



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 8. junija 2023*

„Predhodno odločanje – Strukturni skladi Evropske unije – Uredba (ES) št. 1083/2006 – Člen 2, točka 7 – Pojem ‚nepravilnost‘ – Člen 98(1) in (2) – Finančni popravki držav članic v zvezi z ugotovljenimi nepravilnostmi – Merila, ki se uporabljajo – Direktiva 2004/18/ES – Člen 45(2), prvi pododstavek, točka (d) – Pojem ‚huda poklicna napaka‘“

V zadevi C-545/21,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija) z odločbo z dne 4. avgusta 2021, ki je na Sodišče prispela 31. avgusta 2021, v postopku

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

proti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi K. Jürimäe, predsednica senata, M. Safjan, N. Piçarra (poročevalec), N. Jääskinen in M. Gavalec, sodniki,

generalni pravobranilec: A. Rantos,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) R. Bifulco, P. Pittori in E. Scotti, avvocati,
- za italijansko vlado G. Palmieri, agentka, skupaj z D. Di Giorgiom, avvocato dello Stato,
- za Evropsko komisijo F. Moro, P. Rossi in G. Wils, agenti,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 15. decembra 2022

* Jezik postopka: italijanščina.

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 1 Konvencije, pripravljene na podlagi člena K.3 Pogodbe o Evropski uniji, o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti, podpisane 26. julija 1995 v Bruslju in priložene Aktu Sveta z dne 26. julija 1995 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 8, str. 57, v nadaljevanju: Konvencija ZFI), člena 1(2) Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 2988/95 z dne 18. decembra 1995 o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 1, str. 340), člena 70(1)(b) Uredbe Sveta (ES) št. 1083/2006 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 2006, L 210, str. 25), člena 27(c) Uredbe Komisije (ES) št. 1828/2006 z dne 8. decembra 2006 o pravilih za izvajanje Uredbe [št. 1083/2006] ter Uredbe (ES) št. 1080/2006 Evropskega parlamenta in Sveta o Evropskem skladu za regionalni razvoj (UL 2006, L 371, str. 1), člena 3(2)(b) Direktive (EU) 2017/1371 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2017 o boju proti goljufijam, ki škodijo finančnim interesom Unije, z uporabo kazenskega prava (UL 2017, L 198, str. 29) in člena 45(2), prvi pododstavek, točka (d), 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).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Azienda Nazionale Autonoma Autostrade SpA (ANAS) in Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministrstvo za infrastrukturo in promet, Italija) glede zakonitosti odločbe zadnjenavedenega, s katero je bila odrejena izterjava zneskov, plačanih družbi ANAS za izvedbo operativnega programa, ki zajema naročilo za izvedbo cestnih del, ki jih sofinancira Evropski sklad za regionalni razvoj (ESRR), in ki je bil odobren s Sklepom Komisije C(2007) 6318 z dne 7. decembra 2007, kakor je bil nazadnje spremenjen s Sklepom Komisije C(2016) 6409 z dne 13. oktobra 2016.

Pravo Unije

Uredba št. 2988/95

- 3 Člen 1(2) Uredbe št. 2988/95 določa:

„Nepravilnost‘ pomeni vsako kršenje določb zakonodaje Skupnosti, ki je posledica dejanja ali opustitve s strani gospodarskega subjekta, ki je ali bi lahko škodljivo vplivalo na proračun [Evropskih] [s]kupnosti ali proračunska sredstva, ki jih upravljajo, bodisi z zmanjšanjem ali izgubo prihodkov iz lastnih sredstev, ki se zbirajo neposredno v imenu Skupnosti, bodisi z neupravičenimi izdatki.“
- 4 Člen 4 te uredbe določa:

„1. Praviloma se za vsako nepravilnost odredi odvzem neupravičeno pridobljene koristi:

 - z obveznostjo plačila ali vračila dolgovanega ali neupravičeno prejetega zneska,

[...]

2. Uporaba ukrepov iz odstavka 1 je omejena na odvzem pridobljene koristi in, če je tako predvideno, obresti, katerih višina se lahko določi pavšalno.
 3. Če se ugotovi, da so bili v nasprotju s cilji veljavne zakonodaje Skupnosti zaradi pridobitve neke koristi zahtevani pogoji za pridobitev koristi ustvarjeni umetno, se zato korist ne odobri ali pa se odvzame.
 4. Ukrepi iz tega člena se ne štejejo za kazni.“
- 5 V členu 5 navedene uredbe so našteje upravnne kazni, ki se lahko naložijo zaradi namerne nepravilnosti ali nepravilnosti iz malomarnosti.

