



## Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (tretji senat)

14. julij 2016 \*

„Predhodno odločanje — Direktiva 2004/18/ES — Javna naročila gradenj — Zakonitost obveznosti, naložene ponudnikom, da določen odstotek naročila opravijo brez oddaje v podizvajanje — Uredba (ES) št. 1083/2006 — Splošne določbe o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu — Obveznost držav članic za izvedbo finančnega popravka v zvezi z ugotovljenimi nepravilnostmi — Pojem ‚nepravilnost‘ — Nujnost finančnega popravka v primeru kršitve prava Unije s področja oddaje javnih naročil“

V zadevi C-406/14,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (deželno upravno sodišče v Varšavi, Poljska) z odločbo z dne 3. junija 2014, ki je prispela na Sodišče 27. avgusta 2014, v postopku

**Wrocław – Miasto na prawach powiatu**

proti

**Minister Infrastruktury i Rozwoju,**

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi L. Bay Larsen, predsednik senata, D. Šváby (poročevalec), J. Malenovský, M. Safjan in M. Vilaras, sodniki,

generalna pravobranilka: E. Sharpston,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Wrocław – Miasto na prawach powiatu W. Szuster, radca prawny,
- za poljsko vlado B. Majczyna, agent,
- za avstrijsko vlado M. Fruhmanna, agent,
- za Evropsko komisijo B.-R. Killmann, A. Tokár in M. Owsiany-Hornung, agenti,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 17. novembra 2015

\* Jezik postopka: poljščina.

izreka naslednjo

### Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 25 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (ES) št. 2083/2005 z dne 19. decembra 2005 (UL L 333, str. 28) (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18) ter člena 98 Uredbe (ES) št. 1083/2006 Sveta z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999 (UL L 210, str. 25).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Wrocław – Miasto na prawach powiatu (mesto Wrocław, Poljska) in Minister Infrastruktury i Rozwoju (minister za infrastrukturo in razvoj) zaradi odločbe, s katero je bil mestu naložen finančni popravek zaradi domnevne kršitve Direktive 2004/18 v postopku oddaje javnega naročila gradenj, ki so jih sofinancirali skladi Evropske unije.

### Pravni okvir

#### *Pravo Unije*

#### Direktiva 2004/18

- 3 V skladu s členom 7(c) Direktive 2004/18 se je v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari ta uporabljala za javna naročila gradenj, ki niso izključena in katerih vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) je enaka ali večja od 5.278.000 EUR.
- 4 Možnost, da ponudnik del naročila da v podizvajanje tretjim osebam, je določena zlasti v členu 25 te direktive takole:

„Naročnik lahko v razpisni dokumentaciji zahteva oziroma država članica lahko od njega zahteva, da obveže ponudnika, da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morebiti namerava dati v podizvajanje tretji osebi, ter vse predlagane podizvajalce.

Ta navedba ne sme posegati v vprašanje [...] odgovornosti [osnovnega] gospodarskega subjekta.“

- 5 Člen 26 Direktive 2004/18 z naslovom „Pogoji za izvedbo naročil“ določa:

„Naročniki lahko določijo posebne pogoje v zvezi z izvajanjem naročila, če so ti pogoji v skladu z zakonodajo Skupnosti in so navedeni v javnem razpisu ali v razpisni dokumentaciji. Pogoji, ki urejajo izvedbo naročila, se lahko nanašajo zlasti na socialne in okoljske vidike.“

- 6 Ta določba je dodatno pojasnjena z uvodno izjavo 33 te direktive, v kateri je navedeno, da so pogoji za izvajanje naročil v skladu s to direktivo, „če niso neposredno ali posredno diskriminacijski in so navedeni v javnem razpisu ali v razpisni dokumentaciji. Namenjeni so lahko zlasti za spodbujanje poklicnega usposabljanja na delovnem mestu, zaposlovanja ljudi, ki imajo težave pri vključevanju, boja proti nezaposlenosti ali varovanja okolja. Med drugimi stvarmi se lahko navedejo zahteve – ki veljajo med izvajanjem naročila – glede zaposlitve dolgoročnih iskalcev zaposlitve ali glede izvajanje ukrepov za usposabljanje nezaposlenih [ali] mlajših oseb, glede osnovne skladnosti z določbami temeljnih

konvencij Mednarodne organizacije dela (MOD) ob domnevi, da te določbe niso uveljavljene v nacionalni zakonodaji, ter glede zaposlovanja [...] [več] prizadetih oseb, kakor je to določeno v nacionalni zakonodaji.“

- 7 Z Direktivo 2004/18 so prav tako določena merila za priznanje sposobnosti, ki omogočajo izbiro kandidatov, ki se jim dovoli sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila. Člen 48 te direktive, ki se nanaša na tehnično in poklicno sposobnost, določa:

„[...]

