Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 17 listopada 2015 r.*

Sprawa C-406/14

Wrocław – Miasto na prawach powiatu
przeciwko
Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Polska)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Specyfikacja istotnych warunków zamówienia — Ograniczenie podwykonawstwa — Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 — „Nieprawidłowość" powodująca konieczność dokonania obowiązkowych korekt finansowych przez właściwe organy krajowe — Naruszenie procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy rozpoczętego w maju 2007 r. postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na budowę obwodnicy Wrocławia (Polska). W celu realizacji projektu skorzystano z pomocy finansowej Unii. Miasto Wrocław wskazało w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, że zwycięski oferent zobowiązany będzie wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem. Polski organ publiczny kompetentny w zakresie kontroli właściwego wykorzystywania środków unijnych uznał, że postanowienie to jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, a zatem jest niezgodne z dyrektywą 2004/18/WE**. W rezultacie organ ten nałożył na Miasto Wrocław korektę ryczałtową w wysokości 5% kwoty kosztów kwalifikowanych poniesionych ze środków publicznych.

2. Miasto Wrocław zaskarżyło decyzję w sprawie korekty finansowej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (zwanego dalej „sądem odsyłającym"). Sąd odsyłający zmierza do uzyskania wytycznych, po pierwsze, co do tego, czy dyrektywa 2004/18, która ma na celu w szczególności otwarcie zamówień publicznych na konkurencję, zakazuje instytucjom zamawiającym stosowania ograniczeń dotyczących podwykonawstwa wobec zwycięskich oferentów. Sąd odsyłający zastanawia się także, czy jeżeli ograniczenie podwykonawstwa takie jak to w postępowaniu głównym

* Język oryginału: angielski.

** Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114). Wersją dyrektywy 2004/18 istotną z punktu widzenia okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym jest ta ostatnio zmieniona dyrektywą Rady 2006/97/WE z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L 363, s. 107). Dyrektywa 2004/18 zostanie uchylona i zmieniona, z dniem 18 kwietnia 2016 r., dyrektywą 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94, s. 65).

jest sprzeczne z tą dyrektywą, to rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006*** wymaga ograniczenia pomocy finansowej przyznanej instytucji zamawiającej nawet w sytuacji, gdy nie jest możliwe dokładne określenie wysokości straty poniesionej przez Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, Europejski Fundusz Społeczny i Fundusz Spójności (zwane dalej „funduszami").

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

3. Dyrektywa 2004/18 koordynuje na szczeblu europejskim krajowe procedury udzielania zamówień publicznych powyżej pewnej wartości****. Ma ona na celu zapewnienie skutecznego wdrożenia zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, w tym zasady równego traktowania, zasady niedyskryminacji oraz zasady przejrzystości. Celem tej dyrektywy jest także otwarcie zamówień publicznych na konkurencję*****.

4. Dyrektywa 2004/18 zawiera przepisy dotyczące podwykonawstwa w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych******.

5. Artykuł 1 ust. 2 lit. a) definiuje „[z]amówienia publiczne" jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu [dyrektywy 2004/18]". W myśl art. 1 ust. 11 lit. b) „[p]rocedury ograniczone" oznaczają „te procedury, w których o udział ubiegać się może każdy wykonawca oraz w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą".

6. Artykuł 23 ust. 2 („Specyfikacje techniczne") stanowi: „Specyfikacja techniczna powinna umożliwiać oferentom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję".

7. Zgodnie z art. 25 akapit pierwszy („Podwykonawstwo") „[w] dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców".

8. Na mocy art. 26 („Warunki realizacji zamówień") „[i]nstytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi [Unii] oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach […]".

*** Rozporządzenie z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U. L 210, s. 25). Wersją mającą zastosowanie do okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym jest wersja ostatnio zmieniona rozporządzeniem Rady (WE) nr 1989/2006 z dnia 21 grudnia 2006 (Dz.U. L 411, s. 6). Rozporządzenie nr 1083/2006 zostało z dniem 1 stycznia 2014 r. uchylone rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającym wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającym rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U. L 347, s. 320).

**** W czasie istotnym dla okoliczności faktycznych w sprawie dyrektywa 2004/18 miała zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość wynosiła przynajmniej 5 278 000 EUR bez VAT [art. 7 lit. c)].

***** Motyw 2.

****** Motyw 32.

9. Artykuł 44 ust. 2 („Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień") stanowi, że instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, w celu wykazania zarówno swojej sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej (art. 47 ust. 2) oraz swoich kwalifikacji technicznych lub zawodowych (art. 48 ust. 3). W ostatnim z wymienionych przypadków będzie on musiał dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów. Dowód możliwości technicznych wykonawców może stanowić między innymi wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności – w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, którymi ten przedsiębiorca budowlany będzie dysponował do wykonania robót budowlanych lub wskazanie części zamówienia, której realizację usługodawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcy [art. 48 ust. 2 lit. b) i i)].