Uredba št. 1083/2006

- 6 Uredba št. 1083/2006 je bila z učinkom od 1. januarja 2014 razveljavljena z Uredbo (EU) št. 1303/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. decembra 2013 o skupnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu, Kohezijskem skladu, Evropskem kmetijskem skladu za razvoj podeželja in Evropskem skladu za pomorstvo in ribištvo, o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu, Kohezijskem skladu in Evropskem skladu za pomorstvo in ribištvo ter o razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1083/2006 (UL 2013, L 347, str. 320), vendar se ob upoštevanju časa nastanka zadevnih dejstev za spor o glavni stvari uporablja Uredba št. 1083/2006. Člen 2, točki 4 in 7, te uredbe je določal:

„V tej uredbi imajo naslednji izrazi naslednji pomen:

[...]

4. „upravičenec“: izvajalec, organ ali podjetje, javno ali zasebno, ki je odgovorno za zagon ali zagon in izvajanje operacije. [...]

[...]

7. „nepravilnost“: 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“.

- 7 Člen 60(a) te uredbe je določal, da je organ za upravljanje odgovoren za „zagotavljanje, da so operacije izbrane za financiranje v skladu z merili, ki veljajo za operativni program, in da za celotno obdobje izvajanja spoštujejo ustrezna pravila Skupnosti in nacionalna pravila“.

- 8 Člen 98 navedene uredbe, naslovljen „Finančni popravki držav članic“, je določal:

„1. Države članice imajo prvostopenjsko odgovornost za preiskovanje nepravilnosti na podlagi dokazov o večji spremembi, ki vpliva na naravo okoliščin izvajanja ali nadzora projektov ali operativnih programov in povzroči izvajanje 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 preklic celote ali dela javnega prispevka iz operativnega programa. Država upošteva naravo in resnost nepravilnosti ter finančno izgubo sklada.

[...]“.

Uredba št. 1828/2006

- 9 Člen 27(a) Uredbe št. 1828/2006 opredeljuje „gospodarski subjekt“ kot „katero koli fizično ali pravno osebo ali drug subjekt, ki sodeluje pri izvajanju pomoči iz skladov, razen države članice, ki izvršuje javno oblast“. V točki (c) je „sum goljufije“ opredeljen kot „nepravilnost, zaradi katere se lahko sproži upravni ali sodni postopek na nacionalni ravni, da se ugotovi, ali je bilo dejanje namerno in zlasti ali je šlo za goljufijo iz člena 1(1)(a) [Konvencije ZFI].“

Direktiva 2004/18

- 10 Člen 2 Direktive 2004/18, naslovljen „Načela za oddajo naročil“, določa:
„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“
- 11 Člen 45(2), prvi pododstavek, točka (d), te direktive določa:
„Vsak gospodarski subjekt je lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če:
[...]
(d) je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bilo dokazano [bila dokazana] s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo“.

Smernice iz leta 2013

- 12 Člen 2 Sklepa Komisije C(2013) 9527 final z dne 19. decembra 2013 o opredelitvi in odobritvi smernic za določanje finančnih popravkov pri izdatkih, financiranih s strani Unije v okviru deljenega upravljanja, ki jih izvede Komisija zaradi neskladnosti s pravili o javnih naročilih (v nadaljevanju: smernice iz leta 2013) določa, da ta institucija „pri finančnih popravkih v zvezi z nepravilnostmi, ugotovljenimi po datumu sprejetja tega sklepa, uporablja smernice iz Priloge“.
- 13 V točki 1.3 Priloge k Smernicam iz leta 2013 je navedeno:
„V teh smernicah je določena vrsta popravkov (5 %, 10 %, 25 % in 100 %), ki se uporabljajo za izdatke, povezane z naročilom. Pri tem se upoštevata resnost nepravilnosti in načelo sorazmernosti. Te stopnje popravkov se uporabijo, kadar ni mogoče natančno kvantitativno določiti finančnih posledic za zadevno naročilo.“

Resnost nepravilnosti, povezane z neskladnostjo s pravili o javnem naročanju, in s tem povezan finančni učinek na proračun Unije se ocenita ob upoštevanju naslednjih dejavnikov: ravni konkurence, preglednosti in enake obravnave. Kadar ima zadevna neskladnost odvrčalen učinek na potencialne ponudnike ali kadar neskladnost privede do oddaje naročila drugemu ponudniku, in ne tistemu, ki bi moral dobiti naročilo, je to jasen znak, da je nepravilnost resna.

