

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№ 5341

гр. София, 04.07.2022 г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74
състав, в закрито заседание на 04.07.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

като разгледа дело номер **2296** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет, срещу индивидуален административен акт, обективиран в писмо рег. № 04-25-100/29.12.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г. и директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта и съобщенията, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33-2 от 27.02.2012 г. с изпълнител Консорциум „С. Л. 2“, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013 г.“.

В хода на произнасяне по същество Административен съд - София-град, 74 състав, счита, че за разрешаването на спора е необходимо да се установи валидността на решение на Европейската комисия от 27.07.2021 г. С(2021) 5793 за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за Оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 по цел „Сближаване“ в България, ССИ2007BG161PO004, както и, че е налице неяснота относно начина по който следва да се приложи съответното към спора, съюзното право.

Поради това съдът счита за необходимо да отправи до Съда на Европейския съюз преюдициално запитване, както следва:

I. СТРАНИ ПО ДЕЛОТО:

1. Жалбоподател – Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат[ЕИК], адрес: [населено място], [улица], тел.: 02/9173248, факс: 02/9866958;

2. Ответник – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г. и директор дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта (Р.), адрес: [населено място], [улица], тел: 02/9409771, факс: 02/9885094.

II. ПРЕДМЕТ НА ДЕЛОТО:

3. По своя характер делото е първоинстанционно. Предмет на обжалване е индивидуален административен акт, обективиран в писмо рег. № 04-25-100/29.12.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 г. и директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33-2 от 27.02.2012 г. с изпълнител Консорциум „С. Л. 2“, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по ОП „Транспорт“ 2007-2013 г.

III. ФАКТИ ПО ДЕЛОТО:

4. Жалбоподателят е бенефициент по приоритетна ОС 2 “Развитие на пътната инфраструктура по Трансевропейските и основни национални транспортни оси“ на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г., чрез договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег. № ДОПТ-18/01.12.11 г., сключен с Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията (днес Министерство на транспорта и съобщенията).

5. В изпълнение на посочения договор жалбоподателят е открил и провел процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет: „Определяне на изпълнител за проектиране и строителство на обект: „Автомагистрала „С.“, Л. 2, участък Д. - Б.“ от км 359+000.

6. След приключване на процедурата по възлагане на обществена поръчка е сключен договор с избрания изпълнител - Консорциум „С. Л. 2“.

7. С Решение на Европейската Комисия от 27.07.2021г. С(2021) 5793 за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за Оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 по цел „Сближаване“ в България, ССИ2007BG161PO004, е установено нарушение на чл. 44, пар. 2 и чл. 48, пар. 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО, допуснато във връзка с три договора за възлагане на обществени поръчки, както следва: „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ лот.2“, публикувано в ОВ на ЕС под референтен номер 2012/S 41-066384; „Проектиране и строителство на път Е85 /1-5/ „К.-Подкова“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 11-016380; „Проектиране и строителство на Софийски околовръстен път“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 236-382227“. Със същото решение е отменена сумата от 8 057 019,15 евро от приноса на бюджета на Съюза за ОП „Транспорт“, равняваща се на 5% за разходите, декларирани за засегнатите операции.

8. Като следствие и с писмо рег. № 04-25-100/08.11.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на ОП „Транспорт“ 2007 – 2013 г. е образувано производство по определяне на финансова корекция по отношение на жалбоподателя - Агенция „Пътна инфраструктура“, във връзка с възлагане на посочената обществена поръчка. В писмото не се съдържа установителна част по факти и обстоятелства, нито се образува производство по установяване на нередност, като в тази връзка същото препраща пряко към установеното и констатирано от страна на ЕК, нарушение.

9. Като резултат от националното производство и с оспорвания индивидуален административен акт на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключеният договор по възлагане на обществена поръчка.

10. Служебно известно на съда е, че процедури по налагане на финансови корекции са започнати от страна на ръководителя на Управляващия орган на оперативната програма и по отношение на другите два договора за възлагане на обществени поръчки, посочени в решението на ЕК.

IV. ПРИЛОЖИМО ПРАВО

11. СЪЮЗНА ПРАВНА УРЕДБА

ДОГОВОР ЗА ФУНКЦИОНИРАНЕ НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Член 290

1. Законодателен акт може да делегира на Комисията правомощието да приема незаконодателни актове от общ характер, които допълват или изменят определени несъществени елементи от законодателния акт.

Законодателните актове определят изрично целите, съдържанието, обхвата и продължителността на делегирането. Съществените елементи от една област се запазват за законодателния акт и съответно не могат да бъдат предмет на делегиране на правомощие.

....

Член 291

1. Държавите членки предприемат всички необходими мерки по вътрешното право за прилагане на правно обвързващите актове на Съюза.

...

Член 296

Когато Договорите не предвиждат вида акт, който следва да се приеме, институциите решават това за всеки отделен случай при зачитане на приложимите процедури и принципа на пропорционалност.

Правните актове са мотивирани и се позовават на предложенията, инициативите, препоръките, исканията или становищата, предвидени в Договорите.

Когато проект на законодателен акт е отнесен до Европейския парламент и до Съвета, те се въздържат от приемане на актове, които не са предвидени от законодателната процедура, приложима в съответната област.

ХАРТА ЗА ОСНОВНИТЕ ПРАВА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Член 41 Право на добра администрация

1. Всеки има право засягащите го въпроси да бъдат разглеждани от институциите, органите, службите и агенциите на Съюза безпристрастно, справедливо и в разумен срок.

2. Това право включва по-специално:

а)

правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него;

б)

правото на достъп на всяко лице до документите, които се отнасят до него, като се зачитат легитимните интереси, свързани с поверителността и професионалната и служебна тайна;

в)

задължението на администрацията да мотивира своите решения.

Член 47 Право на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес

Всеки, чиито права и свободи, гарантирани от правото на Съюза, са били нарушени, има право на ефективни правни средства за защита пред съд в съответствие с предвидените в настоящия член условия.

Всеки има право неговото дело да бъде гледано справедливо и публично в разумен срок от независим и безпристрастен съд, предварително създаден със закон. Всеки има възможността да бъде съветван, защитаван и представляван.

...

Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета.

