



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

14. juli 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — direktiv 2004/18/EF — offentlige bygge- og anlægskontrakter — lovligheden af en forpligtelse, der er pålagt tilbudsgiverne, til at gennemføre en vis procentdel af kontrakten uden at anvende underentreprenører — forordning (EF) nr. 1083/2006 — generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden — forpligtelse for medlemsstaterne til at foretage en finansiel korrektion i forbindelse med de afslørede uregelmæssigheder — begrebet »uregelmæssighed« — behovet for en finansiel korrektion i tilfælde af manglende overholdelse af EU-retten på udbudsområdet«

I sag C-406/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (den regionale domstol i forvaltningsretlige sager i Warszawa, Polen) ved afgørelse af 3. juni 2014, indgået til Domstolen den 27. august 2014, i sagen:

Wrocław - Miasto na prawach powiatu

mod

Minister Infrastruktury i Rozwoju

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen, og dommerne D. Šváby (refererende dommer), J. Malenovský, M. Safjan og M. Vilaras,

generaladvokat: E. Sharpston

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Wrocław – Miasto na prawach powiatu ved radca prawny W. Szuster
- den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget
- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

* Processprog: polsk.

— Europa-Kommissionen ved B.-R. Killmann, A. Tokár og M. Owsiany-Hornung, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 17. november 2015,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 25 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005 (EUT 2005, L 333, s. 28) (herefter »direktiv 2004/18«), og artikel 98 i Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 af 11. juli 2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999 (EUT 2006, L 210, s. 25).
- 2 Anmodningen er indgivet under en tvist mellem Wrocław – Miasto na prawach powiatu (byen Wrocław, Polen) og Minister Infrastruktury i Rozwoju (ministeriet for infrastruktur og udvikling) vedrørende en afgørelse, hvorefter førstnævnte blev pålagt en finansiel korrektion som følge af en angivelig tilsidesættelse af direktiv 2004/18 i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt om bygge- og anlægsarbejde, der medfinansieres af EU-fonde.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

- 3 Direktiv 2004/18 gjaldt i henhold til direktivets artikel 7, litra c), på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen for offentlige bygge- og anlægskontrakter, der ikke var omfattet af undtagelsesbestemmelser, og hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger 5 278 000 EUR.
- 4 En tilbudsgivers mulighed for at give en del af kontrakten i underentreprise til tredjemænd omtales bl.a. i direktivets artikel 25 som følger:

»I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode eller kan af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår.

Denne angivelse berører ikke den økonomiske aktørs ansvar som hovedmand.«

- 5 Artikel 26 i direktiv 2004/18 med overskriften »Betingelser vedrørende kontraktens udførelse« fastsætter:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten, og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

- 6 Denne bestemmelse er uddybet i 33. betragtning til direktivet, hvoraf det fremgår, at vilkårene for udførelse af en kontrakt er i overensstemmelse med nævnte direktiv, »hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Vilkårene kan bl.a. have til formål at fremme efteruddannelse på arbejdspladsen, skaffe beskæftigelse til personer med særlige integrationsproblemer, bekæmpe arbejdsløshed eller beskytte miljøet. Som eksempler kan bl.a. nævnes krav om – ved udførelsen af kontrakten – at ansætte langtidsløse eller iværksætte uddannelsesinitiativer for ledige eller for unge, at overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner, hvis de ikke er gennemført i national ret, og at ansætte flere handicappede, end den nationale lovgivning kræver«.
- 7 Direktiv 2004/18 fastsætter også kvalitative udvælgelseskriterier, der gør det muligt at udvælge de ansøgere, som skal gives adgang til at deltage i den procedure, hvorved der sker tildeling af en offentlig kontrakt. Artikel 48 i direktiv 2004/18 vedrørende teknisk og faglig formåen er affattet således:

»[...]

2. De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder, afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne:

[...]

- b) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, og især om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, uanset om de hører til i den økonomiske aktørs virksomhed eller ej, og, hvis det drejer sig om offentlige bygge- og anlægskontrakter, om dem, entreprenøren disponerer over til udførelsen af arbejdet

[...]