[...]

Finančni popravek v višini 100 % se lahko uporabi v najbolj resnih primerih, ko imajo zaradi nepravilnosti nekateri ponudniki/kandidati prednost ali se nepravilnost nanaša na goljufijo, ki jo ugotovi pristojni sodni ali upravni organ.“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

- 14 Evropska komisija je z Sklepom C(2007) 6318 z dne 7. decembra 2007 odobrila nacionalni operativni program „Omrežja in mobilnost“ za obdobje 2007–2013. Družbi ANAS kot upravičenki iz tega programa v smislu člena 2, točka 4, Uredbe št. 1083/2006 so bila odobrena finančna sredstva med drugim za izvedbo projekta posodobitve ceste.
- 15 Za to je družba ANAS kot naročnica začela omejeni postopek javnega razpisa, pri čemer je navedla, da bo javno naročilo gradenj oddano na podlagi merila ekonomsko najugodnejše ponudbe. Po koncu tega postopka je bilo to naročilo s sklepom z dne 8. avgusta 2012 oddano začasnemu združenju podjetij, med katerimi je bila tudi družba Aleandri SpA. Dela so bila dokončana in cesta je bila odprta za promet.
- 16 Ministrstvo za infrastrukturo in promet je, potem ko je izvedelo za kazensko preiskavo, v kateri je bil odkrit potencialen sistem korupcije, v katerega so bili vpleteni uradniki družbe ANAS, z odločbo z dne 10. junija 2020 odredilo izterjavo zneskov, ki so bili tej družbi že izplačani na podlagi navedenega programa. Poleg tega je navedlo, da preostalega zneska, ki še ni bil izplačan, ni dolžno plačati, ker je treba šteti, da je bila pri oddaji zadevnega naročila ugotovljena nepravilnost, ki ima značilnosti goljufije, v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 ter členov 4 in 5 Uredbe št. 2988/95.
- 17 Ta odločba temelji zlasti na obtožnici zoper tri uradnike družbe ANAS, od katerih sta bila dva člana petčlanske razpisne komisije. Tem uradnikom se očita, da so v zameno za prednost v postopku javnega razpisa od družbe Aleandri sprejeli denarne zneske. Kazenski postopek za dejanja korupcije še vedno poteka proti zakonitemu zastopniku družbe Aleandri in tej družbi kot taki.
- 18 Družba ANAS je zoper navedeno odločbo vložila tožbo za odpravo pri Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacijo, Italija), ki je predložitveno sodišče. Trdi, da ni bila obsojena in da ji ni mogoče očitati nobenega krivdnega ravnanja članov razpisne komisije. Poleg tega naj ne bi bilo nobene povezave med domnevno nepravilnostjo ali goljufijo in nastalimi izdatki, saj so bila dela, financirana iz splošnega proračuna Unije, dejansko in pravilno izvedena. Prav tako naj ne bi bilo dokazano, da je družba Aleandri zadevno javno naročilo pridobila nezakonito.