Член 152 Преходни разпоредби

1. Настоящият регламент не засяга нито продължаването, нито промяната, включително цялостната или частична отмяна на помощта, одобрена от Комисията въз основа на Регламент (ЕО) № 1083/2006 или на друго законодателство, приложимо за тази помощ към 31 декември 2013 г. Посоченият регламент или друго приложимо законодателство следователно продължава да се прилага след 31 декември 2013 г. за тази помощ или за съответните операции до приключването им. За целите на настоящия параграф помощта обхваща оперативните програми и големите проекти

Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 (Регламента)

Член 99 Критерии за корекциите

1. Комисията може да извърши финансови корекции, като анулира цялото или част от участието на Общността в оперативна програма, когато, след като извърши необходимия преглед, стигне до заключението, че:

а)

има сериозен недостатък в системата за управление и контрол на програмата, който е поставил в опасност участието на Общността, вече платено за програмата;

б)

разходите, съдържащи се в сертифициран отчет за разходите, са нередовни и не са били поправени от държавата членка преди откриването на процедурата за извършване на корекции съгласно настоящия параграф;

в)

държава членка, която не е изпълнила задълженията си по член 98 преди откриването на процедурата за извършване на корекции съгласно настоящия параграф.

2. Комисията основава финансовите си корекции на отделни установени случаи на нередовност, като взема предвид системния характер на нередността с цел да определи дали трябва да приложи корекция с фиксирана стойност или екстраполирана стойност.
3. При вземането на решение относно размера на корекцията Комисията взема предвид характера и сериозността на нередността и степента и финансовите последици на установените недостатъци в съответната оперативна система.

...

Член 100 Процедура

1. Преди да вземе решение за финансова корекция, Комисията открива процедурата, като информира държавата членка за временните си заключения и моли държавата членка да ѝ представи забележките ѝ в срок от два месеца.
Когато Комисията предлага финансова корекция въз основа на екстраполация или с фиксиран размер, на държавата-членка се предоставя възможност да докаже чрез проверка на съответната документация, че действителната степен на нередност е била по-малка от преценката на Комисията. Със съгласието на Комисията държавата членка (ДЧ) може да ограничи обхвата на тази проверка до подходяща част или извадка от съответната документация. С изключение в надлежно обосновани случаи, времето, разрешено за тази проверка, не превишава допълнителен срок от два месеца след двумесечния срок, посочен в алинея първа.
2. Комисията взема предвид всяко доказателство, предоставено от държавата членка в определените в параграф 1 срокове.
3. Когато държавата членка не приема временните заключения на Комисията, държавата членка е поканена на изслушване от Комисията, по време на което двете страни в сътрудничество въз основа на партньорството полагат усилия да постигнат споразумение относно направените от тях забележки и заключения.
4. В случай на споразумение, държавата членка може да използва повторно съответните общностни фондове в съответствие с алинея втора на член 98, параграф 2.
5. При отсъствие на споразумение, Комисията взема решение относно финансовата корекция в срок от шест месеца от датата на изслушването, като взема предвид цялата информация и предоставените забележки по време на процедурата. Ако не се проведе изслушване, шестмесечният период започва да тече два месеца след датата на писмото-покана, изпратено от Комисията.

Член 98 Финансови корекции от държавите-членки

1. Държавите членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции.
2. Държавите членки извършват необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете.
Освободените по този начин средства от фондовете могат да бъдат повторно използвани от държавата членка до 31 декември 2015 г. за съответната оперативна програма в съответствие с предвидените в параграф 3 разпоредби.

3. Анулираното участие в съответствие с параграф 2 не може да бъде повторно използвано или за операцията или операциите, които не са били предмет на корекции, нито когато финансовата корекция се извършва за системна нередност, за съществуващи операции в рамките на цялата или на част от приоритетната ос, в която е настъпила системната нередност.

4. В случай на системна нередност, държавата членка разширява разследванията си с цел да обхване всички операции, които могат да бъдат засегнати.

Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (Директивата)

Член 23 Технически спецификации

1. Техническите спецификации – така, както са определени в точка 1 от приложение VI, се съдържат в документацията за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка - обявленията за обществени поръчки, проекти на поръчки или допълнителни документи. Когато това е възможно, тези технически спецификации следва да бъдат определени така, че да отчитат критериите за достъп на хора с увреждания или да бъдат направени за всички потребители.

...

Член 44 Проверка на състоянието на кандидатите, избор на оференти и възлагане на обществени поръчки

1. Обществените поръчки се възлагат на базата на критериите, предвидени в член 53 и чл. 55, като се вземе предвид член 24, след като съответствието на икономическите оператори, които не са отхвърлени съгласно член 45 и член 46, бъде проверено от възлагащите органи в съответствие с критериите за икономическо и финансово състояние, професионална квалификация и технически възможности, предвидени в членове от 47 до 52, и когато е уместно, с недискриминационните правила и критерии по параграф 3.

2. Възлагащите органи могат да предявят изискване кандидатите и оферентите да изпълнят изискванията за минимални нива на производителност съгласно член 47 и член 48.

Обхватът на информацията по член 47 и член 48 и минималните изисквания за технически възможности, които се изискват за определена поръчка, трябва да съответстват и да бъдат пропорционални на предмета на поръчката.

Минималните изисквания се посочват в обявлението за обществена поръчка.

....

Член 48 Технически възможности и/или професионална квалификация

...

3. Икономическият оператор може, когато това е уместно и за конкретна поръчка, да разчита на възможностите на други субекти независимо от правното естество на тяхната свързаност. В този случай икономическият оператор трябва да докаже на възлагащия орган, че ще има на разположение необходимите ресурси, например за създаване на предприятие от тези субекти за тази цел.

4. При същите условия група икономически оператори – така, както са посочени в член 4, може да разчита на възможностите на участниците в групата или на други субекти.

12. НАЦИОНАЛНО ПРАВО

Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ)

Чл. 69. (1) Управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013.

(2) Процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал.

(3) Когато във връзка с осъществяваната дейност органите по този закон установят достатъчно данни за извършена нередност, те подават сигнал за това до управляващия орган на съответната програма.

(4) Управляващите органи може да започнат процедура по администриране на нередност и по сигнал, подаден от физическо или юридическо лице, когато в него се съдържат достатъчно данни за извършена нередност.

