Fonds zugewiesenen Haushaltsmittel der Europäischen Union im Rahmen der zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission geteilten Mittelverwaltung gemäß Art. 53 Abs. 1 Buchst. b der Haushaltsordnung erfolgt [10]. Nach Art. 14 Abs. 1 Unterabs. 2 ist der Grundsatz der wirtschaftlichen Haushaltsführung gemäß Art. 48 Abs. 2 der Haushaltsordnung anzuwenden. Nach dieser Vorschrift haben die Mitgliedstaaten mit der Kommission zusammenzuarbeiten, damit die Mittel nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Haushaltsführung verwendet werden.

17. Nach Art. 98 Abs. 1 in Titel VII („Finanzielle Abwicklung“) obliegt es in erster Linie den Mitgliedstaaten, Unregelmäßigkeiten zu untersuchen, bei nachgewiesenen erheblichen Änderungen, welche sich auf die Art oder die Bedingungen für die Durchführung und Kontrolle der Vorhaben oder der operationellen Programme auswirken, zu handeln und die erforderlichen finanziellen Berichtigungen vorzunehmen [11]. Nach Art. 98 Abs. 2 hat der Mitgliedstaat die finanziellen Berichtigungen vorzunehmen, die aufgrund der im Rahmen von Vorhaben oder operationellen Programmen festgestellten vereinzelten oder systembedingten Unregelmäßigkeiten notwendig sind. Diese Berichtigungen erfolgen, indem der öffentliche Beitrag zum operationellen Programm ganz oder teilweise gestrichen wird, wobei Art und Schweregrad der Unregelmäßigkeiten sowie der den Fonds entstandene finanzielle Verlust berücksichtigt werden.

8 — Vgl. auch den ersten Erwägungsgrund.

9 — Vgl. auch den 22. Erwägungsgrund.

10 — Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 248, S. 1). Vgl. auch den 28. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1083/2006.

11 — Vgl. auch den 65. Erwägungsgrund.

18. Art. 99 Abs. 1, ebenfalls in Titel VII, ermächtigt die Kommission, finanzielle Berichtigungen vorzunehmen, indem sie den Beitrag der Europäischen Union zu einem operationellen Programm ganz oder teilweise streicht, insbesondere dann, wenn sie nach der notwendigen Untersuchung zu dem Schluss gelangt, dass ein Mitgliedstaat vor Einleitung des Berichtigungsverfahrens durch die Kommission seinen Verpflichtungen gemäß Art. 98 nicht nachgekommen ist.

Polnisches Recht

19. Nach Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Aufträge (Ustawa Prawo Zamówień Publicznych) vom 29. Januar 2004 in der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Fassung müssen die öffentlichen Auftraggeber das Vergabeverfahren in einer Weise vorbereiten und durchführen, die die Wahrung eines fairen Wettbewerbs und die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer gewährleistet.

20. Nach Art. 36 Abs. 4 des Gesetzes über öffentliche Aufträge fordert der Auftraggeber den Teilnehmer auf, in seinem Angebot den Teil des Auftrags zu bezeichnen, den er als Unterauftrag vergeben will. Nach Art. 36 Abs. 5 kann der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bestimmen, welcher Teil des Auftrags nicht an Unterauftragnehmer vergeben werden darf.

Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

21. Am 18. Mai 2007 wurde vom Amt für Straßenverwaltung und -erhaltung der Stadt Wrocław ein nichtoffenes Verfahren für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Bau der nördlichen innerstädtischen Ringstraße eingeleitet. Für dieses Projekt wurde eine EU-Finanzhilfe nach dem operationellen Programm „Infrastruktur und Umwelt“ (im Folgenden: operationelles Programm) gewährt [12].

22. Obwohl sieben Wirtschaftsteilnehmer sich um die Teilnahme an diesem Verfahren beworben hatten, forderte die Stadt Wrocław lediglich fünf von ihnen zur Abgabe eines Angebots auf. Die Verdingungsunterlagen, die zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots versandt wurden, enthielten folgende Bestimmung: „Der Auftragnehmer ist verpflichtet, mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen“ (im Folgenden: 25%-Bedingung). Drei Wirtschaftsteilnehmer reichten ein Angebot ein.

23. Am 1. August 2008 schloss die Stadt Wrocław mit dem von ihr ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer einen Vertrag über die Ausführung des ersten Teils des Projekts (im Folgenden: öffentlicher Auftrag oder Auftrag).

24. Im Hinblick auf eine Förderung mit EU-Mitteln schloss die Stadt Wrocław im Jahr 2010 einen Vertrag mit dem Direktor des Zentrums für Unionsprojekte im Verkehrsbereich (Centrum Unijnych Projektów Transportowych, im Folgenden: CUPT) und dem Direktor des Büros für die Verwaltung von EU-Mitteln der Stadt Wrocław (Biuro Zarządzania Funduszami Europejskimi Urzędu Miasta Wrocławia). Dem CUPT oblag die Überwachung der Verwendung der finanziellen Mittel, die der Stadt Wrocław im Rahmen des operationellen Programms gewährt wurden.

