

Дело C-545/21

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

31 август 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

4 август 2021 г.

Жалбоподател:

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

Ответник:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Предмет на спора в главното производство

Жалба, подадена от Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) (наричано по-нататък „ANAS“) за отмяна на разпореждането за възстановяване на Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Министерство на инфраструктурата и транспорта, Италия, наричано по-нататък „МИТ“), с което от ANAS се изисква да върне недължимо получените от него суми, както и на други актове, които не са пряко свързани с преюдициалните въпроси.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване:

Член 267 ДФЕС; тълкуване на регламенти (ЕО) № 1083/2006, (ЕО) № 1828/2006, (ЕО, Евратом) № 2988/95, на Конвенцията за ЗФИ от 1995 г., съставена на основание член К.3 от Договора за Европейския съюз (Акт на Съвета от 26 юли 1995 година за съставяне на Конвенция за защита на финансовите интереси на Европейските общности (95/С 316/03)], както и на Директива (ЕС) 2017/1371, за да се установи дали понятията „нередност“ и

„измама“ включват действията, които а ргіогі могат да поставят в по-благоприятно положение един от участниците в процедура за възлагане на обществена поръчка, дори при липсата на безспорни доказателства за осъществяването на тези действия и за последиците им върху избора на спечелилия търга (въпрос 1); съвместимост на член 38, параграф 1, буква f) от Законодателен декрет № 163/2006 с член 45, параграф 2, буква г) от Директива 2004/18/ЕО (въпрос 2); тълкуване на посоченото по-горе законодателство на ЕС, свързано с отмяна на финансирането, предоставено от държавата членка, когато то е било използвано в съответствие с определената цел и за обект, отговарящ на условията за финансиране от ЕС и действително изпълнен (въпроси 3 и 4)

Преюдициални въпроси

1) Трябва ли член 70, параграф 1, буква б) от Регламент (ЕО) № 1083/2006, член 27, буква в) от Регламент (ЕС) № 1828/2006, член 1 от Конвенцията за защита на финансовите интереси на ЕО, посочена в Акт на Съвета от 26 юли 1995 г., член 1, параграф 2 от Регламент № 2988/95 и член 3, параграф 2, буква б) от Директива (ЕС) 2017/1371 да се тълкуват в смисъл, че действията, които а ргіогі могат да поставят в по-благоприятно положение икономически оператор в хода на процедура за възлагане на обществена поръчка, винаги се включват в обхвата на понятието „нередност“ или „измама“, като така съставляват правно основание за отмяна на финансирането, дори когато няма пълно доказване, че тези действия са били действително извършени, т.е. няма пълно доказване, че са били определящи при избора на получателя?

2) Допуска ли член 45, параграф 2, буква г) от Директива 2004/18/ЕО разпоредба като член 38, параграф 1, буква f) от Законодателен декрет № 163/2006, която не позволява от процедурата за възлагане на обществена поръчка да се изключи икономическият оператор, който се е опитал да повлияе на процеса на вземане на решение от възлагащия орган, по-специално когато опитът се състои в подкуп на някои членове на комисията по обществената поръчка?

3) При утвърдителен отговор на един или на двата предходни въпроса следва да се установи дали посочените разпоредби трябва да се тълкуват в смисъл, че винаги изискват отмяна на финансирането от страна на държавата членка и финансова корекция в размер на 100 % от страна на Комисията, въпреки че това финансиране все пак е било използвано за целта, за която е предназначено, и за обект, който отговаря на изискванията за европейско финансиране и действително е изпълнен?

4) В случай че отговорът на третия въпрос е отрицателен, т.е. в смисъл, че не се изисква отмяна на финансирането или финансова корекция в размер на 100 %, посочените в първия въпрос разпоредби и спазването на принципа

на пропорционалност позволяват ли да се отмени финансирането и да се извърши финансовата корекция, като се вземат предвид действително причинените на общия бюджет на Европейския съюз икономически вреди: по-специално се поставя въпросът дали в случай като разглеждания в настоящото производство „финансовите последици“ по смисъла на член 98, параграф 3 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 могат да се определят под формата на сума с фиксиран размер чрез прилагане на критериите, посочени в таблицата в параграф 2 от Решение № 9527 на Комисията от 19 декември 2013 г.?