...

Чл. 70. (1) Финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания:

1. когато по отношение на бенефициента е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046;

2. за нарушаване на правилата за държавната помощ по смисъла на чл. 107 от Договора за функционирането на Европейския съюз;

3. за нарушаване на принципите по чл. 4, параграф 8, чл. 7 и 8 от Регламент (ЕС) № 1303/2013;

4. за нарушаване на изискването за дълготрайност на операциите в случаите и в сроковете по чл. 71 от Регламент (ЕС) № 1303/2013;

5. за проекта или за част от него не е налична одитна следа и/или аналитично отчитане на разходите в поддържаната от бенефициента счетоводна система;

6. за неизпълнение на мерките за информация и комуникация, задължителни за бенефициентите;

7. за неизпълнение на одобрени индикатори;

8. при постъпили инцидентни приходи във връзка с изпълнението на проекта;

9. за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ;

10. за друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ;

(2) Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

Чл. 71. (1) Чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

....

Чл. 73. (1) Финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.

(2) Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

(3) Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

(4) Решението по ал. 1 може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс, като при съдебното оспорване се прилагат съответно разпоредбите на чл. 27, ал. 2 и 3 и ал. 5 и 6.

Закон за обществените поръчки

Чл. 25. (Изм. и доп. - ДВ, бр. 93 от 2011 г., в сила от 26.02.2012 г.)

(1) Възложителят взема решение за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка, с което одобрява обявлението за обществена поръчка и документацията за участие в процедурата.

(5) Възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки.

V. ДОВОДИ НА СТРАНИТЕ

13. С процесно депозираната жалба жалбоподателят обосновава няколко групи възражения, изразяващи се в:

13.1. Липса на правно основание за определяне на корекция, доколкото решението на ЕК поражда действие само по отношение на държавата-членка, респективно жалбоподателят не е негов адресат;

13.2. Липса на непропорционално по отношение на предмета на поръчката изискване, респ. липса на нередност във връзка с процесния договор. Чрез референция към практиката на СЕС и в частност Решение от 02 юни 2016 по дело C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404 и Решение от 4 май 2017 г. по дело C-387/14, E. sp. z o.o., ECLI:EU:C:2017:338, жалбоподателя твърди, че съществуват строителни работи, чиито особености изискват определен капацитет, който не може да бъде получен чрез обединяване на по-малките капацитети на няколко оператори. В такава хипотеза възлагащият орган основателно може да въведе изискване за постигане на минимално равнище на съответния капацитет от един-единствен икономически оператор или чрез използване на ограничен брой икономически оператори, при условие че това изискване е свързано с целта на съответната обществена поръчка и пропорционално на тази цел.

13.3. Липса на ограничаване на конкуренцията и липса на ограничаване достъпа до обществената поръчка.

14. Ответната страна по настоящото дело се позовава на предварителна комуникация с Постоянното представителство на ЕК в България, в резултат на която и след запознаване с процесното решение на Комисията е започнало производство по определяне и налагане на финансова корекция.

14.1. Поддържат се изложените в решението на ЕК констатации, които сега, в съдебната фаза на производството се представят като самостоятелни констатации на националния орган.

14.2. Претендира се неоснователност на процесната жалба и наличие на нарушение на посочените разпоредби от Директива 2004/18/ЕО и транспониращата национална норма на чл. 25, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (в приложимата към спора редакция).

VI. ПРЕДПОСТАВКИ ЗА ДОПУСТИМОСТ НА ЗАПИТВАНЕТО

15. На първо място - предметът на настоящето производство попада изцяло в приложното поле на правото на ЕС. Обжалва се наложена от национален орган финансова корекция, с която се отменя част от предоставена подкрепа с бюджетни средства на Съюза - от приноса от Кохезионния фонд за Оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 по цел „Сближаване“. Правното основание на оспорвания по делото национален акт е разпоредбата на чл. 98 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, съответно чл. 73 от националния ЗУСЕСИФ.

16. Успоредно с това, по делото възниква съмнение досежно валидността на Решението на ЕК – обстоятелство, съответстващо към задълженията на националните юрисдикции по чл. 267, пар. 1 б. “б“ от ДФЕС.

17. В този смисъл връзката с правото на Европейския съюз е несъмнена.

18. На второ място – процесното запитване следва да бъде счетено за допустимо и по следните съображения:

18.1. Съгласно разпоредбата на чл. 263, пар. последен вр. пар. 1 от ДФЕС исковите за установяване невалидност на акт на институциите на ЕС, в това число и на ЕК, следва да се предявят в двумесечен срок от публикуването на акта, от неговото съобщаване на ищеца, или при липса на уведомяване, от деня, в който той е узнал за него.

18.2. В процесния случай, обаче, адресат на решението на ЕК е държавата България, като жалбоподателят в настоящото производство не разполага с активна процесуална легитимация да оспорва акта на Комисията.

18.3. На първо място - жалбоподателят не е адресат на акта и за него засягането не произтича нито пряко, нито косвено от решението на ЕК. За жалбоподателя засягането произтича от решението на националния орган за налагане на финансова корекция – акт, който обаче националните органи могат и да не приемат. Тоест засягането на жалбоподателя следва от волята и поведението на националните органи, а не от волеизявлението на ЕК. В своята трайна практика почитаемият СЕС е подчертавал нееднократно, че засягането е пряко, респективно искът е допустим, ако актът съдържа изчерпателни правила, които сами по себе си са достатъчни и не изискват мерки по прилагането им. (виж Решение на Съда от 23.04.1986 по дело *L. V./P.*, ECLI:EU:C:1986:166/. Нито едно от тези обстоятелства не е налице по настоящия казус.