25. Das CUPT vertrat die Ansicht, dass die Stadt Wrocław durch die Festlegung der 25%-Bedingung den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verletzt habe. Nach Meinung des CUPT ermächtigten weder EU-Recht noch nationales Recht zu einer derartigen Beschränkung der Unterauftragsvergabe. Das CUPT teilte der Stadt Wrocław daher am 24. Mai 2012 mit, dass es eine finanzielle Berichtigung in Höhe von 5 % des aus öffentlichen Mitteln gewährten Zuschusses (d. h. 8 600 473,38 PLN – zuzüglich

12 — Das operationelle Programm wurde sowohl vom Kohäsionsfonds als auch vom Europäischen Fonds für regionale Entwicklung finanziert, vgl. www.ec.europa.eu/regional_policy/fr/atlas/programmes/2007–2013/poland/operational-programme-infrastructure-and-environment.

Zinsen) festsetze. Die dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen zeigen, dass das CUPT dabei den „Taryfikator“ anwendete, eine Tabelle, in der in Abhängigkeit von der Art der Unregelmäßigkeit verschiedene Stufen einer finanziellen Pauschalberichtigung ausgewiesen sind [13]. Am 5. Juli 2012 wurde die finanzielle Berichtigung vom Minister für Verkehr, Bauwesen und Meereswirtschaft bestätigt.

26. Der Widerspruch der Stadt Wrocław gegen die finanzielle Berichtigung wurde von der Ministerin für regionale Entwicklung am 30. September 2013 zurückgewiesen. Aus dem Vorlageersuchen ergibt sich, dass Art. 36 Abs. 5 des Gesetzes über öffentliche Aufträge ihrer Ansicht nach die öffentlichen Auftraggeber nicht berechtigte, den erfolgreichen Bieter zur Durchführung eines abstrakt definierten Teils das Auftrags zu verpflichten. Die 25%-Bedingung verstoße, so die Ministerin, auch gegen Art. 25 der Richtlinie 2004/18. Diese Unregelmäßigkeit rechtfertige eine finanzielle Berichtigung nach der Verordnung Nr. 1083/2006.

27. Die Klage der Stadt Wrocław gegen diese Entscheidung ist nunmehr bei dem vorlegenden Gericht anhängig, das das Verfahren ausgesetzt und um eine Vorabentscheidung zu den folgenden Fragen ersucht hat:

1. Ist es im Licht von Art. 25 der Richtlinie 2004/18 zulässig, dass ein Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen festlegt, dass der Auftragnehmer mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat?

2. Falls die erste Frage verneint wird: Bewirkt die Verwendung der in der ersten Frage beschriebenen Anforderung im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen derartigen Verstoß gegen Vorschriften des Rechts der Europäischen Union, der die Vornahme einer finanziellen Berichtigung gemäß Art. 98 der Verordnung Nr. 1083/2006 erforderlich macht?

28. Schriftliche Erklärungen sind von der Stadt Wrocław, der österreichischen und der polnischen Regierung sowie der Kommission eingereicht worden. Eine mündliche Verhandlung ist nicht beantragt worden und hat auch nicht stattgefunden.

Würdigung

Frage 1: Beschränkungen der Unterauftragsvergabe nach der Richtlinie 2004/18

29. Es besteht Einigkeit darüber, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende öffentliche Bauauftrag vom Geltungsbereich der Richtlinie 2004/18 erfasst wird. Nach den Angaben der Stadt Wrocław hat der erfolgreiche Bieter für diese Arbeiten einen Bruttopreis von 257 565 599,68 PLN [14] angeboten, was den im maßgebenden Zeitpunkt geltenden Schwellenwert überschreitet [15].

30. Die Richtlinie 2004/18 hat nicht nur den Zweck, Behinderungen für den freien Dienstleistungsverkehr bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungs- oder Bauaufträge zu vermeiden, sondern sie soll auch die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb gewährleisten [16]. Im 32. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt es, dass die Möglichkeit der Vergabe von Unteraufträgen den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen

13 — Die Kommission ist der Ansicht, dass die Höhe der finanziellen Berichtigung im Ausgangsverfahren mit den Leitlinien für die Festsetzung der Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auf durch die Strukturfonds und den Kohäsionsfonds kofinanzierte Ausgaben anzuwenden sind (Cocof 07/0037/03, 29. November 2007), vereinbar ist. Diese Leitlinien finden sich unter http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction/correction_2007_de.pdf.

14 — Nach dem Wechselkurs zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Textes waren dies ungefähr 60 750 000 Euro.

15 — Siehe oben, Fn. 4.

