

Mål C-175/23**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

21 mars 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Administrativen sad Veliko Tarnovo (Bulgarien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

8 mars 2023

Klagande:

Obshtina Svishtov

Motpart:

Rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh“ 2014–2020

Saken i det nationella målet

Talan om ogiltigförklaring - på grund av rättsstridighet – av det beslut som fattats av Rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa ”Regioni v rastezh” 2014–2020 (vice ministern för regional utveckling och offentliga bygg- och anläggningsarbeten, i egenskap av chef för förvaltningsmyndigheten för det operativa programmet ”Regioner under utveckling” 2014–2020) (nedan kallad ministern), genom vilket, en finansiell korrigerings på 5 procent av det finansiella stödet fastställdes för två tilldelade offentliga kontrakt, i enlighet med artikel 73.1 och artikel 70.1 nr 9 i Zakon za upravlenie na sredstvata ot evropeyskite fondove pri spodeleno upravlenie (lagen om förvaltning av medel från Europeiska fonden med delad förvaltning, nedan kallad ZUSEFSU), och i enlighet med artikel 2 nr 36 och artikel 143.2 i förordning (EU) nr 1303/2013, efter granskning av en anmälan om konstaterade överträdelser vid genomförandet av ett öppet förfarande enligt Zakon za obshtestvenite porachki (lagen om offentlig upphandling).

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av artikel 2 nr 36 och artikel 143.2 i förordning (EU) nr 1303/2013, särskilt för att fastställa om den nationella lagstiftningen är förenlig med unionsrätten, artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1) Vid en logisk och teleologisk tolkning av artikel 2 nr 36 och artikel 143.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1303/2013 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden, Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling och Europeiska havs- och fiskerifonden, om fastställande av allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden och Europeiska havs- och fiskerifonden samt om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1083/2006, kan en nationell bestämmelse som artikel 70.2 ZUSEFSU, jämförd med artikel 2.1 och 2.2 i Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (förordning om konstaterande av oriktigheter som utgör skäl för finansiella korrigeringar och de procentuella indikatorerna för fastställande av storleken på den finansiella korrigeringen enligt lagen om förvaltning av medel från de europeiska struktur- och investeringsfonderna), enligt vilken en oriktighet alltid antas föreligga vid en överträdelse av bestämmelser om offentlig upphandling som är upptagna i en i författning angiven förteckning, anses vara förenlig [med unionsrätten]?
- 2) Mot bakgrund av kravet på individualisering av varje enskild konkret och specifik överträdelse av en bestämmelse på området offentlig upphandling, kan den nationella bestämmelsen i artikel 70.2 ZUSEFSU, jämförd med artikel 2.1 och 2.2 i förordningen om konstaterande av oriktigheter som utgör skäl för finansiella korrigeringar och de procentuella indikatorerna för fastställande av storleken på den finansiella korrigeringen enligt lagen om förvaltning av medel från de europeiska struktur- och investeringsfonderna, anses vara förenlig med proportionalitetsprincipen i artikel 143.2 [tredje] meningen i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1303/2013 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden, Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling och Europeiska havs- och fiskerifonden, om fastställande av allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden och Europeiska havs- och fiskerifonden samt om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1083/2006?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/1060 av den 24 juni 2021 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden+, Sammanhållningsfonden, Fonden för en rättvis omställning och Europeiska havs-, fiskeri- och vattenbruksfonden samt finansiella regler för dessa och för Asyl-, migrations- och integrationsfonden, Fonden för inre säkerhet samt instrumentet för ekonomiskt stöd för gränsförvaltning och viseringspolitik, artikel 117.1

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1303/2013 av den 17 december 2013 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden, Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling och Europeiska havs- och fiskerifonden, om fastställande av allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden och Europeiska havs- och fiskerifonden samt om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1083/2006, skäl 120, artikel 2 nr 36 och artikel 143

