Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 17 november 2015 [1]

Mål C-406/14

Wrocław – Miasto na prawach powiatu
mot
Minister Infrastruktury i Rozwoju

(begäran om förhandsavgörande från Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (regional förvaltningsdomstoli Warszawa, Polen))

”Offentliga kontrakt — Direktiv 2004/18/EG — Förfrågningsunderlag — Begränsning av användningen av underentreprenad — Förordning (EG) nr 1083/2006 — ’Oegentlighet’ som medför obligatoriska finansiella korrigeringar av den behöriga nationella myndigheten — Överträdelse av förfarandet för offentlig upphandling av byggentreprenader”

1. Den nu aktuella begäran om förhandsavgörande har samband med ett förfarande för offentlig upphandling, som inleddes i maj 2007 och gällde byggandet av en kringfartsled i Wrocław (Polen). Projektet erhöll ekonomiskt stöd från unionen. Staden Wrocław uppställde som krav i förfrågningsunderlaget att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet skulle utföra minst 25 procent av den byggentreprenad som omfattades av kontraktet med egna resurser. Den myndighet i Polen, som var behörig att kontrollera att unionens finansiering användes korrekt, ansåg att detta krav stred mot principen om sund konkurrens och därför var oförenligt med direktiv 2004/18/EG. [2] Myndigheten påförde på grund därav staden Wrocław en schablonmässig korrigering med fem procent av de kostnader som hade finansierats med offentliga medel.

2. Staden Wrocław överklagade den finansiella korrigeringen till Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (regional förvaltningsdomstol i Warszawa; nedan kallad den hänskjutande domstolen). Den hänskjutande domstolen har till att börja med begärt att få klarlagt, huruvida direktiv 2004/18, vilket särskilt syftar till att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens, utgör hinder för upphandlande myndigheter att föreskriva begränsningar för de anbudsgivare som tilldelas kontrakt att anlita underentreprenörer. Om en sådan begränsning av underentreprenad, som är i fråga i det nationella målet, är oförenlig med detta direktiv, vill den hänskjutande domstolen även få klarlagt

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114). Den lydelse av direktiv 2004/18 som är relevant för omständigheterna i det nationella målet är den som ändrades senast genom rådets direktiv 2006/97/EG av den 20 november 2006 (EUT L 363, s. 107). Direktiv 2004/18 kommer från och med den 18 april 2016 att upphävas och ersättas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

huruvida det enligt rådets förordning (EG) nr 1083/2006 [3] krävs att det ekonomiska stöd som denna myndighet har beviljats, ska reduceras även när det inte är möjligt att exakt fastställa den förlust som har åsamkats Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden (nedan kallade fonderna).

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

3. Genom direktiv 2004/18 upprättas en samordning inom unionen av nationella förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt över ett visst värde. [4] Direktivets syfte är att sörja för att principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet, principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, däribland principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering och öppenhetsprincipen, får verkan. Det har även som syfte att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. [5]

4. För att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling innehåller direktiv 2004/18 bestämmelser om underentreprenörer. [6]

5. I artikel 1.2 a definieras ”offentliga kontrakt” som ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktiv 2004/18]”. I artikel 1.11 b definieras ”selektivt förfarande” som ett ”förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i, men där endast sådana ekonomiska aktörer får lämna anbud som får en inbjudan av den upphandlande myndigheten”.

6. Artikel 23 har rubriken ”Tekniska specifikationer” och i punkt 2 i den artikeln föreskrivs följande: “De tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens”.

7. Artikel 25 har rubriken ”Underentreprenad”. Första stycket i artikeln har följande lydelse: ”I förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.”

8. Enligt artikel 26, med rubriken ”Villkor för fullgörande av kontraktet”, gäller att ”[e]n upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.”

3 — Av den 11 juli 2006 om Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999 (EUT L 210, s. 25). Den lydelse, som ändrades senast genom rådets förordning (EG) nr 1989/2006 av den 21 december 2006 (EUT L 411, s. 6), var tillämplig vid tiden för omständigheterna i det nationella målet. Förordning nr 1083/2006 upphävdes från och med den 1 januari 2014 genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1303/2013 av den 17 december 2013 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden, Europeiska jordbruksfonden för lantbruksutveckling och Europeiska havs- och fiskerifonden, om fastställande av allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden och Europeiska havs- och fiskerifonden samt om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1083/2006 (EUT L 347, s. 320).

4 — Vid tiden för omständigheterna i det nationella målet var direktiv 2004/18 tillämpligt på offentliga byggentreprenadkontrakt, vars värde exklusive mervärdesskatt beräknades uppgå till minst 5 278 000 euro (artikel 7 c).

5 — Skäl 2.

6 — Skäl 32.

9. I artikel 44.2, med rubriken ”Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att den upphandlande myndigheten beträffande anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet får kräva miniminivåer som har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta. En ekonomisk operatör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter, för att bevisa både sin ekonomiska och finansiella ställning (artikel 47.2) och sin tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet (artikel 48.3). I det sistnämnda fallet ska den ekonomiska operatören bevisa för den upphandlande enheten att vederbörande kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet, till exempel genom att lägga fram ett åtagande från enheterna. Bevis på en ekonomisk aktörs tekniska förmåga får lämnas bland annat genom uppgifter om tekniker och tekniska organ, vare sig de tillhör den ekonomiska aktörens företag eller inte, i synnerhet uppgift om tekniker och tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden. Sådan bevisning får också lämnas till exempel genom upplysning om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören eventuellt kommer att lägga ut på underleverantörer (artikel 48.2 b och i).

