

orzeczenie z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie C-408/16
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii
Rutiere SA

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 6 grudnia 2017 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Zakres stosowania – Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 – Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, Europejski Fundusz Społeczny i Fundusz Spójności – Umowa o finansowanie budowy autostrady zawarta z Europejskim Bankiem Inwestycyjnym przed przystąpieniem państwa członkowskiego do Unii Europejskiej – Pojęcie „nieprawidłowości” w rozumieniu rozporządzenia nr 1083/2006

W sprawie C-408/16

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) postanowieniem z dnia 20 maja 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 21 lipca 2016 r., w postępowaniu:

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, dawniej
Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA,

przeciwko

Ministerul Fondurilor Europene – Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe,

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: J. Malenovský, prezes izby, D. Šváby (sprawozdawca) i M. Vilaras, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA przez C. Homora, A. Docu, R. Simionescu, I.L. Axente i N.C. Mărgărit oraz przez A. Filipescu, H. Nicolae i M. Curculescu,
- w imieniu Ministerul Fondurilor Europene – Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe przez D.C. Dinu, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu Komisji Europejskiej przez B.R. Killmanna, A. Tokára i L. Nicolae, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 15 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44), a także art. 2 pkt 7, art. 9 ust. 5 oraz art. 60 lit. a) rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U. 2006, L 210, s. 25).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, dawniej Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (zwaną dalej „CNADNR”) a Ministerul Fondurilor Europene – Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (ministerstwem funduszy europejskich – dyrekcją generalną ds. zarządzania funduszami zagranicznymi, Rumunia) w przedmiocie decyzji Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial „Transport” (instytucji zarządzającej sektorowym programem operacyjnym „Transport”, Rumunia, zwanej dalej „AMPOST”) o zastosowaniu korekty finansowej z tytułu naruszenia dyrektywy 2004/18 w ramach udzielania zamówień publicznych dotyczących robót współfinansowanych, początkowo przez Europejski Bank Inwestycyjny (EBI), a następnie w całości i z mocą wsteczną przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) oraz Funduszu Spójności.

Ramy prawne

Prawo Unii

Protokół w sprawie przystąpienia

- 3 Artykuł 2 Protokołu dotyczącego warunków i uzgodnień w sprawie przyjęcia Republiki Bułgarii i Rumunii do Unii Europejskiej (Dz.U. 2005, L 157, s. 29, zwanego dalej „protokołem w sprawie przystąpienia”) stanowi:

„[...] przepisy aktów przyjętych przez instytucje przed przystąpieniem są od dnia przystąpienia wiążące dla Bułgarii i Rumunii oraz są stosowane w tych państwach zgodnie z warunkami określonymi w [Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy], w traktacie EWEA oraz w niniejszym Protokole”.
- 4 Część czwarta protokołu, zatytułowana „Postanowienia tymczasowe” zawiera tytuł III poświęcony „[p]ostanowieniom finansowym”, w którym znajduje się art. 27, stanowiący w ust. 2:

„Do zobowiązań finansowych podjętych przed przystąpieniem, na mocy przedakcesyjnych instrumentów finansowych, o których mowa w ustępie 1, a także zobowiązań podjętych po przystąpieniu na podstawie Instrumentu Przejściowego określonego w artykule 31, w tym do zawarcia i rejestracji następnych zobowiązań indywidualnych i płatności, dokonanych po dniu przystąpienia, stosuje się zasady i przepisy dotyczące przedakcesyjnych instrumentów finansow[ych]; zobowiązania te będą obciążać odpowiednie pozycje budżetowe, aż do dnia zamknięcia danych programów i projektów. Niezależnie od powyższego procedury zamówień publicznych rozpoczęte po przystąpieniu zostaną przeprowadzone zgodnie z odpowiednimi przepisami unijnymi”.

- 5 Część piąta tego protokołu, zatytułowana „Postanowienia dotyczące wprowadzenia w życie niniejszego protokołu” zawiera tytuł II, zatytułowany „Stosowanie aktów instytucji”, w którym znajduje się art. 53, stanowiący w ust. 1:

„Bułgaria i Rumunia wprowadzają w życie środki niezbędne do osiągnięcia, od dnia przystąpienia, zgodności z przepisami europejskich ustaw ramowych i tych rozporządzeń europejskich, które są wiążące w odniesieniu do rezultatu, który ma zostać osiągnięty, ale pozostawiają organom krajowym swobodę wyboru form i środków w rozumieniu artykułu I-33 [Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy], a także z przepisami dyrektyw i decyzji w rozumieniu artykułu 249 [WE] i artykułu 161 traktatu EWEA, chyba że w niniejszym Protokole przewidziano inny termin. Informują one Komisję o tych środkach najpóźniej do dnia przystąpienia lub, w stosownych przypadkach, w terminie przewidzianym w tym celu w niniejszym Protokole”.