Релевантни разпоредби на правото на Съюза

Конвенция за ЗФИ, посочена в Акт на Съвета от 26 юли 1995 година за съставяне на Конвенция за защита на финансовите интереси на Европейските общности, и по-специално член 1;

Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 година относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности, и по-специално член 1, параграф 2;

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, доставки и услуги, и по-специално член 45, параграф 2, буква г);

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, и по-специално член 70, параграф 1, буква б);

Регламент (ЕО) № 1828/2006 на Комисията от 8 декември 2006 година относно реда и начина на изпълнение на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета за определянето на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и на Регламент (ЕО) № 1080/2006 на Европейския парламент и на Съвета относно Европейския фонд за регионално развитие, и по-специално член 27, буква в);

Документ на Комисията СОСОФ 07/0037/03-IT от 29 ноември 2007 година за установяване на насоки за определянето на финансовите корекции, които трябва да се прилагат спрямо разходите, съфинансирани от Структурните фондове и Кохезионния фонд, при неспазване на правилата относно обществените поръчки;

Решение С (2013) 9527 final на Комисията за установяване и одобряване на насоките за определяне на финансовите корекции от страна на Комисията по отношение на разходите, финансирани от Съюза в рамките на споделеното

управление, в случаите на неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки;

Директива (ЕС) 2017/1371 на Европейския парламент и на Съвета от 5 юли 2017 година относно борбата с измамите, засягащи финансовите интереси на Съюза, по наказателноправен ред, и по-специално член 3, параграф 2, буква б);

Релевантни национални разпоредби и съдебна практика

Decreto legislativo 12 Aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. за приемане на Кодекс на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки и за транспониране на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО, отменен след влизането в сила на Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici (Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г. (Кодекс за обществените поръчки), и приложим към разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка, обявена през 2012 г., по-специално:

Член 38, параграф 1 в редакцията, приложима към момента на настъпване на фактите по делото, гласи следното:

„1. Изключват се от участие в процедурите за възлагане на концесии и на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, не могат да бъдат подизпълнители по поръчки и не могат да сключват свързаните с тях договори субектите:

[...]

с) по отношение на които е постановена влязла в сила осъдителна присъда, окончателно наказателно постановление или определение за изпълнение на наказанието по искане на страните съгласно член 444 от Наказателно-процесуалния кодекс за тежки престъпления във вреда на държавата или на Общността, уронващи професионалната им почтеност; във всички случаи основание за изключване е постановената окончателна осъдителна присъда за едно или повече престъпления, свързани с участие в престъпна организация, корупция, измама, изпиране на пари, както са определени в общностните актове, посочени в член 45, параграф 1 от Директива 2004/18;

[...]

ф) които, по мотивирана преценка на възложителя, носят отговорност за тежка небрежност или за недобросъвестност при изпълнението на възложените им от възложителя доставки на стоки или на услуги; или които са допуснали сериозна грешка в изпълнението на своята професионална дейност, установена с всякакви доказателствени средства от възложителя“

Legge 29 Settembre 2000, n. 300 – Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995 (Закон № 300 от 29 септември 2000 г. — Ратификация и изпълнение на следните международни актове, изготвени на основание член К. 3 от Договора за Европейския съюз: Конвенция за защита на финансовите интереси на Европейските общности, съставена в Брюксел на 26 юли 1995 г.) [и други международни актове в областта на борбата с корупцията].

В националната съдебна практика се приема, че самото съществуване на наказателни производства срещу представителите на предприятие, участващо в процедура за възлагане на обществена поръчка, не представлява „сериозна грешка в изпълнението на [...] професионална дейност“, което може да доведе до изключване от процедурата за възлагане на обществена поръчка по смисъла на посочения член 38, параграф 1, буква f) от Законодателен декрет № 163/2006.