Anförd praxis från EU-domstolen

EU-domstolens dom av den 26 maj 2016, Județul Neamț och Județul Bacău, C-260/14 och C-261/14, ECLI:EU:C:2016:360, punkt 1 i domslutet

Anförda nationella bestämmelser

Zakon za upravljenie na sredstvata ot evropeyskite fondove pri spodeleno upravljenie (lagen om förvaltning av medel från Europeiska fonden med delad förvaltning), artikel 49. 2 nr 1, artikel 70.1 nr 9 och artikel 70.2

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravljenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (förordning om konstaterande av oriktigheter som utgör skäl för finansiella korrigeringar och de procentuella indikatorerna för fastställande av storleken på den finansiella korrigeringen enligt lagen om förvaltning av medel från de europeiska struktur- och investeringsfonderna, nedan kallad Naredba), artikel 1 nr 1, artikel 2.1 och 2.2 artikel 5.1 och 5.2, bilaga nr 1 avsnitt I nr 11

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Obshtina Svishtov (kommunen Svishtov) (nedan kallad kommunen) ingick, i egenskap av mottagare av ett finansiellt stöd som delvis bestod av medel från de

europiska strukturfonderna (Europeiska regionala utvecklingsfonden), ett avtal med ministern om tillhandahållande av finansiellt stöd.

- 2 För att genomföra åtgärderna enligt detta avtal inledde kommunen, i egenskap av upphandlande myndighet, ett öppet förfarande för tilldelning av ett offentligt byggtreprenadkontrakt, i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Denna upphandling omfattade två delkontrakt.
- 3 I anbudsinfordran angav kommunen att det uppskattade totala värdet av de två delkontrakten uppgick till 1107667 leva (BGN), att anbudet endast skulle lämnas för ett delkontrakt och att tilldelningskriteriet för de båda delkontrakten var förhållandet mellan kvaliteten och priset.
- 4 I anbudsinfordran uppställde kommunen även krav på anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet för de båda delkontrakten. Ett av dessa krav var att anbudsgivaren skulle uppfylla villkoren i artikel 163a i Zakon za ustroystvo na teritoriata (lagen om fysisk planering, nedan kallat ZUT).
- 5 Efter genomförandet av upphandlingsförfarandet ingick kommunen två kontrakt med de utvalda anbudsgivarna, som är bulgariska ekonomiska aktörer. Den första deltagaren tilldelades det första delkontraktet och ingick ett kontrakt med kommunen till ett värde av 412 850 leva exklusive mervärdesskatt, medan ett kontrakt till ett värde av 684 160,76 leva exklusive mervärdesskatt ingicks med den andra deltagaren, som tilldelades det andra delkontraktet.
- 6 Därefter granskade ministern en anmälan om en konstaterad oriktighet inom ramen för denna offentliga upphandling. Ett administrativt förfarande genomfördes, vilket resulterade i ett beslut genom vilket en finansiell korrigerings till ett belopp av 129 145,29 leva med mervärdesskatt fastställdes för stödmottagaren, vilket motsvarade 10 procent av stödet för de två kontrakt som hade ingåtts med de båda angivna deltagarna. I ministerns beslut angavs att den otillbörliga utgiften hade beräknats på grundval av de stödberättigande kostnaderna för kontrakten med ett sammanlagt värde på 1 291 452,91 leva.
- 7 Kommunen överklagade ministerns beslut till Administrativen sad Veliko Tarnovo (förvaltningsdomstolen i Veliko Tarnovo), som ogiltigförklarade detta. Administrativen sad fann bland annat att det i det aktuella fallet inte förelåg någon överträdelse av den nationella lagen om offentlig upphandling och att det följaktligen inte förelåg några oriktigheter.
- 8 Ministern överklagade denna dom till Varhoven Administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen, nedan kallad VAS) i Republiken Bulgarien. Denna domstol fastställde domen från Administrativen sad (förvaltningsdomstolen) och påpekade särskilt att ministern hade utgått från att det restriktiva villkor som kommunen hade ställt upp inte var ett krav som innebar diskriminering på grund av nationalitet, utan ett krav som gällde den tekniska kapaciteten hos anbudsgivaren för ett delkontrakt, vilket i sig hade uppställts för tidigt, nämligen vid den tidpunkt då anbudet lämnades. Enligt domen från VAS utgör detta enligt

bestämmelserna i en nationell författning av lägre rang en helt annan oriktighet, som beskrivs i tabellen i bilagan till denna författning och för vilken en annan storlek på korrigeringen föreskrivs.