Dyrektywa 2004/18

- 6 Motyw 22 dyrektywy 2004/18 głosi:

„Należy przewidzieć sytuacje, w których możliwe jest wstrzymanie się od stosowania środków służących koordynacji procedur [...] z uwagi na zastosowanie zasad szczególnych dotyczących udzielania zamówień [...] właściwych organizacjom międzynarodowym”.

- 7 Artykuł 15 wskazanej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia udzielane na podstawie procedur międzynarodowych”, stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych podlegających innym regułom proceduralnym i udzielanych:

[...]

- c) na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej”.

Rozporządzenie nr 1083/2006

- 8 Motyw 22 rozporządzenia nr 1083/2006 stanowi:

„Działalność funduszy oraz operacje, które pomagają one sfinansować, powinny być spójne z innymi politykami Wspólnoty oraz przestrzegać prawodawstwa Wspólnoty”.

- 9 Artykuł 2 tego rozporządzenia stanowi:

„Do celów niniejszego rozporządzenia poniższym terminom przypisuje się następujące znaczenie:

[...]

7) »nieprawidłowość«: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.

10 Artykuł 9 ust. 5 wspomnianego rozporządzenia stanowi:

„Operacje finansowane z funduszy są zgodne z postanowieniami traktatu i aktów przyjętych na jego podstawie”.

11 Znajdujący się w sekcji 2 rozdziału II w tytule III rozporządzenia nr 1083/2006, zatytułowanej „Duże projekty”, art. 39 stanowi:

„W ramach programu operacyjnego, EFRR i Fundusz Spójności mogą finansować wydatki związane z operacją składającą się z szeregu robót, działań lub usług, której celem samym w sobie jest ukończenie niepodzielnego zadania o sprecyzowanym charakterze gospodarczym lub technicznym, która posiada jasno określone cele i której całkowity koszt przekracza kwotę 25 mln EUR w przypadku środowiska naturalnego oraz 50 mln EUR w przypadku innych dziedzin (zwane dalej »dużymi projektami«)”.

12 Artykuł 41 tego rozporządzenia, zatytułowany „Decyzja Komisji”, stanowi:

„1. Komisja dokonuje oceny dużego projektu, w razie potrzeby konsultując się z ekspertami zewnętrznymi, w tym z EBI, w świetle informacji, o których mowa w art. 40, jego spójności z priorytetami programu operacyjnego, jego wkładu w osiągnięcie celów tych priorytetów oraz jego spójności z innymi politykami Wspólnoty.

2. Komisja przyjmuje decyzję możliwie najszybciej, ale nie później niż w terminie trzech miesięcy po złożeniu przez państwo członkowskie lub instytucję zarządzającą dużego projektu, pod warunkiem że złożenie jest zgodne z art. 40. Decyzja ta określa aspekt fizyczny, podstawę ustalania poziomu współfinansowania osi priorytetowej oraz roczny harmonogram dla wkładu finansowego EFRR lub Funduszu Spójności.

3. W przypadku gdy Komisja odmawia wniesienia wkładu finansowego funduszy w duży projekt, powiadamia ona państwo członkowskie o powodach tej decyzji w terminie i na warunkach określonych w ust. 2”.

13 Artykuł 60 rozporządzenia nr 1083/2006 ma następujące brzmienie:

„Instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za:

a) zapewnienie, że operacje są wybierane do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji;

[...]”.

14 Artykuł 98 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi:

„Państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają

na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

Uwolnione w ten sposób zasoby funduszy mogą być ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie do dnia 31 grudnia 2015 r. na dany program operacyjny zgodnie z przepisami, o których mowa w ust. 3”.

Przewodnik EBI

- 15 EBI ma „Przewodnik dotyczący udzielania zamówień na projekty finansowane przez EBI”. Przewodnik ten, w wersji z 2004 r. (zwany dalej „przewodnikiem EBI”) ma na celu informowanie wykonawców projektów, dla których zamówienia są w całości lub w części finansowane przez EBI, o zasadach postępowania przy udzielaniu zamówień na roboty, dostawy i usługi niezbędne dla danego projektu, na które EBI przyznaje finansowanie. Przewodnik składa się z trzech rozdziałów i wyodrębnia zasady dotyczące operacji realizowanych wewnątrz Unii, których dotyczy rozdział 2, operacji realizowanych poza Unią, których dotyczy rozdział 3. W rozdziale 3 przewodnika EBI wskazano, że „państwa kandydujące stopniowo inkorporują dyrektywy Unii do swojego prawodawstwa. W niniejszym przewodniku wskazane państwa objęte są przepisami rozdziału 3 »Działania poza Unią Europejską« do upływu terminu, od którego zobowiązane są stosować dyrektywy europejskie dotyczące udzielania zamówień, w myśl uzgodnień poczynionych w trakcie negocjacji z Komisją, w zakresie, w jakim dyrektywy te będą na daną chwilę wdrożone do prawa krajowego. Wtedy zaczynają mieć do nich zastosowanie przepisy rozdziału 2 »Działania wewnątrz Unii«”.

Prawo rumuńskie

OUG nr 34/2006

- 16 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do prawa rumuńskiego w drodze Ordonanta de urgență a Guvernului nr. 34/2006 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (pilnego rozporządzenia rządu nr 34/2006 w sprawie zamówień publicznych, umów koncesyjnych na roboty publiczne i umów koncesyjnych na usługi, *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr 418 z dnia 15 maja 2006 r., zwanego dalej „OUG nr 34/2006”). Artykuł 14 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi:

„Niniejsze pilne rozporządzenie nie ma zastosowania, jeżeli zamówienie publiczne udzielane jest w wyniku:

[...]

- c) stosowania szczególnych procedur organizacji i instytucji międzynarodowych;

[...]”.

OUG nr 72/2007

- 17 Ordonanța de urgență a Guvernului nr.72/2007 din 28 iunie 2007 privind unele măsuri derogatorii de la OUG nr. 34/2006 (pilne rozporządzenie rządu nr 72/2007 z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie niektórych środków stanowiących odstępstwo od OUG nr 34/2006, *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr 441 z dnia 29 czerwca 2007 r., zwane dalej „OUG nr 72/2007”) składa się z jednego artykułu, który stanowi:

„W drodze odstępstwa od przepisów [OUG nr 34/2006], [...] w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane – [...], pożyczka EBI VI, udzielona w grudniu 2006 r., autostrada Arad-Timișoara-Lugoj [...], [CNADNR] nadal znajdują zastosowanie przewodnika [EBI], rozdział 3; [...]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 18 Projekt budowy autostrady Arad-Timișoara-Lugoj był początkowo przedmiotem umowy o finansowanie zawartej w dniu 23 grudnia 2003 r. między Rumunią, EBI i instytucją zamawiającą odpowiedzialną za rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie na roboty budowlane, CNADNR.
- 19 Na podstawie tej umowy w dniu 2 grudnia 2004 r. między tymi samymi stronami zawarta została umowa pożyczki w celu sfinansowania budowy szeregu odcinków autostrady. Umowa ta stanowi, że „CNADNR przestrzega procedur EBI dotyczących zakupu towarów, świadczenia usług i podjęcia robót niezbędnych dla projektów, [że] negocjuje i zawiera umowy zgodnie z przepisami [umowy o finansowaniu]”, czyli „za pośrednictwem międzynarodowych przetargów otwartych dla kandydatów ze wszystkich państw”.
- 20 W ramach tej umowy pożyczki oraz w celu przeprowadzenia przetargu na roboty budowlane dotyczące autostrady Arad-Timișoara-Lugoj CNADNR w dniu 28 lutego 2006 r. przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, aby zapewnić sobie usługi konsultantów niezbędne do opracowania dokumentacji przetargowej. Rumunia nie była wtedy jeszcze członkiem Unii, więc dokumentacja tego przetargu została sporządzona zgodnie z rozdziałem 3 przewodnika EBI, zatytułowanym „Działania poza Unią [...]”.
- 21 Z postanowienia odsyłającego wynika, że, po pierwsze, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące autostrady Arad-Timișoara-Lugoj rozpoczęło się w dniu 17 lipca 2007 r. w formie przetargu ograniczonego z preselekcją w drodze opublikowania ogłoszenia o preselekcji, a po drugie, że zamówienia udzielono w dniu 15 grudnia 2008 r.
- 22 W dniu 27 października 2009 r. Rumunia wystąpiła do Komisji o objęcie projektu budowy autostrady Arad-Timișoara-Lugoj, w ramach sektorowego programu operacyjnego „Transport 2007–2013”, wstecznym finansowaniem z EFRR i Funduszu Spójności jako „dużego projektu” w rozumieniu art. 39 rozporządzenia nr 1083/2006.
- 23 W dwóch kolejnych decyzjach wydanych odpowiednio w latach 2010 i 2014 Komisja zatwierdziła finansowanie tego projektu w całości z EFRR i Funduszu Spójności. Umowa o finansowanie zmieniła tym samym źródło finansowania tego projektu, tak żeby odtąd otrzymywał bezzwrotne fundusze europejskie z sektorowego programu operacyjnego „Transport 2007–2013”.
- 24 W celu zwrócenia wydatków poniesionych przez instytucję zamawiającą, biorąc pod uwagę zalecenia Komisji dotyczące przestrzegania uregulowań Unii w dziedzinie zamówień publicznych w przypadku finansowania wstecznego projektów, AMPOST skontrolował dokumentację przetargu na roboty budowlane rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Na zakończenie tej kontroli instytucja ta w notatce z dnia 29 czerwca 2015 r. stwierdziła nieprawidłowości i nakazała w drodze decyzji z dnia 24 sierpnia 2015 r. korektę finansową w wysokości 10% wartości kwalifikowanych wydatków zamówienia na roboty budowlane udzielonego w dniu 15 grudnia 2008 r.

- 25 AMPOST uzasadniał tę korektę finansową, przypominając, w pierwszej kolejności, że w celu udzielenia europejskiego bezzwrotnego finansowania na dane działanie Komisja wymaga, by były przestrzegane przepisy dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych obowiązujących w dniu ogłoszenia zaproszenia do udziału w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia. W tym względzie instytucja ta uznała, że dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, gdyż rozpoczęło się ono dopiero po przystąpieniu Rumunii do Unii. W drugiej kolejności AMPOST wskazał, że trzy kryteria preselekcji określone w tym przetargu były bardziej surowe niż te przewidziane w dyrektywie 2004/18. Były to, po pierwsze, kryterium dotyczące sytuacji podmiotowej kandydata, a w szczególności przypadków niewykonania zamówień, naruszające art. 44 i 45 dyrektywy 2004/18, po drugie, kryterium dotyczące sytuacji finansowej kandydata, niezgodne z art. 47 tej dyrektywy, oraz po trzecie, kryterium dotyczące doświadczenia kandydata, które naruszało art. 48 tej dyrektywy. Na koniec AMPOST wskazał jednak, że użycie tych kryteriów było dozwolone na mocy prawa wewnętrznego, czyli OUG nr 72/2007, które wprowadza wyraźne odstępstwo od OUG nr 34/2006, czyli rozporządzenia transponującego dyrektywę 2004/18.
- 26 CNADNR wniosła do sądu odsyłającego skargę o stwierdzenie nieważności decyzji AMPOST z dnia 24 sierpnia 2015 r. oraz notatki stwierdzającej nieprawidłowości i ustalającej korektę finansową z dnia 29 czerwca 2015 r., sporządzoną w przedmiocie projektu budowy autostrady Arad-Timișoara-Lugoj.
- 27 Na poparcie skargi CNADNR podnosi, że korekta finansowa wynosząca 10% wartości wydatków kwalifikowalnych zamówienia na roboty budowlane dotyczące autostrady Arad-Timișoara Lugoj jest oparta na błędnej wykładni przepisów OUG nr 34/2006, OUG nr 72/2007 oraz dyrektywy 2004/18. CNADNR utrzymuje, że instytucji zamawiającej nie można zarzucać ustalenia niezgodnych z prawem lub surowszych w porównaniu z tą dyrektywą kryteriów preselekcji, ponieważ od początku udzielenie tego zamówienia było prowadzone zgodnie z rozdziałem 3 przewodnika EBI.
- 28 Ministerstwo funduszy europejskich – dykcja generalna ds. zarządzania funduszami zagranicznymi utrzymuje, że kontrole zostały przeprowadzone przez AMPOST zgodnie z dyrektywą 2004/18, właśnie dlatego, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia było objęte odstępstwem od stosowania OUG nr 34/2006. Zważywszy na zmianę źródła finansowania i na to, że działanie było od tamtego momentu finansowane z Funduszu Spójności w ramach sektorowego programu operacyjnego „Transport 2007–2013”, instytucja ta musiała bowiem zapewnić, że udzielenie tego zamówienia przebiega z poszanowaniem przepisów prawa Unii, a w szczególności uregulowań dotyczących zamówień publicznych.
- 29 Sąd odsyłający zastanawia się w pierwszej kolejności, jakie uregulowania obowiązują *ratione temporis* i bierze pod uwagę nie tylko art. 27 protokołu w sprawie przystąpienia, który dotyczy zobowiązań finansowych podjętych przez dane państwa członkowskie przed ich przystąpieniem do Unii, lecz również art. 53 tego protokołu, przewidujący wejście w życie ze skutkiem natychmiastowym, z dniem przystąpienia tych państw członkowskich do Unii, norm prawa pochodnego.
- 30 W drugiej kolejności sąd odsyłający zastanawia się, czy można interpretować art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych podlegających innym regułom proceduralnym i udzielanych na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej, w ten sposób, że zezwala on na to, by państwo członkowskie nie stosowało po swoim przystąpieniu do Unii tej dyrektywy w zakresie, w jakim wiąże je umowa finansowania zawarta z EBI przed