Кратко представяне на фактите и на производството

- 1 С Решение С (2007) 6318 от 7 декември 2007 г. Европейската комисия одобрява Националната оперативна програма за мрежи и мобилност 2007—2013 г. (наричана по-нататък „PON“). ANAS е допуснато до финансиране от тази програма за разходите, направени при строителството на Strada Statale 96 (национален път 96, наричан по-нататък „S.S. 96“). Финансирането възлиза на 29 995 508.22 EUR, от които 22 496 631.17 EUR от Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР) на Съюза и 7 498 877.06 EUR от националния бюджет. Във връзка с това финансиране, което вече е частично изплатено на ANAS, МИТ играе ролята на управителен орган.
- 2 За изпълнение на строителните работи по S.S. 96, през 2012 г. ANAS открива процедура за възлагане на обществена поръчка, която през същата година е възложена на временното обединение на предприятия, включващо дружество Aleandri S.p.a. (наричано по-нататък „BOП Aleandri“).
- 3 С оспорваното в разглежданата жалба решение (наричано по-нататък „оспорваното решение“) МИТ решава да не плати на ANAS останалата част от финансирането, свързано с S.S. 96, и да пристъпи към възстановяване в размер на 100 % на вече платената на последното дружество сума, на основание че възлагането на поръчката било опорочено от нередност с характер на измама по смисъла по-специално на член 2, параграф 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006, както и на членове 4 и 5 от Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/95. Тези нередности били установени при наказателни разследвания, които приключили с предаване на съд на трима служители на ANAS, обвинени за подкуп, поради това че са приели от Aleandri S.p.a. парични суми за упражняване на неправомерно влияние върху

разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка. Впоследствие двама от гореспоменатите служители постигат споразумение по отношение на наказанието, което им е наложено с присъда на Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Roma (съдия-следовател, Първоинстанционен съд, Рим, Италия) от 28 ноември 2018 г. За същите деяния е образувано наказателно производство, което все още не е приключило, както срещу законния представител на Aleandri S.p.a., така и срещу самото Aleandri S.p.a., счетено за отговорно за административно нарушение, тъй като не е въвело организационни и управленски модели за предотвратяване на тези престъпления. По-специално, от наказателните разследвания е видно, че един от служителите на ANAS, който е предаден на съд, е приканил колегите си — членове на комисията по обществената поръчка, да поставят в по-благоприятно положение БОП Aleandri; не е доказано обаче, че тези членове на комисията са повлияли конкретно на възлагането или че други икономически оператори са щели да спечелят търга, ако горепосочените съставляващи подкуп деяния не бяха извършени.

- 4 ANAS оспорва решението на МИТ, като иска неговата отмяна пред Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Областен административен съд на Лацио, Италия, наричан по-нататък „TAR del Lazio“), запитващата юрисдикция.
- 5 МИТ се конституира като страна по делото, като моли жалбата да бъде отхвърлена.

Основни доводи на страните в главното производство

- 6 С първото си основание за обжалване ANAS изтъква нарушение и неправилно прилагане на член 1, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 2988/95, член 1 от Конвенцията за ЗФИ от 1995 г., член 27, буква в) от Регламент (ЕО) № 1828/2006, както и превишаване на правомощията поради липса на мотиви и поради липса на разследване. В това отношение жалбоподателят твърди следното:
 - а) първо, срещу самия жалбоподател като такъв не е постановена никаква осъдителна присъда и няма доказателства, че БОП Aleandri е получило неправомерно възлагането на разглежданата обществена поръчка. Тъй като не е направен никакъв неоправдан разход за сметка на общия бюджет на ЕС, не е настъпила вреда;
 - б) второ, в случая не може да се установи измама, тъй като нито член 1 от Конвенцията за ЗФИ, нито Регламент (ЕО) № 2988/95 уточняват необходимите условия, за да се направи извод за наличието на нередност или измама. Всъщност именно Директива (ЕС) 2017/1371 квалифицира за първи път измамата, извършена във връзка с разходите за обществени поръчки, като „измама, засягаща [...] интереси на Съюза“;

- в) трето, в обжалвания акт МИТ неправилно се позовава на Решение С (2013) 9527 на Комисията, въпреки че в случая са приложими насоките, съдържащи се в документ на Комисията СОСОФ 07/0037/03-ИТ. Освен това ответникът е приложил автоматично финансовата корекция от 100 %, без да извърши конкретна преценка на случая.
- 7 С второто си основание ANAS поддържа, че МИТ основава обжалвания акт на „съдебно решение за налагане на наказанието, определено в споразумение между страните“, което не съответства на осъдителна присъда и не може да се използва в граждански или административни производства.
- 8 С третото си основание ANAS твърди нарушение на член 2, параграф 1, точка 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006, член 98, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 и член 135 от Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012, както и нарушение на принципа на пропорционалност и превишаване на правомощията поради липса на разследване, доколкото от обжалваното решение не следва, че в резултат на разглежданото деяние е нанесена някаква вреда на бюджета на Съюза. По-специално инфраструктурата, свързана с финансираните строителни работи, е завършена и може да бъде използвана, а законосъобразността на извършеното строителство не е оспорена. Освен това ресурсите на ЕС са използвани за целта, за която са били предназначени, като няма доказателства за неоправдан разход за сметка на общия бюджет на ЕС. Жалбоподателят твърди, че предвид обстоятелствата по случая МИТ е можело поне да приложи по-нисък процент на финансовата корекция, съдържаща се в обжалвания акт, в съответствие с насоките на Комисията относно финансовите корекции.