2. Dokazila o tehnični sposobnosti gospodarskega subjekta se lahko glede na lastnosti, količino ali pomen gradenj, blaga ali storitev predložijo na naslednje načine:

[...]

- (b) z navedbo strokovnega osebja ali strokovnih organov, ki bodo sodelovali pri izvedbi naročila, ne glede na to, ali neposredno pripadajo gospodarskemu subjektu ali ne, in zlasti tistih organov, ki so odgovorni za kontrolo kvalitete, ter v primeru javnih naročil gradenj tistih, od katerih lahko naročnik zahteva, da opravijo gradnjo;

[...]

- (i) z navedbo deleža naročila, ki ga ponudnik storitev morebiti namerava oddati v podizvajanje;

[...]

3. Gospodarski subjekt se lahko, če je to primerno in v zvezi s posameznim naročilom, sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno naravo povezave z njimi. V tem primeru mora naročniku predložiti dokazilo, da bo imel na voljo potrebna sredstva za izvedbo naročila, na primer s predstavitvijo obveznosti navedenih subjektov, da gospodarskemu subjektu dajo na voljo potrebna sredstva.

[...]

5. Pri postopkih za oddajo javnih naročil – katerih predmet so dobave blaga, v zvezi s katerim je treba izbrati lokacijo ali opraviti dela instalacij, opravljanje storitev in/ali izvedba gradenj – se lahko sposobnost gospodarskih subjektov, da opravijo storitev ali izvedejo instalacije ali gradnje, oceni zlasti glede na njihove veščine, učinkovitost, izkušnje in zanesljivost.

6. Naročnik mora v obvestilu ali razpisu za zbiranje ponudb navesti, katera spričevala iz odstavka 2 želi prejeti.“

Uredba št. 1083/2006

- 8 V uvodni izjavi 66 Uredbe št. 1083/2006 je navedeno:

„Treba bi bilo določiti obveznosti držav članic glede sistemov upravljanja in nadzora, potrjevanja izdatkov ter preprečevanja, ugotavljanja in popravljanja nepravilnosti ali kršitev prava Skupnosti, da se zagotovi učinkovito in pravilno izvajanje operativnih programov. [...]“

9 Člen 1 te uredbe določa:

„Ta uredba določa splošna pravila, ki urejajo Evropski sklad za regionalni razvoj (ESRR), Evropski socialni sklad (ESS) (v nadaljevanju: „Strukturni skladi“) in Kohezijski sklad [...]

[...]

Uredba v ta namen določa načela in pravila partnerstva, programiranja, vrednotenja, upravljanja, vključno s finančnim upravljanjem, spremljanja in nadzora na podlagi delitve pristojnosti med državami članicami in Komisijo.“

10 V členu 2, točka 7, te uredbe je „nepravilnost“ opredeljena kot „kakršna koli kršitev določbe zakonodaje Skupnosti, ki je posledica delovanja ali opustitve s strani gospodarskega subjekta, ki zaradi neupravičene postavke odhodkov škoduje ali bi škodovalo splošnemu proračunu Evropske unije“.

11 V skladu s členom 9(5) Uredbe št. 1083/2006 morajo biti projekti, ki jih financirajo Strukturni skladi in Kohezijski sklad, predvsem v skladu z določbami aktov sekundarne zakonodaje.

12 Člen 98 te uredbe z naslovom „Finančni popravki držav članic“ določa:

„1. [Predvsem države članice so odgovorne] za preiskovanje nepravilnosti na podlagi dokazov o večji spremembi, ki vpliva na naravo okoliščin izvajanja ali nadzora projektov ali operativnih programov, in [za izvedbo] potrebnih finančnih popravkov.