16 — Zweiter Erwägungsgrund.

fördern kann. Unteraufträge versetzen diese Unternehmen in die Lage, an Vergabeverfahren teilzunehmen und öffentliche Aufträge – unabhängig von deren Umfang – zu erhalten [17]. Unteraufträge tragen somit dazu bei, durch Erhöhung der Anzahl der möglichen Bewerber für öffentliche Aufträge die Ziele der Richtlinie zu verwirklichen.

31. Art. 25 der Richtlinie 2004/18 bestimmt demgemäß nicht nur, dass ein Bieter Teile eines Auftrags als Unterauftrag vergeben kann, sondern enthält insoweit auch keinerlei Beschränkung [18]. Vielmehr bestätigt die Richtlinie 2004/18 ausdrücklich, dass ein Wirtschaftsteilnehmer sich gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die wirtschaftlichen und finanziellen sowie die technischen und/oder beruflichen Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen kann [19]. Demgemäß ist es nicht zulässig, einen Beteiligten von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nur deshalb auszuschließen, weil er zur Auftragsausführung Mittel einzusetzen beabsichtigt, die er nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören [20].

32. Allerdings hat der öffentliche Auftraggeber ein legitimes Interesse daran, sicherzustellen, dass der Auftrag effektiv und ordnungsgemäß ausgeführt wird. Wenn ein Wirtschaftsteilnehmer bei einem Vergabeverfahren Mittel anderer Wirtschaftsteilnehmer einsetzen will, muss er daher nachweisen, dass er die Mittel der entsprechenden Wirtschaftsteilnehmer, die er nicht selbst besitzt und deren Einsatz für die Durchführung des Auftrags notwendig ist, tatsächlich zur Verfügung hat [21]. Ein Bieter, der auf die technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten Dritter verweist, die ihm zur Verfügung stünden und auf die er im Fall eines Zuschlags zurückzugreifen gedenke, kann von dem Auftraggeber nur dann ausgeschlossen werden, wenn er dieser Anforderung nicht gerecht wird [22].

33. Der öffentliche Auftraggeber wird möglicherweise nicht immer in der Lage sein, bei der Angebotsbewertung und der Auswahl des niedrigsten Angebots die technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten der Unterauftragnehmer nachzuprüfen. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Richtlinie 2004/18 einem Verbot oder einer Beschränkung der Untervergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags in solchen Fällen nicht entgegensteht [23]. Das legitime Interesse an der Gewährleistung der effektiven und ordnungsgemäßen Durchführung des öffentlichen Auftrags rechtfertigt ein solches Verbot oder eine solche Beschränkung. Die Richtlinie 2004/18 verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber nicht, die Ausführung *wesentlicher Teile* des öffentlichen Auftrags durch Einrichtungen zu akzeptieren, deren Kapazitäten und Qualitäten sie im Laufe des Vergabeverfahrens nicht prüfen konnten [24].

34. Angesichts der wesentlichen Rolle, die der Unterauftragsvergabe bei der Verwirklichung der Ziele der Richtlinie 2004/18 zukommt [25], sind meiner Ansicht nach keine anderen Verbote oder Beschränkungen zulässig. Es trifft zu, dass der Gerichtshof in den Rechtssache Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino die Ansicht vertreten hat, dass es Arbeiten geben mag, die aufgrund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung der

17 — Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, Nr. 33).

18 — Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 31). Vgl. auch Urteile Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, EU:C:2001:401, Rn. 90) (zur Auslegung der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [ABl. L 199, S. 54]) und CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 41).

19 — Art. 47 Abs. 2 Satz 1, Art. 48 Abs. 2 Buchst. b und i und Art. 48 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2004/18.

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

21 — Art. 47 Abs. 2 Satz 2 und Art. 48 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2004/18. Vgl. auch Urteile Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, Rn. 28 und 29) und Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 44). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in der Rechtssache Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2015:365, Nr. 40).

22 — Urteil Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 46).

23 — Urteil Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 45).

24 — Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed in der Rechtssache Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2003:628, Nr. 82).

25 — Siehe oben, Nrn. 30 und 31.

Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer, die einzeln die Arbeit nicht leisten könnten, nicht erlangen lässt. In einem solchen speziellen Fall wäre der öffentliche Auftraggeber nach der Auffassung des Gerichtshofs berechtigt, zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt, gegebenenfalls gemäß Art. 44 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 unter Rückgriff auf eine begrenzte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern, soweit dieses Erfordernis mit dem fraglichen Auftragsgegenstand zusammenhängt und ihm angemessen ist [26]. Hierbei handelt es sich aber nicht um einen speziellen Grund, um die Unterauftragsvergabe als solche zu verbieten oder zu beschränken. Nichts steht dem entgegen, dass es sich bei diesem „einzigen Wirtschaftsteilnehmer“ oder dieser „begrenzten Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern“ um einen oder mehrere Unterauftragnehmer des oder der erfolgreichen Bieter(s) handelt.

35. Daraus ergibt sich, dass eine Bestimmung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, mit der Richtlinie 2004/18 eindeutig unvereinbar ist.