- 19 Predložitveno sodišče poudarja, da je edina nepravilnost, ki je bila storjena med postopkom javnega razpisa iz postopka v glavni stvari in ki je bila delno dokazana, ravnanje zakonitega zastopnika družbe Aleandri, katerega namen je bil vplivati na izid tega postopka in ki spada v okvir kaznivega dejanja aktivne korupcije. Vendar to sodišče pojasnjuje, da kazenski postopek zoper tega zastopnika še poteka. Glede družbe ANAS, njena direktorica naj bi dva uradnika, ki sta bila člana razpisne komisije in od katerih je bil eden predsednik, prosila, naj dasta prednost družbi Aleandri. Vendar naj v kazenskem postopku ne bi bilo mogoče ugotoviti, ali sta ta uradnika temu ponudniku dejansko dala prednost, niti ali bi bilo naročilo, če takega posredovanja ne bi bilo, oddano konkurentu družbe Aleandri.
- 20 Predložitveno sodišče tako meni, da kljub sumom ne more, niti posredno, razsoditi, da je bilo naročilo družbi Aleandri zaradi ravnanja zastopnika te družbe oddano nezakonito, in da potek postopka javnega razpisa preprečuje ugotovitev, da tehnični projekt, ki ga je izpeljala družba Aleandri, ni zaslužil prejete ocene ali da je razpisna komisija uporabila drugačna merila od tistih, ki so bila navedena v obvestilu o javnem naročilu. To sodišče pojasnjuje, da je javni razpis, objavljen leta 2012, urejala zakonska uredba št. 163/2006, katere člen 38(1)(c) in (f) ni določal nobene klavzule o izključitvi gospodarskega subjekta, ki je poskušal vplivati na izid takega postopka.
- 21 V teh okoliščinah je Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:
- „1. Ali je treba člen 70(1)(b) [Uredbe št. 1083/2006], člen 27(c) [Uredbe št. 1828/2006], člen 1 [Konvencije ZFI], člen 1(2) Uredbe št. 2988/95 in člen 3(2)(b) [Direktive 2017/1371] razlagati tako, da ravnanja, ki bi lahko dajala prednost gospodarskemu subjektu v postopku za oddajo javnega naročila, spadajo v obseg uporabe pojma ‚nepravilnost‘ ali ‚goljufija‘ in so zato pravna podlaga za preklic pomoči, čeprav ni zadostnih dokazov, da je do takih ravnanj dejansko prišlo, oziroma ni zadostnih dokazov, da so bila odločilna pri izbiri upravičenca?
 2. Ali člen 45(2)(d) Direktive [2004/18] nasprotuje določbi, kot je člen 38(1)(f) zakonske uredbe št. 163/2006, ki ne dovoljuje, da se iz razpisa izloči gospodarski subjekt, ki je poskušal vplivati na postopek odločanja javnega naročnika, zlasti če gre pri tem poskusu za podkupovanje nekaterih članov razpisne komisije?
 3. Ali je treba v primeru pritrdilnega odgovora na eno ali obe zgoraj navedeni vprašanji navedene predpise razlagati tako, da od države članice vedno zahtevajo preklic pomoči in od Komisije 100-odstotni finančni popravek, čeprav je bila ta pomoč uporabljena za namen, za katerega je bila dodeljena, in za projekt, ki je bil upravičen do evropskega financiranja in dejansko izveden?
 4. Če je odgovor na tretje vprašanje nikalen, in sicer, da ni treba preklicati pomoči ali izvesti finančnega popravka v višini 100 %, ali predpisi, navedeni v prvem vprašanju, in spoštovanje načela sorazmernosti omogočajo preklic pomoči in finančni popravek ob upoštevanju gospodarske škode, ki je dejansko nastala za splošni proračun Evropske unije, in zlasti, ali se v okoliščinah, kakršne so v obravnavani zadevi, ‚finančne posledice‘ v smislu člena [99](3) [Uredbe št. 1083/2006] lahko določijo pavšalno, in sicer z uporabo meril iz tabele iz oddelka 2 [Priloge k smernicam iz leta 2013]?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