18.4. На второ място - в преките производства пред СЕС държавата членка се представлява от своето правителство. В България процесуалното представителство пред Съда на ЕС е вменено изрично като правомощие на отдел „Право на ЕС и процесуално представителство пред Съда на ЕС“ („ПЕСППСЕС“) в дирекция „Международно право и право на ЕС“ в Министерството на външните работи (МВнР). Отдел „ПЕСППСЕС“ в дирекция „Международно право и право на ЕС“ в МВнР е единствената структура, която осъществява процесуалното представителство на Република България пред Съда на Европейския съюз. Структурата е създадена през 2007 г. с Постановление № 85 на Министерския съвет от 17.04.2007 г. за координация по въпросите на Европейския съюз (ПМС) и чл. 19 от Постановлението пряко и изчерпателно регламентира правомощието по процесуално представителство само и единствено в полза на посочената структура. За целта чл. 19, ал. 2 от ПМС предвижда, че при подготовката на защитата и позицията на Република България по делата пред Съда на Европейския съюз директорът на дирекция "Международно право и право на ЕС" в Министерството на външните работи има право да изисква и да получава в определен от него срок документи и информация от всички държавни органи, органите на съдебната власт, органите на местното самоуправление, от физически и юридически лица. В този смисъл е налице изрична национална уредба, не просто регламентираща, а забраняваща осъществяване процесуално представителство на държава членка от субекти, различни от нарочно създадената структура.

18.5. В рамките на настоящото дело съдът е поискал изрично информация от посочената структура дали Решението на ЕК е обжалвано, като с отговор от 29.04.2022 г. на директора на дирекция „Международно право и право на ЕС“ е посочено, че Държавата не е обжалвала решението на Комисията.

18.6. Ето защо, настоящият съд счита, че посоченият в чл. 263, пар. последен вр. пар. 1 от ДФЕС, срок е приложим и обвързва държавата членка – България, като спрямо нея вече решението е и изпълнено, но срокът не следва да се прилага като критерий за недопустимост на настоящото запитване.

19. На трето място - необходимостта от запитването следва изрично от изискването за наличие на ефективни правни средства за защита и справедлив съдебен процес съобразно чл. 47 от ХОПЕС.

19.1. Действията или бездействията на нарочен орган на изпълнителната власт (каквото е посочената дирекция „ПЕСППСЕС“ в МВнР) във връзка с предявяване на иск за отмяна на решение на институциите на ЕС не следва да обвързват съда, нито да преклудират пълната преценка на факти и обстоятелства, които съдът дължи по същество, още повече когато са налице въпроси, засягащи законосъобразността, правилността и необходимостта от тълкуване на приложимото право на ЕС към спора, с който съдът е сезиран.

19.2. В този смисъл една обвързаност на съда от поведението на администрацията, водеща до невъзможност за осъществяване на пълен съдебен контрол по факти, обстоятелства и право, би имала за резултат - нарушение на изискването за ефективни съдебни средства за защита на правните субекти. Нещо повече – подобна постановка би довела до нарушаване на сътрудничеството между националните съдилища и Съда на ЕС по въпроси, засягащи правилното и законосъобразното прилагане на правото на ЕС в ДЧ. Успоредно с това, подобна постановка би свела вътрешното убеждение на съда и съдебната воля до имагинерна и строго формална процедура по преписване на решения на административните органи (национални и на ЕС) и би дала порочна тежест на силата на присъдено нещо, с която влезлите в сила съдебни актове се ползват. Като следствие би поставила под въпрос върховенството на закона и принципите на правовата държава, респективно на ЕС като правова общност.

VII. МОТИВИ ЗА ОТПРАВЯНЕ НА ПРЕЮДИЦИАЛНО ЗАПИТВАНЕ за установяване валидността на Решение от 27.07.2021 г. С(2021) 5793 за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 по цел „Сближаване“ в България, ССИ2007BG161PO004, и за тълкуване на приложимото право на ЕС.

20. От практиката на почитаемия Съд на ЕС следва, че: „Що се отнася до понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, буква а) от Директива 93/37 и на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, следва да се отбележи, че то визира възмездните договори, сключени в писмена форма между, от една страна, един или няколко икономически оператори, и от друга страна, от един или няколко възлагащи органи, чийто обект е изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите, посочени в приложение II към Директива 93/37 и в приложение I към Директива 2004/18, или на строеж, определен в член 1, буква в) от Директива 93/37 и в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, или извършване, независимо с какви средства, на строеж, отговарящ на изискванията на възлагащия орган. (решение от 26 май 2011 г. по дело C-306/08, ECLI:EU:C:2011:347) В този смисъл предметът на конкретната поръчка в съответствие с дадената дефиниция несъмнено позволява същата да се характеризира като обществена поръчка за строителство.

21. С оспорваното национално писмо-решение и при спазване от формална страна на процедурата по администриране на нередности по националният ЗУСЕСИФ, компетентният орган отчасти е преписал дословно, а отчасти е възпроизвел по съдържание - фактите и изводите, обективирани от ЕК в решението от 27.07.2021 г. Всъщност този извод личи най-ясно и от писмото за откриване на процедурата по определяне на финансова корекция, където Р. не излага никакви собствени констатации и намерения за откриване на производство, възпроизвежда възприетото от ЕК и предоставя срок за възражение на жалбоподателя, след което постановява и процесния акт.

22. С процесното решение ЕК разглежда допуснатото от Република България нарушение във връзка с три отделни договора за възлагане на обществени поръчки, както следва: „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ лот.2“, публикувано в ОВ на ЕС под референтен номер 2012/S 41-066384, „Проектиране и строителство на път E85 /1-5/ „К.-Подкова“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 11-016380, и „Проектиране и строителство на Софийски околоръстен път“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 236-382227“.

23. За да установи наличие на нарушение на приложимото право като основание за определяне на процесната финансова корекция и отмяна на подкрепата със средства от бюджета на Съюза, ЕК е констатирала (виж т. 32 от решението), че „според обявлението за поръчка, когато оферентът е сдружение на физически и юридически лица, всеки член на консорциума е длъжен да докаже, че е изпълнил един или повече договора за строителство на автомагистрала и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос. В документацията за обществената поръчка не се съдържа обосновка на това изискване въз основа на извънредни обстоятелства.“

24. Така описаното нарушение е квалифицирано като непропорционален критерий, нарушаващ чл. 44, пар. 2 и чл. 48, пар. 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО. За да даде тази квалификация, Комисията се е позовала на практика на СЕС - т. 85 от Решение по дело С-298/15,В., ЕУ:С:2017:266, във връзка с т. 39 и т. 40 от решение по дело С-234/14 Р. А., ЕУ:С:2016:214.