- i) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise

[...]

3. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

[...]

5. I forbindelse med offentlige kontrakter vedrørende leverancer, der kræver monterings- eller installationsarbejder, vedrørende tjenesteydelser og/eller bygge- og anlægsarbejder, kan de økonomiske aktørers formåen med hensyn til at udføre disse tjenesteydelser, installationsarbejder eller bygge- og anlægsarbejder især vurderes på grundlag af deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.

6. Den ordregivende myndighed anfører i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvilke af de i stk. 2 omhandlede former for dokumentation der skal fremlægges.«

Forordning nr. 1083/2006

- 8 Følgende fremgår af 66. betragtning til forordning nr. 1083/2006:

»Medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til forvaltnings- og kontrolsystemer, attestering af udgifter og forebyggelse, konstatering og korrektion af uregelmæssigheder og overtrædelser af fællesskabsretten bør fastlægges med henblik på at sikre en effektiv og korrekt gennemførelse af de operationelle programmer. [...]«

- 9 Forordningens artikel 1 bestemmer:

»Denne forordning fastsætter generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) og Den Europæiske Socialfond (ESF) (i det følgende benævnt »strukturfondene«) og Samhørighedsfonden [...]

[...]

Med henblik herpå indeholder forordningen principper og bestemmelser for partnerskab, programmering, evaluering, forvaltning, herunder økonomisk forvaltning, overvågning og kontrol på grundlag af medlemsstaternes og Kommissionens delte ansvar.«

- 10 Nævnte forordnings artikel 2, nr. 7), definerer begrebet »uregelmæssighed« som »enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk aktørs handling eller undladelse, der skader eller vil kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over det almindelige budget«.
- 11 I overensstemmelse med artikel 9, stk. 5, i forordning nr. 1083/2006 skal operationer, der finansieres af strukturfondene og samhørighedsfonden, være i overensstemmelse med bestemmelserne i retsakter udstedt i henhold til sekundær ret.
- 12 Forordningens artikel 98 med overskriften »Medlemsstaternes finansielle korrektioner« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne har i første række ansvaret for at undersøge uregelmæssigheder, idet de handler på grundlag af beviser for større ændringer, som berører arten af eller betingelserne for gennemførelse af eller kontrol med operationerne eller de operationelle programmer og foretager de nødvendige finansielle korrektioner.

2. Medlemsstaten foretager de nødvendige finansielle korrektioner i forbindelse med enkeltstående eller systembetingede uregelmæssigheder, som konstateres i forbindelse med operationer eller operationelle programmer. De korrektioner, der foretages af en medlemsstat, består i helt eller delvis at annullere det offentlige bidrag fra det operationelle program. Medlemsstaten tager hensyn til uregelmæssighedernes art og betydning og det økonomiske tab for fondene.

[...]«

Polsk ret

- 13 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at artikel 36, stk. 5, i ustawa – Prawo zamówień publicznych (lov om udbud) af 29. januar 2004 (herefter »p.z.p.«), i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder, var affattet således:

»Den ordregivende myndighed kan i udbudsbetingelserne bestemme, hvilke dele af kontrakten der ikke kan gives i underentreprise til tredjemand.«

- 14 Denne bestemmelse blev efterfølgende ændret således, at en erhvervsdrivende kan overdrage udførelsen af en offentlig kontrakt, som den pågældende er blevet tildelt, til en underentreprenør, undtagen når den ordregivende myndighed på grund af kontraktens særlige karakteristika har præciseret i udbudsbetingelserne, at kontrakten ikke, helt eller delvis, kan overdrages til en underentreprenør.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 15 Den 18. maj 2007 iværksatte den kompetente myndighed i byen Wrocław et begrænset udbud vedrørende delvis etablering af en ringvej. Dette projekt, udgifterne til hvilket beløb sig til ca. 65 mio. EUR, modtog finansiel støtte fra EU i henhold til det operationelle program for fællesskabsstøtte til Republikken Polen på området for infrastruktur og miljø inde for rammerne af »konvergens«-målet, der blev medfinansieret af Samhørighedsfonden og EFRU.