Rozporządzenie nr 2988/95

10. Artykuł 1 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 2988/95******* stanowi: „W celu ochrony interesów finansowych [Unii Europejskiej] niniejszym przyjmuje się ogólne zasady dotyczące jednolitych kontroli oraz środków administracyjnych i kar dotyczących nieprawidłowości w odniesieniu do prawa [Unii]". Artykuł 1 ust. 2 definiuje „nieprawidłowość" jako „jakiekolwiek naruszenie przepisów prawa [Unii] wynikające z działania lub zaniedbania ze strony podmiotu gospodarczego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę w ogólnym budżecie [Unii Europejskiej] lub w budżetach, które są przez [nią zarządzane], albo poprzez zmniejszenie lub utratę przychodów, które pochodzą ze środków własnych pobieranych bezpośrednio w imieniu [Unii Europejskiej], albo też w związku z nieuzasadnionym wydatkiem".

11. Artykuł 2 przewiduje w szczególności:

„1. Kontrole administracyjne, środki i kary wprowadza się w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla zapewnienia właściwego stosowania prawa [Unii]. Muszą one być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające, w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych [Unii Europejskiej].

2. Sankcji administracyjnej nie nakłada się, jeżeli nie zostało to przewidziane w akcie prawnym [Unii] obowiązującym przed datą dopuszczenia się nieprawidłowości. Jeśli po dokonaniu nieprawidłowości nastąpi zmiana przepisów nakładających kary administracyjne i zawartych w zasadach [Unii], stosowane będą z mocą wsteczną mniej surowe przepisy.

3. W postanowieniach prawa [Unii] zostaną określone charakter oraz zakres środków administracyjnych i sankcji, jakie są niezbędne dla prawidłowego stosowania danych zasad, z uwzględnieniem charakteru i wagi nieprawidłowości, przyznanej lub uzyskanej korzyści oraz stopnia odpowiedzialności.

[…]".

******* Z dnia 18 grudnia 1995 w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 312, s. 1).

Rozporządzenie nr 1083/2006

12. Rozporządzenie nr 1083/2006 ustanawia ogólne zasady dotyczące funduszy, w tym zasady zarządzania finansowego, monitorowania i kontroli, oparte na podziale obowiązków między państwa członkowskie a Komisję (art. 1).

13. Zgodnie z art. 3 ust. 1 działanie podejmowane przez Unię Europejską na podstawie obecnego art. 174 TFUE ma na celu wzmocnienie spójności gospodarczej i społecznej w rozszerzonej Unii Europejskiej w celu wsparcia harmonijnego, zrównoważonego i trwałego rozwoju Unii. Działanie to podejmowane jest w celu zmniejszenia dysproporcji gospodarczych, społecznych i terytorialnych, które powstają zwłaszcza w państwach i regionach opóźnionych w rozwoju i w związku z restrukturyzacją gospodarczą i społeczną oraz z procesem starzenia się ludności********.

14. Artykuł 2 pkt 7 definiuje „nieprawidłowość" jako „jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa [Unii] wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego".

15. Artykuł 9 ust. 2 stanowi w szczególności, że Komisja i państwa członkowskie zapewniają zachowanie spójności pomocy funduszy z działaniami, politykami i priorytetami Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 9 ust. 5 operacje finansowane z funduszy muszą być zatem zgodne z postanowieniami traktatów i aktów przyjętych na ich podstawie*********.

16. Artykuł 14 ust. 1 akapit pierwszy stanowi, że budżet Unii Europejskiej alokowany na fundusze jest wykonywany w ramach podziału zarządzania między państwa członkowskie i Komisję, zgodnie z art. 53 ust. 1 lit. b) rozporządzenia finansowego**********. Zgodnie z art. 14 ust. 1 akapit drugi stosuje się zasadę należytego zarządzania finansami zgodnie z art. 48 ust. 2 rozporządzenia finansowego. Na mocy tego ostatniego przepisu państwa członkowskie współpracują z Komisją w taki sposób, aby środki wykorzystywane były zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami.

17. Zgodnie z art. 98 ust. 1 zawartym w tytule VII („Zarządzanie finansowe") państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych**********. W myśl art. 98 ust. 2 państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego, przy uwzględnieniu charakteru i wagi nieprawidłowości oraz strat finansowych poniesionych przez fundusze.

18. Artykuł 99 ust. 1, także stanowiący część tytułu VII, upoważnia Komisję do dokonywania korekt finansowych w drodze anulowania całości lub części wkładu unijnego na rzecz programu operacyjnego, w szczególności jeżeli w wyniku niezbędnego badania stwierdzi ona, że państwo członkowskie nie przestrzega obowiązków wynikających z art. 98 przed wszczęciem procedury korekty przez Komisję.

******** Zobacz także motyw 1.

********* Zobacz także motyw 22.

********** Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1). Zobacz także motyw 28 rozporządzenia nr 1083/2006.

********** Zobacz także motyw 65.

Prawo polskie

19. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., w wersji istotnej dla okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

20. W myśl art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Zgodnie z art. 36 ust. 5 zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

21. W dniu 18 maja 2007 r. Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej w trybie przetargu ograniczonego. Przy realizacji projektu skorzystano z pomocy finansowej Unii w ramach programu operacyjnego „Infrastruktura i środowisko" (zwanego dalej „programem operacyjnym") **********.

22. Chociaż chęć udziału w tym przetargu wyraziło siedmiu wykonawców, Miasto Wrocław do złożenia ofert zaprosiło jedynie pięciu z nich. Specyfikacje istotnych warunków zamówienia przesłane wraz z zaproszeniem do składana ofert zawierały następujący warunek: „Wykonawca zobowiązany jest wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem" (zwany dalej „wymogiem 25%"). Oferty złożyło trzech wykonawców.