Förordning nr 2988/95

10. I artikel 1.1 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 2988/95[7] föreskrivs följande: ”För att skydda [Europeiska unionens] finansiella intressen antas härmed allmänna regler om enhetliga kontroller och om administrativa åtgärder och sanktioner rörande oegentligheter i förhållande till [unions]rätten.” Med ”oegentligheter” avses enligt artikel 1.2 ”varje överträdelse av en bestämmelse i [unions]rätten som är följden av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör och som har lett eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för [unionens] allmänna budget eller budgetar som de förvaltar, antingen genom en otillbörlig utgift eller genom minskning eller bortfall av inkomster som kommer från de egna medel som uppbärs direkt för [unionens] räkning”.

11. I artikel 2 föreskrivs bland annat följande.

”1. Kontroller, administrativa åtgärder och sanktioner skall införas i den mån som de är nödvändiga för att säkerställa en riktig tillämpning av [unions]rätten. De skall vara effektiva, proportionella och avskräckande, så att de säkerställer ett adekvat skydd för [unionens] finansiella intressen.

2. Administrativa sanktioner får endast beslutas om de har införts genom en [unionsrättsakt] som föregår oegentligheten. Om förändringar senare görs i de bestämmelser om administrativa sanktioner som finns i en [unionsrättsakt], skall de bestämmelser som är minst ingripande tillämpas retroaktivt.

3. [Unions]rättens bestämmelser avgör arten och räckvidden av de administrativa åtgärder och sanktioner som behövs för en riktig tillämpning av de regler som avses och beror på oegentlighetens art och allvar, den beviljade förmånen eller den uppnådda fördelen och graden av ansvar.

…”

Förordning nr 1083/2006

12. I förordning nr 1083/2006 fastställs allmänna regler för fonderna, inbegripet principer och regler för ekonomisk förvaltning, övervakning och kontroll på grundval av det ansvar som delas mellan medlemsstaterna och Europeiska kommissionen (artikel 1).

7 — Av den 18 december 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT L 312, s. 1).

13. Enligt artikel 3.1 ska åtgärder som Europeiska unionen vidtar i enlighet med den bestämmelse som numera återfinns i artikel 174 FEUF utformas så, att de stärker den ekonomiska och sociala sammanhållningen i den utvidgade Europeiska unionen i syfte att främja harmonisk, balanserad och hållbar utveckling av unionen. De ska syfta till att minska de ekonomiska, sociala och territoriella skillnader som har uppstått framför allt i de länder och regioner som släpar efter i utvecklingen, och i samband med den ekonomiska och sociala omstruktureringen och den åldrande befolkningen. [8]

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

15. I artikel 9.2 föreskrivs bland annat att kommissionen och medlemsstaterna ska se till att stödet från fonderna är förenligt med Europeiska unionens verksamhet, politik och prioriteringar. Enligt artikel 9.5 ska därför de insatser som finansieras av fonderna överensstämma med fördragen och de rättsakter som har antagits i enlighet med dem. [9]

16. I artikel 14.1 första stycket stadgas att den del av unionens budget som anslås till fonderna ska genomföras inom ramen för delad förvaltning mellan medlemsstaterna och kommissionen i enlighet med artikel 53.1 b i budgetförordningen. [10] Enligt artikel 14.1 andra stycket ska principen om en sund ekonomisk förvaltning tillämpas i enlighet med artikel 48.2 i budgetförordningen. I sistnämnda artikel sägs att medlemsstaterna ska samarbeta med kommissionen för att se till att anslagen används enligt principen om en sund ekonomisk förvaltning.

17. I artikel 98.1, som återfinns i Avdelning VII med rubriken ”Ekonomisk förvaltning”, föreskrivs att medlemsstaterna ska ha det huvudsakliga ansvaret för att utreda oegentligheter och agera vid konstaterande av betydande ändringar som påverkar sättet och förutsättningarna för genomförandet eller kontrollen av insatser eller operativa program och genomföra de nödvändiga finansiella korrigeringarna. [11] Enligt artikel 98.2 ska medlemsstaten göra de finansiella korrigeringar som krävs i samband med att enskilda eller systembetingade oegentligheter konstateras i insatser eller operativa program. Dessa korrigeringar består i att dra in allt eller en del av det offentliga stödet till ett operativt program, med hänsyn tagen till oegentligheternas art och allvar och till den ekonomiska förlusten för fonderna.

18. I artikel 99.1, som också ingår i Avdelning VII, sägs att kommissionen får göra finansiella korrigeringar genom att helt eller delvis dra in unionsstödet till ett operativt program, bland annat om den efter nödvändig granskning drar slutsatsen att en medlemsstat inte har fullgjort sina skyldigheter enligt artikel 98 innan kommissionens korrigeringsförfarande inleddes.

Polsk rätt

19. Enligt artikel 7.1 i lagen av den 29 januari 2004 om offentlig upphandling (Ustawa Prawo Zamówień Publicznych), i den lydelse som är relevant i det nationella målet, ska den upphandlande myndigheten förbereda och genomföra ett upphandlingsförfarande på ett sådant sätt att sund konkurrens och likabehandling av ekonomiska aktörer säkerställs.

8 — Se även skäl 1.

9 — Se även skäl 22.

10 — Rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1). Se även skäl 28 i förordning nr 1083/2006.

11 — Se även skäl 65.