- 16 Af de syv erhvervsdrivende, der havde anmodet om at deltage i proceduren, blev de fem opfordret til at afgive et bud. Udbudsbetingelserne, der blev fremsendt til disse fem erhvervsdrivende, indeholdt en klausul, der var affattet således:

»Den erhvervsdrivende er forpligtet til at udføre mindst 25% af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde med egne midler.«

- 17 Den 1. august 2008 indgik byen Wrocław en offentlig kontrakt med den valgte erhvervsdrivende.

- 18 Efter en administrativ procedure, der fandt sted efter udførelsen af denne kontrakt, som var iværksat af de nationale myndigheder med ansvar for kontrol med lovligheden af visse foranstaltninger, der medfinansieres af EU, modtog byen Wrocław en opkrævning af en finansiel korrektion på principalt 8 600 473,38 polske zloty PLN (ca. 1 960 000 EUR), svarende til 5% af de udgifter, der havde været genstand for offentlig finansiering, som følge af den omstændighed, at den nævnte klausul angiveligt udgjorde en uregelmæssighed i lyset af direktiv 2004/18, der fandt anvendelse på den berørte kontrakt, henset til værdien heraf.

- 19 Ifølge forelæggelsesafgørelsen begrundede den myndighed, der var kompetent på det sidste stadium af denne administrative procedure, for det første denne finansielle korrektion med den omstændighed, at den omtvistede klausul havde begrænset anvendelsen af underentreprenører uden at overholde artikel 36, stk. 5, i p.z.p. Formålet med denne bestemmelse er således at sikre, at de dele af en kontrakt, hvortil der kræves særlige fagkundskaber og kompetencer, og hvor kvaliteten af udførelsen dermed afhænger af den udførendes individuelle egenskaber, faktisk udføres af en erhvervsdrivende, hvis formåen er blevet bedømt i forbindelse med udbudsproceduren. Dette formål har særlig betydning, eftersom de nationale forskrifter, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, ikke tillod de erhvervsdrivende at påberåbe sig tredjemands formåen for at godtgøre, at de opfyldte de krav til en tilbudsgivers formåen, der blev krævet for at deltage i udbuddet.

- 20 Ifølge denne myndighed var en ordregivende myndighed, der anvendte artikel 36, stk. 5, i p.z.p., derfor forpligtet til konkret at præcisere, hvilke dele af den berørte kontrakt der obligatorisk skulle udføres personligt af den valgte tilbudsgiver. En klausul som den i hovedsagen omhandlede, der er begrænset til implicit at fastsætte en procentdel af bygge- og anlægsarbejdet, der svarer til den del af dette arbejde, der skal udføres af den valgte tilbudsgiver, gør det, i strid med formålet med artikel 36, stk. 5, i p.z.p., imidlertid ikke muligt at fastlægge, om en begrænsning af adgangen til at anvende underentreprenører omhandler bygge- og anlægsarbejde, hvis udførelse kræver særlige kompetencer. Denne tilsidesættelse af national ret udgør ligeledes en tilsidesættelse af artikel 25 i direktiv 2004/18, idet nævnte myndighed herved har henvist til dom af 18. marts 2004, Siemens og ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