25. Така, при обсъждане депозирани от ДЧ възражения и като част от мотивите на акта в т. 56 от решението си ЕК приема, че държавата-членка не се позовава на изключителни геоложки условия, които да обосноват използвания критерий за подбор. Добавя, че това условие е налице и за трите договора, което означава, че възлагащият орган е искал да има еднакво равнище за носимоспособност на пътната конструкция независимо от геоложките условия.

26. В т. 57 от решението си ЕК подчертава, че един и същ критерий се използва за три различни договора, показващи технически различия, тъй като засягат строителни работи от различно естество, а именно – автомагистрала, национален път и околоръстен път, които имат различни характеристики, включително различна инфраструктура, като например мостове или тунели или свързани проучвания от различно естество.

27. Така изложеното обаче позволява да се приеме, че самата ЕК не извършва диференциация по отношение на трите договора, тяхното трасе и предмет, в това число спецификите на терена, местността и прочие, а приема наличие на едно общо нарушение, при това не нарушение, изразяващо се в недиференцирани критерии съобразно различните геоложки условия, а нарушение, изразяващо се в непропорционален критерий. В този смисъл настоящият съд открива известно вътрешно противоречие, немотивираност на обосновката и непълнота на извършената проверка от страна на Комисията.

28. Като следствие - от една страна, ЕК признава, че въведеното от възложителя изискване/критерий може да бъде обосновано в определени хипотези, от друга страна – отчита различното естество на договорите, в това число и възможността изпълнението на някои или някой от тях да обуславя законосъобразността на подобен критерий, но от трета страна, установява едно, общо недиференцирано нарушение, като го съотнася и към трите договора, без да ги анализира поотделно с оглед спецификите им. Тук следва да се подчертае – ЕК не установява нарушение, изразяващо се в липса на диференциация от страна на националния възложител, а установява незаконосъобразен критерий, относим и към трите договора – без никаква обосновка защо и как се съотнася процесното нарушение към спецификите на всеки от тях. А както изрично подчертава Комисията – налице е строителство на автомагистрала, национален път и околоръстен път, разположени в различни географски местности и геоложки условия.

29. Тук е моментът и да се подчертае още, че в решението си, ЕК се позовава многократно на решение на СЕС по дело С-298/15, В., което решение обаче е постановено по приложението на Директива 2004/17. П. обхват, целите и регламентация на тази директива разкриват съществени разлики с приложимата към спора Директива 2004/18. Фактът, че ЕК установява нарушение на Директива 2004/18 на база аргументи, свързани с приложението на Директива 2004/17, поражда също съмнение за настоящия състав досежно тяхната правна значимост и дава отражение върху правната квалификация, възприета от Комисията.

30. Като контратеза, именно другото посочено от ЕК решение по дело С-324/14, „Р. А. D.“, предвижда възможност за ограничаване на упражняването на правото по член 47, параграф 2 и член 48, параграф 3 от същата директива при изключителни обстоятелства (вж. в този смисъл решение от 10 октомври 2013 г., S. C. 2 и M. L., С-94/12, EU:С:2013:646, т. 36). Посоченото решение представлява задължителна практика на почитаемия съд – източник на правото на ЕС, която следва да бъде съобразена и която сама по себе си налага проверка за наличието на обстоятелства, изключващи предвидената възможност за ограничаване упражняването на правото по член 47, параграф 2 и член 48, параграф 3 от Директива 2004/18. Проверка, която в настоящия казус не е осъществена от страна на ЕК, а някак имплицитно презюмирана или вменена в израза „липса на възражение“ от страна на ДЧ. Израз, който има процесуален характер, но който не отменя изискването за служебно начало, задължаващо компетентния орган да извърши анализ на всички относими факти в тяхната пълнота и съвкупност.

31. Успоредно с искането за установяване валидността на посочения акт, настоящият съдебен състав се обръща с апел към почитаемия съд за разтълкуване на следните постановления, инкорпорирани в текста на решението, но в съотношение с основни правни принципи както на ЕС, така и на отделните ДЧ.

32. На първо място - в националното административно производство, де факто не е извършена никаква установителна дейност. Тоест националният орган е действал в условията на обусловеност по отношение на констатациите от страна на ЕК. Както по-горе бе посочено, налице са основания да се счита, че тези констатации са непълни и необосновани, респективно не почиват върху извършена административна проверка и формирани изводи по отношение на всяка от отделните обществени поръчки.

33. Очевидно и видно от текста на решението на Р. за определяне на финансова корекция, националният административен орган очевидно е приел, че действа в условията на обвързаност от констатациите на ЕК, и не е приложил никаква самостоятелност при преценката, нито изследване и анализ на спецификите на конкретния договор. Подобна постановка обаче според настоящия състав лишава частно-правните субекти от реално право на участие в националното административно производство, а ако се приеме, че решението на ЕК има правно обвързващ по отношение на констатациите си характер, то това би лишило частно-правните субекти и от право на достъп до съд. Фактически те са изправени в невъзможност да ангажират доказателства и да оборят констатациите за нарушение, независимо че по отношение на процесния или другите договори такива основания може и да са налице.

34. Настоящият съдебен състав счита, че подобна постановка лишава от полезен ефект както нормата на чл. 98 и сл. от Регламента, чл. 70 от Регламента, но преди всичко нормата на чл. 47 от ХОПЕС, тъй като в такава хипотеза правото на достъп до съд не би било нито ефикасно, нито реално, нито по същество, а само проформа. Какъвто резултат е налице вече по отношение на правото на участие в административното производство пред националния орган.

35. В този смисъл изниква въпросът - разполага ли настоящият състав, бидейки инстанция по съществуващото на спора, с правомощието да установява налице ли е конкретно съображение, обосноваващо допустимо изключение от правилата на чл. 48, пар. 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО по отношение на конкретния договор - предмет на проверка. Видно и от текста на самото решение на ЕК, една такава постановка би могла да обоснове извода за пропорционалност на въведения от възложителя критерий, респективно до отпадане на финансовата корекция по отношение на конкретния договор.