23. W dniu 1 sierpnia 2008 r. Miasto Wrocław udzieliło wybranemu wykonawcy zamówienia publicznego na roboty budowlane obejmujące wykonanie pierwszej części projektu (zwanego dalej „zamówieniem publicznym na roboty budowlane" lub „zamówieniem").

24. W 2010 r. Miasto Wrocław zawarło umowę z dyrektorem Centrum Unijnych Projektów Transportowych (zwanego dalej „CUPT") oraz dyrektorem Biura Zarządzania Funduszami Europejskimi Urzędu Miasta Wrocławia celem skorzystania z finansowania z Unii. Centrum Unijnych Projektów Transportowych odpowiedzialne było za monitorowanie wykorzystania środków przyznanych dla Miasta Wrocławia tytułem pomocy finansowej w ramach programu operacyjnego.

25. Centrum Unijnych Projektów Transportowych uważa, że nakładając wymóg 25% Miasto Wrocław naruszyło zasadę uczciwej konkurencji. Według CUPT tego rodzaju ograniczenie podwykonawstwa nie jest dopuszczalne ani na mocy prawa Unii, ani na mocy prawa krajowego. W związku z powyższym pismem z 24 maja 2012 r. CUPT poinformowało beneficjenta o ustaleniu korekty finansowej w wysokości 5% kwoty kosztów kwalifikowanych poniesionych ze środków publicznych (tj. 8 600 473,38 PLN plus odsetki). Z materiału dowodowego przedłożonego Trybunałowi wynika, że CUPT zastosowało „Taryfikator", czyli tabelę określającą różne poziomy ryczałtowych korekt finansowych w zależności od rodzaju nieprawidłowości**********. W dniu 5 lipca 2012 r. Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej potwierdził wysokość tej korekty.

********** Źródłem finansowania programu operacyjnego były Fundusz Spójności oraz Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego. Zobacz http://ec.europa.eu/regional_policy/pl/atlas/programmes/2007–2013/poland/operational-programme-infrastructure-and-environment.

********** Komisja twierdzi, że poziom korekty finansowej zastosowany w postępowaniu głównym jest zgodny z Wytycznymi dotyczącymi określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych (Cocof 07/0037/03, z dnia 29 listopada 2007 r.). Wytyczne te dostępne są pod adresem:
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction/correction_2007_pl.pdf

26. Minister Rozwoju Regionalnego oddalił w dniu 30 września 2013 r. skargę na korektę finansową wniesioną przez Miasto Wrocław. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym minister uznał, że zamawiający nie był uprawniony, zgodnie z art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, do tego, aby wymagać od zwycięskiego oferenta samodzielnego wykonania części zamówienia określonego w sposób abstrakcyjny jako procent. Zdaniem ministra wymóg 25% stał ponadto w sprzeczności z art. 25 dyrektywy 2004/18. Nieprawidłowość ta uzasadniała dokonanie korekty finansowej na gruncie rozporządzenia nr 1083/2006.

27. Skarga Miasta Wrocławia jest obecnie przedmiotem postępowania odwoławczego toczącego się przed sądem odsyłającym, który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie następujących pytań:

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

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

28. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Miasto Wrocław, rządy austriacki i polski oraz przez Komisję. Nie złożono wniosku o przeprowadzenie rozprawy i taka rozprawa się nie odbyła.

Analiza

W przedmiocie pytania 1: Ograniczenia podwykonawstwa na mocy dyrektywy 2004/18

29. Jest bezsporne, że zamówienie publiczne na roboty budowlane rozpatrywane w postępowaniu głównym objęte jest zakresem dyrektywy 2004/18. Miasto Wrocław wskazuje, że oferta zwycięskiego oferenta opiewała na kwotę brutto 257 565 599,68 PLN**********, co przekraczało próg obowiązujący w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych w sprawie**********.

30. Dyrektywa 2004/18 ma na celu nie tylko unikanie przeszkód w swobodzie świadczenia usług przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, lecz także zapewnianie otwarcia zamówień publicznych na konkurencję**********. Zgodnie z motywem 32 tej dyrektywy uwzględnienie podwykonawstwa może zachęcić małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych. Podwykonawstwo umożliwia przedsiębiorstwom wzięcie udziału w przetargu i uzyskanie zamówienia na roboty budowlane bez względu na wartość zamówień**********. Podwykonawstwo zatem przyczynia się do realizowania celów dyrektywy poprzez zwiększanie liczby potencjalnych kandydatów do uzyskania zamówień na roboty budowlane.

********** Jest to równowartość ok. 60 750 000 EUR według kursu walut obowiązującego w chwili sporządzania opinii.

********** Zobacz przypis 4 powyżej.

********** Motyw 2.

********** Zobacz także opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie Swm Costruzioni i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:130, pkt 33.

31. W związku z powyższym art. 25 dyrektywy 2004/18 nie tylko umożliwia odwołanie się do podwykonawców celem realizacji części zamówienia, lecz także nie stanowi ograniczeń w tym zakresie*. W dyrektywie 2004/18 wyraźnie potwierdzono bowiem, że wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na ekonomicznych, finansowych, technicznych lub zawodowych zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań**. W rezultacie nie można wykluczyć podmiotu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane wyłącznie z tego powodu, że w celu realizacji zamówienia oferuje on wykorzystanie zasobów niebędących jego własnością, ale należących do innego podmiotu lub innych podmiotów***.