- 22 Uvodoma je treba opozoriti, prvič, da lahko Sodišče, da bi predložitvenemu sodišču dalo koristen odgovor, razloži določbe prava Unije, na katere se nacionalno sodišče v vprašanjih ni sklicevalo, pri čemer iz obrazložitve predložitvene odločbe izlušči elemente prava Unije, ki jih je treba razložiti ob upoštevanju predmeta spora (glej v tem smislu sodbe z dne 12. decembra 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, točka 8; z dne 27. junija 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, točka 36, in z dne 2. marca 2023, Åklagarmyndigheten, C-666/21, EU:C:2023:149, točka 22).
- 23 Drugič, ugotoviti je treba, da predlog za sprejetje predhodne odločbe ne vsebuje nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče potrditi obstoj goljufije. Ker namreč kazenski pregon, da bi se ugotovilo, ali je dejanja iz postopka v glavni stvari mogoče opredeliti kot „dejanja korupcije“, še poteka, lahko ta dejanja v tej fazi pomenijo le „sum goljufije“ v smislu člena 27(c) Uredbe št. 1828/2006, in sicer nepravilnost, zaradi katere se je začel upravni ali sodni postopek na nacionalni ravni, da bi se ugotovilo, ali je bilo dejanje namerno.
- 24 Tretjič, ker mora predložitveno sodišče presoditi zakonitost odločbe o izterjavi zneskov, plačanih družbi ANAS kot „upravičencu“ – v smislu člena 2, točka 4, Uredbe št. 1083/2006 – programa, ki ga sofinancira ESRR, je treba razložiti člen 2, točka 7, te uredbe, ki se nanaša na pojem „nepravilnost“, na katerem med drugim temelji ta odločba.
- 25 Tak pojem, kot je generalni pravobranilec navedel v točki 18 sklepnih predlogov, vključuje bolj omejen pojem „sum goljufije“ iz člena 27(1)(c) Uredbe št. 1828/2006.
- 26 Zato je treba šteti, da predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba pojem „nepravilnost“ v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 razlagati tako, da zajema ravnanja, ki jih je mogoče opredeliti kot „dejanja korupcije“, ki se izvajajo v okviru postopka oddaje javnega naročila, katerega predmet je izvedba del, sofinanciranih iz strukturnega sklada Unije, in zaradi katerih je bil sprožen upravni ali sodni postopek, tudi kadar ni dokazano, da so taka ravnanja dejansko vplivala na postopek izbire ponudnika, in kadar ni bila ugotovljena nikakršna dejanska škoda za proračun Unije.
- 27 Pojem „nepravilnost“ je v členu 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 in s podobnim besedilom zlasti v členu 1(2) Uredbe št. 2988/95 opredeljen kot kakršna koli kršitev določbe zakonodaje Unije, ki je posledica delovanja ali opustitve s strani gospodarskega subjekta, ki zaradi neupravičene postavke odhodkov škoduje ali bi škodovalo splošnemu proračunu Unije.
- 28 Ker je ta pojem del ureditve, ki zagotavlja dobro upravljanje sredstev Unije in zaščito njenih finančnih interesov, ga je treba razlagati enotno in široko v skladu s ciljem Uredbe št. 1083/2006, ki je zagotavljanje pravilne in učinkovite porabe sredstev zaradi zaščite finančnih interesov Unije (glej v tem smislu sodbo z dne 1. oktobra 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, točki 59 in 63 ter navedena sodna praksa).
- 29 Za obstoj „nepravilnosti“ v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 morajo biti izpolnjeni trije elementi, in sicer kršitev prava Unije, dejanje ali opustitev gospodarskega subjekta, iz katere izvira ta kršitev, ter dejanska ali potencialna škoda za proračun Unije (glej v tem smislu sodbo z dne 1. oktobra 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, točka 51).

- 30 Glede prvega pogoja, ta se ne nanaša le na kršitve določb prava Unije, ampak se nanaša tudi na kršitve določb nacionalnega prava, ki se uporabljajo za operacije, ki so deležne podpore strukturnih skladov Unije, in tako prispevajo k zagotavljanju izvajanja prava Unije s področja upravljanja projektov, ki se financirajo iz teh skladov. Tako mora pristojni organ upravljanja na podlagi člena 60(a) Uredbe št. 1083/2006 zagotoviti, da so operacije, izbrane za financiranje, v celotnem obdobju njihovega izvajanja skladne s pravili Unije in veljavnimi nacionalnimi pravili (glej v tem smislu sodbo z dne 1. oktobra 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, točki 52 in 53 ter navedena sodna praksa).
- 31 Naloga Unije je torej, da prek svojih skladov financira samo dejavnosti, ki se izvajajo ob popolni skladnosti z načeli in pravili o javnem naročanju (glej v tem smislu sodbi z dne 14. julija 2016, Wrocław–Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, točka 43, in z dne 6. decembra 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, točka 57), zlasti z načelom enakega obravnavanja ponudnikov in načelom preglednosti, zagotovljenima s členom 2 Direktive 2004/18.
- 32 Načelo enakega obravnavanja ponudnikov zahteva, da imajo gospodarski subjekti, ki se zanimajo za javno naročilo, pri sestavi svojih ponudb enake možnosti, da se lahko natančno seznanijo z omejitvami postopka in da se lahko dejansko prepričajo, da za vse konkurente veljajo enake zahteve (sodba z dne 14. decembra 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, točka 39 in navedena sodna praksa). Poleg tega je ponudnike treba obravnavati enako tako takrat, kadar pripravljajo svoje ponudbe, kot tudi takrat, kadar naročnik te ponudbe ocenjuje (glej v tem smislu sodbo z dne 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, točka 45 in navedena sodna praksa).
- 33 Bistveni namen načela preglednosti je, da se zagotovi neobstoj nevarnosti dajanja prednosti ali samovoljnosti naročnika (glej v tem smislu sodbo z dne 3. oktobra 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, točka 55).
- 34 Iz elementov, ki so na voljo Sodišču, izhaja, da v postopku v glavni stvari ob upoštevanju obtožb o dejanjih korupcije, katerih namen je vplivati na postopek odločanja o oddaji zadevnega javnega naročila, ni mogoče izključiti, da so nekateri člani razpisne komisije družbe ANAS enemu od ponudnikov dali prednost in diskriminirali njegove konkurente ter tako kršili načeli preglednosti in enakega obravnavanja ponudnikov, zagotovljeni s členom 2 Direktive 2004/18, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.
- 35 V zvezi z drugim pogojem, potrebnim za opredelitev kot „nepravilnost“ v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006, in sicer, da taka nepravilnost izvira iz dejanja ali opustitve gospodarskega subjekta, člen 27(a) Uredbe št. 1828/2006 o pravilih za izvajanje Uredbe št. 1083/2006 „gospodarski subjekt“ opredeljuje kot katero koli fizično ali pravno osebo in drug subjekt, ki sodeluje pri izvajanju pomoči iz skladov, razen države članice, ki izvršuje javno oblast.
- 36 Glede na to opredelitev ni dvoma, da je družba ANAS kot „upravičenka“ – v smislu člena 2, točka 4, Uredbe št. 1083/2006 – zadevnega sklada, ki je kot naročnica organizirala postopek oddaje javnega naročila iz postopka v glavni stvari, gospodarski subjekt.