- 9 Efter det att domstolsförfarandet hade avslutats genomförde ministern, på grundval av en ytterligare anmälan, ett ”nytt” förfarande för granskning av oriktigheten, i vilket ministern, på grundval av exakt samma omständigheter och förhållanden, drog slutsatsen att samma överträdelser som redan konstaterats ledde till en annan oriktighet. Ministern beslutade i själva verket att oriktigheten i rättsligt hänseende skulle klassificeras på samma sätt som Varhoven administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen) hade gjort i den dom som meddelades i det beskrivna överklagandet. Följaktligen fastställdes en finansiell korrigerings till ett annat belopp, nämligen till ett belopp på 64 572,64 leva med mervärdesskatt, vilket motsvarade 5 procent av de stödberättigande kostnaderna för kontrakten med de båda ekonomiska aktörerna. I dessa två mål gjorde ministern inte någon fördjupad prövning av frågan huruvida en konkret skada hade uppkommit eller kunde uppkomma och tog inte heller hänsyn till hur allvarliga de konkreta överträdelserna var i det enskilda fallet, eftersom ministern (även om underförstått) utgick från att de under alla omständigheter hade anförts som oriktigheter i de tabeller som hade bifogats Naredba, för vilka en procentuell indikator för korrigeringen och en formel för tillämpningen av denna föreskrevs.
- 10 Kommunen överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen och gjorde gällande att det var ogiltigt och rättsstridigt.

Parternas huvudargument

- 11 Kommunens argument om rättsstridighet avser inte den tolkning av ett unionsrättsligt begrepp som den hänskjutande domstolen har begärt. Kommunen har inte gjort gällande att bestämmelserna om tillämpning av finansiella korrigeringar i nationell rätt är oförenliga med unionsrättens principer och begrepp.
- 12 Ministern har inte uttryckligen uttalat sig i frågan om förenligheten av den nationella lagstiftningen om fastställande av oriktigheter och korrigerings av motsvarande bidrag, men anser underförstått, genom att hänvisa till bestämmelserna den lagstiftningen, att den är förenlig med unionsrätten.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 13 Enligt ordalydelsen i artikel 143.2 i förordning (EU) nr 1303/2013 ska finansiella korrigeringar göras i samband med att enskilda eller systembetingade oriktigheter upptäcks. De är till sin natur begränsade till att medföra negativa rättsverkningar som består i att det offentliga ekonomiska bidraget till en insats eller ett operativt program ställs in. Enligt den tredje meningen i denna bestämmelse är

medlemsstaterna dessutom bemyndigade, men även skyldiga, att ta hänsyn till oriktigheternas art och allvar och till den ekonomiska förlusten för fonderna.