20. I artikel 36.4 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska begära att en aktör i sitt anbud uppger i vilken omfattning kontraktet kan komma att anförtros åt underleverantör. I artikel 36.5 sägs att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget får föreskriva att viss del av kontraktet inte får anförtros underleverantör.

Bakgrund, det nationella förfarandet och tolkningsfrågorna

21. Väg- och underhållsmyndigheten i staden Wroclaw inledde den 18 maj 2007 ett selektivt förfarande för offentlig upphandling gällande byggandet av en förbifartsled i stadens norra del. Projektet erhöll finansiellt stöd från unionen enligt ”Det operativa [12]

22. Fastän sju ekonomiska aktörer ansökte om att få delta i förfarandet, inbjöd staden Wrocław endast fem av dem att lämna anbud. Det förfrågningsunderlag som översändes tillsammans med inbjudan att lämna anbud innehöll följande krav: ”Den ekonomiska operatören ska utföra minst 25 procent av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser” (nedan kallat 25-procentskravet). Tre ekonomiska aktörer inkom med anbud.

23. Staden Wroclaw ingick den 1 augusti 2008 ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den aktör, som staden hade valt för att genomföra den första delen av projektet (nedan kallat det offentliga byggentreprenadkontraktet eller kontraktet).

24. År 2010 träffade staden Wrocław en överenskommelse med direktören för Centrum för Europeiska unionens transportprojekt (Centrum Unijnych Projektów Transportowych) (nedan kallat CUPT) och direktören för staden Wrocławs kontor för Europeiska unionens fonder (Biuro Zarządzania Funduszami Europejskimi Urzędu Miasta Wrocławia) i syfte att erhålla stöd från unionens fonder. CUPT hade kontrollansvaret för användningen av det finansiella stöd, som hade beviljats staden Wrocław enligt operativprogrammet.

25. CUPT ansåg att staden Wrocław genom att uppställa 25-procentskravet hade överträtt principen om sund konkurrens. Enligt CUPT:s mening tillät varken unionsrätten eller den nationella rätten en sådan begränsning av möjligheten att anlita underleverantörer. CUPT informerade därför staden Wrocław den 24 maj 2012 om att en finansiell korrigering skulle göras med fem procent av de kostnader som hade finansierats med offentliga medel (det vill säga 8 600 473,38 PLN jämte ränta). Av handlingarna i målet framgår att CUPT därefter tillämpade den så kallade Taryfikatorn, en tabell som anger olika nivåer för schablonmässig finansiell korrigering beroende på oegentlighetens art. [13] Ministeriet för transport, byggnadsverksamhet och sjöfart fastställde den 5 juli 2012 denna korrigering.

26. Ministeriet för regional utveckling avslog den 30 september 2013 staden Wrocławs överklagande av den finansiella korrigeringen. Enligt begäran om förhandsavgörande ansåg ministeriet att den upphandlande myndigheten, enligt artikel 36.5 i lagen om offentlig upphandling, saknade rätt att kräva att den anbudsgivare som tilldelas kontrakt själv ska genomföra en del av kontraktet, vilken angetts abstrakt som en procentandel. Enligt ministeriets uppfattning stred 25-procentskravet även mot artikel 25 i direktiv 2004/18. Denna oegentlighet motiverade en finansiell korrigering enligt förordning nr 1083/2006.

12 — Operativprogrammet finansierades genom både Sammanhållningsfonden och Europeiska regionala utvecklingsfonden. Se www.ec.europa.eu/regional_policy/fr/atlas/programmes/2007-2013/poland/operational-programme-infrastructure-and-environment.

13 — Kommissionen har anfört att den nivå för finansiell korrigering som tillämpades i det nationella förfarandet är förenlig med dess ”Riktlinjer för fastställande av finansiella korrigeringar som ska tillämpas på utgifter som medfinansieras av strukturfonderna och sammanhållningsfonden om bestämmelserna för offentlig upphandling inte följs” (Cocof 07/0037/03, den 29 november 2007). Dessa riktlinjer finns tillgängliga på:
www.ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction/correction_2007_en.pdf.

27. Staden Wrocławs överklagande av detta beslut behandlas nu i den hänskjutande domstolen, som har vilandeförklarat målet och begärt ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

”(1) Får den upphandlande myndigheten, mot bakgrund av artikel 25 i … direktiv 2004/18 …, uppställa som krav i förfrågningsunderlaget att den ekonomiska aktören ska utföra minst 25 procent av den byggentreprenad som omfattas av kontraktet med egna resurser?

(2) Om svaret på den första frågan är nekande: Utgör tillämpning i ett förfarande för offentlig upphandling av det krav, som beskrivs i den frågan, en sådan överträdelse av unionsrätten som motiverar att det vidtas en finansiell korrigering enligt artikel 98 i … förordning … nr 1083/2006 …?”

28. Staden Wroclaw, den österrikiska och den polska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Muntlig förhandling har varken begärts eller hållits.