- 37 V zvezi s tem je treba pojasniti, da za to, da bi se dejanje ali opustitev, ki pomeni kršitev prava Unije ali veljavnega nacionalnega prava, lahko štelo za „nepravilnost“ v smislu člena 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006, ni treba dokazati nobenega namere ali malomarnosti zadevnega gospodarskega subjekta (glej v tem smislu sodbo z dne 1. oktobra 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, točka 65).
- 38 V zvezi s tretjim pogojem, potrebnim za opredelitev kot „nepravilnost“ v smislu tega člena 2, točka 7, in sicer, da to, da gospodarski subjekt krši pravo Unije ali nacionalno pravo, škoduje ali bi škodovalo splošnemu proračunu Unije, je treba poudariti, da ta pogoj ne zahteva, kot je razvidno zlasti iz besedne zveze „bi škodovalo“, da se dokaže obstoj točno določenega finančnega učinka na proračun Unije. Neupoštevanje veljavnih pravil namreč pomeni nepravilnost v smislu te določbe, če ni mogoče izključiti možnosti, da bo to neupoštevanje vplivalo na proračun zadevnega sklada (glej v tem smislu sodbo z dne 6. decembra 2017, Compania Natională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, točki 60 in 61 ter navedena sodna praksa).
- 39 Tako je treba ugotoviti, da lahko ravnanja, ki jih je mogoče opredeliti kot „dejanja korupcije, storjena v okviru postopka oddaje javnega naročila“, že po svoji naravi vplivajo na oddajo tega naročila. Zato ni mogoče izključiti, da lahko ta ravnanja vplivajo na proračun zadevnega sklada.
- 40 Glede na zgoraj navedeno je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba člen 2, točka 7, Uredbe št. 1083/2006 razlagati tako, da pojem „nepravilnost“ v smislu te določbe zajema ravnanja, ki jih je mogoče opredeliti kot „dejanja korupcije“, storjena v okviru postopka oddaje javnega naročila za izvedbo del, sofinanciranih iz strukturnega sklada Unije, in zaradi katerih je bil sprožen upravni ali sodni postopek, tudi kadar ni dokazano, da so taka ravnanja dejansko vplivala na postopek izbire ponudnika, in kadar ni bila ugotovljena nikakršna dejanska škoda za proračun Unije.