- 14 Förordningen innehåller en legaldefinition av ”oriktighet” som juridiskt begrepp. Den förutsätter en överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse eller en nationell bestämmelse som har ett funktionellt samband med en konkret unionsrättslig bestämmelse och är därmed underordnad denna, och är följden av en handling eller en underlåtenhet av en stödmottagare och har enkelt uttryckt en negativ effekt. Den senare måste ha ett orsakssamband med handlingen eller underlåtenheten. Den negativa effekten kan bestå i en direkt skada för unionens budget eller i en verklig och påtaglig risk för en sådan skada, som förverkligas eller skulle förverkligas enbart i form av en otillbörligt/rättsstridig utgift.
- 15 Enligt den hänskjutande domstolen kan det, med hänsyn till den definition av begreppet ”oriktighet” som åberopats, antas att oriktighetens ”art” utgör dess kvalitet, som utvisar arten av överträdelsen av en unionsrättslig eller en nationell bestämmelse. Med hänsyn till definitionen av begreppet ”oriktighet” och syftet med den analyserade bestämmelsen i förordningen anser den hänskjutande domstolen att oriktighetens ”allvar” utgörs av dess kvantitet, som utvisar graden och intensiteten av den skada som orsakats eller den skada som kan komma att orsakas, i form av en konkret otillbörlig utgift.
- 16 Av denna bestämmelse följer att korrigeringen måste vara proportionerlig, det vill säga att bestämmelsen enligt den hänskjutande domstolen kräver att proportionalitetsprincipen tillämpas vid varje oriktighet och inte bara att en procentsats som beräknas på grundval av den totala stödberättigande kostnaden för en insats eller program och den otillbörliga utgiften tillämpas på ett enhetligt sätt.
- 17 Vid en jämförelse mellan innehållet i artikel 143.1 och artikel 2 nr 36 i förordning (EU) nr 1303/2013 kan det konstateras att syftet med att göra korrigeringar är att helt eller delvis kompensera för skada som faktiskt uppkommit eller skada som objektivt sett kan uppkomma för utgiftsdelen av unionens budget.
- 18 Den nationella bestämmelsen i artikel 70.1 nr 9 ZUSEFSU följer systematiken i förordningen när det gäller villkoret att det ska föreligga en oriktighet, eftersom det i denna bestämmelse föreskrivs att överträdelsen av bestämmelserna om val av anbudsgivare, även om anbudsgivaren har valts ut genom ett anbudsförfarande, måste orsaka skada för medel från de europeiska fonderna som är föremål för delad förvaltning (inklusive medel som ingår i unionens budget).
- 19 Å andra sidan införs genom artikel 70.2 ZUSEFSU och artikel 2 i Naredba en i praktiken icke motbevisbar presumtion, enligt vilken de överträdelser av den nationella lagstiftningen (inklusive den lag som fastställer bestämmelserna om offentlig upphandling) som anges i Ministerski savets (ministerrådet) författning redan från början ska anses utgöra oriktigheter, även när det gäller presumtionen för den skada som orsakats eller troligen kommer att orsakas av detta och när det

gäller presumtionen för orsakssambandet mellan överträdelsen och skadan eller risken för skada.