- 21 For det andet har begrænsningen af adgangen til at anvende underentreprenører, til trods for den angivelige tilsidesættelse af EU-rettens manglende betydning for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, en skadelig indvirkning på Unionens almindelige budget. Denne begrænsning medførte således en risiko for en forstyrrelse af konkurrenceligevægten, der kunne føre til en forhøjelse af de priser, der foreslås i tilbuddene, hvilken risiko er tilstrækkelig til at udgøre en uregelmæssighed som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006.
- 22 Det fremgår af oplysningerne i de sagsakter, som Domstolen har til rådighed, at satsen for den anvendte finansielle korrektion i det foreliggende tilfælde blev fastsat under anvendelse af en tabel, som den ansvarlige myndighed anvender.
- 23 Byen Wrocław har anlagt sag til prøvelse af afgørelsen om en finansiell korrektion for den forelæggende ret, idet den har anfægtet de to begrundelsesled, som denne afgørelse er baseret på. Hvad angår lovligheden af den omtvistede klausul i udbudsbetingelserne har byen Wrocław gjort gældende, at artikel 36, stk. 5, i p.z.p. i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, indeholdt princippet om, at den valgte tilbudsgiver skal udføre kontrakten med sine egne midler, idet anvendelsen af underentreprenører udgjorde en undtagelse, og det er på denne baggrund, at den ordregivende myndighed kunne godkende anvendelsen af underentreprenører uden at være forpligtet hertil. Den forelæggende ret synes at tilslutte sig denne fortolkning af den omhandlede bestemmelse.
- 24 Den forelæggende ret finder det for at løse den tvist, der er indbragt for den, nødvendigt at indhente Domstolens fortolkning af for det første artikel 25 i direktiv 2004/18, navnlig af udtrykket »dele af en kontrakt«, med henblik på at fastlægge, om denne bestemmelse er til hinder for, at en ordregivende myndighed fastsætter en maksimumsprocentdel af kontrakten, som den kommende valgte tilbudsgiver kan give i underentreprise. Den nævnte ret ønsker endvidere oplyst, om en sådan begrænsning kan være berørt af nævnte forordnings artikel 26 som en betingelse vedrørende udførelsen som omhandlet i sidstnævnte bestemmelse.
- 25 Det er den forelæggende rets opfattelse, at det følger af dom af 18. marts 2004, Siemens og ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), at direktiv 2004/18 gør det muligt at begrænse anvendelsen af underentreprenører til udførelsen af offentlige kontrakter under forudsætning af, at dette ikke har den virkning, at erhvervsdrivende, der ønsker at anvende underentreprenørers tekniske og økonomiske formåen, hindres i at deltage i en udbudsprocedure. Denne dom forholder sig imidlertid ikke til spørgsmålet, om en ordregivende myndighed er berettiget til at udtrykke den mængde af bygge- og anlægsarbejdet, som den valgte tilbudsgiver skal udføre personligt, i form af en procentdel.
- 26 Den forelæggende ret er desuden i tvivl om, hvorvidt en klausul som den i hovedsagen omhandlede – idet den begrænser små og mellemstore virksomheders mulighed for at deltage i bygge- og anlægsarbejde, der er genstand for et udbud – kan tilsidesætte princippet om at åbne udbudsområdet for en fri og ufordrejet konkurrence, idet dette princip gælder for alle virksomheder, uanset deres størrelse, hvorfor der i denne henseende bør rettes en særlig opmærksomhed mod små og mellemstore virksomheder. Den forelæggende ret har på dette punkt henvist til Domstolens praksis, herunder dom af 10. oktober 2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 33).
- 27 For det andet finder den forelæggende ret det ligeledes nødvendigt at søge en afklaring med hensyn til begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i forordning nr. 1083/2006, således at den kan fastlægge, om betydningen af den eventuelle tilsidesættelse af EU-retten, der har påvirket den omhandlede udbudsprocedure – i betragtning af omstændighederne i den sag, der er indbragt for den – kræver en finansiell korrektion.
- 28 Den forelæggende ret har i denne henseende rejst spørgsmålet, om enhver manglende overholdelse af EU-retten på udbudsområdet efter sin art udgør en sådan uregelmæssighed, der skal føre til en finansiell korrektion, eller om der er grundlag for at tage hensyn til de konkrete omstændigheder i

hvert enkelt tilfælde, herunder virkningerne af en eventuel manglende overholdelse af EU-retten. Hvad angår disse konkrete omstændigheder har den forelæggende ret bemærket, at i det foreliggende tilfælde blev den lov, der fandt anvendelse, fortolket således, at den ikke udelukkede en klausul som den i hovedsagen omhandlede, at den dette til trods tillod anvendelse af underentreprenører til 75% af det bygge- og anlægsarbejde, der er genstand for kontrakten, at klausulen ikke er blevet bestridt, og at udbuddet gav anledning til en skarp konkurrence.