2. Država članica izvede potrebne finančne popravke v povezavi s posameznimi ali sistemskimi nepravilnostmi, ki so odkrite v delovanju projektov ali operativnih programov. Popravki države članice obsegajo preključ celote ali dela javnega prispevka iz operativnega programa. Država upošteva naravo in resnost nepravilnosti ter finančno izgubo sklada.

[...]“

*Poljsko pravo*

13 Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je člen 36(5) ustawa – Prawo zamówień publicznych (zakon o javnih naročilih) z dne 29. januarja 2004 (v nadaljevanju: p.z.p.) v različici, ki je upoštevana za dejansko stanje v postopku v glavni stvari, določal:

„Naročnik lahko v razpisni dokumentaciji določi, katerega dela naročila se ne sme oddati podizvajalcu.“

14 Ta določba je bila pozneje spremenjena, tako da lahko naročnik izvajanje naročila, ki mu je bilo dodeljeno, odda v podizvajanje, razen če zaradi posebne narave tega naročila naročnik v razpisni dokumentaciji določi, da se naročilo kot celota ali njegov del ne sme oddati podizvajalcem.

**Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje**

15 Pristojna služba mesta Wrocław je 18. maja 2007 začela omejeni postopek oddaje javnega naročila za izgradnjo dela voznega pasu na obvoznici. Ta projekt, katerega strošek je znašal približno 65 milijonov EUR, je prejel finančno pomoč Unije prek operativnega programa pomoči Unije Republiki Poljski s področja infrastrukture in okolja v okviru cilja „Konvergenca“, ki sta ga sofinancirala Kohezijski sklad in ESRR.

- 16 Od sedmih gospodarskih subjektov, ki so želeli sodelovati v tem postopku, jih je bilo pet povabljenih k oddaji ponudbe. Razpisna dokumentacija, ki je bila poslana tem petim subjektom, je vsebovala klavzulo s tem besedilom:
- „Ponudnik mora vsaj 25 % del, ki jih obsega naročilo, opraviti z lastnimi sredstvi.“
- 17 Mesto Vroclav je 1. avgusta 2008 sklenilo pogodbo za oddajo javnega naročila s subjektom, ki ga je izbralo.
- 18 Na podlagi upravnega postopka, ki je bil opravljen po izvedbi tega naročila in ki so ga začeli pristojni nacionalni organi za nadzor nad pravilnostjo nekaterih dejavnosti, ki jih sofinancira Unija, je bil zaradi domnevne nepravilnosti navedene klavzule v odnosu na Direktivo 2004/18, ki se uporablja za zadevno naročilo glede na njegovo vrednost, od mesta Vroclav zahtevan finančni popravek z glavnico 8.600.473,38 poljskih zlotov (PLN) (približno 1.960.000 EUR), ki je ustrezal 5 % zneska stroškov, ki so bili predmet javnega financiranja.
- 19 Glede na predložitveno odločbo je pristojni organ v zadnji fazi tega upravnega postopka ta finančni popravek po eni strani upravičil s tem, da bi sporna klavzula omejila uporabo podizvajalcev, pri tem pa ne bi upoštevala člena 36(5) p.z.p. Cilj te določbe naj bi bil namreč zagotoviti, da dele naročila, ki zahtevajo posebno strokovno znanje in sposobnosti ter v zvezi s katerim je kakovost izvedbe torej pogojena s posebno usposobljenostjo izvajalca, dejansko opravi gospodarski subjekt, katerega usposobljenost se je presojala v okviru postopka oddaje naročila. Ta cilj naj bi bil še posebej pomemben, ker z določbami nacionalnega prava v različici, ki je upoštevana za dejansko stanje v postopku v glavni stvari, gospodarskim subjektom ni bilo omogočeno, da bi izpolnjevanje pogojev glede sposobnosti, zahtevanih za udeležbo v postopku oddaje javnega naročila, dokazovali s sklicevanjem na sposobnosti tretjih oseb.
- 20 Po navedbah tega organa je moral torej naročnik, ki je uporabil člen 36(5) p.z.p., konkretno opredeliti, katere dele zadevnega naročila mora nujno opraviti izbrani ponudnik sam. Vendar klavzula, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, ki je omejena zgolj na implicitno določitev odstotka gradenj, ki ustrezajo deležu del, ki jih mora opraviti izbrani ponudnik, ne omogoča ugotovitve, ali se omejitev oddaje naročil podizvajalcem nanaša na gradnje, katerih izvedba zahteva posebne sposobnosti – s čimer krši cilj člena 36(5) p.z.p. Ta kršitev nacionalnega prava pomeni tudi kršitev člena 25 Direktive 2004/18, pri čemer se navedeni organ v zvezi s tem sklicuje na sodbo z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).
- 21 Po drugi strani pa omejitev sklepanja pogodb s podizvajalci, čeprav zatrjevana kršitev prava Unije ni vplivala na dodelitev zadevnega naročila iz postopka v glavni stvari, škoduje splošnemu proračunu Unije. Ta omejitev bi namreč lahko privedla do posega v konkurenčno ravnotežje, kar bi lahko povzročilo zvišanje cen, navedenih v ponudbah, tako tveganje pa zadošča za ugotovitev nepravilnosti v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006.
- 22 Iz podatkov v spisu, ki je na voljo Sodišču, je razvidno, da je bila stopnja finančnega popravka, ki se je uporabila v tej zadevi, ugotovljena na podlagi lestvice, ki jo uporablja pristojni organ.
- 23 Mesto Vroclav se je pritožilo zoper odločbo o finančnem popravku pri predložitvenem sodišču ter oporekalo utemeljenost dveh smeri obrazložitve, na katerih temelji ta odločba. V zvezi z zakonitostjo sporne klavzule iz razpisne dokumentacije trdi, da naj bi bilo v členu 36(5) p.z.p. v različici, ki je upoštevana za čas dejanskega stanja v postopku v glavni stvari, vsebovano načelo, v skladu s katerim mora izbrani ponudnik izvršiti naročilo z lastnimi sredstvi, uporaba podizvajalcev pa je izjema, in da jo lahko zato naročnik odobri, ni pa tega zavezan storiti. Očitno se tej razlagi zadevne določbe pridružuje tudi predložitveno sodišče.