Bedömning

Fråga 1: Begränsningar av användningen av underleverantörer enligt direktiv 2004/18

29. Det är ostridigt att det offentliga byggentreprenadkontrakt som är aktuellt i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. Staden Wrocław har anfört att den anbudsgivare, som tilldelades kontraktet, föreslog ett bruttopris på 257 565 599,68 PLN[14] för denna byggentreprenad, vilket översteg det tröskelvärde som var tillämpligt vid tiden för omständigheterna i det nationella målet.[15]

30. Direktiv 2004/18 har som syfte att inte endast undanröja hinder för friheten att tillhandahålla tjänster vid offentlig upphandling av tjänster eller byggentreprenader utan även att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.[16] I skäl 32 i detta direktiv anges att bestämmelser om underentreprenörer bör fastställas, för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. Genom att anlita underentreprenörer får sådana företag möjlighet att delta i offentliga upphandlingar och tilldelas offentliga kontrakt, oavsett storleken på dessa kontrakt.[17] Underentreprenad bidrar således till att direktivets syften uppnås genom att öka antalet möjliga anbudsgivare vid tilldelningen av offentliga kontrakt.

31. Av artikel 25 i direktiv 2004/18 följer således inte endast att en anbudsgivare får anlita underentreprenörer för en del av kontraktet, utan även att det saknas en begränsning i detta avseende.[18] I direktiv 2004/18 fastslås faktiskt uttryckligen att en ekonomisk aktör, vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt, får åberopa andra enheters ekonomiska, finansiella, tekniska och/eller

14 — Detta är ungefär 60 750 000 euro enligt den växelkurs som gäller i skrivande stund.

15 — Se fotnot 4 ovan.

16 — Skäl 2.

17 — Se även generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i mål Swm Costruzioni och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 33).

18 — Dom Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigin (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 31). Se även dom Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 90) angående tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) och dom CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 41).

professionella kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan dem.[19] En part kan följaktligen inte uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster enbart på grund av att vederbörande för genomförandet av kontraktet avser att använda resurser, som inte är dess egna utan tillhör en eller flera andra enheter.[20]

32. Upphandlande myndigheter har dock ett legitimt intresse av att säkerställa att kontraktet kommer att genomföras på ett effektivt och korrekt sätt. När en ekonomisk aktör avser att anlita andra ekonomiska aktörers kapacitet i ett anbudsförfarande, måste den därför bevisa att den faktiskt kommer att förfoga över de resurser, som dessa aktörer har, men som den inte själv äger och som är nödvändiga för att genomföra kontraktet.[21] Anbudsgivare, som gör gällande teknisk och ekonomisk kapacitet hos utomstående, som de avser att anlita vid en eventuell tilldelning av kontrakt, kan endast uteslutas av den upphandlande myndigheten, om de inte kan visa att de förfogar över dessa resurser.[22]

33. Den upphandlande myndigheten har inte alltid möjlighet att kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet, när den prövar anbuden och väljer ut den anbudsgivare som har det lägsta anbudet. Domstolen har för sådana fall slagit fast att direktiv 2004/18 inte utgör något hinder för ett förbud mot eller en begränsning av möjligheten att anlita underentreprenörer för grundläggande delar av ett kontrakt.[23] Ett förbud eller en begränsning av sådant slag är motiverat på grund av den upphandlande myndighetens legitima intresse av att säkerställa att det offentliga kontraktet kommer att genomföras på ett effektivt och korrekt sätt. Enligt direktiv 2004/18 krävs inte att en upphandlande myndighet ska godta att *viktiga delar* av kontraktet utförs av enheter, vilkas kompetens och kvaliteter den inte har kunnat pröva under upphandlingsförfarandet.[24]

34. Med hänsyn till den viktiga roll som underleverantörer har för att främja syftena med direktiv 2004/18,[25] är enligt min mening inga andra förbud eller begränsningar tillåtna. Domstolen fastslog visserligen i domen Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, att det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet, som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas. Domstolen anförde att den upphandlande myndigheten under dessa speciella omständigheter har rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet eller, i förekommande fall, med utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer enligt artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18, förutsatt att detta krav har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta.[26] Detta utgör emellertid inte en specifik grund för att förbjuda eller begränsa möjligheten att anlita underleverantörer som sådan. Ingenting hindrar en ”enstaka ekonomisk aktör” eller ett ”begränsat antal ekonomiska aktörer” från att vara underleverantör eller underleverantörer till den eller de anbudsgivare som tilldelas kontrakt.

35. Härav följer att ett sådant krav som är i fråga i det nationella målet är uppenbart oförenligt med direktiv 2004/18.

36. För det första utgjorde 25-procentskravet en del i det förfrågningsunderlag, som staden Wrocław sände till ett begränsat antal ekonomiska aktörer tillsammans med inbjudan att lämna anbud. Möjligheten att anlita underleverantörer inskränktes således i samband med bedömningen av anbudsgivare och val av den anbudsgivare som skulle tilldelas kontraktet.

19 — Artikel 47.2, första meningen, och artikel 48.2 b och i samt 48.3, första meningen, i direktiv 2004/18.

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

21 — Artikel 47.2 andra meningen och artikel 48.3 andra meningen i direktiv 2004/18. Se även dom Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punkterna 28 och 29) och dom Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 44). Se även generaladvokaten Wathelets förslag till avgörande i mål Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2015:365, punkt 40).

22 — Dom Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 46).

23 — Dom Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 45).

24 — Generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i mål Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2003:628, punkt 82).

25 — Se punkterna 30 och 31 ovan.

26 — Dom Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35).

37. Staden Wrocław har anfört att den hade ett legitimt intresse av att säkerställa att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet själv hade den tekniska kapacitet och de mänskliga resurser som krävdes för att genomföra åtminstone en del av det offentliga byggentreprenadkontraktet, eftersom lagen om offentlig upphandling inte möjliggjorde någon kontroll av underleverantörernas tekniska kapacitet och finansiella situation när anbudsgivarna jämfördes. Argumentet kan inte godtas. Om detta är en korrekt beskrivning av polsk lagstiftning vid den relevanta tidpunkten,[27] begränsade en sådan regel ekonomiska aktörers möjlighet att i praktiken åberopa andra enheters kapacitet vid ett förfarande för offentlig upphandling, vilket skulle vara oförenligt med artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18.