Tretje in četrto vprašanje

- 41 Predložitveno sodišče s tretjim in četrtem vprašanjem, ki ju je treba obravnavati skupaj in na drugem mestu, v bistvu sprašuje, ali je treba člen 98(1) in (2) Uredbe št. 1083/2006 razlagati tako, da morajo države članice v primeru nepravilnosti, kot je opredeljena v členu 2, točka 7, te uredbe, samodejno uporabiti stopnjo finančnega popravka višini 100 % ali pa morajo za določitev finančnega popravka, ki ga je treba uporabiti, presoditi vsak primer posebej ob upoštevanju zlasti načela sorazmernosti.
- 42 V skladu s členom 98(1) Uredbe št. 1083/2006, ki se nanaša posebej na finančne popravke, ki jih izvedejo države članice, so države članice na prvi stopnji odgovorne za preiskovanje nepravilnosti na podlagi dokazov o večji spremembi, ki vpliva na naravo okoliščin izvajanja ali nadzora projektov ali operativnih programov in za izvajanje potrebnih finančnih popravkov. Odstavek 2 tega člena na eni strani določa, da morajo države članice izvesti te popravke v zvezi s posameznimi ali sistemskimi nepravilnostmi, ki so odkrite v delovanju teh projektov ali operativnih programov, in na drugi strani, da navedeni popravki obsegajo preklic celote ali dela javnega prispevka za operativni program, pri čemer se upoštevajo narava in resnost nepravilnosti ter finančna izguba sklada.
- 43 Ta merila so izraz načela sorazmernosti, ki je eno od splošnih načel prava Unije (sodbe z dne 18. novembra 1987, Maizena in drugi, 137/85, EU:C:1987:493, točka 15; z dne 10. julija 2003, Komisija/ECB, C-11/00, EU:C:2003:395, točka 156, in z dne 11. januarja 2017, Španija/Svet, C-128/15, EU:C:2017:3, točka 71).

- 44 Iz tega izhaja, da poleg tega, da za razlago člena 98(1) in (2) Uredbe št. 1083/2006 v smislu, da državam članicam sistematično nalaga, da – kadar se ugotovi nepravilnost v smislu člena 2, točka 7, te uredbe – v celoti prekličejo odobreno financiranje in izterjajo že izplačane zneske, tudi če je bilo to financiranje uporabljeno za predvidene namene in za dela, ki so upravičena do evropskega financiranja in so bila dejansko izvedena, ni nobene podlage v besedilu teh določb, bi se s tako razlago samodejno uvedla stopnja finančnega popravka v višini 100 %, s čimer bi bila kršena merila, določena v odstavku 2 tega člena 98, in načelo sorazmernosti.
- 45 V tem okviru je smernice iz leta 2013, ki jih navaja predložitveno sodišče in v katerih je določena lestvica stopenj finančnih popravkov, ki se uporabljajo med drugim na podlagi člena 99 Uredbe št. 1083/2006, ki se nanaša na merila za finančne popravke, ki jih izvede Komisija, mogoče upoštevati pri konkretizaciji meril iz člena 98(2) te uredbe, to je meril, ki se uporabljajo za finančne popravke, ki jih izvedejo države članice. Namreč, čeprav te smernice držav članic ne zavezujejo, se v točki 1.1 teh smernic državam članicam vseeno priporoča, da „pri odpravljanju [– med drugim na podlagi člena 98 navedene uredbe –] nepravilnosti, ki so jih odkrile njihove službe, uporabljajo enaka merila in stopnje“.
- 46 Iz točke 1.3, prvi odstavek, navedenih smernic, ki se nanaša na „merila, ki jih je treba upoštevati pri določanju stopnje popravka, ki ga je treba uporabiti“, je razvidno, da kadar ni mogoče natančno kvantitativno določiti finančnih posledic za zadevno naročilo, se uporabijo stopnje popravka v višini 5 %, 10 %, 25 % ali 100 %, pri čemer je treba upoštevati resnost nepravilnosti in načelo sorazmernosti.
- 47 V skladu s to točko 1.3, drugi odstavek, se nepravilnost šteje za resno, če neskladnost s pravom, ki se uporablja za javna naročila, zlasti z načeloma preglednosti in enakega obravnavanja, pripelje do oddaje naročila drugemu ponudniku, in ne tistemu, ki bi moral dobiti naročilo. Poleg tega zlasti iz zadnjega odstavka navedene točke 1.3 izhaja, da če ima zaradi nepravilnosti en ali več ponudnikov prednost, se lahko uporabi finančni popravek v višini 100 %.
- 48 V obravnavanem primeru predložitveno sodišče ugotavlja, da so se zaradi nepravilnosti, ugotovljene v okviru postopka oddaje zadevnega javnega naročila, začeli upravni in sodni postopki na nacionalni ravni, da bi se ugotovil obstoj goljufivega ravnanja, ki pomeni kaznivo dejanje korupcije. S pridržkom presoje, ki jo mora v zvezi s tem opraviti predložitveno sodišče, pa taka nepravilnost na podlagi člena 27(1)(c) Uredbe št. 1828/2006 lahko spada pod pojem „sum goljufije“ in se jo tako v skladu s točko 1.3, drugi odstavek, smernic iz leta 2013 lahko opredeli kot „resno“.
- 49 Glede na zgoraj navedeno je treba na tretje in četrto vprašanje odgovoriti, da je treba člen 98(1) in (2) Uredbe št. 1083/2006 razlagati tako, da državam članicam v primeru „nepravilnosti“, kot je opredeljena v členu 2, točka 7, te uredbe, nalaga, da za določitev finančnega popravka, ki ga je treba uporabiti, opravijo presojo vsakega primera posebej ob upoštevanju načela sorazmernosti, pri čemer morajo upoštevati zlasti naravo in resnost ugotovljenih nepravilnosti ter njihov finančni učinek na zadevni sklad.