36. В този контекст, редом с вече посочената практика на СЕС, следва да се отчете и разрешението, дадено в решение от 31 март 2022 г. по дело C-195/21, LV, ECLI:EU:C:2022:239, и в частност т. 49 - 51, съгласно което:

„49 При определянето на критериите за подбор възлагащият орган трябва и да спазва основните принципи за възлагането на поръчки, посочени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24. Той следва също така, първо, да третира икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминира, както и да действа по прозрачен и пропорционален начин, второ, да гарантира, че не подготвя поръчката с цел да я изключи от обхвата на тази директива или изкуствено да ограничи конкуренцията, като я подготви с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.

50 При все това, тъй като възлагащият орган е в състояние най-добре да прецени собствените си нужди, законодателят на Съюза му е предоставил широко право на преценка при определянето на критериите за подбор, както личи по-специално от многократната употреба на глагола „мога“ в член 58 от Директива 2014/24. Така в съответствие с параграф 1 на този член възлагащият орган разполага с известна свобода, за да определи кои изисквания за участие в процедура за възлагане на поръчка счита за пропорционални на предмета на поръчката и свързани с него, и за необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. По-конкретно съгласно параграф 4 от посочения член възлагащият орган преценява свободно изискванията за участие, които от негова гледна точка са необходими, за да се гарантира по-специално изпълнението на поръчката със стандарт за качество, който той счита за подходящ.

51 Следователно при положение че изискването за квалификация е оправдано от предмета на поръчката, че остава пропорционално на този предмет и отговаря и на другите условия, припомнени в точки 48 и 49 от настоящото решение, член 58 от Директива 2014/24 не може да попречи на възлагащия орган да наложи в обявлението за поръчка това изискване само защото то надхвърля минималното ниво на изискване, установено от националната правна уредба. В това отношение националните юрисдикции са длъжни във възможно най-голяма степен да тълкуват вътрешното си право по начин, съответстващ на правото на Съюза (вж. в този смисъл решения от 24 юни 2019 г., *Popiawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, т. 57 и от 6 октомври 2021 г., *S.*, C-882/19, EU:C:2021:800, т. 70).“

37. Следва да се добави още, че съюзната правна рамка не налага никъде изискването възложителят да посочи изрично в документацията за поръчката дали са форсмажорни обстоятелства, обосноваващи конкретно възприет критерий. Като допълнение – законосъобразността на подобен критерий се преценява при анализ на самата поръчка и е въпрос по същество и на настоящото дело. Т.е. констатацията на ЕК, че в документацията за поръчката не са изложени аргументи от възложителя относно наличието на обстоятелства, обосноваващи законосъобразност на използвания критерий (виж т. 32 от Решението на ЕК), не представлява само по себе си нарушение, нито би могло да бъде основание да се приеме допуснатото нарушение.

38. На следващо място и видно от т. 58 от решението, ЕК формира извода, че щом по отношение на всички оператори, участващи в консорциум, се изисква да имат еднакво ниво на опит, то това значи, че посоченият критерий не засяга конкретна задача, която всеки участник в групата е длъжен да изпълнява според собствения си капацитет, с оглед предмета или естеството на строителните работи

39. При преценка обосновката на този извод от значение е фактът, че в документацията за участие в обществената поръчка възложителят не е въвел изискване участниците в обединение да представят протокол, договор или аналогичен документ за разпределение на дейностите, които всеки участник самостоятелно ще извършва. В този смисъл приложимо е изискването на раздел 4 Дейности на изпълнителя (от документацията на поръчката), който в своята т. 1 предвижда, че обектът на поръчката включва проектантски и строителни услуги с посочени приблизителни параметри. Тоест налага се изводът, че дейностите ще се изпълняват от всички, общо.

40. Съгласно Глава 5. „Изисквания и доказателства за икономическото и финансово състояние и за техническите възможности и/или квалификация на кандидатите в обществената поръчка с цел предварителен подбор“, т. 8 (от документацията) изрично е записано, че когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, критериите се покриват сумарно от всички членове на обединението.

Именно в корелация с това изискване е изводът на ЕК по т. 61 от Решението. Респ. посоченото изискване предполага извод за незаконосъобразно използване на допустим критерий.

41. Като контрапоза - раздел III.2.3 от Обявлението на поръчката предвижда, че когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, всеки от членовете трябва да е изпълнил договор/договори за строителство на АМ и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос.

Изискване, възприето в т. 61 на решението на ЕК като незаконосъобразно.

42. Така, ясно следва да се отчете, че е налице известно противоречие между документацията и публикуваното обявление на обществената поръчка. Това обстоятелство обаче, само по себе си, е друг тип нарушение, което следва да бъде установено по друг ред. Фактът, че ЕК не го е обсъдила, предполага извода за непълно извършена проверка и необоснованост на решението на Комисията, както и извод за едностранно извършена проверка, насочена към налагане на финансова корекция на държавата.

43. При всички положения обаче посоченото в предходната точка налага извода, че решението на ЕК формира правни изводи върху неизяснен фактически контекст, поради което възниква въпросът - годно ли е то да породи последици в най-пълна степен? И като следствие – с него преследва ли се посочената от ЕК цел, или превратно се използва като инструментариум за бюджетна дисциплина? Следва да се подчертае, че документацията съдържа условие, опровергаващо извода за допуснато нарушение. Като контрапозитив - обявлението за поръчката съдържа изискване, съотносимо към констатираното нарушение. Безспорно, обявлението има толкова съществена функция, че допуснато в обявлението нарушение би било съставомерно само по себе си. От друга страна – документацията/техническата спецификация за поръчката съдържа съществените условия и изисквания към кандидатите, съдържа прецизиране, ред и начин на оценката на офертите, допустимост на кандидатите и т. н. Нейната роля и значение следват ясно от текста на чл. 23 и сл. от Директива 2004/18/ЕО. Обявлението по своята същност представлява резюме на цялата документация. В този контекст изискванията за пълнота на проверката и за обосноваване на административните актове предполага анализ на посоченото противоречие, което всъщност би могло да бъде нарушение само по себе си (на изискването за яснота и безусловност по чл. 72 от Директивата). Това нарушение обаче също е непосочено от ЕК. Не е анализарано и действието – правното и практическо проявление, респ. последици - на условието, посоченото в документацията на поръчката.

44. На базата на изложеното в предходните точки не може да се приеме еднозначно, че конкретно посоченото нарушение от страна на ЕК е налице, без да се установи целият контекст, влиянието на този контекст върху посочената нередност и върху потенциалните кандидати в процедурата по възлагане на обществена поръчка.