Кратко представяне на мотивите за отправяне на преюдициалното запитване

- 9 Запитващата юрисдикция счита, че наличните доказателства не ѝ позволяват да потвърди със сигурност, че разглежданата обществена поръчка е възложена неправомерно на ВОП Aleandri; напротив, частично е доказано, че Aleandri S.p.a е предприело действия, насочени към оказване на влияние върху резултата от процедурата за възлагане на обществена поръчка. Запитващата юрисдикция подчертава обаче, че тъй като е обявена през 2012 г., въпросната процедура за възлагане на обществена поръчка се урежда от Законодателен декрет № 163/2006, отменен понастоящем, който не предвиждал изрично изключването на икономическия оператор, който се е опитал да повлияе върху решенията на възлагащия орган, докато такова изключване е изрично предвидено в член 57, параграф 4, буква и) от действащата Директива 2014/24/ЕС. Следователно поведението на законния представител на Aleandri S.p.a не може да доведе до незаконосъобразност на възлагането.

- 10 Според запитващата юрисдикция е необходимо Съдът да изясни дали в случай като разглеждания в жалбата може да се обяви, че е налице „нередност“ под формата на „измама“ по смисъла на Регламент (ЕО) № 2006/1083, а при утвърдителен отговор на този въпрос, дали може да се приложи финансова корекция в размер на 100%. Самата юрисдикция не установява никаква вреда за общия бюджет на Съюза в конкретния случай, тъй като финансирането е използвано по определеното предназначение. Всъщност въпросният обект е включен в PON за 2007—2013 г., допуснат е без възражения за финансиране от бюджета на ЕС и е надлежно завършен. Според запитващата юрисдикция липсват достатъчно доказателства, за да се установи, че процедурата за възлагане на обществена поръчка е била нарушена, от една страна, тъй като издаденото срещу служителите на ANAS съдебно решение за одобряване на споразумение за решаване на делото не може да установи отговорността на законния представител на Aleandri S.p.a., от друга страна, тъй като срещу законния представител все още се води наказателно производство във връзка с тези деяния и дори може да бъде оправдан. Според запитващата юрисдикция, дори да бяха налице доказателства, позволяващи да се установи, че законният представител на Aleandri S.p.a е подкупил някои служители на ANAS, за да му бъде възложена поръчката, не би било възможно да се разпреди изключването на икономическия оператор, опитал се да повлияе на резултата от процедурата за възлагане на обществена поръчка, тъй като член 38 от Законодателен декрет № 163/2006, приложим към въпросната тръжна процедура, не предвижда такъв случай на изключване.
- 11 Запитващата юрисдикция има съмнения относно съответствието на приложимата в случая национална правна уредба с Директива 2004/18/ЕО, която е била в сила към момента на настъпване на фактите, ако се тълкува член 45, параграф 2, буква г) от тази директива в смисъл, че понятието „тежки професионални нарушения“ имплицитно включва и действията, които имат за цел да повлияят възлагането. Самата запитваща юрисдикция обаче се съмнява дали това тълкуване е правилно, тъй като в член 57, параграф 4, буква и) от Директива 2014/24/ЕС сред основанията за изключване на конкурентите изрично са посочени действията, които имат за цел да окажат влияние върху процедурите за възлагане на обществени поръчки. Освен това гореспоменатата изрична разпоредба на член 57, параграф 4, буква и) би могла само да потвърди принцип, който вече имплицитно се е съдържал в правната уредба на обществените поръчки, когато Директива 2004/18/ЕО още е била в сила.
- 12 Освен това запитващата юрисдикция счита, че не е установено наличието на вреда за бюджета на Съюза — вреда, която би могла да настъпи, ако офертата, представена от спечелилия търга икономически оператор, а именно ВОП Aleandri, не е най-добрата от гледна точка на съотношението качество/цена.