Drugo vprašanje

- 50 Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem, ki ga je treba preučiti nazadnje, v bistvu sprašuje, ali je treba člen 45(2), prvi pododstavek, točka (d), Direktive 2004/18 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki ne omogoča, da se iz postopka oddaje javnega naročila izključi gospodarski subjekt, ki je poskusil vplivati na izid tega postopka, zlasti z dejanji aktivne korupcije do članov razpisne komisije.
- 51 Člen 45(2), prvi pododstavek, točka (d), Direktive 2004/18 omogoča, da se iz sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila izključi vsak gospodarski subjekt, ki je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bila dokazana s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo.
- 52 Pojem „huda poklicna napaka“ je treba razumeti tako, da se običajno nanaša na vsako ravnanje gospodarskega subjekta, ki kaže na naklep ali dovolj hudo malomarnost. Za ugotovitev take napake ni potrebna pravnomočna sodba (sodba z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, točke 27, 28 in 30).
- 53 Vendar je treba tako napako, da bi lahko povzročila izključitev gospodarskega subjekta, ki jo je storil, iz postopka oddaje javnega naročila, nujno ugotoviti pred končanjem tega postopka (glej po analogiji sodbo z dne 20. decembra 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani in Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, točka 38).
- 54 V obravnavanem primeru pa je iz predloga za sprejetje predhodne odločbe razvidno, da je bila družba ANAS na morebiten obstoj sistema korupcije, v katerega naj bi bili vključeni nekateri njeni uradniki, opozorjena šele ob uvedbi kazenskih preiskav v zvezi s postopkom oddaje javnega naročila iz postopka v glavni stvari več let po oddaji tega javnega naročila. Ker družba ANAS ni vedela, da je zakoniti zastopnik družbe Aleandri morda podkupil nekatere njene uradnike, začasemu združenju podjetij, katerega član je bilo to podjetje, ni mogla očitati hujše poklicne napake v zvezi s tem ravnanjem in ga posledično izključiti iz zadevnega postopka.
- 55 V teh okoliščinah vprašanja, ali je treba člen 45(2), prvi pododstavek, točka (d), Direktive 2004/18 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki ne omogoča, da se iz postopka oddaje javnega naročila izključi gospodarski subjekt, ki je poskusil vplivati na izid tega postopka, zlasti z dejanji aktivne korupcije do članov razpisne komisije, ni treba preučiti.

Stroški

- 56 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. Člen 2, točka 7, Uredbe Sveta (ES) št. 1083/2006 z dne 11. julija 2006 o splošnih določbah o Evropskem skladu za regionalni razvoj, Evropskem socialnem skladu in Kohezijskem skladu ter razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1260/1999**

je treba razlagati tako, da

pojem „nepravilnost“ v smislu te določbe zajema ravnanja, ki jih je mogoče opredeliti kot „dejanja korupcije“, storjena v okviru postopka oddaje javnega naročila za izvedbo del, sofinanciranih iz strukturnega sklada Evropske unije, in zaradi katerih je bil sprožen upravni ali sodni postopek, tudi kadar ni dokazano, da so taka ravnanja dejansko vplivala na postopek izbire ponudnika, in kadar ni bila ugotovljena nikakršna dejanska škoda za proračun Unije.

2. Člen 98(1) in (2) Uredbe št. 1083/2006

je treba razlagati tako, da

državam članicam v primeru „nepravilnosti“, kot je opredeljena v členu 2, točka 7, te uredbe, nalaga, da za določitev finančnega popravka, ki ga je treba uporabiti, opravijo presojo vsakega primera posebej ob upoštevanju načela sorazmernosti, pri čemer morajo upoštevati zlasti naravo in resnost ugotovljenih nepravilnosti ter njihov finančni učinek na zadevni sklad.

Podpisi