jego przystąpieniem do Unii, na mocy której w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego obowiązują kryteria szczególne, surowsze niż te przewidziane w omawianej dyrektywie.

- 31 Sąd odsyłający zastanawia się ponadto, czy dyrektywa 2004/18 stoi na przeszkodzie obowiązywaniu aktu normatywnego prawa wewnętrznego przyjętego przez dane państwo członkowskie po jego przystąpieniu do Unii, który nakazuje instytucji zamawiającej postępowanie według przewodnika EBI w drodze odstępstwa od aktu prawnego transponującego tę dyrektywę.
- 32 W tym względzie sąd odsyłający uważa, że po przystąpieniu do Unii państwo kandydujące, które korzystało z finansowania na czas negocjacji, nie podlega już przepisom rozdziału 3 przewodnika EBI dotyczącego działań zewnętrznych, tylko jest odtąd objęte rozdziałem 2, zatytułowanym „Działania wewnątrz Unii Europejskiej”, tego przewodnika, co świadczyłoby o tym, że dyrektywa 2004/18 ma jednak zastosowanie.
- 33 W trzeciej kolejności, w zakresie, w jakim AMPOST wskazał, że niektóre kryteria preselekcji przyjęte dla rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia na roboty budowlane były surowsze niż te przewidziane w dyrektywie 2004/18, sąd odsyłający zastanawia się na tym tle, czy takie zamówienie można uznać za zgodne z uregulowaniami Unii i kwalifikujące się do przyznawanego z mocą wsteczną europejskiego finansowania bezzwrotnego.
- 34 W tej sytuacji Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - 1) Czy art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by państwo członkowskie nie stosowało, po swoim przystąpieniu do Unii [...], omawianej dyrektywy, jeżeli jest objęte umową o finansowaniu zawartą z [EBI], podpisaną przed akcesją, na podstawie której to umowy do udzielanych zamówień publicznych mają zastosowanie szczególne wymogi określone przez podmiot finansujący, takie jak te w niniejszej sprawie, które są surowsze od tych dopuszczalnych na mocy dyrektywy?
 - 2) Czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona istnieniu w prawie krajowym aktu prawnego, takiego jak [OUG] nr 72/2007, który przewiduje stosowanie postanowień [przewodnika EBI], w drodze odstępstwa od aktu prawnego transponującego do prawa krajowego dyrektywę, w tym przypadku [OUG] nr 34/2006, ze względów takich jak te wskazane w uzasadnieniu, w celu zastosowania się do umowy o finansowaniu zawartej przed akcesją?
 - 3) Czy przy wykładni art. 9 ust. 5 i art. 60 lit. a) rozporządzenia nr 1083/2006 takie zamówienie publiczne, udzielone zgodnie z postanowieniami [przewodnika EBI] i przepisami prawa krajowego, można uznać za zgodne z prawem Unii i kwalifikujące się do europejskiej dotacji bezzwrotnej, udzielonej z mocą wsteczną?
 - 4) W przypadku odpowiedzi przeczącej na poprzednie pytanie, jeżeli takie zamówienie publiczne zostało uznane za zgodne w chwili kontroli spełnienia wymagań kwalifikacyjnych sektorowego programu operacyjnego »Transport 2007–2013«, czy tego rodzaju ewentualne naruszenie przepisów prawa Unii dotyczących zamówień publicznych (ustalenie kryteriów preselekcji oferentów analogicznych do tych z [przewodnika EBI], surowszych w stosunku do tych z dyrektywy 2004/18 [...]) stanowi »nieprawidłowość« w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia

nr 1083/2006, powodującą powstanie po stronie danego państwa członkowskiego obowiązku dokonania korekty finansowej/proporcjonalnego zmniejszenia na podstawie art. 98 ust. 2 tego rozporządzenia?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 35 Aby udzielić odpowiedzi na przedstawione pytania, na wstępie należy upewnić się, że dyrektywa 2004/18 ma rzeczywiście zastosowanie *ratione temporis* w zakresie, w jakim niektóre okoliczności faktyczne wskazywane przez sąd odsyłający miały miejsce przed przystąpieniem Rumunii do Unii. Z art. 2 protokołu w sprawie przystąpienia wynika bowiem, że przepisy aktów przyjętych przez instytucje Unii przed przystąpieniem są od dnia przystąpienia wiążące dla Rumunii oraz są stosowane w tym państwie zgodnie z warunkami określonymi w traktatach i tymże protokole.
- 36 W tym względzie z art. 53 ust. 1 omawianego protokołu wynika, że Rumunia powinna wprowadzić w życie środki niezbędne do osiągnięcia, od dnia przystąpienia do Unii, zgodności z przepisami europejskich dyrektyw, które są wiążące dla państwa członkowskiego co do rezultatu, który ma zostać osiągnięty, ale pozostawiają organom krajowym swobodę wyboru form i środków, chyba że w tym protokole przewidziano inny termin.
- 37 Należy zaś zauważyć, że dla transpozycji do prawa wewnętrznego dyrektywy 2004/18 nie przewidziano takiego terminu. Rumunia musiała więc zastosować się do tej dyrektywy z dniem przystąpienia do Unii zgodnie z zasadą niezwłocznego i pełnego zastosowania przepisów prawa Unii do nowych państw członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 3 grudnia 1998 r., *KappAhl*, C-233/97, EU:C:1998:585, pkt 15).
- 38 Należy jednak przy tym upewnić się, że dyrektywa 2004/18 ma rzeczywiście zastosowanie do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym.
- 39 W tym względzie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że co do zasady do zamówienia publicznego zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83).
- 40 Gdy zaś w postępowaniu o udzielenie zamówienia opublikowano ogłoszenie o zamówieniu, należy uznać, że dniem, w którym instytucja zamawiająca ostatecznie rozstrzygnęła, czy należy prowadzić postępowanie z ogłoszeniem przetargu przed udzieleniem tego zamówienia, jest dzień tej publikacji. Zatem to na ten dzień należy dokonywać oceny zgodności z prawem warunków dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 41 W niniejszym przypadku postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane rozpatrywane w postępowaniu głównym było przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w suplementie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* w dniu 17 lipca 2007 r., czyli po przystąpieniu Rumunii do Unii. Ponieważ protokół w sprawie przystąpienia nie przewidywał żadnych środków przejściowych mogących odsunąć w czasie stosowanie dyrektywy 2004/18, należy uznać, że ma ona zastosowanie *ratione*

temporis do postępowania o udzielenie zamówienia takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 42 W pytaniach pierwszym i drugim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy dyrektywę 2004/18, a w szczególności jej art. 15 lit. c) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by przepisy państwa członkowskiego przewidywały, w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczętego po dniu jego przystąpienia do Unii w celu realizacji projektu rozpoczętego na podstawie umowy o finansowanie zawartej z EBI przed tym przystąpieniem, stosowanie szczególnych kryteriów określonych w przepisach przewodnika EBI, które nie są zgodne z przepisami tej dyrektywy.
- 43 Artykuł 15 lit. c) dyrektywy 2004/18 stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych podlegających szczególnym regułom proceduralnym organizacji międzynarodowej.
- 44 Ponadto należy zauważyć, że artykuł ten w świetle motywu 22 dyrektywy 2004/18 podaje trzy przypadki zamówień publicznych, w których ta dyrektywa nie znajduje zastosowania, gdyż te zamówienia publiczne podlegają odmiennym uregulowaniom proceduralnym. Należy też wskazać, że omawiany artykuł znajduje się w sekcji 3, zatytułowanej „Zamówienia objęte wyłączeniem”, rozdziału II, zatytułowanego „Zakres obowiązywania” w tytule II, zatytułowanym „Reguły dotyczące zamówień publicznych”, dyrektywy 2004/18.
- 45 Zarówno z brzmienia art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18, jak i kontekstu, w jaki się on wpisuje, wynika, że artykuł ten stanowi wyjątek od materialnego zakresu stosowania tej dyrektywy. Taki wyjątek musi zaś koniecznie być interpretowany ściśle (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 czerwca 2013 r., Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, niepublikowane, EU:C:2013:416, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 46 Aby ocenić, czy dane postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, podlegające przepisom rozdziału 3 przewodnika EBI, może wchodzić w zakres wyjątku ustanowionego w art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18, należy sprawdzić, czy można uznać, że takie postępowanie podlega szczególnym regułom proceduralnym organizacji międzynarodowej.
- 47 Jak już zaś stwierdzono w pkt 41 niniejszego wyroku, rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane po przystąpieniu Rumunii do Unii.
- 48 W tych okolicznościach postępowania takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym nie można uznać za podlegające szczególnym regułom proceduralnym organizacji międzynarodowej w rozumieniu art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 49 Rumunia nie może więc powoływać się po przystąpieniu do Unii na wyjątek dotyczący przestrzegania szczególnych reguł organizacji międzynarodowej, zawarty w art. 15 lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 50 Ponadto, jak już wskazał sąd odsyłający, taka wykładnia znajduje potwierdzenie w brzmieniu przewodnika EBI, zgodnie z którym z chwilą przystąpienia do Unii państwo kandydujące, które korzystało z finansowania EBI na realizację projektu, nie podlega już przepisom rozdziału 3 przewodnika EBI dotyczącego działań zewnętrznych, tylko jest

odtąd objęte rozdziałem 2 tego przewodnika, dotyczącym działań wewnątrz Unii, i musi stosować dyrektywy dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych.

- 51 Z powyższego wynika, że dyrektywa 2004/18 stoi na przeszkodzie istnieniu aktu normatywnego prawa wewnętrznego, takiego jak OUG nr 72/2007, który stanowi, że przepisy rozdziału 3 przewodnika EBI mają zastosowanie w drodze odstępstwa od tej dyrektywy.
- 52 W związku z powyższym odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć tak, że dyrektywa 2004/18, a w szczególności jej art. 15 lit. c) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by przepisy państwa członkowskiego przewidywały, w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczętego po dniu jego przystąpienia do Unii w celu realizacji projektu rozpoczętego na podstawie umowy o finansowanie zawartej z EBI przed tym przystąpieniem, stosowanie szczególnych kryteriów określonych w przepisach przewodnika EBI, które nie są zgodne z przepisami tej dyrektywy.

W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego

- 53 W pytaniach trzecim i czwartym, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 9 ust. 5 oraz art. 60 lit. a) rozporządzenia nr 1083/2006 należy interpretować w ten sposób, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, w którym zastosowano surowsze kryteria, niż te określone w dyrektywie 2004/18, można uznać za zgodne z prawem Unii i kwalifikujące się do przyznawanego z mocą wsteczną bezzwrotnego finansowania europejskiego, oraz czy, w odpowiednim przypadku, art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy interpretować w ten sposób, że zastosowanie kryteriów preselekcji oferentów surowszych, niż przewiduje dyrektywa 2004/18, stanowi w rozumieniu tego przepisu „nieprawidłowość” uzasadniająca zastosowanie korekty finansowej na podstawie art. 98 tego rozporządzenia.
- 54 W zakresie pierwszego aspektu, z brzmienia art. 9 ust. 5 rozporządzenia nr 1083/2006 w związku z motywem 22 tego rozporządzenia wynika, że o finansowanie z funduszy europejskich można ubiegać się wyłącznie na działania zgodne z postanowieniami traktatu i aktów przyjętych na jego podstawie.
- 55 Ponadto zgodnie z art. 60 lit. a) rozporządzenia nr 1083/2006 instytucja zarządzająca odpowiada za zapewnienie, że operacje wybrane do objęcia finansowaniem spełniają mające zastosowanie zasady Unii i zasady krajowe przez cały okres ich realizacji.
- 56 Tym samym rozporządzenie nr 1083/2006 stanowi część składową aparatu gwarantującego prawidłowe zarządzanie funduszami Unii i ochronę jej interesów finansowych (zob. podobnie wyrok z dnia 26 maja 2016 r., Județul Neamț i Județul Bacău, C-260/14 i C-261/14, EU:C:2016:360, pkt 34).
- 57 Z powyższego wynika, że Unia może finansować za pośrednictwem swoich funduszy jedynie działania prowadzone w pełnej zgodności z prawem Unii, w tym z mającymi zastosowanie regułami w dziedzinie zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 58 W niniejszym przypadku jest bezsporne, że do celów preselekcji oferentów CNADNR postępował zgodnie z regułami z rozdziału 3 przewodnika EBI. W tym względzie postępowanie zgodnie z regułami tego przewodnika nie wyklucza ab initio, że będą

przestrzegane reguły Unii wynikające z dyrektywy 2004/18. Jednak z podanych przez sąd odsyłający informacji wynika, że rozpatrywane w postępowaniu głównym kryteria preselekcji są surowsze niż te określone w art. 44, 45 i 47 dyrektywy 2004/18.