- 13 Според същата юрисдикция понятията „нередност“ и „измама“, възприети в разпоредбите на ЕС, предполагат, че е доказано наличието на поне потенциална вреда за бюджета на Съюза, изразяваща се във възлагането на недължими разходи за сметка на този бюджет или в използването на финансирането за цели, различни от тези, за които са отпуснати. В това отношение запитващата юрисдикция се позовава на Решение № 9527 на Комисията от 19 декември 2013 г., което предвижда възможност за прилагане на финансова корекция от 100% в случаите на нередности, допуснати за благоприятстване на определени участници в търга: юрисдикцията счита, че това решение включва сред горепосочените нередности и онези случаи, в които финансиранятия от ЕС са били използвани за предвидената цел, но са били предоставени на лице, което няма право да ги получи, тъй като, например, не отговаря на изискванията за възлагане на поръчката.
- 14 Запитващата юрисдикция се съмнява, че понятието за нередност, съдържащо се в Решение № 9527 на Комисията от 19 декември 2013 г., е в пълно съответствие със законодателството на ЕС поради следните причини:
- а) първо, референтните норми не посочват изрично случая, в който средствата са предоставени на субект, който няма право да ги получи.
 - б) второ, запитващата юрисдикция счита, че нередностите, включително измамите, предполагат изплащането на разходи от общия бюджет на ЕС, които не биха били извършени, ако не бяха допуснати горепосочените нередности; ако тази хипотеза се окаже вярна, финансовата корекция от 100 %, разпоредена за отговарящ на условията и надлежно завършен обект, не би била обоснована.
 - в) трето, членове 98 и 99 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 предвиждат, че при определяне на размера на финансовите корекции Комисията следва да вземе предвид характера и сериозността на нередността, както и други фактори, докато Регламент (ЕО) № 1303/2013 предвижда корекциите да се прилагат при спазване на принципа на пропорционалност. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали от горесцитираните норми може да се изведе принципът, че финансовата корекция е насочена към отстраняване на действителна вреда, така че в случаи на нередности, състоящи се в неправомерно благоприятстване на икономически оператор, размерът на подлежащото на възстановяване финансиране трябва да съответства на действително претърпяната от ЕС вреда. Този принцип намира потвърждение и в горесцитираното Решение № 9527 от 19 декември 2013, което предвижда максимален процент на корекция от 25% в случай на неспазване на критериите за възлагане, посочени в обявлението за обществената поръчка.

- г) четвърто, тъй като позволява да се приложи процент на корекция от 100 % в случаите на действия, насочени към благоприятстване на даден икономически оператор, дори при липсата на доказателства за действителното осъществяване на тези действия и за осигуреното на икономическия оператор реално предимство, Решение № 9527 от 19 декември 2013 г. означава, че актът за отмяна на финансирането има санкционна функция, което обаче противоречи на Регламент (ЕО) № 2988/1995, който установява ясно разграничение между отмяната на финансирането и санкциите, които следва да се наложат на отговорните за измама лица.
- 15 Запитващата юрисдикция твърди, че поставените въпроси са релевантни за решението, тъй като служат за установяване дали понятията за нередност и за измама се прилагат и за случаи, в които липсва пълно доказване за осъществяването на действията, довели до предоставянето на финансирането на лице, което няма право да го получи (въпрос 1). Освен това с оглед на решението е необходимо да се изясни дали поведението на законния представител на Aleandri S.p.a., който е обвинен, че е подкупил някои служители на ANAS, може само по себе си да доведе до незаконосъобразност на възлагането на разглежданата обществена поръчка (въпрос 2). Въпроси 1 и 2 се отнасят до доводите на ANAS, което оспорва, че поръчката е възложена незаконосъобразно на БОП Aleandri. С въпрос 3 се цели да се установи дали може да се приеме, че е налице вреда за бюджета на ЕС и във връзка с отговарящ на изискванията обект, включен в PON и надлежно завършен, и ако се приеме, че е налице горепосочената вреда, дали задължително трябва да се разпoredи отмяна на финансирането в размер на 100 %. Отрицателен отговор на въпрос 3 ще доведе до уважаване на подадената от ANAS жалба. Въпрос 4 се отнася до защитаваната от ANAS теза, че МИТ е можело и трябвало да приложи към отмяната на финансирането процент на корекция, по-нисък от 100 %. Утвърдителен отговор на въпрос 4 ще доведе до уважаване на подадената от ANAS жалба.