- 20 I artikel 1.1 i Naredba föreskrivs på motsvarande sätt att det i denna författning av lägre rang anges vilka enskilda oriktigheter som utgör en överträdelse av de bestämmelser om urval av anbudsgivare som föreskrivs i kapitel 4 i zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (lagen om förvaltning av medel från europeiska struktur- och investeringsfonder) som orsakar eller skulle kunna orsaka skada för medel från europeiska struktur- och investeringsfonder, och som utgör en grund för att göra en finansiell korrigering. I praktiken ger denna ”angivelse” av överträdelser upphov till en ovedersäglig presumtion för att de har ett orsakssamband med skada som orsakats eller skada som troligen kommer att orsakas i form av en otillbörlig utgift. Av en analys av artikel 2.1 och 2.2 i Naredba framgår att den innehåller en förteckning av grupper av överträdelser av den nationella lagstiftningen om offentlig upphandling (både den nu gällande och den som redan har upphävts) som ska jämföras med en oriktighet.
- 21 Denna lagstiftning gör det möjligt för den bulgariska förvaltningsmyndigheten att, när den utreder en påstådd oriktighet till följd av en överträdelse eller en underlåtenhet att beakta en lagbestämmelse i lagen om offentlig upphandling, begränsa sig till att konstatera en överträdelse av denna lag eller av en författning av lägre rang om tillämpningen av denna, som omfattas av motsvarande avsnitt i bilagorna till artikel 2 i Naredba, utan att behöva pröva och fastställa huruvida denna överträdelse har ett orsakssamband med en skada som uppkommit eller troligen kommer att uppkomma i form av otillbörliga utgifter. Det ska i detta sammanhang erinras om att förvaltningsmyndigheten rent formellt skulle kunna åberopa bestämmelsen i artikel 5.1 och 5.2 i Naredba. Dessa bestämmelser har dock varken någon praktisk innebörd eller någon praktisk betydelse (och tillämpas därför aldrig i praktiken), eftersom bilagorna till artikel 2 i Naredba är bindande och uttömmande reglerar överträdelser av gällande och upphävd lag om offentlig upphandling samt de procentuella indikatorer som tillämpliga på dessa.
- 22 Det ska i detta hänseende påpekas att konstaterandet av en specifik överträdelse av den nationella lagstiftningen och dess hänförelse till motsvarande avsnitt samt till motsvarande art och underart, enligt tabellerna i bilagorna till artikel 2.1 och artikel 2.2 i Naredba, automatiskt leder till att förvaltningsmyndigheten fastställer storleken på den finansiella korrigeringen endast med tillämpning av de enhetliga procentuella indikatorer som anges i dessa tabeller och av formeln i artikel 5.3 i Naredba. Det rör sig i själva verket om en normbunden behörighet för myndigheten, som inte har befogenhet att dessutom individualisera motsvarande korrigering med hänsyn till den aktuella överträdelsens konkreta art och/eller allvarlighetsgrad och med hänsyn till den skada som konkret orsakats eller kan orsakas därav.
- 23 Den hänskjutande domstolen anser att den nationella lagstiftning som utformats på detta sätt inte är förenlig med förordningens syfte och innebörd. Av analysen av

definitionen i förordningen följer att endast en överträdelse som orsakar vissa oönskade effekter eller en verklig risk för sådana effekter kan ligga till grund för fastställandet av en finansiell korrigerings. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen utgör enligt den hänskjutande domstolen hinder för att en medlemsstat med hjälp av lagstadgade icke motbevisbara presumtioner fastställer att överträdelser av en nationell bestämmelse på området offentlig upphandling som beskrivs i en förteckning till en författning, i samtliga fall innebär att det föreligger en skada som har orsakats eller troligen kommer att orsakas och ett orsakssamband med denna skada som har orsakats eller troligen kommer att orsakas. Annars skulle såväl kriterierna i definitionen av begreppet ”oriktighet” som kravet på lämplighet (proportionalitet) vid tillämpningen av den finansiella korrigeringen vara meningslösa.

- 24 Den hänskjutande domstolen vill följaktligen få klarhet i huruvida regler som framgår av de ovannämnda nationella bestämmelserna fullt ut säkerställer att proportionalitetsprincipen tillämpas med avseende på individualiseringen av varje konkret och specifikt överträdelse av en unionsrättslig eller nationell bestämmelse om offentlig upphandling och individualiseringen av den finansiella korrigerings som motsvarar denna, i den mån som varje formell överträdelse av en sådan bestämmelse finns upptagen i en i författning angiven förteckning och en procentuell korrigerings fastställs för denna, som enbart beräknas på grundval av de utgifter som berörs av överträdelser.
- 25 I EU-domstolens dom av den 26 maj 2016, *Județul Neamț и Județul Bacău*, C-260/14 och C-261/14, tolkades artikel 1.2 i förordning (EG, Euratom) nr 2988/95 och artikel 2.7 i förordning (EG) nr 1083/2006, vars innehåll har överförts till artikel 2 led 36 i förordning nr 1303/2013. Trots att denna tolkning även är användbar i förevarande fall och leder till slutsatsen att överträdelser av nationella bestämmelser om nationell offentlig upphandling som på grund av det uppskattade värdet inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EU kan betraktas som oriktigheter i den mening som avses i förordning (EU) nr 1303/2013, är bakgrunden till förevarande begäran en annan, eftersom det här rör sig om en i unionsrätten föreskriven möjlighet att fastställa eller göra finansiella korrigerings mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.