29 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (den regionale domstol i forvaltningsretlige sager i Warszawa) har i denne sammenhæng besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det i lyset af artikel 25 i [...] direktiv 2004/18 [...] tilladt, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne bestemmer, at den [valgte tilbudsgiver], der tildeles [en offentlig] kontrakt [...], skal udføre mindst 25% af de af kontrakten omfattede arbejder med egne midler?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende: Bevirker anvendelsen af det i [det første] spørgsmål beskrevne krav inden for rammerne af en procedure til indgåelse af en offentlig kontrakt en sådan tilsidesættelse af EU-retlige forskrifter, at der skal foretages en finansiell korrektion i henhold til artikel 98 i [forordning nr. 1083/2006]?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

30 Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed ved en klausul i udbudsbetingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt kan kræve, at den fremtidige tilbudsgiver, der vælges til at gennemføre denne kontrakt, skal udføre en vis procentdel af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde med egne midler.

31 I henhold til artikel 25, stk. 1, i direktiv 2004/18 kan den ordregivende myndighed anmode eller kan af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår.

32 Som Domstolen fastslog i præmis 31 i dom af 10. oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) forudser direktiv 2004/18 med denne artikel anvendelse af underleverandører uden at nævne begrænsninger i denne henseende.

33 Tværtimod fastslår direktivets artikel 48, stk. 3 – for så vidt som den fastsætter muligheden for, at tilbudsgiverne kan godtgøre, at de opfylder det minimumsniveau for teknisk og faglig formåen, som den ordregivende myndighed har fastsat, ved at anvende tredjeparters formåen, for så vidt som de godtgør, at de faktisk råder over de midler, som er nødvendige for kontraktens udførelse, og som ikke tilhører dem selv, såfremt kontrakten tildeles dem – muligheden for, at tilbudsgiverne, i princippet uden begrænsninger, kan anvende underleverandører til at udføre kontrakten.

34 Når kontraktens dokumenter imidlertid pålægger tilbudsgiverne i deres bud at angive den del af kontrakten, som de har til hensigt at give i underentreprise, samt hvilke underentreprenører de foreslår i overensstemmelse med artikel 25, stk. 1, i direktiv 2004/18, er den ordregivende myndighed berettiget til at forbyde anvendelsen af underentreprenører, når nævnte myndighed ikke har haft

mulighed for at efterprøve disse underentreprenørers formåen ved gennemgangen af tilbuddene og udvælgelsen af tilbudsgiveren til udførelsen af væsentlige dele af kontrakten (jf. i denne retning dom af 18.3.2004, Siemens og ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 45).

- 35 Dette svarer imidlertid ikke til rækkevidden af en klausul som den i hovedsagen omhandlede, hvilken klausul pålægger begrænsninger i anvendelsen af underentreprenører hvad angår en del af kontrakten, der er fastsat abstrakt til en vis procentdel af nævnte kontrakt og uafhængigt af muligheden for at efterprøve den eventuelle formåen hos underentreprenører og uden nogen angivelse af den særlige karakter af de opgaver, som er berørt. Af alle disse grunde fremstår en sådan klausul som uforenelig med direktiv 2004/18, der er relevant i forbindelse med tvisten i hovedsagen.
- 36 Desuden bemærkes, som generaladvokaten har anført i punkt 41 i forslaget til afgørelse, at uanset om en sådan klausul udgør en betingelse vedrørende udførelsen af kontrakten i henhold til artikel 26 i direktiv 2004/18, kan den ikke tillades i henhold til denne artikel, hvilket følger af selve ordlyden heraf, eftersom den er i strid med dette direktivs artikel 48, st. 3, og dermed med EU-retten.
- 37 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed ikke ved en klausul i udbudsbetingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt kan kræve, at den tilbudsgiver, der på et tidspunkt i fremtiden vil blive valgt til at gennemføre denne kontrakt, skal udføre en vis procentdel af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde med egne midler.