38. För det andra gäller 25-procentskravet inte utförande av väldefinierade arbetsuppgifter utan endast en procentuell andel av det totala kontraktsvärdet. Detta krav var därför inte sådant att det möjliggjorde för den upphandlande myndigheten att säkerställa ett effektivt och korrekt genomförande av de viktiga delarna i detta kontrakt.

39. Även om det nu aktuella förfarandet gäller direktiv 2004/18, är det av intresse att notera att samma förutsättning återkommer i artikel 63.2 i dess efterföljare, direktiv 2014/24. Enligt den bestämmelsen får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller, om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer, en deltagare i denna grupp. Trots att den bestämmelsen nu uttryckligen tillåter begränsningar av underentreprenad under bedömnings- och urvalsfasen, godtas sådana begränsningar endast i den mån de gäller väldefinierade arbetsuppgifter som anses vara ”kritiska” för genomförandet av kontraktet.

40. Att 25-procentskravet var tillämpligt endast på ett begränsat antal ekonomiska aktörer, som hade inbjudits att lämna anbud i samband med ett selektivt förfarande, eller att ingen av dem vare sig bestred detta krav eller lämnade ett anbud i vilket underentreprenad översteg taket, ger inte anledning att ifrågasätta den slutsats som jag har kommit fram till. Dessa omständigheter ändrar nämligen inte den omtvistade begränsningens karaktär. Av anförda skäl strider denna begränsning mot direktiv 2004/18.

41. Det är också oväsentligt att den ifrågavarande begränsningen av underentreprenader utgör ett sådant speciellt krav för fullgörande av kontraktet som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18. Den upphandlande myndigheten får ställa sådana särskilda krav endast under förutsättning att de är förenliga med unionsrätten. Så är inte fallet här.

42. Slutligen instämmer jag inte i staden Wrocławs argument att denna tolkning av direktiv 2004/18 inte kan åberopas mot staden, eftersom den upphandlande myndigheten, enligt artikel 36.5 i lagen om offentlig upphandling, i den lydelse som var tillämplig vid tiden för omständigheterna i det nationella målet, hade frihet att bestämma vilken del av det offentliga kontraktet, som inte kunde läggas ut på tredje part. Staden Wrocław tillhör, såsom lokal myndighet, de offentliga organ gentemot vilka ett direktivs tillräckligt tydliga, precisa och ovillkorliga bestämmelser har direkt effekt.[28] Det följer under alla omständigheter av fast rättspraxis att nationella domstolar – vid tillämpning av nationell rätt, särskilt lagbestämmelser, som specifikt har införts för att genomföra ett direktiv – är skyldiga att, i den utsträckning det är möjligt, tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att nå det resultat, som avses i direktivet, och att iaktta artikel 288 tredje stycket FEUF.[29] Även om tillämpning av nationell rätt i det nationella målet ankommer på den hänskjutande domstolen, tycks det mig inte omöjligt att tolka artikel 36.5 i lagen om offentlig upphandling i enlighet med direktiv 2004/18 såsom jag har tolkat det ovan.

27 — Av begäran om förhandsavgörande framgår att Ministeriet för regional utveckling i sitt beslut av den 30 september 2013 anförde att lagen om offentlig upphandling inte tillät ekonomiska aktörer att åberopa tredje parts erfarenhet för att visa att de uppfyllde villkoren för att delta i upphandlingsförfarandet.

28 — Se dom Costanzo (C-103/88, EU:C:1989:256, punkterna 31 och 32). Se även, analogt, dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 38).

29 — Se, bland annat, dom von Colson och Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punkt 26) och dom Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 98 och där angiven rättspraxis).

43. Jag gör således bedömningen att direktiv 2004/18 utgör hinder för att en upphandlande myndighet, i förfrågningsunderlaget för ett offentligt byggentreprenadkontrakt uppställer ett krav på att den anbudsgivare som tilldelas kontraktet ska utföra en viss del av de arbeten som omfattas av kontraktet, vilken angetts i abstrakta ordalag som en procentandel av arbetena, med egna resurser.

Fråga 2: Finansiell korrigering enligt artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006

44. Det är otvistigt att förordning nr 1083/2006 är tillämplig i det nationella målet, som gäller ett projekt som erhöll finansiellt stöd från unionen genom det operativa programmet.

45. Den hänskjutande domstolen önskar genom sin andra fråga få veta huruvida en sådan överträdelse av unionens regler om offentlig upphandling, som har konstaterats ovan, utgör en ”oegentlighet” i den mening, som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006 och medför skyldighet för den berörda medlemsstaten att göra en finansiell korrigering enligt artikel 98.2 i samma förordning.

46. Definitionen av ”oegentlighet” i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006 innehåller tre kriterier: i) det ska föreligga en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör, ii) som har resulterat i en överträdelse av en bestämmelse i unionslagstiftningen och iii) som har lett eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för Europeiska unionens allmänna budget genom att den allmänna budgeten belastas med en onödig utgift.

47. De två första kriterierna är klart uppfyllda i det nationella målet. Det är otvistigt att en sådan upphandlande myndighet som staden Wrocław, oavsett dess status som offentligrättsligt reglerad juridisk person, kan anses som en ”ekonomisk aktör” i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006, när den genomför en offentlig upphandling.[30] Såsom framgår av det svar som jag föreslår på fråga 1, anser jag att även det andra krteriet är uppfyllt här.

48. Svårigheten gäller det tredje kriteriet.

49. Även om den av staden Wrocław föreskrivna begränsningen av underentreprenad var oförenlig med direktiv 2004/18, har staden hävdat att det inte uppkom någon snedvridning av konkurrensen i det nationella förfarandet och därför inte någon negativ ekonomisk effekt på unionens allmänna budget i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006. 25-procentskravet fanns i det förfrågningsunderlag som sändes till de fem ekonomiska aktörer, som inbjöds att lämna anbud. Ingen av dessa ifrågasatte kravet. Var och en av de tre aktörer, som lämnade ett anbud, föreslog underentreprenad i betydligt mindre omfattning än 75 procent av det totala värdet på deras respektive anbud. Den polska regeringen och kommissionen har i huvudsak anfört att en finansiell korrigering är motiverad, även när det endast finns en risk för en negativ effekt på unionens allmänna budget.

50. Till att börja med håller jag inte med staden Wrocław om att begränsningen beträffande underleverantörer nödvändigtvis saknade effekt på förfarandet för tilldelning av det offentliga byggentreprenadkontraktet. Utan denna begränsning skulle anbudsgivarna ha kunnat föreslå underentreprenad omfattande mer än 75 procent av kontraktet.[31] Såsom den polska regeringen och kommmissionen korrekt har påpekat, skulle detta ha kunnat leda till andra anbud (i fråga om till exempel priset eller tidsåtgången för att slutföra byggentreprenaden). Det framgår dessutom av handlingarna i målet att endast tre av de fem ekonomiska aktörer, som inbjöds att lämna anbud, faktiskt gjorde det. 25-procentskravet kan möjligen ha föranlett de två återstående aktörerna att inte lämna anbud. En eventuell förlust för fonderna kan därför inte uteslutas.

30 — Se, för ett liknande resonemang, dom Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, punkt 45).

31 — Att deras anbudsgivare föreslog underentreprenad med endast 32.13 procent är oväsentligt i detta avseende.

51. Jag anser emellertid att dessa omständigheter saknar betydelse för bedömningen av huruvida det enligt artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006 krävs en finansiell korrigering i en sådan situation som den i det nationella målet.

52. Domstolens praxis angående tolkningen av begreppet ”oegentligheter” i förordning nr 2988/95 ger god vägledning i detta sammanhang. För det första definieras ”oegentligheter” i nämnda förordning på ett liknande sätt som i förordning nr 1083/2006. [32] För det andra fastslås i förordning 2988/95 allmänna regler om enhetliga kontroller och om administrativa åtgärder och sanktioner rörande oegentligheter i förhållande till unionsrätten, vilka ska iakttas på alla områden där Europeiska unionens ekonomiska intressen kan vara hotade. [33]

53. Domen Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre [34] gällde återkrav av stöd från unionens strukturfonder på grund av underlåtenhet att iaktta unionens regler om offentlig upphandling. Domstolen underströk i den domen att strukturfonderna inte får användas för att finansiera verksamhet som står i strid med dessa regler. [35] Att mottagaren av stöd från Europeiska regionala utvecklingsfonden i sin egenskap av upphandlande myndighet hade överträtt bestämmelser om offentlig upphandling med avseende på genomförandet av den stödfinansierade verksamheten, medförde således en otillbörlig utgift, vilket fick en negativ ekonomisk effekt för unionens budget. [36] Domstolen anmärkte att ”[ä]ven oegentligheter som inte har någon bestämd ekonomisk inverkan … allvarligt [kan] skada unionens finansiella intressen”. [37]

54. Jag anser att samma regler är relevanta vid tolkningen av begreppet ”oegentlighet” i förordning nr 1083/2006.

55. För det första fastslås både i skäl 22 och i artikel 9.2 och 9.5 i den förordningen att fondernas verksamhet och de insatser, som de bidrar till att finansiera, ska överensstämma helt med unionsrätten, inklusive unionens regler om offentlig upphandling. Att bevilja finansiellt stöd till ett projekt, som inte i alla avseenden överensstämmer med dessa regler, innebär således att unionens budget belastas med en (åtminstone delvis) otillbörlig utgift. Att tillämpa en finansiell korrigering under dessa omständigheter överensstämmer, för det andra, med regeln i artikel 2.1 i förordning 2988/95 att administrativa åtgärder, som vidtas för att säkerställa en riktig tillämpning av unionsrätten, ska vara avskräckande. Detta är i synnerhet viktigt i ett sammanhang, där det kan visa sig svårt eller rent av omöjligt att bevisa eller mäta den exakta skada som oegentligheten har åsamkat unionens budget. Hänvisningen till den ”ekonomiska förlusten för fonderna” i artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006 ger slutligen inte anledning att ifrågasätta denna tolkning. Huruvida en faktisk och mätbar ekonomisk förlust har inträffat är endast en av de faktorer som medlemsstaterna ska beakta när de påför finansiella korrigeringar med stöd av denna bestämmelse.

32 — Artikel 1.2 i förordning nr 2988/95.

33 — Se, för ett liknande resonemang, dom Handlbauer (C-278/02, EU:C:2004:388, punkt 31) och dom Jager (C-420/06, EU:C:2008:152, punkt 61 och där angiven rättspraxis). Domstolen har, eftersom förordning nr 2988/95 endast fastställer allmänna regler, klarlagt att det är på grundval av andra bestämmelser, närmare bestämt i förekommande fall sektorspecifika bestämmelser (till exempel artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006), som felaktigt använt stöd ska återkrävas (dom Somvao, C-599/13, EU:C:2014:2462, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

34 — C-465/10, EU:C:2011:867.

35 — Domstolen hänvisade där till artikel 7.1 i rådets förordning (EEG) nr 2052/88 av den 24 juni 1988 om strukturfondernas uppgifter och effektivitet och om samordningen av deras verksamhet dels inbördes, dels med Europeiska investeringsbankens och andra befintliga finansieringsorgans verksamhet (EGT L 185, s. 9), i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2081/93 av den 20 juli 1993 (EGT L 193, s. 5). I artikel 7.1 föreskrevs att ”[d]e åtgärder som finansieras av strukturfonderna eller får stöd från Europeiska investeringsbanken [...] eller andra befintliga finansieringsorgan ska överensstämma med bestämmelserna i fördragen, med de föreskrifter som antagits i anslutning till dessa och med gemenskapens politik, inklusive gemenskapens bestämmelser om [...] offentlig upphandling [...]”.

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

37 — Dom Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:867, punkt 47 och där angiven rättspraxis). Se även mitt förslag till avgörande i mål Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre (C-465/10, EU:C:2011:596, punkterna 59–65).

56. Enligt min mening utgör därför en sådan överträdelse av unionens regler om offentlig upphandling, som är i fråga i det nationella målet, en ”oegentlighet” i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006, vilken kräver att den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten ska påföra en finansiell korrigering enligt artikel 98.2 i denna förordning, även om överträdelsen inte har lett till någon mätbar ekonomisk förlust för fonderna.

57. Staden Wrocław har anfört att CUPT åsidosatte artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006 genom att beräkna den finansiella korrigeringen schablonmässigt på grundval av Taryfikatorn och således underlät att beakta att oegentligheten var av ringa svårighetsgrad och att det inte hade uppkommit någon mätbar förlust för fonderna.

58. Får de behöriga nationella myndigheterna tillämpa fastställda schablonkorrigeringar när de konstaterar oegentligheter i förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt?

59. Även om den hänskjutande domstolen inte uttryckligen har begärt vägledning vad gäller beräkningen av en finansiell korrigering, är frågan av ett sådant slag att den behöver klarläggas.

60. Enligt artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006 ska en medlemsstat vid beräkning av en finansiell korrigering ta hänsyn till oegentligheternas art och allvar och till den ekonomiska förlusten för fonderna. Denna bestämmelse lämnar ett stort handlingsutrymme till den medlemsstat som ska iaktta tvillingprinciperna om likvärdighet och effektivitet samt proportionalitetsprincipen. Proportionalitetskravet har sin grund framför allt i artikel 2.1 i förordning nr 2988/95. Enligt denna artikel ska kontroller, administrativa åtgärder och sanktioner införas ”i den mån som de är nödvändiga för att säkerställa en riktig tillämpning av [unions]rätten” och vara ”effektiva, proportionella och avskräckande, så att de säkerställer ett adekvat skydd för [unionens] finansiella intressen”. [38] Finansiella korrigeringar ska därför inte gå utöver vad som faktiskt är nödvändigt beroende på överträdelsernas art och allvar. [39]

61. Domstolen har vidare, i samband med åtgärder som syftar till att skydda unionens ekonomiska intressen, klargjort att kommissionen får överväga att använda en schblonmässig korrigering, när det inte är möjligt att exakt bestämma den ekonomiska förlust som unionen lidit. [40] Jag anser att samma princip ska tillämpas på medlemsstater när de agerar på grundval av artikel 98 i förordning nr 1083/2006. Härav följer att de behöriga nationella myndigheterna får använda schablonmässiga korrigeringar, när de konstaterar en överträdelse av unionens regler om offentlig upphandling. Detta är en situation där det ofta är svårt eller till och med omöjligt att exakt bestämma den uppkomna förlusten för fonderna. Det är sannolikt att en användning av schablonmässiga korrigeringar både underlättar myndigheternas arbete och främjar rättssäkerheten genom att göra sådana korrigeringar lättare att förutsäga. Schablonmässiga korrigeringar måste naturligtvis korrekt återspegla arten av och allvaret i de olika slags oegentligheter som de ska tillämpas på och får inte leda till oproportionerliga korrigeringar. [41] Omständigheterna kan således ibland kräva en anpassning av den tillämpliga schablonkorrigeringen beträffande en viss oegentlighet. Om den upphandlande myndigheten till exempel agerar i enlighet med nationella regler, som inte (helt) överensstämmer med unionsrätten, tenderar det att påverka oegentlighetens allvarlighetsgrad och således den korrekta nivån för finansiell korrigering.

38 — Förordning nr 1303/2013 kräver nu uttryckligen att medlemsstaterna ska tillämpa en finansiell korrigering som är ”proportionell” (se artikel 143.2).

39 — Se generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i mål Danmark/kommissionen (C-417/12 P, EU:C:2014:286, punkt 76) angående kommissionens finansiella korrigeringar.

40 — Se, bland annat, dom Förenade kungariket/kommissionen (C-346/00, EU:C:2003:474, punkt 53), dom Belgien/kommissionen (C-418/06 P, EU:C:2008:247, punkt 136) och dom Danmark/kommissionen (C-417/12 P, EU:C:2014:2288, punkt 105). Se även artikel 99.2 i förordning nr 1083/2006.

41 — Se punkt 60 ovan.

Domens rättsverkningar i tiden

62. Den polska regeringen har anfört att domen bör ha rättsverkningar endast för framtiden om domstolen kommer fram till att artikel 25 i direktiv 2004/18 inte utgör hinder för en upphandlande myndighet att föreskriva en begränsning av sådan underentreprenad som är i fråga i det nationella målet. Upphandlande myndigheter skulle annars kunna begära återbetalning av de finansiella korrigeringar, som har påförts dem sedan år 2008 av skäl som liknar dem som har anförts i det nu aktuella målet. Att kontrollera finansiella korrigeringar som har gjorts på dessa grunder skulle innebära omräkning av mängder av offentliga utgifter, som redan har rapporterats av polska myndigheter till kommissionen. De polska myndigheterna skulle i så fall inte kunna begära ersättning från kommissionen för det mycket omfattande ekonomiska stöd som de har förskotterat.

63. Om domstolen instämmer i det svar som jag har har föreslagit på den första frågan, är det inte nödvändigt att besvara denna begäran. Om domstolen emellertid skulle göra motsatt bedömning, ser jag inte något skäl till att begränsa domens rättsverkningar i tiden.

64. Av fast rättspraxis framgår att domstolens tolkning av en unionsrättslig bestämmelse, inom ramen för dess behörighet enligt artikel 267 FEUF, är avsedd att vid behov belysa och klarlägga den aktuella regelns innebörd och räckvidd, såsom regeln ska eller borde ha förstått och tillämpats alltsedan ikraftträdandet. Därav följer att den sålunda tolkade regeln kan och ska tillämpas på rättsförhållanden som har uppkommit och ingåtts före domen i tolkningsfrågan, om övriga förutsättningar för att väcka talan vid behörig domstol i en tvist som rör regelns tillämpning är uppfyllda. [42]

65. Mot denna bakgrund kan domstolen endast undantagsvis bifalla framställningar av det slag som den polska regeringen har gjort. Domstolen har i själva verket endast använt denna lösning när vissa särskilda omständigheter varit för handen. Det har gällt fall när det har förelegat fara för allvarliga ekonomiska återverkningar särskilt på grund av att det förelegat ett stort antal rättsförhållanden som ingåtts i god tro med stöd av bestämmelser som har antagits vara gällande. Det har vidare gällt fall där både enskilda personer och nationella myndigheter har förletts att handla på ett sätt som strider mot unionslagstiftningen på grund av att det har förelegat en objektiv och betydande osäkerhet beträffande de unionsrättsliga bestämmelsernas räckvidd, till vilken osäkerhet andra medlemsstaters eller kommissionens beteenden kan ha bidragit. [43] De eventuella ekonomiska följderna för en medlemsstat av en dom i ett mål om förhandsavgörande motiverar däremot inte i sig att domens rättsverkningar ska begränsas i tiden. [44]

66. I det nu aktuella målet har den polska regeringen i huvudsak anfört att en dom, som innebär en sådan tolkning av direktiv 2004/18 som anges i punkt 62 ovan, skulle kunna leda till betydande ekonomiska konsekvenser för den. Med hänsyn till de principer som jag precis har redogjort för, kan den polska regeringen inte vinna framgång med det argumentet. Den polska regeringen har hursomhelst inte anfört någon omständighet som skulle göra det möjligt för domstolen att bedöma huruvida Republiken Polen faktiskt riskerar att drabbas av allvarliga ekonomiska återverkningar. Den polska regeringen har inte ens uppgett hur många finansiella korrigeringar som har påförts i denna medlemsstat på liknande grunder som är i fråga i det nationella målet, och som således skulle kunna ifrågasättas genom en sådan dom. Den har inte heller tillhandahållit någon information om dessa korrigeringars totala belopp.

42 — Se, till exempel, dom Roders m.fl. (C-367/93–C-377/93, EU:C:1995:261, punkt 42 och där angiven rättspraxis) och dom Richardson (C-137/94, EU:C:1995:342, punkt 31).

43 — Dom Roders m.fl. (C-367/93–C-377/93, EU:C:1995:261, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

44 — Se, bland annat, dom Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, punkt 68), dom Linneweber och Akritidis (C-453/02 och C-462/02, EU:C:2005:92, punkt 44) och dom Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 62).

Förslag till avgörande

67. Mot bakgrund av dessa överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (regional förvaltningsdomstol i Warszawa, Polen) på följande sätt:

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster utgör hinder för att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget för ett byggentreprenadkontrakt uppställer ett krav på att den anbudsgivare som tilldelas kontrakt ska utföra en viss del av de arbeten som omfattas av kontraktet, vilken angetts i abstrakta ordalag som en procentandel av arbetena, med egna resurser.

(2) Om en upphandlande myndighet inte iakttar detta förbud i samband med ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt som erhåller stöd från ett operativt program enligt rådets förordning (EG) nr 1083/2006 av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999, begår den en ”oegentlighet” i den mening som avses i artikel 2.7 i denna förordning. Under sådana omständigheter krävs enligt artikel 98.2 i förordning 1083/2006 att den behöriga nationella myndigheten ska påföra den upphandlande myndigheten en finansiell korrigering, även om oegentligheten inte har lett till någon mätbar förlust för fonderna.