- 24 Slednje meni, da je za rešitev spora, o katerem odloča, nujno pridobiti razlago Sodišča o, prvič, členu 25 Direktive 2004/18, zlasti o pojmu „del naročila“, da bi se ugotovilo, ali ta določba nasprotuje temu, da naročnik določi maksimalni odstotek dela naročila, ki ga bodoči izbrani ponudnik lahko odda v podizvajanje. To sodišče se sprašuje tudi, ali bi lahko za tako omejitev veljal člen 26 te direktive kot pogoj v zvezi z izvajanjem v smislu te zadnje določbe.
- 25 Navedeno sodišče meni, da iz sodbe z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), izhaja, da je z Direktivo 2004/18 dovoljena omejitev sklepanja pogodb s podizvajalci za izvedbo javnih naročil, če to gospodarskim subjektom, ki želijo uporabiti tehnične in poklicne sposobnosti podizvajalcev, ne onemogoči sodelovanja v postopku javnega razpisa. Vendar naj s to sodbo ne bi bilo rešeno vprašanje, ali sme naročnik obseg del, ki jih mora opraviti izbrani ponudnik sam, navesti z odstotkom.
- 26 Poleg tega se predložitveno sodišče sprašuje, ali klavzula, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, s tem ko omejuje možnost za sodelovanje majhnih in srednjih podjetij (MSP) pri izvedbi gradenj, ki so predmet javnega naročila, ne krši načela odpiranja javnih naročil neizkrivljeni konkurenci, pri čemer se to odpiranje nanaša na vsa podjetja, ne glede na njihovo velikost, pri tem pa je treba posebno pozornost nameniti MSP. Glede tega se to sodišče sklicuje na sodno prakso Sodišča, zlasti na sodbo z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 33).
- 27 Drugič, navedeno sodišče meni, da je – zato da bi lahko ob upoštevanju okoliščin zadeve, o kateri odloča, ugotovilo, ali je morebitna kršitev prava Unije, ki je vplivala na postopek oddaje zadevnega naročila, tako pomembna, da zahteva finančni popravek – prav tako nujno pridobiti pojasnila o pojmu „nepravilnost“ v smislu Uredbe št. 1083/2006.
- 28 V zvezi s tem se sprašuje, ali kršitev prava Unije na področju javnih naročil lahko pomeni tako nepravilnost, ki mora pripeljati do finančnega popravka, oziroma ali je treba upoštevati konkretne okoliščine vsakega primera, predvsem učinke morebitne kršitve tega prava. V zvezi s konkretnimi okoliščinami v obravnavani zadevi navaja, da se je zakon, ki se uporabi, razlagal tako, da ne izključuje klavzule, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, da je bila s to klavzulo vendarle dovoljena sklenitev pogodb s podizvajalci za 75 % del, ki so predmet naročila, da se določba ni izpodbijala in da je bila posledica javnega razpisa močna konkurenca.
- 29 V teh okoliščinah je Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (deželno upravno sodišče v Varšavi) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:
- „1. Ali lahko naročnik v razpisni dokumentaciji ob upoštevanju člena 25 Direktive 2004/18 določi, da [bo moral izbrani] ponudnik najmanj 25 % del, ki so predmet naročila, opraviti z lastnimi sredstvi?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, ali uporaba zahteve, opisane v prvem vprašanju, v okviru postopka za oddajo javnega naročila povzroči tako kršitev določb prava Evropske unije, da terja izvedbo finančnega popravka na podlagi člena 98 Uredbe št. 1083/2006?“

### **Vprašanja za predhodno odločanje**

#### *Prvo vprašanje*

- 30 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba Direktivo 2004/18 razlagati tako, da lahko naročnik s klavzulo v razpisni dokumentaciji za oddajo javnih naročil gradenj zahteva, da bodoči izbrani ponudnik določen odstotek del, ki so predmet tega naročila, opravi z lastnimi sredstvi.

- 31 V skladu s členom 25, prvi odstavek, Direktive 2004/18 lahko naročnik zahteva oziroma lahko država članica od njega zahteva, da obveže ponudnika, da v ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morebiti namerava oddati v podizvajanje tretji osebi, ter vse predlagane podizvajalce.
- 32 Kot je Sodišče ugotovilo v točki 31 sodbe z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), je s tem členom Direktive 2004/18 določena sklenitev pogodb s podizvajalci, ne da bi bile v tem pogledu postavljene omejitve.
- 33 Nasprotno, s členom 48(3) te direktive – v delu, v katerem je določena možnost, da ponudniki dokažejo, da izpolnjujejo minimalne ravni tehnične in poklicne sposobnosti, ki jih je določil naročnik, s sposobnostmi tretjih subjektov, če dokažejo, da bodo dejansko imeli na voljo potrebna sredstva za izvedbo naročila, ki jih nimajo sami, če bi jim bilo naročilo podeljeno – je potrjena možnost, da lahko ponudniki za izvedbo naročila sklenejo pogodbe s podizvajalci, in to načeloma neomejeno.
- 34 Vendar sme naročnik za izvedbo bistvenih delov naročila prepovedati sklepanje pogodb s podizvajalci, katerih sposobnosti ni mogel preveriti ob pregledu ponudb in izbiri izbranega ponudnika, če je v razpisni dokumentaciji v skladu s členom 25, prvi odstavek, Direktive 2004/18, od ponudnikov zahtevano, da v ponudbah navedejo del naročila, ki ga bodo morda oddali v podizvajanje, in predlagane podizvajalce (glej v tem smislu sodbo z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, točka 45).
- 35 Klavzula, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, s katero se sklepanje pogodb s podizvajalci za abstraktno določen delež naročila omeji na določen odstotek naročila – in to ne glede na to, ali je mogoče preveriti sposobnosti morebitnih podizvajalcev, in brez kakršne koli navedbe o tem, da so zadevne naloge bistvenega pomena – pa nima takega dometa. Ob upoštevanju vsega navedenega je očitno, da taka klavzula ni združljiva z Direktivo 2004/18, ki je upoštevana v okviru spora o glavni stvari.
- 36 Poleg tega taka klavzula, kot je generalna pravobranilka navedla v točki 41 sklepnih predlogov, pod predpostavko, da pomeni pogoj za izvršitev naročila v smislu člena 26 Direktive 2004/18, na podlagi tega člena ne more biti dovoljena že zaradi njegovega besedila, ker nasprotuje členu 48(3) te direktive in torej pravu Unije.
- 37 Zato je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba Direktivo 2004/18 razlagati tako, da naročnik s klavzulo v razpisni dokumentaciji za oddajo javnih naročil gradenj ne sme zahtevati, da bodoči izbrani ponudnik tega naročila z lastnimi sredstvi izvrši določen odstotek del, ki so predmet tega naročila.