Det andet spørgsmål

- 38 Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 98 i forordning nr. 1083/2006, sammenholdt med samme forordnings artikel 2, nr. 7), skal fortolkes således, at den omstændighed, at en ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig bygge- og anlægskontrakt vedrørende et projekt, der modtager finansiel støtte fra EU, under tilsidesættelse af direktiv 2004/18 har bestemt, at en fremtidig valgt tilbudsgiver med sine egne midler skal udføre 25% af dette bygge- og anlægsarbejde, under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede udgør en »tilsidesættelse« som omhandlet i nævnte artikel 2, nr. 7), der begrundet behovet for at anvende en finansiel korrektion i medfør af nævnte artikel 98.
- 39 Hvad angår de konkrete omstændigheder i nærværende sag har den forelæggende ret bemærket, at den anvendelige nationale lov blev fortolket således, at den ikke forbød en klausul som den i hovedsagen omhandlede, at den dette til trods tillod anvendelse af underentreprenører til 75% af det bygge- og anlægsarbejde, der er genstand for kontrakten, at klausulen ikke er blevet bestridt af de ansøgere, der blev opfordret til at afgive et bud, og som var de eneste, der havde kendskab hertil, og at udbuddet gav anledning til en skarp konkurrence.
- 40 Spørgsmålet har således to aspekter vedrørende dels begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, dels den mekanisme med finansielle korrektioner, der skal gennemføres af de nationale myndigheder i tilfælde af uregelmæssigheder under anvendelse af denne forordnings artikel 98.
- 41 For det første bemærkes hvad angår nævnte begrebet »uregelmæssighed«, at dette begreb i henhold til artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 omfatter enhver overtrædelse af en EU-bestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk aktørs handling eller undladelse, der skader eller vil kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over det almindelige budget.

- 42 Det må konstateres, at det er den sidste del af denne definition, der giver anledning til tvivl hos den forelæggende ret, eftersom klausulen, der skal anses for at være i strid med EU-retten, henset til det svar, der blev givet på det første spørgsmål, i det foreliggende tilfælde ikke synes at have haft konkrete følger.
- 43 Det bemærkes i denne henseende ganske vist, som generaladvokaten har gjort i punkt 53-55 i forslaget til afgørelse, idet han bl.a. har henvist til artikel 9, stk. 5, i forordning nr. 1083/2006 og analogt til dom af 21. december 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, præmis 46 og 47), at Unionen via strukturfondene og samhørighedsfonden kun skal finansiere handlinger, som gennemføres i fuldstændig overensstemmelse med EU-retten.
- 44 Det følger imidlertid af den definition, der fremgår af artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, at en tilsidesættelse af EU-retten kun udgør en uregelmæssighed som omhandlet i denne bestemmelse, hvis den skader eller vil kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over det almindelige budget. En sådan tilsidesættelse skal dermed anses for en uregelmæssighed, for som vidt som den som sådan kan have en indvirkning på budgettet. Derimod kræves der ikke påvisning af, at der består en bestemt finansiell indvirkning (jf. analogt dom af 21.12.2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, præmis 47).
- 45 Det må følgelig fastslås, at en manglende overholdelse af reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter udgør en uregelmæssighed som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, for så vidt som muligheden for, at denne manglende overholdelse har haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes.
- 46 For det andet hvad angår den mekanisme med finansiell korrektion, der er fastsat i artikel 98 i forordning nr. 1083/2006, skal det fastslås, at denne artikel i medfør af stk. 1 og 2 heri pålægger medlemsstaterne at foretage en finansiell korrektion, når der er blevet konstateret en uregelmæssighed.
- 47 Artikel 98, stk. 2, første afsnit, pålægger imidlertid ligeledes den kompetente nationale myndighed at fastsætte det korrektionsbeløb, der skal anvendes, under hensyntagen til tre kriterier, nemlig den konstaterede uregelmæssigheds art og betydning og det økonomiske tab for den berørte fond.
- 48 Når der som i hovedsagen er tale om en punktuell og ikke en systemisk uregelmæssighed, indebærer sidstnævnte krav nødvendigvis en konkret undersøgelse af hvert enkelt tilfælde, hvor der tages hensyn til alle relevante omstændigheder i hver enkelt sag på baggrund af et af disse tre kriterier.
- 49 Selv om dette, som generaladvokaten har fremhævet i punkt 60 i forslaget til afgørelse, ikke udelukker, at en første fremgangsmåde kan anvendes på grundlag af en tabel, der overholder proportionalitetsprincippet, forholder det sig ikke desto mindre således, at fastsættelsen af det endelige korrektionsbeløb, som skal anvendes, skal tage hensyn til alle de særlige forhold, der kendetegner den konstaterede uregelmæssighed, i forhold til de faktorer, der blev taget i betragtning ved udarbejdelsen af denne tabel, og som kan begrunde anvendelsen af en større korrektion eller modsat en nedsat korrektion.
- 50 Omstændigheder som det forhold, at en klausul som den i hovedsagen omhandlede er forenelig med den nationale lov, forpligtelsen til at gennemføre en begrænset del af kontrakten med egne midler og den omstændighed, at der blot kan påvises en risiko, eventuelt en lav risiko, for en finansiell indvirkning, kan efter deres art influere på den endelige størrelse af den finansielle korrektion, der skal anvendes.
- 51 Det andet spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 98 i forordning nr. 1083/2006, sammenholdt med samme forordnings artikel 2, nr. 7), skal fortolkes således, at den omstændighed, at en ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig bygge- og anlægskontakt vedrørende et projekt, der modtager finansiell støtte fra EU, under tilsidesættelse af direktiv 2004/18 har bestemt, at

en fremtidig valgt tilbudsgiver med sine egne midler skal udføre 25% af dette bygge- og anlægsarbejde, udgør en »tilsidesættelse« som omhandlet i nævnte artikel 2, nr. 7), som begrundet behovet for at anvende en finansiel korrektion i medfør af nævnte artikel 98, for så vidt som muligheden for, at denne manglende overholdelse kan have haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes. Størrelsen af denne korrektion skal fastsættes under hensyntagen til alle konkrete omstændigheder, der er relevante, henset til de kriterier, der er nævnt i forordningens artikel 98, stk. 2, første afsnit, nemlig den konstaterede uregelmæssigheds art og betydning og det økonomiske tab for den berørte fond.

Sagens omkostninger

- 52 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) **Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed ikke ved en klausul i udbudsbetingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt kan kræve, at den tilbudsgiver, der på et tidspunkt i fremtiden vil blive valgt til at gennemføre denne kontrakt, skal udføre en vis procentdel af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde med egne midler.**
- 2) **Artikel 98 i Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 af 11. juli 2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999, sammenholdt med samme forordnings artikel 2, nr. 7), skal fortolkes således, at den omstændighed, at en ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig bygge- og anlægskontrakt vedrørende et projekt, der modtager finansiel støtte fra EU, under tilsidesættelse af direktiv 2004/18 har bestemt, at en fremtidig valgt tilbudsgiver med sine egne midler skal udføre 25% af dette bygge- og anlægsarbejde, udgør en »tilsidesættelse« som omhandlet i nævnte artikel 2, nr. 7), som begrundet behovet for at anvende en finansiel korrektion i medfør af nævnte artikel 98, for så vidt som muligheden for, at denne manglende overholdelse kan have haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes. Størrelsen af denne korrektion skal fastsættes under hensyntagen til alle konkrete omstændigheder, der er relevante, henset til de kriterier, der er nævnt i forordningens artikel 98, stk. 2, første afsnit, nemlig den konstaterede uregelmæssigheds art og betydning og det økonomiske tab for den berørte fond.**

Underskrifter