- 59 W związku z powyższym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, w którym zastosowano surowsze kryteria niż te określone w dyrektywie 2004/18, nie można uznać za prowadzone w pełnej zgodności z prawem Unii.
- 60 Co do drugiego aspektu podniesionego w pkt 53 niniejszego wyroku, z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Sąd orzekł więc, że naruszenie takie należy uznać za nieprawidłowość jedynie o tyle, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 61 W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet danego funduszu (wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 45).
- 62 W niniejszym przypadku użycie kryteriów preselekcji oferentów surowszych niż te przewidziane w dyrektywie 2004/18, stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że ich użycie miało wpływ na budżet danego funduszu.
- 63 W tym względzie z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym AMPOST wykazał, iż kryteria preselekcji oferentów były surowsze niż te przewidziane w dyrektywie 2004/18 i że skutkowały ograniczeniem kręgu uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, przez co nie można wykluczyć, że miały skutki dla budżetu funduszu, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.
- 64 Co się tyczy wreszcie kwestii, czy ta nieprawidłowość uzasadnia zastosowanie korekty finansowej na podstawie art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006, należy wskazać, że państwa członkowskie powinny dokonać korekty finansowej, gdy stwierdzą nieprawidłowość.
- 65 W tym celu art. 98 ust. 2 wymaga również od właściwego organu krajowego ustalenia kwoty korekty, która ma zostać dokonana, przy uwzględnieniu trzech kryteriów, a mianowicie charakteru nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz (wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 47).
- 66 Jeżeli chodzi, tak jak w postępowaniu głównym, o nieprawidłowość jednorazową, a nie powtarzającą się, ten ostatni wymóg oznacza, że należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

67 W niniejszym przypadku fakt, że CNADNR działała zgodnie z krajowym ustawodawstwem nakazującym jej zastosowanie odstępstwa od dyrektywy 2004/18, przez co nie miała żadnego zakresu uznania w kwestii procedury udzielenia zamówienia, zgodnie z którą powinna postępować, stanowi okoliczność, która może mieć wpływ na ostateczną kwotę korekty finansowej, którą należy zastosować. Powinien to sprawdzić sąd odsyłający w świetle konkretnych okoliczności sprawy.

68 Z uwagi na powyższe rozważania na pytania trzecie i czwarte należy udzielić następującej odpowiedzi:

- Artykuł 9 ust. 5 oraz art. 60 lit. a) rozporządzenia nr 1083/2006 należy interpretować w ten sposób, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, w którym zastosowano surowsze kryteria, niż te określone w dyrektywie 2004/18, nie można uznać za prowadzone w pełnej zgodności z prawem Unii i nie kwalifikuje się do przyznawanego z mocą wsteczną bezzwrotnego finansowania europejskiego.
- Artykuł 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy interpretować w ten sposób, że zastosowanie kryteriów preselekcji oferentów surowszych, niż przewiduje dyrektywa 2004/18, stanowi w rozumieniu tego przepisu „nieprawidłowość” uzasadniającą zastosowanie korekty finansowej na podstawie art. 98 tego rozporządzenia, o ile nie można wykluczyć, że ich użycie miało wpływ na budżet danego funduszu, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie kosztów

69 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (ósma izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności jej art. 15 lit. c) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by przepisy państwa członkowskiego przewidywały, w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczętego po dniu jego przystąpienia do Unii w celu realizacji projektu rozpoczętego na podstawie umowy o finansowanie zawartej z Europejskim Bankiem Inwestycyjnym przed tym przystąpieniem, stosowanie szczególnych kryteriów określonych w przepisach przewodnika dotyczącego udzielania zamówień publicznych Europejskiego Banku Inwestycyjnego, które nie są zgodne z przepisami tej dyrektywy.**
- 2) **Artykuł 9 ust. 5 oraz art. 60 lit. a) rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 należy interpretować w ten sposób, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takie jak to rozpatrywane**

w postępowaniu głównym, w którym zastosowano surowsze kryteria, niż te określone w dyrektywie 2004/18, nie można uznać za prowadzone w pełnej zgodności z prawem Unii i nie kwalifikuje się do przyznawanego z mocą wsteczną bezzwrotnego finansowania europejskiego.

Artykuł 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy interpretować w ten sposób, że zastosowanie kryteriów preselekcji oferentów surowszych, niż przewiduje dyrektywa 2004/18, stanowi w rozumieniu tego przepisu „nieprawidłowość” uzasadniająca zastosowanie korekty finansowej na podstawie art. 98 tego rozporządzenia, o ile nie można wykluczyć, że ich użycie miało wpływ na budżet danego funduszu, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

Podpisy

*
— Język postępowania: rumuński.