#### *Drugo vprašanje*

- 38 Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 98 Uredbe št. 1083/2006 v povezavi s členom 2, točka 7, te uredbe razlagati tako, da dejstvo, da je naročnik v okviru javnega naročila gradenj za projekt, ki je prejel finančno pomoč Unije, v nasprotju z Direktivo 2004/18 zahteval, da bodoči izbrani ponudnik z lastnimi sredstvi opravi vsaj 25 % teh del, v okoliščinah, kakršne so te v postopku v glavni stvari, pomeni „nepravilnost“ v smislu navedenega člena 2, točka 7, s katero je upravičena potreba po uporabi finančnega popravka na podlagi navedenega člena 98.
- 39 V zvezi s konkretnimi okoliščinami te zadeve predložitveno sodišče navaja, da se je nacionalni zakon, ki se uporabi, razlagal tako, da ne prepoveduje klavzule, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, da je bila s to klavzulo kljub vsemu dovoljena sklenitev pogodb s podizvajalci za 75 % del, ki so predmet naročila, da je kandidati, ki so bili pozvani k predložitvi ponudbe in ki so zanjo edini vedeli, niso izpodbijali in da je bila posledica javnega razpisa močna konkurenca.

- 40 S postavljenim vprašanjem se tako porajata dva vidika, od katerih se eden nanaša na pojem „nepravilnost“ v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006, drugi pa na mehanizem finančnega popravka, ki ga morajo v smislu člena 98 te uredbe v primeru nepravilnosti uporabiti nacionalni organi.
- 41 Prvič, navedeni pojem „nepravilnost“ se v skladu s členom 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 nanaša na kakršno koli kršitev določbe zakonodaje Unije, ki je posledica delovanja ali opustitve gospodarskega subjekta, ki zaradi neupravičene postavke odhodkov škoduje ali bi škodovalo splošnemu proračunu Unije.
- 42 Ugotoviti je treba, da zadnji del te opredelitve vzbuja dvome predložitvenega sodišča, ker se mu v obravnavani zadevi zdi, da klavzula, za katero je treba glede na odgovor na prvo vprašanje šteti, da je v nasprotju s pravom Unije, ni imela konkretnih posledic.
- 43 V tem pogledu je treba opozoriti, da je – kot je ob sklicevanju zlasti na člen 9(5) Uredbe št. 1083/2006 in po analogiji na sodbo z dne 21. decembra 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, točki 46 in 47), opozorila generalna pravobranilka v točkah od 53 do 55 sklepnih predlogov – naloga Unije, da prek Strukturnih skladov in Kohezijskega sklada financira samo dejavnosti, ki se izvajajo ob polni skladnosti s pravom Unije.
- 44 Kljub temu iz opredelitve iz člena 2, točka 7, te uredbe izhaja, da kršitev prava Unije pomeni nepravilnost v smislu te določbe, le če zaradi neupravičene postavke odhodkov škoduje ali bi lahko škodovala splošnemu proračunu Unije. Zato je treba tako kršitev šteti za nepravilnost, če lahko kot taka vpliva na proračun. Ni pa zahtevano, da se dokaže obstoj natančnega finančnega vpliva (glej po analogiji sodbo z dne 21. decembra 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, točka 47).
- 45 Zato je treba šteti, da neupoštevanje pravil oddaje javnih naročil pomeni nepravilnost v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006, če ni mogoče izključiti možnosti, da bo to neupoštevanje vplivalo na proračun zadevnega sklada.
- 46 Drugič, glede mehanizma finančnega popravka iz člena 98 Uredbe št. 1083/2006 je treba ugotoviti, da je v skladu z odstavkoma 1 in 2 tega člena državam članicam naloženo, da izvedejo finančni popravek, če se ugotovi, da je prišlo do nepravilnosti.
- 47 Kljub temu pa je s prvim pododstavkom odstavka 2 tega člena pristojnemu nacionalnemu organu naloženo tudi, da določi znesek popravka, ki se uporabi, ob upoštevanju treh meril, namreč narave ugotovljene nepravilnosti, njene resnosti ter finančne izgube zadevnega sklada.
- 48 Če gre tako kot v obravnavani zadevi za posamično in ne sistemsko nepravilnost, ta zadnja zahteva pomeni, da je nujna preučitev od primera do primera, pri čemer se upoštevajo vse okoliščine vsake zadeve, ki so upoštevalne glede na eno od teh treh meril.
- 49 Kot je generalna pravobranilka poudarila v točki 60 sklepnih predlogov, zato to, čeprav ne izključuje prvega pristopa na podlagi lestvice, ki upošteva načelo sorazmernosti, ne spremeni dejstva, da morajo biti pri določitvi končnega zneska popravka, ki se uporabi, upoštevane vse posebnosti, ki so značilne za ugotovljeno nepravilnost, glede na elemente, ki so bili upoštevani za vzpostavitev te lestvice in ki lahko upravičijo uporabo višjega ali, nasprotno, nižjega popravka.
- 50 Tako lahko okoliščine, kot so skladnost nacionalne klavzule, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, z nacionalnim zakonom, obveznost izvedbe omejenega dela naročila z lastnimi sredstvi in dejstvo, da je ugotovljeno zgolj – morda šibko – tveganje za finančne posledice, vplivajo na končni znesek finančnega popravka, ki se uporabi.

- 51 Zato je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da je treba člen 98 Uredbe št. 1083/2006 v povezavi s členom 2, točka 7, te uredbe razlagati tako, da dejstvo, da je naročnik v okviru javnega naročila gradenj za projekt, ki je prejel finančno pomoč Unije, v nasprotju z Direktivo 2004/18 zahteval, da bodoči izbrani ponudnik z lastnimi sredstvi opravi vsaj 25 % teh del, pomeni „nepravilnost“ v smislu navedenega člena 2, točka 7, s katero je upravičena potreba po uporabi finančnega popravka na podlagi navedenega člena 98, če ni mogoče izključiti možnosti, da bo to neupoštevanje vplivalo na proračun zadevnega sklada. Znesek tega popravka je treba določiti ob upoštevanju vseh konkretnih upoštevanih okoliščin in pri tem upoštevati merila iz člena 98(2), prvi pododstavek, te uredbe, namreč naravo ugotovljene nepravilnosti, njeno resnost ter finančno izgubo zadevnega sklada.

## **Stroški**

- 52 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (tretji senat) razsodilo:

1. **Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, kakor je bila spremenjena z Uredbo Komisije (ES) št. 2083/2005 z dne 19. decembra 2005, je treba razlagati tako, da naročnik s klavzulo v razpisni dokumentaciji za oddajo javnih naročil gradenj ne sme zahtevati, da bodoči izbrani ponudnik tega naročila z lastnimi sredstvi izvrši določen odstotek del, ki so predmet navedenega naročila.**
2. **Člen 98 Uredbe (ES) št. 1083/2006 Sveta z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999 v povezavi s členom 2, točka 7, te uredbe je treba razlagati tako, da dejstvo, da je naročnik v okviru javnega naročila gradenj za projekt, ki je prejel finančno pomoč Unije, v nasprotju z Direktivo 2004/18 zahteval, da bodoči izbrani ponudnik z lastnimi sredstvi opravi vsaj 25 % teh del, pomeni „nepravilnost“ v smislu navedenega člena 2, točka 7, s katero je upravičena potreba po uporabi finančnega popravka na podlagi navedenega člena 98, če ni mogoče izključiti možnosti, da bo to neupoštevanje vplivalo na proračun zadevnega sklada. Znesek tega popravka je treba določiti ob upoštevanju vseh konkretnih upoštevanih okoliščin in pri tem upoštevati merila iz člena 98(2), prvi pododstavek, te uredbe, namreč naravo ugotovljene nepravilnosti, njeno resnost ter finančno izgubo zadevnega sklada.**

Podpisi