45. Досежно изискването за мотивираност на актовете на институциите, съдът в Л. е имал възможността многократно да постанови, че абсолютно всеки правен акт на съюзна институция (или орган, служба, агенция) съдържа мотиви, които са неделима част от акта и според постоянна практика на СЕС (виж напр. СJCE, 7. 4. 1992, S., C-358/90) трябва да са „ясни, конкретни и изчерпателни”. Мотивите трябва „да разкрият по ясен и недвусмислен начин волята на институцията, автор на акта“ – СJCE, 29. 2. 1996, В. с/ С., C-56/93.

46. Не може да бъде подмината и трайно изведената постановка, че „Диспозитивът на акта е неделим от неговите мотиви – актът **трябва** да бъде тълкуван в съответствие с мотивите, довели до неговото приемане”. (TUE, 28. 4. 2010, G. et Z. c/ С., T-456-457/05, т. 41 и TUE, 30. 11. 2011, Q. V. e.a. c/ С., T-208/06, т. 131)

47. Макар само диспозитивът на едно решение да е годен да произведе правни последици, **преценките, формулирани в мотивите**, също могат да бъдат предмет на контрол за законност от СЕС, доколкото като мотиви на акт, порождащ правни последици, те представляват **необходимата опора на диспозитива** на този акт или пък **могат да повлияят съдържанието** на това, което е уредено в диспозитива на акта. (TUE, 2. 3. 2012, P.-B. et ING G. c/ C., T-29/10 & T-33/10, т. 146, 156, 160. Виж също TUE, 12. 6. 2015, H. F. M.‘ A. e.a. c/ C., T-296/12, т. 61-63; TUE, 10. 10. 2012, N. Y. F. c/ C., T-150/09, т. 114, 131-137; TUE, 10. 10. 2012, S. B. H.–T. F. et S. P. M. c/ C., T-170/09, т. 68-70 и TUE, 10. 10. 2012, G.–Y. et J.–W. A.–P. (Z.) c/ C., T-172/09, т. 105-107)

48. Следва да се подчертае още, че в своята практика почитаемият съд е имал възможността да посочи многократно, че съгласно член 296, алинея 2 ДФЕС правните актове на институциите на Съюза са мотивирани, и от друга страна - че правото на добра администрация, залегнало в член 41 от Хартата, предвижда задължение за институциите, органите, службите и агенциите на Съюза да мотивират своите решения.

49. Мотивите на решението на институция, орган, служба или агенция на Съюза са от особено значение, тъй като позволяват на заинтересованото лице да реши, разполагайки с цялата необходима информация, дали да подаде жалба срещу това решение, както и на компетентната юрисдикция — да упражни своя контрол, и следователно представляват едно от условията за ефективността на съдебния контрол, гарантиран от член 47 от Хартата (вж. в този смисъл решения от 9 ноември 2017 г., LS C. S., C-46/16, EU:C:2017:839, т. 40 и от 24 ноември 2020 г., M. van B. Z., C-225/19 и C-226/19, EU:C:2020:951, т. 43 и цитираната съдебна практика).

50. От практиката на Съда следва също, че тези мотиви трябва да са съобразени с естеството на съответния акт и с контекста на приемането му. В тази насока не се изисква мотивите да уточняват всички относими фактически и правни обстоятелства, доколкото въпросът - дали мотивите са достатъчни, следва да се преценява с оглед не само на текста, но и на контекста, както и на съвкупността от правни норми, уреждащи съответната материя, и по-специално на интереса, който адресатите на акта могат да имат от получаване на разяснения. Следователно увреждащият акт е достатъчно мотивиран, щом е издаден в познат за заинтересованото лице контекст, който му позволява да разбере обхвата на наложената му мярка (вж. в този смисъл решение от 28 март 2017 г., R., C-72/15, EU:C:2017:236, т. 122 и цитираната съдебна практика).

51. Задължението за мотивиране, следва да се припомни, представлява общ принцип на правото на Съюза, отразен в член 41 от Хартата, който е приложим към държавите членки, когато прилагат това право (вж. в този смисъл решение от 24 ноември 2020 г., M. van B. Z., C-225/19 и C-226/19, EU:C:2020:951, т. 34 и цитираната съдебна практика).

52. В съответствие с гарантираното от член 47 от Хартата право на ефективни правни средства за защита изложените мотиви трябва да позволяват, от една страна, на заинтересованите лица да преценят дали приетото решение евентуално страда от порок, който позволява да се оспори валидността му, и от друга страна, на компетентния съд — да упражни контрол за законосъобразност (вж. в този смисъл решение от 16 май 2017 г., В. I. F., C-682/15, EU:C:2017:373, т. 84).

53. На следващо място - разпоредбата на чл. 100 от Регламент 1083/2006 на Съвета предвижда процедура, която ЕК следва да спазва при взимане решение за определяне финансова корекция спрямо ДЧ. Така разписаната процедура обаче не предвижда сама по себе си никакво задължение за самостоятелен анализ, изследване и обосновка на правнозначимите факти, нито анализ на всички съществени за процедурата обстоятелства, като свежда процедурата единствено до размяна на книжа и позиции между ЕК и ДЧ. Т.е. - от една страна, следва изводът, че нормата идва да обезпечи правото на участие на ДЧ в производството. В този смисъл ЕК би следвало да извърши самостоятелен и пълен анализ на всички относими към производството факти и обстоятелства. От друга страна обаче, посочената норма може да се възприеме като процесуалната рамка, определяща изчерпателно задълженията на ЕК в производството, и в тази хипотеза същата се явява сякаш в противоречие на общите принципи на правото на ЕС, като създава възможност за постановяване на едностранчиви, немотивирани решения, постановени без анализ в пълнота на всички относими факти и обстоятелства и без отчитане спецификите и естеството на твърдяното нарушение. Иначе казано – да се формират изводи само на базата на предполагаемо съмнение и твърденията на ДЧ, /т.е. нейното процесуално представителство/, но не и на конкретния възложител. А както бе посочено, почитаемият Съд на ЕС многократно е имал възможността да подчертае, че именно възложителят е този който разполага с дискрецията и следва да осъществи преценка при избор на критерий - съответен на реалната необходимост и спецификите на самата поръчка/разбира се при спазване условията – пропорционалност, недискриминационно отношение спрямо кандидатите и т.н./. Както безспорно е, че при допуснато нарушение, именно възложителят носи съответната отговорност...