32. Podsumowując: w uzasadnionym interesie zamawiających leży zapewnienie skutecznego i należytego wykonania zamówienia. W sytuacji gdy biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia przedsiębiorca zamierza polegać na zdolnościach innych przedsiębiorców, musi on wykazać, że faktycznie będzie dysponował zasobami tych przedsiębiorców, które nie stanowią jego własności, a których wykorzystanie jest niezbędne do wykonania zamówienia****. Oferent powołujący się na zdolności techniczne i ekonomiczne osób trzecich, na których zamierza polegać w przypadku udzielenia mu zamówienia, może być wykluczony przez zamawiającego jedynie w przypadku, gdy nie spełni on tego wymogu*****.

33. Zamawiający nie zawsze może mieć możliwość weryfikacji technicznych i ekonomicznych zdolności podwykonawców podczas badania ofert i wyboru oferenta proponującego najniższą cenę. W takich sprawach Trybunał orzekał, że dyrektywa 2004/18 nie wyklucza zakazu lub ograniczenia podwykonawstwa istotnych części zamówienia******. Zakaz lub ograniczenie tego rodzaju podyktowane jest uzasadnionym interesem polegającym na zapewnieniu skutecznego i należytego wykonania zamówienia publicznego. Dyrektywa 2004/18 nie wymaga od zamawiającego akceptacji wykonania *istotnych części* zamówienia publicznego przez podmioty, których zdolności zamawiający nie był w stanie poddać ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia*******.

34. Moim zdaniem, z uwagi na istotną rolę, jaką podwykonawstwo odgrywa w propagowaniu celów dyrektywy 2004/18********, nie jest dopuszczalne stosowanie żadnego innego zakazu lub ograniczenia. Istotnie, w wyroku Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino Trybunał stwierdził, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie kwalifikacji wielu podmiotów, którzy indywidualnie nie byliby w stanie wykonać robót. W tych szczególnych okolicznościach Trybunał orzekł, że instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny*********.

* Wyrok Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 31. Zobacz także wyroki: Ordine degli Architetti i in., C-399/98, EU:C:2001:401, pkt 90 (dotyczący wykładni dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane) (Dz.U. L 199, s. 54); CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 41.

** Artykuł 47 ust. 2 zdanie pierwsze, art. 48 ust. 2 lit. b) i i) i art. 48 ust. 3 zdanie pierwsze dyrektywy 2004/18.

*** Wyroki: Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 26; Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 43; Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, EU:C:2013:646, pkt 32.

**** Artykuł 47 ust. 2 zdanie drugie i art. 48 ust. 3 zdanie drugie dyrektywy 2004/18. Zobacz także wyroki: Holst Italia, EU:C:1999:593, pkt 28, 29; Siemens i ARGE Telekom, EU:C:2004:159, pkt 44. Zobacz także opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2015:365, pkt 40.

***** Wyrok Siemens i ARGE Telekom, EU:C:2004:159, pkt 46.

****** Wyrok Siemens i ARGE Telekom, EU:C:2004:159, pkt 45.

******* Opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda w sprawie Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2003:628, pkt 82.

******** Zobacz pkt 30 i 31 powyżej.

********* Wyrok Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, EU:C:2013:646, pkt 35.

Niemniej jednak nie jest to szczególna przesłanka uzasadniająca zakaz lub ograniczenie podwykonawstwa jako takiego. Nic nie stoi na przeszkodzie świadczeniu usług podwykonawstwa na rzecz zwycięskiego oferenta czy zwycięskich oferentów przez „jeden podmiot gospodarczy" lub „ograniczoną liczbę podmiotów gospodarczych".

35. Z powyższego wynika, że wskazanie takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym jest wyraźnie sprzeczne z dyrektywą 2004/18.

36. Po pierwsze, wymóg 25% stanowił część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą Miasto Wrocław skierowało do ograniczonej liczby wykonawców wraz z zaproszeniem do składania ofert. W ten sposób wprowadzono ograniczenie możliwości odwołania się do podwykonawstwa na poziomie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta.

37. Miasto Wrocław podnosi, że upatrywało uzasadniony interes w zapewnieniu, aby zwycięski oferent dysponował zdolnościami technicznymi oraz zasobami ludzkimi koniecznymi do wykonania przynajmniej części robót budowlanych, ponieważ Prawo zamówień publicznych nie przewidywało możliwości zweryfikowania zdolności technicznych i sytuacji finansowej podwykonawców na etapie porównywania ofert. Z argumentem tym nie można się zgodzić. Jeżeli jest to właściwy opis przepisów prawa polskiego obowiązujących w czasie istotnym dla sprawy**********, zasada ta ograniczała w praktyce możliwość polegania przez wykonawców na zdolnościach innych podmiotów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co stałoby w sprzeczności z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

38. Po drugie, wymóg 25% nie dotyczy wykonania szczegółowo zdefiniowanych zadań, ale jedynie odsetka całkowitej wartości zamówienia. A zatem nie był to wymóg mający umożliwić zamawiającemu zapewnienie skutecznego i należytego wykonania istotnej części tego zamówienia.

39. Chociaż przedmiotem niniejszego postępowania jest dyrektywa 2004/18, warto zauważyć, że taki sam tok rozumowania pojawia się w art. 63 ust. 2 dyrektywy ją zastępującej, mianowicie dyrektywy 2014/24. W myśl tego przepisu instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy. O ile przepis ten wyraźnie dopuszcza teraz stosowanie ograniczeń podwykonawstwa na etapie badania i wyboru, ograniczenia takie są dopuszczalne jedynie w zakresie, w jakim dotyczą szczegółowo zdefiniowanych zadań, uważanych za „kluczowe" dla wykonania zamówienia.

40. Wyciągniętego przeze mnie wniosku nie można zakwestionować ani poprzez odniesienie do faktu, że wymóg 25% miał zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do ograniczonej liczby wykonawców, którzy otrzymali zaproszenie do składania ofert w ramach przetargu ograniczonego, ani przez okoliczność, że żaden z nich ani nie zaskarżył jego wyniku, ani nie złożył oferty przewidującej podwykonawstwo w zakresie przekraczającym ten próg. Okoliczności takie nie zmieniają charakteru rozpatrywanego ograniczenia. Z wyjaśnionych powyżej powodów ograniczenie to stoi w sprzeczności z dyrektywą 2004/18.

41. Podobnie nieistotny jest fakt, że rozpatrywane ograniczenie podwykonawstwa stanowi warunek szczególny odnoszący się do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18. Instytucje zamawiające mogą określić tego rodzaju warunki szczególne jedynie w sytuacji, gdy są one zgodne z prawem Unii. W tym przypadku nie miało to miejsca.

********** W postanowieniu odsyłającym wskazano, że Minister Rozwoju Regionalnego w decyzji z dnia 30 września 2013 r. wyjaśnił, że Prawo zamówień publicznych nie zezwalało wykonawcom na poleganie na doświadczeniu osób trzecich celem wykazania, że spełniają warunki uczestnictwa w procedurze przetargowej.

42. Wreszcie nie przychylam się do twierdzenia Miasta Wrocławia, że taka wykładnia dyrektywy 2004/18 nie może mieć przeciwko niemu zastosowania, ponieważ art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, w wersji obowiązującej w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych, zezwalał zamawiającym na swobodne decydowanie, do których części zamówienia publicznego odnosi się zakaz podwykonawstwa. Miasto Wrocław, jako organ władzy lokalnej, zalicza się do organów państwa, wobec których wystarczająco jasne, precyzyjne i bezwarunkowe przepisy dyrektywy mogą być bezpośrednio skuteczne**********. W każdym wypadku zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, zapewnić jej zgodność z art. 288 akapit trzeci TFUE**********. Chociaż zastosowanie prawa krajowego w postępowaniu głównym jest kwestią, której rozstrzygnięcie należy do sądu krajowego, nie wydaje mi się, aby niemożliwa była wykładnia art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych spójna z dyrektywą 2004/18, zgodnie z interpretacją przedstawioną przeze mnie powyżej.

43. Podsumowując: dyrektywa 2004/18 wyklucza możliwość wskazania przez zamawiającego w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, że zwycięski oferent zobowiązany jest wykonać własnymi siłami część robót objętych tym zamówieniem określoną w sposób abstrakcyjny jako procent.

W przedmiocie pytania 2: Korekty finansowe na mocy art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006

44. Nie ulega wątpliwości, że rozporządzenie nr 1083/2006 ma zastosowanie w postępowaniu głównym, które dotyczy projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii w ramach programu operacyjnego.

45. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający pragnie dowiedzieć się, czy naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych Unii, takich jak te wskazane powyżej, stanowi „nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, powodującą powstanie po stronie zainteresowanego państwa członkowskiego obowiązku nałożenia korekty finansowej na podstawie art. 98 ust. 2 tego rozporządzenia.

46. Definicja „nieprawidłowości" zawarta w art. 2 pkt 7 rozporzadzenia nr 1083/2006 zawiera trzy elementy: (i) musi wystąpić działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego, (ii) które powoduje naruszenie przepisu prawa Unii oraz (iii) które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

47. Widać wyraźnie, że w postępowaniu głównym spełnione są dwa pierwsze warunki. Bezsporne jest, że zamawiającego takiego jak Miasto Wrocław, niezależnie od jego statusu osoby prawnej prawa publicznego, można utożsamiać z „podmiotem gospodarczym" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, w sytuacji gdy organizuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane**********. Z zaproponowanej przeze mnie odpowiedzi na pytanie 1 jasno wynika, że warunek drugi w niniejszej sprawie także został spełniony.

48. Trudność wiąże się z warunkiem trzecim.

********** Zobacz wyrok Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, pkt 31, 32. Zobacz także analogicznie wyrok Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 38.

********** Zobacz m.in. wyroki: von Colson i Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, pkt 26; Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 98 i przytoczone tam orzecznictwo.

********** Zobacz w tym względzie wyrok Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 45.

49. Miasto Wrocław twierdzi, że nawet jeżeli wprowadzone przez nie ograniczenie podwykonawstwa było sprzeczne z dyrektywą 2004/18, nie spowodowało ono zakłócenia konkurencji w postępowaniu głównym, a zatem nie doszło w związku z tym do naruszenia ogólnego budżetu Unii w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Wymóg 25% pojawił się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia skierowanych do pięciu wykonawców zaproszonych do składania ofert, przy czym żaden z nich nie zakwestionował tego wymogu. Każdy z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, zaproponował odwołanie się do podwykonawców w odniesieniu do mniej niż 75% całkowitej wartości swojej oferty. Rząd polski oraz Komisja twierdzą zasadniczo, że korekta finansowa jest uzasadniona nawet w sytuacji, gdy istnieje choćby tylko ryzyko naruszenia ogólnego budżetu Unii.

50. Na wstępie pragnę zauważyć, że nie przychylam się do stanowiska Miasta Wrocławia, zgodnie z którym ograniczenie podwykonawstwa z pewnością nie wywarło żadnego wpływu na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. W braku takiego ograniczenia oferenci mieliby możliwość zaproponowania odwołania się do podwykonawstwa w odniesieniu do ponad 75% zamówienia**********. Jak słusznie wskazały rząd polski i Komisja, mogło to powodować różnice w ofertach (przykładowo pod względem ceny lub ram czasowych przewidzianych na realizację robót). Ponadto z materiału przedstawionego Trybunałowi wynika, że jedynie trzech z pięciu wykonawców zaproszonych do składania ofert faktycznie je złożyło. Wymóg 25% mógł, potencjalnie, wpłynąć na decyzję dwóch pozostałych przedsiębiorców o nieskładaniu ofert. Nie można zatem wykluczyć ewentualnej straty dla funduszy.

51. To powiedziawszy – jestem zdania, że kwestie te są nieistotne dla celów opinii w kontekście rozważań, czy art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 wymaga zastosowania korekty finansowej w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym.

52. Orzecznictwo Trybunału oferuje w tym kontekście użyteczne wskazówki odnośnie do wykładni pojęcia „nieprawidłowości" w rozporządzeniu nr 2988/95. Po pierwsze, w rozporządzeniu tym zdefiniowano pojęcie „nieprawidłowości" podobnie jak w rozporządzeniu nr 1083/2006**********. Po drugie, rozporządzenie nr 2988/95 wprowadza ogólne zasady dotyczące jednolitych kontroli oraz środków administracyjnych i kar dotyczących nieprawidłowości w odniesieniu do prawa Unii, które można obserwować we wszystkich dziedzinach, w których istnieje potencjalne zagrożenie dla interesów finansowych Unii Europejskiej**********.

53. Sprawa Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre********** miała za przedmiot odzyskanie subwencji unijnej przyznanej w ramach funduszy strukturalnych w związku z nieprzestrzeganiem przepisów Unii regulujących udzielanie zamówień publicznych. Trybunał podkreślił w tym wyroku, że fundusze strukturalne nie mogą być wykorzystane do finansowania

********** W tym względzie okoliczność, że oferenci zaproponowali podwykonawstwo obejmujące maksymalnie 32,13%, jest nieistotna.

********** Artykuł 1 ust. 2 rozporządzenia nr 2988/95.

********** Zobacz w tym względzie wyroki: Handlbauer, C-278/02, EU:C:2004:388, pkt 31; Jager, C-420/06, EU:C:2008:152, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo. Niemniej jednak Trybunał wyraźnie wskazał, że skoro rozporządzenie nr 2988/95 ogranicza się do ustanowienia ogólnych przepisów, to odzyskanie niewłaściwie zastosowanych środków musi zostać przeprowadzone na podstawie innych przepisów, czyli w danym wypadku na podstawie przepisów sektorowych (np. art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006) (wyrok Somvao, C-599/13, EU:C:2014:2462, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

********** EU:C:2011:867.

działań podejmowanych z naruszeniem tych przepisów**********. W związku z tym fakt, że beneficjent subwencji z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, będący instytucją zamawiającą, przy wykonywaniu subwencjonowanego działania naruszył przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii**********. Trybunał zauważył, że „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych, mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy [Unii Europejskiej]”**********.

54. Moim zdaniem te same zasady mają istotne znaczenie w kontekście wykładni pojęcia „nieprawidłowości” w rozporządzeniu nr 1083/2006.

55. Po pierwsze, zarówno motyw 22, jak i art. 9 ust. 2 i 5 tego rozporządzenia potwierdzają, że działalność funduszy oraz operacje, które pomagają one sfinansować, powinny być w pełni spójne z prawem Unii, w tym z przepisami Unii regulującymi zamówienia publiczne. Przyznanie pomocy finansowej dla projektu, który nie jest we wszystkich aspektach zgodny z tymi przepisami, powoduje zatem nieuzasadniony (przynajmniej częściowo) wydatek dla budżetu Unii. Po drugie, zastosowanie w tych okolicznościach korekty finansowej jest spójne z zasadą ustanowioną w art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 2988/95, w myśl której środki administracyjne przyjęte dla zapewnienia właściwego stosowania prawa Unii muszą być odstraszające. Jest to tym istotniejsze w sytuacji, gdy wykazanie i precyzyjne oszacowanie skutków nieprawidłowości dla budżetu Unii może okazać się niełatwe lub nawet niemożliwe. Wreszcie odniesienie do „strat finansowych poniesionych przez fundusze” w art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 nie podważa zasadności tej wykładni. To, czy rzeczywiste, wymierne straty finansowe zaistniały, jest tylko jednym z czynników, które państwa członkowskie muszą brać pod uwagę przy nakładaniu kar finansowych na podstawie tego przepisu.

56. W moim przekonaniu naruszenie przepisów prawa Unii regulujących udzielanie zamówień publicznych takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym stanowi zatem „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, która wymaga od właściwych organów państw członkowskich zastosowania korekty finansowej na podstawie art. 98 ust. 2 tego rozporządzenia, nawet jeżeli naruszenie nie było źródłem żadnych wymiernych strat finansowych poniesionych przez fundusze.

57. Miasto Wrocław twierdzi, że CUPT naruszyło art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006, obliczając mechanicznie wysokość korekty finansowej w oparciu o „Taryfikator” i nie uwzględniając tym samym niewielkiej wagi tej nieprawidłowości i braku wymiernej straty poniesionej przez fundusze.

58. Czy właściwe organy krajowe mogą stosować z góry ustalone, ryczałtowe korekty w sytuacji, gdy wykryły nieprawidłowości w procedurach udzielania zamówień publicznych?

59. Chociaż sąd odsyłający nie zwraca się wyraźnie o dostarczenie wytycznych co do sposobu, w jaki należy obliczać wysokość mających zastosowanie korekt finansowych, jest to kwestia, która wymaga omówienia.

********** Trybunał powołał tu art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (EWG) nr 2052/88 z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie zadań funduszy strukturalnych i ich skuteczności oraz w sprawie koordynacji działań funduszy między sobą i z operacjami Europejskiego Banku Inwestycyjnego i innymi istniejącymi instrumentami finansowymi (Dz.U. L 185, s. 9), w brzmieniu zmienionym rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2081/93 z dnia 20 lipca 1993 r. (Dz.U. L 193, s. 5). Artykuł 7 ust. 1 przewiduje, że „[d]ziałania finansowane przez fundusze strukturalne lub otrzymujące wsparcie z [Europejskiego Banku Inwestycyjnego] lub z innego istniejącego instrumentu finansowego są zgodne z postanowieniami traktatów, z instrumentami przyjętymi zgodnie z nimi oraz z polityką Wspólnoty, w tym jej obszarami w dziedzinie […] udzielania zamówień publicznych […]”.

********** Wyrok Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre, EU:C:2011:867, pkt 46.

********** Wyrok Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre, EU:C:2011:867, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także moja opinia w sprawie Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre, C-465/10, EU:C:2011:596, pkt 59–65.

60. Artykuł 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 wymaga, aby przy obliczaniu wysokości korekt finansowych państwa członkowskie brały pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Przepis ten pozostawia państwom członkowskim szeroki margines uznania, pod warunkiem zachowania zgodności z bliźniaczymi zasadami równoważności i skuteczności, a także z zasadą proporcjonalności. Wymóg proporcjonalności wynika przede wszystkim z art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 2988/95, który przewiduje wprowadzanie kontroli administracyjnych, środków i kar „w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla zapewnienia właściwego stosowania prawa [Unii]" oraz aby były one „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych [Unii Europejskiej]"**********. Korekty finansowe nie powinny zatem wykraczać poza to, co jest konieczne z uwagi na charakter i wagę nieprawidłowości**********.

61. Ponadto w kontekście środków mających na celu ochronę interesów finansowych Unii Europejskiej Trybunał stwierdził jasno, że Komisja może rozważyć zastosowanie korekty ryczałtowej, jeżeli nie ma możliwości dokonania precyzyjnej oceny strat poniesionych przez Unię Europejską**********. Uważam, że ta sama zasada powinna mieć zastosowanie w odniesieniu do państw członkowskich działających na podstawie art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006. W związku z tym właściwe organy krajowe mogą stosować korekty ryczałtowe, jeżeli stwierdzą naruszenie przepisów prawa Unii regulujących udzielanie zamówień publicznych. W takiej sytuacji precyzyjna ocena związanych z tym strat poniesionych przez fundusze jest często trudna, a wręcz niemożliwa. Zastosowanie korekt ryczałtowych może zarówno ułatwić zadanie tym organom, jak i wzmocnić pewność prawa poprzez większą przewidywalność tego rodzaju korekt. Korekty ryczałtowe muszą oczywiście odpowiednio odzwierciedlać charakter i wagę różnych nieprawidłowości, do których się odnoszą, i nie mogą skutkować zastosowaniem nieproporcjonalnych korekt**********. Okoliczności mogą więc czasem wymuszać dostosowanie obowiązujących korekt ryczałtowych do zaistniałej nieprawidłowości. Przykładowo jeżeli zamawiający działał zgodnie z przepisami krajowymi, które nie były (w pełni) zgodne z prawem Unii, fakt ten prawdopodobnie wpłynie na wagę nieprawidłowości, a tym samym na ustalenie odpowiedniego poziomu korekty finansowej.

Skutki wyroku w czasie

62. Rząd polski twierdzi, że wyrok powinien wywoływać skutki prawne jedynie w przyszłości, jeśli Trybunał uzna, że art. 25 dyrektywy 2004/18 nie wyklucza możliwości zastosowania przez zamawiającego ograniczenia podwykonawstwa takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym. W przeciwnym wypadku zamawiający może domagać się zwrotu kwot korekt finansowych zastosowanych wobec niego od 2008 r. w oparciu o przesłanki podobne do tych przedstawionych w niniejszym postępowaniu. Weryfikacja korekt finansowych nałożonych na tej podstawie wymagałaby dokonania ponownych obliczeń kwot wydatków publicznych notyfikowanych już Komisji przez organy polskie. Żądanie organów polskich w przedmiocie zwrotu od Komisji przyznanych kwot pomocy finansowej może być zatem niemożliwe.

63. Jeżeli Trybunał zgodzi się z odpowiedzią, którą proponuję udzielić na pytanie pierwsze, rozpatrywanie tego żądania stanie się zbyteczne. Niemniej gdyby Trybunał doszedł do przeciwnych wniosków, nie widzę powodu, aby skutki wyroku ograniczać w czasie.

********** Rozporządzenie nr 1303/2013 przewiduje obecnie wyraźny wymóg, aby państwa członkowskie stosowały korekty finansowe, które są „proporcjonalne" (zob. art. 143 ust. 2).

********** Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie Dania/Komisja, C-417/12 P, EU:C:2014:286, pkt 76 (dotyczącej korekt finansowych stosowanych przez Komisję).

********** Zobacz w szczególności wyroki: Zjednoczone Królestwo/Komisja, C-346/00, EU:C:2003:474, pkt 53; Belgia/Komisja, C-418/06 P, EU:C:2008:247, pkt 136; Dania/Komisja, C-417/12 P, EU:C:2014:2288, pkt 105. Zobacz także art. 99 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006.

********** Zobacz punkt 60 powyżej.

64. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykładnia przepisu prawa Unii dokonana przez Trybunał w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE wyjaśnia i precyzuje znaczenie oraz zakres tego przepisu, tak jak powinien lub powinien był on być rozumiany i stosowany od chwili jego wejścia w życie. Z powyższego wynika, że sądy mogą i powinny stosować zinterpretowany w ten sposób przepis również do stosunków prawnych powstałych przed wydaniem orzeczenia w sprawie wniosku o dokonanie wykładni, jeżeli spełnione są wszystkie pozostałe przesłanki wszczęcia przed właściwym sądem postępowania w sprawie związanej ze stosowaniem takiego przepisu**********.

65. W świetle powyższego Trybunał w wyjątkowych przypadkach uwzględnia wnioski takie jak ten złożony przez rząd polski. Trybunał uciekał się do tego rozwiązania jedynie w bardzo szczególnych okolicznościach, gdy istniało ryzyko poważnych reperkusji finansowych z uwagi między innymi na znaczną liczbę stosunków prawnych nawiązanych w dobrej wierze na podstawie uregulowania uważanego za skuteczne i obowiązujące oraz gdy okazywało się, iż osoby prywatne oraz władze krajowe były zachęcane do zachowań niezgodnych z uregulowaniami Unii z powodu istnienia obiektywnej i istotnej niepewności odnośnie do zakresu przepisów prawa Unii, do której to niepewności przyczyniło się ewentualnie również takie zachowanie innych państw członkowskich bądź Komisji**********. Z kolei konsekwencje finansowe, jakie mogłyby wyniknąć dla państwa członkowskiego z orzeczenia wydanego w trybie prejudycjalnym, nie stanowią same w sobie uzasadnienia dla ograniczenia skutków tego orzeczenia w czasie**********.

66. W niniejszej sprawie rząd polski zasadniczo podnosi, że wyrok dokonujący wykładni dyrektywy 2004/18 jak wskazano w pkt 62 powyżej może wiązać się dla niego z poważnymi reperkusjami finansowymi. Ze względu na zasady przywołane wyżej argument ten nie może zostać uwzględniony. Rząd polski nie przedstawił żadnego materiału dowodowego, który pozwalałby Trybunałowi uznać, że Rzeczpospolita Polska faktycznie stoi w obliczu ryzyka poważnych reperkusji finansowych. Przede wszystkim rząd polski nie wskazał, jak wiele korekt finansowych nałożonych w tym państwie członkowskim w oparciu o przesłanki takie jak te w postępowaniu głównym miałoby zostać zakwestionowanych w takim wyroku. Nie podano także żadnych informacji na temat całkowitej kwoty tych korekt.

Wnioski

67. Wobec powyższego proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Polska) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

1. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wyklucza możliwość określenia przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, że zwycięski oferent zobowiązany jest wykonać własnymi siłami część robót objętych tym zamówieniem określoną w sposób abstrakcyjny jako procent.

2. Jeżeli zamawiający zlekceważy ten zakaz w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego korzystającego z pomocy w ramach programu operacyjnego regulowanego rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego

********** Zobacz na przykład wyroki: Roders i in., od C-367/93 do C-377/93, EU:C:1995:261, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo; Richardson, C-137/94, EU:C:1995:342, pkt 31.

********** Wyrok Roders i in., EU:C:1995:261, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo.

********** Zobacz m.in. wyroki: Bidar, C-209/03, EU:C:2005:169, pkt 68; Linneweber i Akritidis, C-453/02 i C-462/02, EU:C:2005:92, pkt 44; Santander Asset Management SGIIC i in., od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 62.

oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, dopuszcza się on „nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 7 tego rozporządzenia. W takich okolicznościach art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 wymaga od właściwych organów krajowych nałożenia na zamawiającego korekt finansowych, nawet jeżeli nieprawidłowość nie skutkowała poniesieniem przez fundusze wymiernych strat.