36. Erstens war die 25%-Bedingung Teil der Verdingungsunterlagen, die die Stadt Wrocław einer begrenzten Zahl von Anbietern zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots übermittelte. Somit beschränkte sie die Möglichkeit der Unterauftragsvergabe auf der Ebene der Angebotsbewertung und der Auswahl des erfolgreichen Bieters.

37. Die Stadt Wrocław trägt vor, sie habe ein legitimes Interesse daran gehabt, sicherzustellen, dass der erfolgreiche Bieter selbst über die zur Durchführung zumindest eines Teils des öffentlichen Bauauftrags erforderlichen technischen und personellen Kapazitäten verfüge; sie sei nämlich aufgrund des Gesetzes über öffentliche Aufträge bei der Angebotsbewertung nicht in der Lage gewesen, die technischen Kapazitäten und die finanzielle Situation von Unterauftragnehmern zu überprüfen. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Wenn dies eine zutreffende Wiedergabe des zur maßgebenden Zeit geltenden polnischen Rechts darstellt [27], dann hätte diese Vorschrift in der Praxis die Möglichkeit der Wirtschaftsteilnehmer, bei öffentlichen Ausschreibungen auf die Kapazitäten anderer Einrichtungen zu verweisen, eingeschränkt, was mit Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 unvereinbar wäre.

38. Zweitens betraf die 25%-Bedingung nicht die Durchführung genau definierter Aufgaben, sondern lediglich einen Prozentsatz des Gesamtauftragswerts. Diese Bedingung war daher nicht dazu angetan, den öffentlichen Auftraggeber in die Lage zu versetzen, für die effektive und ordnungsgemäße Durchführung wesentlicher Teile des Auftrags zu sorgen.

39. Auch wenn das vorliegende Verfahren die Richtlinie 2004/18 betrifft, ist es interessant, festzustellen, dass Art. 63 Abs. 2 der Nachfolgerichtlinie 2014/24 denselben Grundsatz enthält. Nach dieser Bestimmung können öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn das Angebot von einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern abgegeben wird – von einem Gruppenteilnehmer ausgeführt werden. Zwar werden durch diese Vorschrift nunmehr ausdrücklich Beschränkungen der Unterauftragsvergabe während der Bewertungs- und Auswahlphase erlaubt, solche Beschränkungen sind aber nur zulässig, soweit sie sich auf genau definierte Aufgaben beziehen, die für die Durchführung des Auftrags als „kritisch“ betrachtet werden.

26 — Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 35).

27 — Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass die Ministerin für regionale Entwicklung in ihrem Bescheid vom 30. September 2013 ausgeführt hat, dass das Gesetz über öffentliche Aufträge es den Wirtschaftsteilnehmern nicht erlaubt habe, zum Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Auftragsvergabeverfahren auf die Erfahrungen Dritter zu verweisen.

40. Die von mir gezogene Schlussfolgerung wird weder dadurch in Frage gestellt, dass die 25%-Bedingung nur eine beschränkte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern betraf, die im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erhielten, noch dadurch, dass keiner von ihnen dagegen vorgegangen ist oder ein Angebot unterbreitet hat, bei dem die Unterauftragsvergabe die Höchstgrenze überstieg. Diese Gegebenheiten ändern nichts an der streitigen Beschränkung. Diese Beschränkung ist aus den von mir genannten Gründen mit der Richtlinie 2004/18 unvereinbar.

41. Es ist gleichermaßen unerheblich, dass die in Rede stehende Beschränkung der Unterauftragsvergabe eine zusätzliche Bedingung für die Durchführung des Auftrags im Sinne des Art. 26 der Richtlinie 2004/18 darstellt. Öffentliche Auftraggeber können solche zusätzlichen Bedingungen nur vorschreiben, wenn sie mit dem EU-Recht vereinbar sind. Das ist hier nicht der Fall.

42. Schließlich stimme ich dem Vorbringen der Stadt Wrocław nicht zu, dass diese Auslegung der Richtlinie 2004/18 ihr gegenüber nicht zur Anwendung kommen könne, da Art. 36 Abs. 5 des Gesetzes über öffentliche Aufträge in der zur maßgebenden Zeit geltenden Fassung die öffentlichen Auftraggeber dazu ermächtigt habe, frei darüber zu entscheiden, welche Teile des öffentlichen Auftrags von einer Unterauftragsvergabe ausgenommen sein sollten. Die Stadt Wrocław ist als kommunale Gebietskörperschaft ein Bestandteil des Staates, gegenüber dem die hinreichend klaren, genauen und unbedingten Bestimmungen der Richtlinie unmittelbare Wirkung entfalten [28]. Es ist jedenfalls ständige Rechtsprechung, dass die nationalen Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts und insbesondere der Bestimmungen einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelung das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auslegen müssen, um das mit ihr angestrebte Ergebnis zu erreichen und auf diese Weise Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen [29] . *Die Anwendung des innerstaatlichen Rechts im Ausgangsverfahren ist zwar Sache des vorlegenden Gerichts, es scheint mir aber nicht unmöglich zu sein, Art. 36 Abs. 5 des Gesetzes über öffentliche Aufträge im Einklang mit der Richtlinie 2004/18, so wie ich sie oben ausgelegt habe, auszulegen.*

43. Ich komme daher zu dem Schluss, dass es die Richtlinie 2004/18 einem öffentlichen Auftraggeber verwehrt, in den Verdingungsunterlagen für einen öffentlichen Bauauftrag vorzuschreiben, dass der erfolgreiche Bieter verpflichtet ist, einen abstrakt als Prozentsatz bestimmten Teil der Aufgaben, die von diesem Auftrag umfasst sind, mit eigenen Mitteln zu erbringen.

Frage 2: finanzielle Berichtigung nach Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006

44. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Verordnung Nr. 1083/2006 im Ausgangsverfahren, das ein Projekt zum Gegenstand hat, das über ein operationelles Programm mit EU-Mitteln gefördert wurde, anwendbar ist.

45. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Verstoß – wie der oben dargestellte – gegen EU-Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 darstellt, der die Verpflichtung des betreffenden Mitgliedstaats zur Folge hat, gemäß Art. 98 Abs. 2 dieser Verordnung eine finanzielle Berichtigung vorzunehmen.

28 — Vgl. Urteil Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, Rn. 31 und 32). Vgl. entsprechend auch Urteil Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 38).

29 — Vgl. insbesondere Urteile von Colson und Kamann (14/83, EU:C:1984:153, Rn. 26) und Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, Rn. 98 und die dort angeführte Rechtsprechung).

46. Die Definition von „Unregelmäßigkeit“ in Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 enthält drei Bestandteile: i) Es muss eine Handlung oder eine Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers vorliegen, ii) die einen Verstoß gegen eine Unionsbestimmung darstellt und iii) die dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste.

47. Die ersten beiden Voraussetzungen sind im Ausgangsverfahren eindeutig erfüllt. Es besteht Einigkeit darüber, dass ein öffentlicher Auftraggeber wie die Stadt Wrocław trotz seiner Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts als Wirtschaftsteilnehmer im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 angesehen werden kann, wenn er ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchführt [30]. Wie sich aus meinem Vorschlag zur Beantwortung der Frage 1 ergibt, sehe ich hier auch die zweite Voraussetzung als erfüllt an.

48. Die Schwierigkeiten betreffen die dritte Voraussetzung.

49. Die Stadt Wrocław trägt vor, dass es im Ausgangsverfahren selbst dann, wenn die von ihr vorgegebene Beschränkung der Unterauftragsvergabe mit der Richtlinie 2004/18 unvereinbar sein sollte, keine sich daraus ergebende Wettbewerbsverzerrung und somit auch keinen Schaden für den EU-Gesamthaushaltsplan im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 gegeben habe. Die 25%-Bedingung sei in den Verdingungsunterlagen enthalten gewesen, die an die fünf zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer gegangen seien, und keiner von ihnen habe ihr widersprochen. Jeder der drei Wirtschaftsteilnehmer, die ein Angebot eingereicht hätten, habe den Einsatz von Unterauftragnehmern für erheblich weniger als 75 % des Gesamtauftragswerts vorgeschlagen. Die polnische Regierung und die Kommission sind im Wesentlichen der Ansicht, dass eine finanzielle Berichtigung schon dann gerechtfertigt sei, wenn nur das Risiko eines Schadens für den EU-Gesamthaushalt bestehe.

50. Ich möchte einleitend darauf hinweisen, dass ich der Ansicht der Stadt Wrocław, die Beschränkung der Unterauftragsvergabe habe keine Auswirkung auf das Verfahren zur Vergabe des öffentlichen Auftrags haben können, nicht zustimme. Hätte es diese Beschränkung nicht gegeben, wären die Bieter in der Lage gewesen, eine Unterauftragsvergabe von mehr als 75 % des Auftrags vorzuschlagen [31]. Wie die polnische Regierung und die Kommission zu Recht bemerken, hätte dies abweichende Angebote zur Folge haben können (z. B. hinsichtlich des Preises oder des Zeitrahmens für die Fertigstellung der Arbeiten). Außerdem ergibt sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen, dass nur drei der fünf zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich ein Angebot abgegeben haben. Die 25%-Bedingung hat möglicherweise die beiden anderen Wirtschaftsteilnehmer beeinflusst, kein Angebot abzugeben. Ein möglicher Verlust für die Fonds kann somit nicht ausgeschlossen werden.

51. Dies vorausgeschickt meine ich, dass diese Umstände für die Behandlung der Frage, ob Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006 in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren vorliegenden eine finanzielle Berichtigung gebietet, irrelevant sind.

30 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:876, Rn. 45).

31 — Die Tatsache, dass in ihren Angeboten eine Unterauftragsvergabe im Umfang von nicht mehr als 32,13 % vorgeschlagen wurde, ist insoweit unerheblich.

52. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung des Begriffs „Unregelmäßigkeit“ in der Verordnung Nr. 2988/95 gibt in diesem Zusammenhang nützliche Hinweise. Erstens definiert diese Verordnung den Begriff „Unregelmäßigkeit“ in ähnlicher Weise wie die Verordnung Nr. 1083/2006 [32]. Zweitens werden in der Verordnung Nr. 2988/95 allgemeine Grundsätze betreffend einheitliche Kontrollen sowie verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen bei Unregelmäßigkeiten in Bezug auf das EU-Recht aufgestellt, die in allen Bereichen, in denen die finanziellen Interessen der EU möglicherweise gefährdet sind, zu befolgen sind [33].

53. So betraf das Urteil Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre [34] die Rückforderung eines EU-Zuschusses aus dem Strukturfonds wegen Verletzung von EU-Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil betont, dass Strukturfondsmittel nicht für Maßnahmen eingesetzt werden dürfen, die unter Verletzung dieser Vorschriften durchgeführt werden [35]. Dass der Empfänger eines Zuschusses aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung in seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Durchführung der bezuschussten Aktion gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen hatte, bewirkte demzufolge eine ungerechtfertigte Ausgabe und somit einen Schaden für den EU-Haushalt [36]. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass „[a]uch Unregelmäßigkeiten, die keine konkreten finanziellen Auswirkungen haben, … die finanziellen Belange der [Europäischen] Union ernsthaft beeinträchtigen [können]“ [37].

54. Nach meiner Ansicht gelten diese Grundsätze auch bei der Auslegung des Begriffs „Unregelmäßigkeit“ in der Verordnung Nr. 1083/2006.

55. Erstens bestätigen sowohl der 22. Erwägungsgrund als auch Art. 9 Abs. 2 und 5 dieser Verordnung, dass die Tätigkeiten der Fonds und die Vorhaben, die sie mitfinanzieren, in vollem Umfang dem EU-Recht, einschließlich der EU-Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe, entsprechen müssen. Ein finanzieller Zuschuss zu einem Projekt, das nicht in jeder Hinsicht diesen Vorschriften entspricht, hat daher die Belastung des EU-Haushalts mit einer (zumindest teilweise) ungerechtfertigten Ausgabe zur Folge. Zweitens entspricht es dem in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2988/95 enthaltenen Grundsatz, dass die zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Anwendung des EU-Rechts ergriffenen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen abschreckend sein sollen, wenn unter diesen Umständen eine finanzielle Berichtigung angewandt wird. Das ist umso wichtiger, wenn es nicht leicht oder sogar unmöglich ist, den genauen Schaden, der dem EU-Haushalt durch die Unregelmäßigkeit entstanden ist, nachzuweisen und zu quantifizieren. Schließlich wird diese Auslegung durch die Bezugnahme auf den „dem Fonds entstandenen finanziellen Verlust“ in Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006 nicht in Frage gestellt. Ob tatsächlich ein messbarer Schaden eingetreten ist, ist lediglich einer der Faktoren, die die Mitgliedstaaten bei der Festsetzung der finanziellen Berichtigung nach dieser Vorschrift zu berücksichtigen haben.

32 — Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2988/95.

33 — Vgl. dazu Urteile Handlbauer (C-278/02, EU:C:2004:388, Rn. 31) und Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Gerichtshof hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Verordnung Nr. 2988/95 lediglich allgemeine Regeln aufstellt und dass die Rückforderung nicht richtig verwendeter Mittel deshalb auf der Grundlage anderer, gegebenenfalls sektorbezogener Bestimmungen (wie Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006) zu erfolgen hat (Urteil Somvao, C-599/13, EU:C:2014:2462, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

34 — C-465/10, EU:C:2011:867.

35 — Der Gerichtshof hat sich darin auf Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2052/88 des Rates vom 24. Juni 1988 über Aufgaben und Effizienz der Strukturfonds und über die Koordinierung ihrer Interventionen untereinander sowie mit denen der Europäischen Entwicklungsbank und der anderen vorhandenen Finanzinstrumente (ABl. L 185, S. 9) in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 2081/93 des Rates vom 20. Juli 1993 (ABl. L 193, S. 5) geänderten Fassung bezogen. Art. 7 Abs. 1 bestimmte, dass „[d]ie Aktionen, die Gegenstand einer Finanzierung durch die Strukturfonds oder einer Finanzierung der [Europäischen Investitionsbank] oder eines sonstigen vorhandenen Finanzinstruments sind, … den Bestimmungen der Verträge und der aufgrund der Verträge erlassenen Rechtsakte sowie den Gemeinschaftspolitiken, insbesondere hinsichtlich der … Vergabe öffentlicher Aufträge … entsprechen [müssen]“.

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

37 — Urteil Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:596, Nrn. 59 bis 65).

56. Ich bin der Ansicht, dass ein Verstoß gegen die EU-Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe, wie er im Ausgangsverfahren begangen wurde, eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 darstellt, die die zuständige Behörde in dem betreffenden Mitgliedstaat verpflichtet, auf der Grundlage von Art. 98 Abs. 2 dieser Verordnung eine finanzielle Berichtigung festzusetzen, selbst wenn der Verstoß zu keinem messbaren finanziellen Schaden für die Fonds geführt hat.

57. Die Stadt Wrocław vertritt die Ansicht, dass das CUPT Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006 verletzt habe, indem es die finanzielle Berichtigung mechanisch auf der Basis des „Taryfikator“ berechnet habe; sie habe damit versäumt, das geringe Gewicht dieser Unregelmäßigkeit und das Fehlen eines messbaren Schadens zu berücksichtigen.

58. Können die zuständigen nationalen Behörden vordefinierte Pauschalberichtigungen anwenden, wenn sie bei einem Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge Unregelmäßigkeiten feststellen?

59. Obwohl das vorlegende Gericht nicht ausdrücklich um Vorgaben dazu ersucht hat, wie eine anzuwendende finanzielle Berichtigung zu berechnen ist, ist dies doch eine Frage, die der Klärung bedarf.

60. Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006 verpflichtet den Mitgliedstaat, bei der Berechnung einer finanziellen Berichtigung Art und Schweregrad der Unregelmäßigkeiten sowie den dem Fonds entstandenen finanziellen Verlust zu berücksichtigen. Diese Vorschrift belässt dem Mitgliedstaat – vorbehaltlich der Beachtung der Zwillingsgrundsätze der Äquivalenz und der Effektivität und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – einen weiten Spielraum. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit folgt insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2988/95, der vorschreibt, dass Kontrollen, verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen eingeführt werden, „soweit sie erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Anwendung des [Unions]rechts sicherzustellen“, und die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein [müssen], um einen angemessenen Schutz der finanziellen Interessen der [Europäischen Union] zu gewährleisten“ [38]. Finanzielle Berichtigungen sollten daher nicht über das hinausgehen, was angesichts der Natur und der Schwere der Unregelmäßigkeiten tatsächlich erforderlich ist [39].

61. Der Gerichtshof hat im Übrigen im Zusammenhang mit Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union darauf hingewiesen, dass die Kommission eine pauschale Berichtigung in Erwägung ziehen kann, wenn der der Europäischen Union zugefügte Schaden nicht genau beurteilt werden kann [40]. Ich denke, dass derselbe Grundsatz auch für die Mitgliedstaaten gelten sollte, wenn sie auf der Grundlage des Art. 98 der Verordnung Nr. 1083/2006 tätig werden. Demnach können die zuständigen nationalen Behörden Pauschalberichtigungen anwenden, wenn sie einen Verstoß gegen die EU-Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe feststellen. Es handelt sich hier um eine Situation, in der es oft schwierig – wenn nicht unmöglich – ist, die den Fonds entstandenen Verluste genau zu ermitteln. Die Anwendung von Pauschalberichtigungen dürfte die Aufgabe dieser Behörden erleichtern und die Rechtssicherheit dadurch erhöhen, dass derartige Berichtigungen berechenbarer gemacht werden. Pauschalberichtigungen müssen selbstverständlich die Natur und die Schwere der jeweiligen Unregelmäßigkeit, auf die sie angewandt werden, angemessen widerspiegeln und dürfen nicht zu unverhältnismäßigen Berichtigungen führen [41]. Die Umstände können somit

38 — Die Verordnung Nr. 1303/2013 bestimmt nunmehr ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten finanzielle Berichtigungen vorzunehmen haben, die „angemessen“ sind (vgl. Art. 143 Abs. 2).

39 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Dänemark/Kommission (C-417/12 P, EU:C:2014:286, Nr. 76) (betreffend von der Kommission festgesetzte finanzielle Berichtigungen).

40 — Vgl. insbesondere Urteile Vereinigtes Königreich/Kommission (C-346/00, EU:C:2003:474, Rn. 53), Belgien/Kommission (C-418/06 P, EU:C:2008:247, Rn. 136) und Dänemark/Kommission (C-417/12 P, EU:C:2014:2288, Rn. 105). Vgl. auch Art. 99 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006.

41 — Siehe oben, Nr. 60.

zuweilen eine Anpassung der für eine bestimmte Unregelmäßigkeit geltenden Pauschalberichtigung erfordern. Wenn beispielsweise der Auftraggeber im Rahmen nationaler Vorschriften handelte, die mit dem EU-Recht nicht (voll) vereinbar waren, so dürfte dies die Schwere der Unregelmäßigkeit und demgemäß die Angemessenheit der finanziellen Berichtigung beeinflussen.

Zeitliche Wirkungen des Urteils

62. Für den Fall, dass der Gerichtshof entscheidet, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch Art. 25 der Richtlinie 2004/18 nicht daran gehindert wird, eine Beschränkung der Unterauftragsvergabe, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, vorzuschreiben, macht die polnische Regierung geltend, dass das Urteil lediglich für die Zukunft Wirkungen entfalten sollte. Andernfalls könnten öffentliche Auftraggeber die Erstattung finanzieller Berichtigungen fordern, die ihnen seit dem Jahr 2008 aus ähnlichen Gründen wie den in dem vorliegenden Verfahren geltend gemachten auferlegt worden seien. Eine Überprüfung der aus diesen Gründen auferlegten finanziellen Berichtigungen würde eine Neuberechnung der öffentlichen Ausgaben, wie sie von den polnischen Behörden der Kommission bereits mitgeteilt worden seien, erforderlich machen. Die polnischen Behörden könnten dann von der Kommission nicht den Umfang an finanzieller Beihilfe beanspruchen, den sie bereits vorgeleistet hätten.

63. Wenn der Gerichtshof die erste Frage in der von mir vorgeschlagenen Weise beantwortet, ist es nicht erforderlich, auf diesen Antrag einzugehen. Wenn der Gerichtshof aber zum gegenteiligen Ergebnis kommen sollte, bestünde nach meiner Ansicht kein Anlass, die Wirkungen des Urteils zeitlich zu beschränken.

64. Nach ständiger Rechtsprechung wird durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 267 AEUV vornimmt, erforderlichenfalls erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinn und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse anwenden können und müssen, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschrift betreffenden Streit vorliegen [42].

65. Vor diesem Hintergrund gibt der Gerichtshof Anträgen wie dem von der polnischen Regierung gestellten nur ausnahmsweise statt. Der Gerichtshof hat diese Lösung nur unter ganz bestimmten Umständen angewandt, wenn die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen bestand, die insbesondere auf die große Anzahl von Rechtsverhältnissen zurückzuführen waren, die gutgläubig auf der Grundlage der als gültig betrachteten Regelung eingegangen worden waren, und wenn sich herausstellte, dass die Bürger und die nationalen Behörden durch eine objektive und bedeutende Ungewissheit über die Tragweite der Unionsbestimmungen, zu der gegebenenfalls auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte, zu einem mit dem Unionsrecht unvereinbaren Verhalten veranlasst worden waren [43]. Die finanziellen Konsequenzen, die sich aus einem im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil für einen Mitgliedstaat ergeben können, können dagegen für sich allein die zeitliche Begrenzung der Wirkung dieses Urteils nicht rechtfertigen [44].

42 — Vgl. beispielsweise Urteile Roders u. a. (C-367/93 bis C-377/93, EU:C:1995:261, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung) und Richardson (C-137/94, EU:C:1995:342, Rn. 31).

43 — Urteil Roders u. a. (C-367/93 bis C-377/93, EU:C:1995:261, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 — Vgl. u. a. Urteile Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 68), Linneweber und Akritidis (C-453/02 und C-462/02, EU:C:2005:92, Rn. 44) und Santander Asset Management SGIIC u. a. (C-338/11 bis C-347/11, EU:C:2012:286, Rn. 62).

66. In der vorliegenden Rechtssache macht die polnische Regierung im Wesentlichen geltend, dass ein Urteil, mit dem die Richtlinie 2004/18 wie oben unter Nr. 62 dargestellt ausgelegt wird, für sie erhebliche finanzielle Auswirkungen hätte. Angesichts der Grundsätze, auf die ich soeben hingewiesen habe, kann dieses Vorbringen keinen Erfolg haben. Jedenfalls hat die polnische Regierung keine Unterlagen vorgelegt, die den Gerichtshof in die Lage versetzen würden, zu prüfen, ob für die Republik Polen tatsächlich die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen besteht. Insbesondere hat die polnische Regierung nicht angegeben, wie viele finanzielle Berichtigungen, die von diesem Mitgliedstaat aus Gründen, die den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entsprechen, festgesetzt wurden, durch ein solches Urteil in Frage gestellt werden könnten. Auch hat sie keine Informationen über den Gesamtbetrag dieser Berichtigungen vorgelegt.

Ergebnis

67. Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau, Polen) wie folgt zu beantworten:

1. Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge verwehrt es einem öffentlichen Auftraggeber, in den Verdingungsunterlagen für einen öffentlichen Bauauftrag vorzuschreiben, dass der erfolgreiche Bieter verpflichtet ist, einen abstrakt als Prozentsatz bestimmten Teil der Aufgaben, die von diesem Auftrag umfasst sind, mit eigenen Mitteln zu erbringen.

2. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber dieses Verbot im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags missachtet, der im Zuge eines operationellen Programms gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 gefördert wird, begeht er eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung. In einem solchen Fall ist die zuständige nationale Behörde nach Art. 98 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1083/2006 auch dann verpflichtet, gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber eine finanzielle Berichtigung festzusetzen, wenn den Fonds durch die Unregelmäßigkeit kein messbarer Schaden entstanden ist.