54. С оглед дотук изложеното настоящият състав счита, че е налице допуснато съществено процесуално нарушение от страна на ЕК и немотивираност на акта – пороци, изразяващи се в:

54.1. Позоваване и анализ и като резултат – даване на правна квалификация на базата на съдебна практика по неприложима към спора Директива, без обаче да е налице анализ на посочена приложима практика, която предполага възможен извод за липса на нередност и очертава ясно насоките за проверка относно това – налице ли е нарушение на чл. 44 пар.2 вр. чл. 48 пар.3 и 4 от Директива 2004/18/ЕС /в частност решение по дело C-324/14 и решение по дело C-195/21, посочени в т.30 и т.36 на настоящето запитване/.

54.2. Необоснованост и немотивираност на постановеното решение на ЕК досежно наличието на три отделни договора за възлагане на обществени поръчки с различен характер и естество, което не е отчетено от ЕК;

54.3. Непълнота на извършената проверка и анализ, довели до необосновани правни изводи, или поне правни изводи, чиято обосновка поражда основателни съмнения за законосъобразност.

54.4. Липса на анализ от страна на ЕК на констатираното несъответствие между документацията и обявлението на обществената поръчка, където документацията съдържа условие, опровергаващо изцяло изводите на ЕК, докато обявлението на поръчката разкрива специфики, съотносими към извода от страна на ЕК. Липсва анализ на въздействието на посоченото обстоятелство върху потенциалните кандидати в процедурата, което е всъщност решаващият елемент от фактическия състав на понятието „нередновност“ като основание за определяне на финансова корекция.

54.5. На база на изложените мотиви в решението на Комисията настоящата национална юрисдикция не може да приеме наличието на пълен идентитет между трите отделни договора, обуславящ валидност на констатациите на ЕК като общоприложими, с което се навлиза в потенциален риск от нарушение на чл. 47 от ХОПЕС.

54.6. Неизпълнение на изискването на чл. 99, пар. 3 от Регламент 1083/2006 на Съвета, тъй като по същество не са отчетени характерът и сериозността на нередността, както и степента и финансовите последици на установените недостатъци - чрез диференциацията им и в зависимост от спецификите на всеки договор.

55. Що се касае до евентуалната материална незаконосъобразност на акта на ЕК поради противоречие с практиката на СЕС по приложение на Директива 2004/18/ЕС, то същият въпрос не може да бъде поставен понастоящем поради липсата на надлежни фактически установявания относно това - налице ли са обстоятелства, обосноваващи изключение от общото правило на чл. 44, пар. 2 вр. чл. 48, пар. 3 и 4 от Директивата.

56. Успоредно с това, настоящият състав счита за необходимо да поиска от СЕС автентично тълкуване по въпросите относно правното действие на посоченото решение на ЕК и последиците, които то поражда, по отношение на националната администрация и правото на съда да извършва пълна установителна дейност.

С оглед гореизложеното и на основание чл. 267, пар. 1 б. „б“ от Договора за функциониране на Европейския съюз, Административен съд - София-град, 74 състав,

ОПРЕДЕЛИ:

ОТМЕНЯ определението, с което е даден ход по същество на делото.

ОТПРАВЯ преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз съгласно чл. 267, § 1, буква „б“ от Договора за функциониране на Европейския съюз със следните въпроси:

1. Валидно ли е Решение на Европейската Комисия от 27.07.2021г. С(2021) 5793 за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013“ по цел „Сближаване“ в България, ССИ2007BG161PO004, с оглед изискванията за обосновааност, мотивираност, пълнота и неедностранчивост на извършената проверка съгласно разпоредбата на чл. 296, пар. 3 от ДФЕС и принципа на добра администрация по чл. 41 от ХОПЕС?

2. Следва ли разпоредбата на чл. 100 от Регламент 1083/2006 на Съвета да се тълкува в смисъл, че за да бъде законосъобразно решението на ЕК, Комисията не следва да установява, анализира и квалифицира всички правнозначими факти в производството, а следва да ограничи и формира изводите си само на база на комуникацията и обмяната на позиции, респ. уведомления, с държавата-членка?

3. В хипотеза като настоящата, когато е налице постановен, влязъл в сила, акт на Европейската комисия за определяне на финансова корекция на държава-членка за допуснатата нередност при разходване на средства от Европейския съюз при провеждане на три отделни процедури за възлагане на обществени поръчки, следва ли националните компетентни органи да проведат самостоятелно производство по установяване на нередност за да приложат законосъобразна финансова корекция в съответствие с чл. 98 от Регламент 1083/2006 ?

4. При отрицателен отговор на предходния въпрос, следва ли да се счита, че правото на участие на лицата в производството по определяне на финансова корекция от държавите членки е обезпечено в съответствие с правото на добра администрация по чл. 41 от ХОПЕС?

5. В хипотеза като настоящата, когато е налице постановен, влязъл в сила акт на Европейската комисия за определяне на финансова корекция на държава членка за допуснатата нередност при разходване на средства от Европейския съюз при провеждане на три отделни процедури за възлагане на обществени поръчки, следва ли разпоредбата на чл.47 от ХОПЕС да се тълкува в смисъл, че националният съд, сезиран с жалба срещу акт за определяне на финансова корекция на национален компетентен орган по отношение на една от тези поръчки, е обвързан от установеното и приетото от страна на ЕК, или посочената норма предполага, че съдът трябва, в рамките на пълен съдебен процес и с всички допустими от закона способности да установи и изследва правнозначимите факти и обстоятелства по спора, като даде дължимото правно разрешение?

6. При отговор на предходния въпрос в смисъл, че националният съд е обвързан от решението на Европейската комисия, в това число и относно фактическите констатации в него, може ли да се приеме, че правото на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес на лицата, по отношение на които е наложена финансова корекция, е обезпечено в съответствие с чл. 47 от ХОПЕС?

СПИРА производството по административно дело № 2296 по описа на Административен съд - София-град за 2022 г.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО не подлежи на обжалване.

СЪДИЯ: