
ПРАВО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

ПРАКТИКА НА ВЪРХОВНИЯ АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД ОТНОСНО РЕШАВАНЕТО НА СПОРОВЕ ПО УСВОЯВАНЕ НА СРЕДСТВА ОТ ФОНДОВЕТЕ НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ*

*Соня Янкулова***

Прилагането на правото на Европейския съюз безспорно е сериозно предизвикателство пред професионализма на съдиите от Върховния административен съд. Предизвикателство е не само познаването на относимото за съответния правен спор право на Съюза, защото с оглед на компетентността на Върховния административен съд е ясно, че правосъдната му дейност е пряко свързана с правото на Европейския съюз. Предизвикателство е и дълбокото осмисляне на принципите на правото на Съюза, установяването на съотношението между конкретните норми на националния правен ред и на правото на Съюза, тълкуването на националните правни норми в съответствие с принципите на правото на Съюза.

Ярка илюстрация на това предизвикателство е правосъдната дейност на Върховния административен съд по Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Въвеждането на съдебен контрол по реда на Административнопроцесуалния кодекс на актовете на ръководителите на управляващите органи за верификация на разходите и за определяне на финансови корекции разкри огромно поле за приложимост на правото на Европейския съюз в практиката на Върховния административен съд, като ежедневно поставя въпроси за нормативната йерархия, за понятийния апарат, за същността и характера на инструментариума, чрез който се осъществява политиката на Европейския съюз за икономическо, со-

* Настоящата публикация е изготвена за целите на изследване на практиката по прилагане на правото на Европейския съюз в България в периода 2007–2017 г., осъществено от Българската асоциация за европейско право (BAEL).

** Съдия във Върховния административен съд. Мненията, изразени в статията, са лични на автора и не обвързват Върховния административен съд.

циално и териториално сближаване, за ефикасността на защитата на правата на правните субекти.

Настоящата статия има за цел чрез практиката на Върховния административен съд по прилагането на правото на Европейския съюз при преценка на законосъобразността на административните актове, регулиращи усвояването на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, да покаже предизвикателствата, свързани с приложимостта на правото на Съюза. Разгледани са практически проблеми, свързани с нормативната йерархия на приложимото право – правото на Съюза и националното право, със съответствието и ефективността на националното право, прието в изпълнение на правомощията на държавата по приложение на правото на Съюза, регламентиращо правоотношенията по усвояване на средствата, в т.ч. и спазването на основни принципи на правото на Съюза. Акцентира се върху прилагането на правото на Съюза във връзка с елементите на фактическия състав на нередността и определянето на финансовите корекции като един от основните инструменти за осъществяване на споделеното управление на средствата от европейските фондове. Внимание е отделено и на спазването на процесуалните права на правните субекти, гарантирани от правото на Съюза. На базата на прегледа е направен извод за значението на националната нормативна регламентация и на правилното осмисляне и прилагане на правото на Съюза за постигане на общата цел за икономическо, социално и териториално сближаване.

1. Приложимо право

Правоотношенията, свързани с управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, се регламентират от множество нормативни актове на органи на Съюза и на национални органи. Правилното определяне на приложимите нормативни актове и на тяхната йерархия е първата предпоставка за ефективно правосъдие.

Така например едни от основните понятия на материалното право, свързано със средствата от европейските фондове, а именно: нередност, административни мерки, административни санкции, давност, са регламентирани в Регламент № 2988/1995¹, но регламентация тези понятия имат и в общия за съответния програмен период регламент, а и в множеството секторни регламенти.

Съгласно чл. 1 (1) от Регламент № 2988/1995 той въвежда общи правила за единните проверки, административните мерки и санкции, касаещи нередностите по

¹ Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/1995 от 18 декември 1995 година относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности (Регламент № 2988/1995, ОВ L 312, 23.12.1995 г., 1–4).

отношение на правото на Съюза. В своята практика Съдът на Европейския съюз изрично приема, че „в областта на контрола и санкционирането на допуснатите нередности по правото на Съюза с приемането на Регламент № 2988/1995 законодателят на Съюза е заложил поредица от принципи и изисква като общо правило всички отраслови регламенти да спазват тези принципи“². Но в същото време Съдът установява, че възстановяването на неправилно използваните средства на Съюза при липса на правно основание, изведено от националното право, трябва да става на основание на съответните разпоредби от секторните регламенти, а не на основание на Регламент № 2988/1995³.

За програмния период 2014–2020 г. основният регламентиращ документ на Съюза е Регламент № 1303/2013⁴, а за програмния период 2007–2013 г. – Регламент № 1083/2006⁵.

С приемането на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове националният законодател изрично въведе в националното право правни основания за определяне на финансови корекции, т.е. за предоставяне на финансови средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове при установена нередност или за възстановяване на неправилно използвани средства на Съюза, което значи, че материалноправното основание за определяне на финансова корекция е чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ в някоя от десетте⁶ хипотези, но дефиницията на нередността, както и съдържанието на понятията „административна мяр-

² Решение от 13 декември 2012 г., *FranceAgriMer*, C-670/11, EU:C:2012:807, точка 43.

³ Решение от 18 декември 2014 г., *Somvaot*, C-599/13, EU:C:20142462, точки 31 и 37, и цитираната там практика.

⁴ 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 (Регламент № 1303/2013, ОВ L 347, 20.12.2012, 320–469).

⁵ 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 (Регламент № 1083/2006, ОВ L 210, 31.07.2006, 25–78).

⁶ С изменението на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, обн., ДВ, бр. 85 от 24.10.2017 г., правните основания са десет.

ка“, „административна санкция“, „давност“ са това, което правото на Съюза дава в Регламент № 2988/1995 и Регламент № 1303/2013, съответно Регламент № 1083/2006⁷.

По силата на изричната разпоредба на чл. 2 (4) Регламент № 2988/1995 материалното право на Съюза във връзка с извършване на проверките за налагане на административните мерки и санкции се прилага по процедури, регламентирани от правото на държавите членки.

По същия начин – на основата на принципа на процесуалната автономия⁸, е решен и въпросът с подхода, програмирането, инструментариума, управлението и контрола на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, както и със съдебната защита на правата на правните субекти – получатели на безвъзмездната помощ от тези фондове. Всички тези въпроси са намерили своята материалноправна регламентация в Регламент № 1303/2013, съответно за предходния период в Регламент № 1083/2006, както и в съответните секторни и изпълнителни регламенти, но в правомощието на държавите членки е определянето на конкретния правен субект, който ще бъде носител на регламентираните в регламентите правомощия, на държавите членки е правомощието да регламентират конкретните процедури за осъществяване на функционирането на системите за управление и контрол, както и да регламентират системата за съдебна защита на правата, породени от правото на Съюза във връзка с безвъзмездната финансова помощ от европейските фондове.

Това сложно взаимодействие между правни норми на правото на Съюза и на националното право изисква пълна синхронизация между инструментариума и правомощията, установени в правото на Съюза, от една страна, и процедурите за тяхното прилагане и материалноправните изисквания, установени в националното право, от друга, защото само тогава общо поставените цели на политиката на сближаване може да бъдат постигнати.

⁷ Регламент № 1083/2006 г. е приложим за предходния програмен период по силата на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, което значи, че именно той, а не Регламент № 1303/2013 е материалноправната регламентация на правоотношенията, независимо че е отменен с Регламент № 1303/2013.

⁸ Установен в практиката на Съда на Европейския съюз – само за илюстрация вж. решение от 15 декември 1971, *International Fruit Company*, 51–54/71, EU:C:1971:128, точки 3 и 4.

II. Нормативна синхронизация⁹

Синхронизацията на нормативно ниво, за съжаление, невинаги се осигурява от националното право.

Най-ярка демонстрация на липсата на желание у националния законодател да синхронизира нормативната уредба за управлението на средствата от европейските фондове е употребата в националната нормативна уредба на понятието „бенефициент“ със съдържание, противоположно на съдържанието на понятието, дефинирано в правото на Съюза.

Всички регламенти, които имат за предмет обществени отношения, свързани със средствата от структурните и инвестиционните фондове – Регламент № 966/2012¹⁰, Регламент № 1303/2013, съответно Регламент № 1083/2006, съдържат изрично определение на понятието „бенефициер“. И трите нормативни акта определят бенефициера като правен субект, който е получател на средства от структурните и инвестиционните фондове. В националното право получателят на средства от европейските фондове трайно е наричан бенефициент. Бенефициент е лице, което осигурява някаква облага, тъй като коренът на думата (от латински) е „облагодетелствам“ или „прехвърлям някакво право на друго лице“¹¹.

За десет години националният законодател не можа да разбере разликата между „бенефициер“ и „бенефициент“. При наличието на изрична нормативна дефиниция в правото на Европейския съюз, и то в регламенти, в правната ни система получателят на помощта е наричан с две коренно противоположни по значение наименования – това по правото на Европейския съюз – „бенефициер“, и това по националното право – „бенефициент“. В резултат съдебните ни решения са изпъстрени с „бенефициенти“, които са бенефициери, и националният съдия е принуден в акта си да пояснява съдържанието на дефинирано в регламент понятие, както и да използва едновременно и двете наименования, защото при позоваване на правото на Съюза нарича по-

⁹ Терминът „синхронизация“ в случая е употребен като обобщаващо понятие на задълженията на държавата по първично регулиране на правоотношения, произтичащи от правото на Съюза, и по изпълнение на задълженията ѝ по регламентиране на процедурите, обезпечавачи изпълнението на правото на Съюза.

¹⁰ Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 25.10.2012 година относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, и за отмяна на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета (Регламент № 966/2012, ОВ L 298, 26.10.2012, 1–96).

¹¹ Beneficentia – благотворителност, щедрост, услуга; beneficiaries – облагодетелствуван – вж. Латинско-български речник. С.: Наука и изкуство, 1980, с. 83.

лучателя на помощта „бенефициер“, а при позоваване на националното право – „бенефициент“¹².

Несъобразяването на националния законодател десет години с норма на регламент, който е акт с общо действие, задължителен е за държавата, което значи за всички нейни органи, в т.ч. и за законодателя, и е директно приложим¹³, е факт, който сам по себе си говори достатъчно.

Синхронизацията на правото на Съюза и националното право намира решаващо проявление при установяването на нередност, в частност при установяване на елементите на фактическия състав на нередността – нарушение на правото на Съюза или на свързаното с него национално право и вредата на бюджета на Съюза, защото наличието на тези елементи е основание за определяне на финансова корекция, т.е. за неполучаване или за връщане на получен финансов ресурс от фондовете.

Илюстрация на значението на синхронизацията е начинът на транспониране на директивата за обществените поръчки, защото най-честите нарушения на правото на Съюза или на свързаното с него национално право при разходване на средствата от европейските фондове са нарушенията на Закона за обществените поръчки.

В отменения Закон за обществените поръчки, редакция в сила до 1.07.2014 г., разпоредбата на чл. 28, ал. 5 разрешава документация за участие да може да се закупува или получава до 10 дни преди изтичане на срока за получаване на офертите. Директива 2004/18¹⁴, приложима към този период, не съдържа такава разпоредба, а и не предоставя на държавите членки свободата да регламентират по начин, различен от установеното в директивата, продължителността на срока между закупуване на документите и получаване на офертите. Член 38 Директива 2004/18 определя минималните срокове за получаване на заявления за участие и на офертите, които срокове не може да бъдат предмет на промяна от държавите членки. Разпоредбата не съдържа определения в чл. 28, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, отм., редакция

¹² Само за илюстрация: решение № 9251/27.07.2016 г. на ВАС по адм. д. № 6588/2016 г.; решение № 14388/29.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 9177/2016 г.; решение № 14420/30.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 6844/2016 г.; решение № 9404/02.08.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5692/2016 г.; решение № 1287/01.02.2017 г. на ВАС по адм. д. № 11174/2016 г.; решение № 3014/13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г.; решение № 9026/11.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 11290/2016 г.

¹³ Член 288 (2) от Договора за функциониране на Европейския съюз.

¹⁴ 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 (Директива 2004/18, ОВ L 134, 30.04.2004, 114–240).

до 1.07.2014 г.) 10-дневен срок между подаването на заявлението и на офертите. Член 39 от Директива 2004/18 определя срок от шест дни за предоставяне на спецификациите и допълнителните документи, когато възложителят не предоставя неограничен и пълен пряк достъп чрез електронни средства до документацията за поръчката и всички допълнителни документи по смисъла на чл. 38 (б) Директива 2004/18.

С точка 4 на приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.)¹⁵ – националният нормативен акт, който определя основните категории нарушения на Закона за обществените поръчки, за които се определят финансови корекции, националният законодател е приел като нарушение недостатъчен срок за получаване на документацията. Обяснението, което националният законодател дава на това нарушение, е, че недостатъчен е срокът, който е прекалено кратък, като с оглед на определено от законодателя съотношение между срока за получаване на документи и срока за получаване на оферти – под 80 %, 60 % и 50 %, се определя и размерът на финансовата корекция.

Безспорно е, че краткият срок за получаване на документацията е пречка пред потенциалните участници в обществената поръчка и с оглед на това пряко влияе върху нивото на конкуренция, а следователно и върху възможността за най-ефективно разходване на средствата от европейските фондове.

Анализът на установените в точка 4 съотношения и законово установените срокове за провеждане на обществена поръчка в редакцията на закона до 1.07.2014 г. сочи, че по смисъла на точка 4 достатъчен може да бъде само срок, определен, без да бъде използвано което и да е от намаленията на срока по чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.). Но чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.) регламентира съответстваща на чл. 38 от Директива 2004/18 възможност за намаляване на срока за получаване на офертите при изпращане на обявлението по електронен път и при осигуряване от датата на публикуване на обявлението в електронен вид на пълен достъп до документите по електронен път.

Следователно, когато възложителят законосъобразно намали срока за получаване на офертите с допустимото по смисъла на чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.) и спази изискването на чл. 28, ал. 5 ЗОП (отм., редакция до 1.07.2014 г.), той обективно е в хипотеза на недостатъчен срок по смисъла на точка 4 от приложението към чл. 6, ал. 1 от

¹⁵ Методология за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма „Солидарност и управление на миграционните потоци“ (Методологията, отм.).

Методологията (отм.). Наличието на нарушение по смисъла на точка 4 от приложението би следвало да обоснове определянето на финансова корекция на бенефициера възложител, защото е налице нарушение на правото на Съюза – чл. 38 и 39 от Директива 2004/18. Но в този случай нарушението не е в резултат на действие на бенефициера, който е спазил изискванията на националното право, което транспонира правото на Съюза. Нарушението е на националния законодател, който не е транспонирал правилно Директива 2004/18.

Макар разпоредбата на чл. 28, ал. 5 ЗОП (отм.) да е променена след 1.07.2014 г., с оглед на § 23 от Методологията (отм.), съгласно който тя е приложима за нарушения, открити след влизане в сила на изменението ѝ, обнародвано в ДВ, бр. 52 от 24.06.2014 г., и на установения давностен срок за погасяване на задължението за възстановяване на получени от Съюза средства по смисъла на чл. 3 от Регламент № 2988/1995, разпоредбата има своето приложение и към настоящия момент.

Практиката показва, че за да обоснове наличие на нарушение по смисъла на точка 4 от приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.), ръководителят на управляващия орган се позовава на чл. 38 и 39 от Директива 2004/18. Първо, тези разпоредби не съдържат изискване за разлика от 10 дни между срока за получаване на документите и на офертите, в резултат на който срок и при спазване на намаленията по чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.) се стига до нарушение по смисъла на точка 4 от Методологията (отм.). И второ, директивите съгласно чл. 288 (3) от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС) са актове, които обвързват държавите членки със съответния резултат, но техните правни последици за правните субекти произтичат от мерките по транспонирането им. При неправилно транспониране на директива държавата в лицето на своите органи – в случая на ръководителя на управляващия орган, не може да се позове директно на директивата и да черпи права от нея. На нетранспонирана или на лошо транспонирана директива може да се позове правен субект, за да защити гарантираното му от правото на Съюза субективно право, но не и административен орган, за да обоснове засягане на права на правния субект.

Следователно, при спазване на разпоредбите на чл. 28, ал. 5 ЗОП (отм., редакция до 1.07.2014 г.) и на чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.) бенефициерът възложител не нарушава националното право, свързано с правото на Съюза, макар да е налице нарушение на правото на Съюза. Нарушението на правото на Съюза е извършено не от бенефициера, а от законодателя, защото той не е транспонирал правилно Директива 2004/18, с което е създал условия за нарушаване на правото на Съюза, а с оглед на това – и на конкуренцията.

Върховният административен съд трайно прие това решение в практиката си¹⁶.

¹⁶ Вж. решение № 477/16.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7640/2016 г., оставе-

Липсата на извършено от бенефициера нарушение на националното право, свързано с правото на Съюза, значи, че не е налице елемент от фактическия състав на нередността по смисъла на чл. 1 (2) от Регламент № 2988/1995 и чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 2 (7) от Регламент № 1083/2006 за предходния програмен период. Но това не значи, че Комисията, когато установи такова нарушение и при наличие на останалите предпоставки на чл. 144 от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 99 от Регламент № 1083/2006, няма да наложи на държавата финансова корекция. Финансовата корекция на държавата ще бъде наложена и ще рефлектира върху всички бенефициери и данькоплатци.

Липсата на синхронизация на ниво право на Съюза и национално право има и друго измерение.

Приложението към чл. 6, ал. 1 на Методологията (отм.), а и към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за нередностите¹⁷ е буквален препис на Насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат внесени във финансираните от Съюза разходи в рамките на споделеното управление в случай на неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на Комисията от 19.12.2013 г. (Насоките)¹⁸.

Целта на Насоките съгласно точка 1 от решението е да дадат ориентир на служителите на Комисията относно принципите, критериите и ставките, които следва да се прилагат във връзка с финансовите корекции, направени от Комисията по отношение

но в тази част в сила с решение № 9338/13.07.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3025/2017 г.; решение № 3014/13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г., оставено в тази част в сила с решение № 12372/17.10.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 6137/2017 г.; решение № 6205/17.05.2017 г. на ВАС по адм. д. № 2367/2017 г.; решение № 6559/25.05.2017 г. на ВАС по адм. д. № 861/2017 г.; решение № 7230/08.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1532/2017 г.; решение № 8821/06.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8841/2016 г., оставено в сила с решение № 15477/18.12.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 10922/2017 г.; решение № 10680/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14467/2016 г., неокончателно; решение № 11776/05.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7536/2017 г.

¹⁷ Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за нередностите).

¹⁸ С (2013) 9572. Тези насоки заменят Насоките за определяне на финансовите корекции, които следва да бъдат направени спрямо разходите, съфинансирани от Структурните фондове или Кохезионния фонд при неспазване на правилата за обществени поръчки, СОСОФ 07/0037/03-EN от 29.11.2007 г., приложими за програмния период 2000–2006 г. и 2007–2013 г.

на разходи, финансирани от Съюза в рамките на споделеното управление, поради несъответствие с приложимите правила за обществените поръчки. Насоките съгласно чл. 1 се прилагат за програмния период 2007–2013 г. и 2014–2020 година¹⁹.

Насоките са документ, който е приложим по отношение на държавите членки, не по отношение на бенефициерите. Използват се от Комисията за осигуряване на равнопоставено третиране на държавите членки, прозрачност и пропорционалност при прилагането на финансови корекции във връзка с разходите, финансирани от Съюза. Безспорно е с оглед на направената в Насоките препоръка към компетентните органи на държавите членки да прилагат същите критерии и ставки при коригиране на открити от тях нередности, освен в случаите, когато прилагат по-строги стандарти, че приетите в Методологията (отм.), съответно в Наредбата за нередностите, критерии и ставки, доколкото държавата ни не е въвела по-строги стандарти, ще бъдат идентични с приетото в Насоките. Но в Насоките, за разлика от Методологията (отм.), съответно от Наредбата за нередностите, точно са посочени нормите от директивите, които описаното нарушение нарушава. Методологията (отм.), а и Наредбата за нередностите изобщо не сочат нарушената правна норма. И двата нормативни акта се задоволяват с описание на нарушението, което обаче невинаги е достатъчно, за да може да се определи правилно към коя от категориите нарушения принадлежи съответното нарушение на Закона за обществените поръчки.

Например точка 9 от Методологията (отм.) визира нарушението „неправомерни и/или дискриминационни критерии за подбор и/или показатели за комплексна оценка“, а точка 10 – „критериите за подбор не са свързани със и/или не са пропорционални на предмета на поръчката“. Очевидно е, че и дискриминационните, и несвързаните, и непропорционалните критерии са неправомерни. Отпадането в точка 9 на Наредбата за нередностите на квалификацията „дискриминационни“ не променя същността на проблема. За разлика от Методологията (отм.) и Наредбата за нередностите, в Насоките Комисията изрично сочи, че нарушенията по точка 9 са на чл. 45–50 и 53 от Директива 2004/18, съответно на чл. 54 и 55 от Директива 2004/17²⁰, а нарушението по точка 10 е на чл. 44 (2) от Директива 2004/18, съответно на чл. 54 (2) от Директива 2004/17.

¹⁹ Съгласно чл. 2 Насоките се прилагат „при извършване на финансови корекции, свързани с нередности, открити след датата на приемане на настоящото решение“.

²⁰ Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейности във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (Директива 2004/17, ОВ L 134, 30.04.2004, 1–113).

Посочването в Насоките на конкретно нарушената правна норма от приложените Директива 2004/18 и Директива 2004/17 е изцяло в съответствие с принципа на правната сигурност, който, както изрично приема Съдът на Европейския съюз, изисква „правната уредба да бъде ясна и точна, така че правните субекти да могат да се запознаят по недвусмислен начин със своите права и задължения и да действат съобразно с тях“²¹. „Този императив се налага по особено твърд начин, когато става дума за акт, годен да произведе финансови последици, така че заинтересуваните лица да могат с точност да определят задълженията, които той им налага“²².

По този начин ясно и предварително на държавите членки е посочено коя е нарушената правна норма, която би била основание за финансова корекция, и се елиминира възможността за несъответно тълкуване, правна несигурност и неравно третиране.

Не така е това за българските бенефициери. Те не са предварително информирани за нарушението на коя точно разпоредба от Закона за обществените поръчки се подвежда под съответното нарушение на приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.), съответно на приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите. Съответствието на нарушението на Закона за обществените поръчки с конкретното нарушение по приложенията е предоставено на преценката на административния орган. И макар да има описание на нарушението, следва да се посочи, че става въпрос за правна уредба, която поражда финансови задължения, и съгласно правото на Европейския съюз принципът на правната сигурност се прилага с особена строгост²³.

Съдебната практика на Върховния административен съд показва, че неприлагането от националния законодател на приетия от Комисията принцип на точно посочване на нарушената правна норма от Закона за обществените поръчки, т.е. на принципа на правната сигурност, е възможно да доведе до незаконосъобразност на акта за определяне на финансовата корекция само поради неправилното квалифициране на установено нарушение към съответната точка от приложението на Методологията (отм.), защото правилното подвеждане на нарушението на Закона за обществените поръчки към съответната категория нарушения от приложението е елемент на материалната законосъобразност на акта – решение № 14288/29.12.2016 г. по адм. д. № 9177/

²¹ Решение от 9 юли 1981 г., *Garancini*, 169/80, EU:C:1981:171, точка 17; решение от 3 юни 2008 г., *Intertanko*, C-308/06, EU:C:2008:312, точка 69.

²² Решение от 22 януари 1994 г., *Opel Austria v. Council*, T-115/94, EU:T:1997:3, точка 124, и цитираната там практика.

²³ Вж. цитираната в горните две точки съдебна практика, както и конкретно за оперативните програми решение от 21.06.2007 г., *ROM-projecten*, C-158/06, EU:C:2007:370, точки 25 и 26.

2016 г., оставено в сила с решение № 7628/16.06.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3420/2017 г.; решение № 400/12.01.2017 г. по адм. д. № 8135/2016 г., оставено в сила с решение № 9926/26.07.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3421/2017 г.; решение № 419/13.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8839/2016 г.; решение № 10688/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 3078/2017 г.

Посочената съдебна практика ясно показва значението на принципа на правната сигурност, отнесен към качеството на националните нормативни актове по приложимостта на регламентацията на правоотношенията във връзка със средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Изложеното в раздела илюстрира значението на качеството на националното законодателство като първа предпоставка за правилното прилагане на правото на Съюза в областта на усвояването на средствата от европейските фондове. Вярно е, че националният съдия разполага с правен инструментариум, за да не допусне ограничаване на полезния ефект на правото на Съюза, но принципите на лоялно сътрудничество – чл. 4 от Договора за Европейския съюз (ДЕС), и на институционална и процедурна автономия – ограничени от принципите на ефективността и еквивалентността, са задължителни за държавата, в т.ч. и за нейния законодателен орган и административни органи, на които е предоставена нормативна компетентност, и тя би следвало да ги спазва, защото само така ще допринесе за постигане на целта на установената с правото на Съюза регламентация – икономическо, социално и териториално обличаване²⁴.

III. Нарушения на правото на Съюза и на свързаното с него национално право като елемент на фактическия състав на нередността

Нередността е основание за определяне на финансова корекция, т.е. на възлагане на бенефициера на задължение да върне неправомерно получена безвъзмездна финансова помощ или на отказ да му бъде представена безвъзмездна финансова помощ.

Нормативните дефиниции на нередността – чл. 1 (2) от Регламент № 2988/1995 и чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 2 (7) от Регламент № 1083/2006, ясно установяват нейния фактически състав: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

²⁴ Член 174 ДФЕС.

За правилното правоприлагане и правосъдие решаващо е правилното и еднакво разбиране на съдържанието на елементите на фактическия състав на нередността. Натрупаната съдебна практика показва, че съществуват случаи на определено неразбиране от бенефициерите на основните принципи на обществените поръчки и връзката им с другите права, които правото на Съюза предоставя на правните субекти, а това пряко рефлектира върху елемента на фактическия състав на нередността – нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право. Непознаването на правата, които чл. 56 ДФЕС предоставя на правните субекти, и на условията, при които правото на Съюза гарантира упражняването на тези права, често е основание за определяне на финансова корекция поради нарушаване на основни принципи на Закона за обществените поръчки като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, а чрез тях и на основни принципи, на които е изграден вътрешният пазар – свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали, регламентирано в чл. 26 (2) ДФЕС, който вътрешен пазар от своя страна е една от основните цели на Европейския съюз – чл. 3 (3) ДЕС.

Ярък пример в това отношение е поставянето от бенефициерите възложители на изискване за годност (правоспособност) за упражняване на професионална дейност.

Член 56 ДФЕС забранява ограниченията пред свободното предоставяне на услуги в рамките на Съюза по отношение на граждани на Съюза, които са се установили в държава членка, различна от държавата, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите. Тази свобода се обезпечава (облекчава, подпомага) от взаимното признаване на дипломи, сертификати и други доказателства за квалификации, както и чрез нарочни директиви на Съюза, чрез които правото на Съюза гарантира предоставените на правните субекти права.

Безспорно е, че възложителят може да изиска от всеки кандидат или участник да докаже регистрацията си в професионален или търговски регистър в държавата, в която е установен, или да представи декларация или удостоверение за наличието на такава регистрация от компетентните органи съгласно съответния национален закон, когато наличието на регистрацията е определено със закон като условие за осъществяване на предмета на обществената поръчка – чл. 49, ал. 1 ЗОП (отм.), чл. 60 ЗОП, съответно чл. 46 от Директива 2004/18, чл. 58 (1) и (2) от Директива 2014/24²⁵.

²⁵ Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24, ОВ L 94, 28.03.2014, 65–242).

Релевантният въпрос за спазването на принципите на Закона за обществените поръчки е към кой момент какъв документ следва да изисква възложителят за доказване на исканата професионална годност.

В изпълнение на посочените национални и европейски нормативни разпоредби възложителят не само има право, но когато предметът на поръчката изисква с оглед на действащата национална нормативна уредба, е длъжен да изиска доказателства за наличието на съответно разрешително или членство в професионална организация. Но поставянето от възложителите като изискване за допустимост до участие в обществената поръчка, а не като изискване за сключване на договор за обществена поръчка, например на изискването за вписване на лице, което притежава изискуемата правоспособност за извършване на дейността, съгласно изискванията на държавата по установяване, в съответния български регистър, при регламентиран в националното право облекчен ред за вписване при временно предоставяне на услуги, обективно представлява нарушение на правото на Съюза, защото се явява необоснована административна пречка и тежест за участие в конкурса на лица от други държави членки. Това изискване нарушава не само принципите на равнопоставеност и свободна конкуренция, но и принципа на свободното предоставяне на услуги, явява се нарушение на правата, които гражданите на държавите членки имат в съответствие с чл. 56 ДФЕС и Директива 2005/36²⁶.

Пример в това отношение са поставени от бенефициери изисквания за пълна проектантска правоспособност за упражняване на професията „инженер в инвестиционното проектиране“, съответно „архитект“, на територията на страната.

Безспорно е, че съгласно чл. 230, ал. 1 от Закона за устройство на територията (ЗУТ) инвестиционните проекти по ЗУТ се изработват от проектанти – физически лица, които притежават съответната техническа и проектантска правоспособност. Съгласно чл. 7, ал. 7 от Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране (ЗКАИИП) само проектанти с пълна проектантска правоспособност, вписани в регистъра на съответната камара, в съответствие с придобитата професионална квалификация могат да предоставят проектантски услуги в инвестиционното проектиране.

Следователно по силата на закона без наличието на пълна проектантска правоспособност, установена от Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране, съответно от Камарата на архитектите, физическите лица, включени в проектантския

²⁶ Директива 2005/36 на Европейския парламент и на Съвета от 7 септември 2005 година относно признаването на професионалните квалификации (Директива 2005/36, ОВ L 255, 30.09.2005, 22–142).

екип на съответния изпълнител, не биха могли да проектират инвестиционен проект. Условиата и редът за придобиване на пълна проектантска правоспособност са уредени в ЗКАИИП. Член 7, ал. 5 във вр. с ал. 1 ЗКАИИП определя условията за придобиване на пълна проектантска правоспособност, като съгласно чл. 13, ал. 1 ЗКАИИП компетентен да признае правоспособността е управителният съвет на съответната камара по смисъла на чл. 2, ал. 1 и 2 ЗКАИИП.

Съгласно чл. 10 ЗКАИИП право да упражняват професията „архитект“ и „инженер в инвестиционното проектиране“ в страната имат чужденци и граждани на държави – членки на Европейския съюз, или на други държави – страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, или на Конфедерация Швейцария, на които е призната професионалната квалификация по реда на Закона за признаване на професионални квалификации. Съгласно чл. 4, ал. 1, т. 3 и 4 от Закона за признаване на професионални квалификации (ЗППК) компетентен орган за признаване на професионална квалификация за професията „архитект“ е председателят на Камарата на архитектите, а на професията „инженер в инвестиционното проектиране“ – председателят на Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране. В чл. 19 и 22 от Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционно проектиране на лица с професионална квалификация „архитект“, съответно „инженер“, придобита в държава – членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Конфедерация Швейцария и в трети държави (Наредбата за правоспособността), са регламентирани изискуемите документи за признаване на пълна проектантска правоспособност, а съгласно чл. 17 и 20 от Наредбата за правоспособността придобитата пълна проектантска правоспособност в страната се удостоверява с документите по чл. 6, ал. 2 от Наредбата за правоспособността и членство в камарата.

С оглед на това обективно изискване за упражняване на пълна проектантска правоспособност на територията на страната е вписването в регистъра на Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране, съответно в Камарата на архитектите. Въпросът е към кой момент е необходимо доказването на това изискване – дали то следва да бъде доказано към датата на подаване на офертата за участие в обществената поръчка, или към датата на сключване на договора за изпълнение на обществената поръчка.

Съгласно чл. 14а ЗКАИИП в случаите на временно или еднократно предоставяне на услуги в инвестиционното проектиране от лица по чл. 10 ЗКАИИП за тях се прилага част втора на Закона за признаване на професионалните квалификации и разпоредбите на Закона за дейностите по предоставяне на услуги. Съгласно чл. 14 ЗППК гражданите на държава членка, установени в друга държава членка, при временно

или еднократно предоставяне на услуги се освобождават от изискванията за регистрация или членство в професионална организация или сдружение, както и от въведените в българското законодателство изисквания за регистрация за целите на установяване на задължения за задължителни осигурителни вноски, произтичащи от дейности, упражнявани в полза на осигурените лица. А съгласно чл. 16, ал. 1 ЗППК гражданите на държава членка, които временно предоставят услуги в областта на инвестиционното проектиране, се вписват служебно в регистъра на Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране, съответно в Камарата на архитектите, и получават удостоверение за вписване.

Следователно в националното законодателство съществуват два начина за придобиване на право на упражняване на професията „инженер в инвестиционното проектиране“, съответно „архитект“, на територията на страната от граждани на държава членка, които притежават пълна проектантска правоспособност в държавата членка, в която са установени. Разликата между двата начина е свързана с продължителността на упражняване на професията – дали става въпрос за установяване на територията на страната за упражняване на професията, или за упражняване на професията на временен или случаен принцип. В зависимост от тази разлика е налице и съществена разлика в изискванията и реда за придобиване на пълна професионална правоспособност – по чл. 10 или по чл. 14а ЗКАИИП.

Тази национална законодателна уредба е в съответствие със съображение 5 и чл. 5 и 6 от Директива 2005/36, която от своя страна е в съответствие със и за изпълнение на чл. 56 ДФЕС, установяващ забрана на ограниченията за свободно предоставяне на услуги в рамките на Съюза²⁷.

Поставянето на изискване за вписване в регистъра на Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране, съответно на Камарата на архитектите, към датата на подаване на оферти за участие в обществената поръчка, а не към датата на сключване на договора за обществената поръчка фактически поставя пред кандидатите, които са включили в проектантския си екип физически лица с пълна проектантска правоспособност, установени в друга държава членка, изискване, което, първо, обезсмисля предвидената в чл. 49, ал. 1 ЗОП (отм.) възможност за предоставяне на доказателства за регистрация на изпълнител в държавата членка, в която е установен, когато наличието на регистрация е определено със закон като условие за осъществяване на предмета на обществената поръчка. Второ, нарушава чл. 46 Директива 2004/18, защото чл. 49, ал. 1 ЗОП (отм.) е в съответствие с изискванията на тази директива. И трето, нарушава чл. 56 ДФЕС, защото директивата и националната уредба гарантират сво-

²⁷ Вж. съображение 1 и чл. 1 от Директива 2005/36.

бодата на предоставяне на услуги, а чл. 56 ДФЕС е първично право на Съюза и има пряко приложение.

Поставянето на изискването към датата на сключване на договора, а не към датата на подаване на офертата е и в съответствие с чл. 42, ал. 1, т. 4 ЗОП (отм.), съответно се установява изрично от разпоредбите на чл. 67, ал. 6 и чл. 112, ал. 1 ЗОП, съгласно които възложителят, преди да сключи договор, изисква от участника, определен за изпълнител, да представи актуални документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор.

Този подход на европейския и на националния законодател намери ярко потвърждение във въведения единен европейски документ за обществени поръчки – чл. 67, ал. 1 ЗОП и чл. 59 от Директива 2014/24, и установения с него принцип на деклариране на личното състояние на кандидатите в обществените поръчки. Това изрично е посочено в съображение 84 от Директива 2014/24 – „сериозна пречка за участие в обществените поръчки представляват административните затруднения, произтичащи от необходимостта [икономическите оператори] да предоставят значителен брой сертификати или други документи, свързани с критериите за изключване и подбор. [...] От оферента, на когото е решено да се възложи поръчката, обаче следва да се изиска да представи съответните доказателства и възлагащите органи не следва да сключват договори с оференти, които не успеят да го направят. Възлагащите органи следва да могат също така да изискват всички или някои придружаващи документи винаги щом сметнат, че е необходимо с оглед на правилното провеждане на процедурата“. Идентични са мотивите и на националния законодател при приемането на новия Закон за обществените поръчки²⁸.

Практиката на Върховния административен съд във връзка с това изискване на възложителите не е еднопосочна – решение № 8286/05.07.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5524/2016 г., оставено в сила с решение № 4598/12.04.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 11427/2016 г.; решение № 8995/18.07.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5523/2016 г., оставено в сила с решение № 3785/28.03.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 10018/2016 г.; решение № 11466/28.10.2016 г. на ВАС по адм. д. № 6840/2016 г., оставено в сила с решение № 4482/11.04.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 14155/2017 г.; решение № 444/13.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9172/2016 г., оставено в сила с решение № 7450/14.06.2017 г. на ВАС, 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 2952/2017 г.; решение № 1225/31.01.2017 г. на ВАС по

²⁸ Мотиви на Закона за обществените поръчки – достъпни на адрес: <http://parliament.bg/bills/43/502-01-69.pdf>.

адм. д. № 9168/2016 г., но отменено с решение № 10395/08.08.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3623/2017 г.; решение № 4107/04.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12562/2016 г., оставено в сила с решение № 15608 от 19.12.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 6135/2017 г.; решение № 8093/23.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 2181/2017 г., неокончателно; решение № 10676/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12131/2016 г., неокончателно; решение № 15763/20.12.2017 г. на ВАС по адм. д. № 6911/2016 г., неокончателно.

Друг подобен пример е поставянето от възложителите на изискване към кандидатите за участие в обществената поръчка към датата на подаване на офертата да разполагат с разрешение за търговия на едро с медицински изделия по смисъла на чл. 78 от Закона за медицинските изделия (ЗМИ) – вж. решение № 979/25.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12130/2016 г., отменено в тази част с решение № 15287/13.12.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 5971/2017 г.; решение № 7261/09.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8681/2017 г., отменено в тази част с решение № 15490/18.12.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 9397/2017 г.; решение № 10676/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12131/2016 г., неокончателно.

Подобен е и примерът за изискване на възложителите кандидатите за участие в обществената поръчка (а не избраният изпълнител) да представят документ, издаден от Камарата на независимите оценители, удостоверяващ вписването в регистъра на независимите оценители по смисъла на чл. 16, ал. 1 от Закона за независимите оценители (ЗНО) на лицата, чрез които кандидатите ще извършват съответната дейност – при изричната разпоредба на чл. 3, ал. 2 ЗНО, че професията „независим оценител“ е регулирана професия по смисъла на Закона за признаване на професионални квалификации и изричната разпоредба на чл. 16, ал. 3 ЗНО, който препраща към Закона за признаване на професионални квалификации за реда за признаването на професионалната квалификация на лицата, които са я придобили в държава членка. А както бе посочено по-горе, Законът за признаване на професионалните квалификации транспонира Директива 2005/36, която пък е правен инструмент за осъществяване на предвидената в чл. 56 ДФЕС свобода на предоставяне на услуги – вж. решение № 691/18.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12035/2016 г., оставено в сила с решение № 10841/11.09.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3415/2017 г., както и решение № 1525/09.12.2014 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка, вх. № КЗК-904/31.07.2014 г.

Идентичен е и примерът за изискване на удостоверение за вписване в регистъра по чл. 12, т. 8 от Закона за кадастъра и имотния регистър (ЗКИР) към датата на подаване на офертите, а не към датата на сключване на договора за обществена поръчка на лицата, чрез които кандидатите за участие в обществената поръчка ще из-

вършват съответната дейност, при изричната разпоредба на чл. 16, ал. 1, чл. 17, ал. 1 и чл. 19, ал. 2 ЗКИР – вж. решение № 9893/25.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 6679/2017 г.

Горните примери показват допускани нарушения на правото на Съюза и на свързаното с него национално право в процеса на усвояване на средствата от европейските фондове, които пряко рефлектират върху предоставени от правото на Съюза права на правните субекти и които имат своето отрицателно въздействие върху основни свободи на Съюза, каквато е свободното предоставяне на услуги.

IV. Вредата като елемент на фактическия състав на нередността

Сериозно предизвикателство пред правоприлагането Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове постави и във връзка със съдържанието на другия елемент на фактическия състав на нередността – вредата на бюджета на Съюза.

Видно от дефиницията на нередност – чл. 1 (2) от Регламент № 2988/1995 и чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 2 (7) от Регламент № 1083/2006, нередност е налице при това нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза.

Съдебната практика на Върховния административен съд дава възможност да се направи извод, че едно от основните възражения на бенефициерите за незаконосъобразност на акта за определяне на финансова корекция е за липсата на реална вреда на бюджета на Съюза, т.е. за липса на елемент от фактическия състав на нередността.

Но правото на Съюза – нито Регламент № 2988/1995, нито Регламент № 1303/2013 или Регламент № 1083/2006, съответно секторните или изпълнителните регламенти, не поставя като изискване наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране следва от буквалното езиково тълкуване на всяка една от разпоредбите, дефиниращи нередността, което тълкуване не оставя никакво съмнение за възможността вредата да е потенциална. Всички относими разпоредби изрично сочат, че релевантна за определянето на едно нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право като нередност е възможността то да има или да би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в неговия бюджет.

Именно поради възможността за потенциална вреда на бюджета на Съюза и Комисията при осъществяване на правомощията си по определяне на финансови ко-

рекции на държавите членки – чл. 85 (2) (б) от Регламент № 1303/2013, изхожда от критерия нарушението да е повлияло размера на разходите, заявени за възстановяване от бюджета на Съюза, а когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на неговите финансови последици – да съществува основателен риск нарушението да е имало подобен ефект.

Тълкуването на нередността като нарушение, което не само фактически е причинило вреда на бюджета на Съюза, но и което би могло да причини вреда, е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз²⁹. Съдът изрично сочи, че няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение на отражението. С оглед на това Съдът на Европейския съюз приема, „че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд“³⁰.

Наличието на такава възможност е основание за управляващия орган да приеме наличието на нередност и въз основа на това да определи финансова корекция.

С оглед на това разбиране за вредата несъответна на правото на Съюза е разпоредбата на чл. 6 от Наредбата за нередностите, съгласно която, когато констатираното нарушение няма и не би могло реално или потенциално да има финансово отражение, се определя финансова корекция по пропорционалния метод, като се прилага нулев процентен показател. Щом едно нарушение няма финансово отражение – реално или потенциално – върху бюджета на Съюза, то не покрива елемент на фактическия състав на нередността и следователно не е налице основание за определяне на каквато и да било финансова корекция, включително и такава с т.нар. нулев процентен показател, колкото и да е очевидно, че в стойностно отношение резултатът е равен на нула.

В този контекст следва да се посочи, че по отношение на най-често срещаните нарушения – тези на Закона за обществените поръчки, обикновено не може да бъде доказано точното финансово изражение върху бюджета, защото става въпрос за нарушения, които имат отражение върху потенциалните участници в обществените поръчки, т.е. нарушения на принципите на свободната конкуренция и на равнопоставеността, но равнопоставеността в смисъл на равен достъп до участие в обществената поръчка, не само в смисъла на равно третиране на самите участници.

²⁹ Решение *Ireland v. Commission*, C-199/03, EU:C:2005:548, точка 31; решение *Maatschap Schonewille-Prins*, C-45/05, EU:C:2007:296, точка 47; решение *Chambre L'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, точка 47; решение от 14 юли 2016, *Wroclaw*, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 44.

³⁰ Решение от 14 юли 2016 г., *Wroclaw*, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45.

Съдът на Европейския съюз изрично сочи, че принципите на равнопоставеност, недискриминация и прозрачност „задължават възлагащия орган да осигури на всички етапи на дадена процедура за възлагане на обществена поръчка спазването“ на „принципа на равно третиране на потенциалните оференти“³¹.

При повечето от нарушенията на Закона за обществените поръчки няма как да се определи, ако съответното нарушение не беше извършено, колко и какви участници би имало в съответната обществена поръчка и каква цена би била постигната, т.е. да се определи реалният размер на вредата, но самият факт на нарушението съдържа потенциалната възможност за отрицателно финансово изражение върху бюджета на Съюза, защото нарушава произтичащи от първичното право права на правните субекти и принципи на приложимост на правото на Съюза. Това значи с оглед на критерия на Съда на Европейския съюз, че не може да се изключи възможността за отражение върху бюджета на Съюза. А щом не може да се изключи възможността за отражение върху бюджета, то конкретното нарушение има потенциална възможност да нанесе вреда на бюджета на Съюза и следователно е нередност.

Съгласно съображение 12 и чл. 6 от Регламент № 1303/2013, съответно съображение 22 и чл. 9 (5) от Регламент № 1083/2006, операциите, получили подкрепа от европейските структурни и инвестиционни фондове, трябва да съответстват на приложимото право на Съюза и на свързаното с него национално право. Това значи, че предоставянето на безвъзмездна финансова помощ за проект, който не е в пълно съответствие с правото на Съюза и свързаното с него национално право, води до отчитане на неоправдан разход в бюджета на Съюза. А съгласно чл. 143 (1) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 98 (1) от Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяване на дължимите суми.

Поради това винаги когато управляващият орган установи нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, по отношение на което нарушение не може да се изключи възможността за въздействие върху бюджета на Съюза, е налице нередност и следва да бъде определена финансова корекция.

³¹ Решение на Европейската комисия срещу Кралство Нидерландия, С-368/10, EU:С:2012:84, точка 88; решение от 20 май 2010 г., Федерална република Германия срещу Европейската комисия, Т-258/06, EU:Т:2010:214.

V. Вредата като елемент на размера на финансовата корекция

Съгласно изричната разпоредба на чл. 4 от Регламент № 2988/1995 финансовата корекция е административна мярка, а не административна санкция. Този характер на финансовата корекция е следствие на нейната цел и на нейната същност.

Целта на финансовата корекция е да се възстанови положението преди причинената вреда. Целта не е да се възложи на бенефициера неблагоприятна последица, която да компенсира Съюза за виновно извършеното деяние, а да не се допусне финансирането от Съюза на дейности, осъществени при нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, което нарушение има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Именно поради тази цел на финансовата корекция тя се изразява във възстановяване на безвъзмездната помощ, получена при извършеното нарушение, или в отказ да се предостави безвъзмездна помощ при извършено нарушение, което има или би имало за последица вреда в бюджета на Съюза.

Този характер на финансовата корекция на административна мярка, а не на санкция изрично е посочен в практиката на Съда на Европейския съюз, който приема, че задължението за връщане на облага, недължимо получена чрез неправомерна практика, не е административна санкция, а просто последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата, които произтичат от правната уредба на Съюза, не са спазени, което прави облагата недължима³². По този начин, посочва Съдът, „задължението за връщане на недължимо получената облага чрез неправомерна практика не нарушава принципа на законност. Всъщност установяването на обстоятелството, че необходимите за получаване на облагата условия, произтичащи от правната уредба на Съюза, са били изкуствено създадени, прави при всички случаи получената облага недължима, поради което оправдава задължението за нейното връщане“³³.

Този характер на финансовата корекция в крайна сметка бе утвърден и в практиката на Върховния административен съд – решение № 2471/27.02.2017 г. на ВАС по адм. д. № 13298/2016 г.; решение № 3102/14.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8677/2016 г.; решение № 3102/17.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8677/2016 г.; решение

³² Решение от 18 декември 2014 г., *Somvaio*, C-599/13, EU:C:2014:2462, точка 35–37; решение от 26 май 2016 г., *Neamt*, C-260/14 и C-261/14, EU:C:2016:360, точки 50 и 51.

³³ Решение от 13 декември 2012 г., *FranceAgriMer*, C-670/11, EU:C:2012:807, точки 64 и 65, и цитираната там практика.

№ 4137/04.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 10417/2016 г.; решение № 5215/26.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12831/2016 г.; решение № 5219/26.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 13113/2016 г.; решение № 6028/15.05.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14581/2016 г.; решение № 7116/07.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 10738/2016 г.; решение № 10169/01.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 826/2017 г.; решение № 10207/02.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1682/2017 г.; решение № 14900/14.09.2017 г. на ВАС по адм. д. № 4804/2017 г.

В обратния смисъл са решение № 13577/13.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 9181/2016 г.; решение № 13626/13.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 7332/2016 г.; решение № 14020/20.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 8465/2016 г.; решение № 14388/29.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 9177/2016 г.; решение № 435/13.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12314/2016 г.; решение № 1128/27.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9183/2016 г.; решение № 1106/27.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 6398/2016 г.; решение № 8821/06.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8841/2016 г., неокончателно; решение № 10395/08.08.2017 г. на 5-членен с-в на ВАС по адм. д. № 3623/2017 г.

Характерът на финансовата корекция като административна мярка, която има за цел да възстанови неправомерно направен разход от бюджета на Съюза, предопределя и изключителното значение на вредата като фактор за определяне на размера на финансовата корекция.

Общото правило, визирано в чл. 4 (2) от Регламент № 2988/1995, е, че финансовата корекция се ограничава до отнемане на получената облага, т.е. до реално нанесената вреда да бюджета на Съюза. Но чл. 80 (4) от Регламент № 966/2012 изрично оправомощава Комисията, когато не може да определи финансовите корекции по отношение на държавите членки въз основа на установяването на сумите, които са изплатени недължимо, както и на финансовите последици за бюджета, т.е. когато не може да установи точния размер на вредата, да приложи корекции, основани на екстраполация³⁴, или корекции с фиксирани суми в съответствие със специфичните за отделните сектори правила. Съгласно параграф 5 на чл. 80 от Регламент № 966/2012 методологията за прилагане на корекции, основани на екстраполация, или корекции с фиксирани суми се установява в съответствие със специфичните за отделните сектори правила с оглед да се даде възможност на Комисията да защити финансовите интереси на Съюза.

Член 144 (2) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 99 (5) от Регламент № 1083/2006, оправомощава Комисията, когато не е възможно да се определи точно

³⁴ Екстраполация – обобщаващо заключение въз основа на частични данни, генерализация.

размерът на неправомерните разходи, финансирани за сметка на бюджета на Съюза, да прилага единна ставка или екстраполирана финансова корекция.

Съдът на Европейския съюз изрично утвърждава в практиката си правото на Комисията да приложи фиксирана корекция, когато не е възможно да се определи точно размерът на понесената от бюджета на Съюза вреда³⁵.

Освен възможността да наложи финансови корекции в размер, определен на основата на единна ставка, законодателят на Европейския съюз изисква конкретният размер да бъде определен при зачитане на принципа на пропорционалността, като се вземат предвид естеството и сериозността на нередността и степента на финансовите последици от недостатъците в системите за управление и контрол, открити в оперативната програма – чл. 144 (2) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 99 (4) от Регламент № 1083/2006.

Аналогични са и установените в регламентите задължения на държавите членки. Член 143 (2) от Регламент № 1303/2013 изрично установява, че държавите членки при определяне на финансови корекции вземат предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете и прилагат пропорционална корекция. Същото, но без изричното позоваване на пропорционалния принцип е посочено и в чл. 98 (2) от Регламент № 1083/2006, което обаче не води до извод за неприложимост на този принцип за програмния период 2007–2013 г., защото приложимостта му се извежда от чл. 5 (4) ДЕС.

В изпълнение на правомощието на Комисията да определя размера на финансовите корекции не само при конкретно установен размер на вредата на бюджета на Съюза, но и когато точният размер на вредата не може да бъде определен, са приети и Насоките за определяне на финансови корекции, като съгласно посоченото в самите тях определените размери на финансовите корекции „отчитат сериозността на нарушението, както и принципа на пропорционалността. Тези проценти на корекции се прилагат, когато не е възможно да се определи точно финансовото отражение за съответната поръчка“.

На основата на същите принципи са и приетите от националния законодател проценти на финансови корекции в Методологията (отм.), съответно в Наредбата за нередностите.

С оглед на това, когато управляващият орган установи нарушение на Закона за обществените поръчки, което попада в приложението на чл. 6, ал. 1 от Методоло-

³⁵ Решение от 18 септември 2003 г., *Обединеното кралство/Комисия*, С-346/00, ЕУ:С:2003:474, точка 53; решение от 24 април 2008 г., *Кралство Белгия/Комисия*, С-418/06, ЕУ:С:2008247, точка 136; решение от 15 октомври 2014 г., *Кралство Дания/Комисия*, С-417/12, ЕУ:С:2014:2288, точка 105.

гията (отм.), съответно в приложението на чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите, което нарушение би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, конкретният размер на която вреда не може да бъде точно установен, той ще следва да определи размер на финансовата корекция при условията на определените процентни показатели в Методологията (отм.), съответно в Наредбата за нередностите.

Но тъй като при прилагането на процентен показател за определяне на размера на финансовата корекция законодателят на Европейския съюз изрично възлага на управляващия орган да взема предвид характера и сериозността на нередностите, да отчита финансовата загуба за фондовете и да спазва принципа на пропорционалност – чл. 143 (2) от Регламент № 1303/2013 г., националният законодател в повечето от хипотезите на приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.) за определяне на финансови корекции, съответно от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите, е предоставил на органа възможност да определи конкретния процентен показател, след като отчете посочените обстоятелства.

Това изисква органът да мотивира избрания размер на корекцията, но съдебната практика показва, че това невинаги се прави от административния орган. Приемането на най-големия размер на определения процентен показател, без да са изложени мотиви за съответствието на този процент със сериозността и характера на нарушението, прави оспорения индивидуален административен акт за определяне на финансова корекция в частта за нейния размер немотивиран, защото органът не е доказал спазването на принципа на пропорционалността. Съдът не може вместо административния орган да преценява сериозността и характера на нарушението, а може единствено да извърши контрол за законосъобразност на преценката на органа. Поради това, че тази преценка е въпрос на оперативна самостоятелност на органа, съдът не може и когато установи незаконосъобразност на преценката, в т. ч. липса на мотиви, да се произнесе вместо него.

Но оперативната самостоятелност на органа е ограничена от установените в чл. 143 (2) от Регламент № 1303/2013, съответно в чл. 98 (2) от Регламент № 1083/2006, изисквания – относно характера и сериозността на нередността и финансовата загуба за фонда. Тези критерии изрично са посочени в практиката на Съда на Европейския съюз. Съдът приема, че при констатирана нередност държавата членка е длъжна да извърши финансова корекция, но при определяне на размера на корекцията държавата е длъжна да отчете „...три критерия, а именно, характера на констатираната нередност, нейната сериозност и финансовата загуба за съответния фонд“. Съдът уточнява, че е допустимо използването на „...първоначален подход на базата на таблица, зачитаща принципа на пропорционалност; както е подчертал генералният адвокат в точка 60 от своето заключение, все пак определянето на окончателния размер на ко-

рекцията, която следва да се приложи, трябва да отчита всички особености, характеризиращи констатираната нередност спрямо обстоятелствата, съобразени при изготвяне на таблицата, особености, които могат да обосноват прилагането на по-голяма или пък, напротив, на намалена корекция³⁶.

Неспазването на тези изисквания би довело до неправилно определяне на размера на вредата на бюджета на Съюза и с оглед на това до превръщането на финансовата корекция от административна мярка, която гарантира запазване на нарушения финансов интерес на бюджета на Съюза, във финансова санкция, която санкционира бенефициера за допуснатата нередност.

Всичко това сочи на установеното и в практиката на Върховния административен съд изискване за мотивиране на размера на финансовата корекция – решение № 14004/20.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 6986/2016 г., оставено в сила с решение № 10083/31.07.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 1931/2017 г.; решение № 1081/26.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9276/2016 г., оставено в сила с решение № 8478/03.07.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3977/2017 г.; решение № 1128/27.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9183/2016 г.; решение № 3014/13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г., оставено в сила в тази част с решение № 12372/17.10.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 6138/2017 г.; решение № 4137/04.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 10417/2016 г.; решение № 5338/27.04.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12832/2016 г., неокончателно; решение № 9251/27.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 6588/2016 г.; решение № 6321/19.05.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8886/2016 г., оставено в сила с решение № 15275/12.12.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 8550/2017 г.; решение № 8879/06.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1779/2017 г.; решение № 10571/17.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14577/2016 г., неокончателно; решение № 10680/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14467/2016 г., неокончателно.

За да бъде правилно определен размерът на финансовата корекция, е необходимо не само законосъобразно да бъде определен процентният показател в хипотезата, когато не може да се установи реалният размер на вредата, но трябва законосъобразно да е определена и основата, върху която се изчислява този процентен показател.

Съгласно дефиницията на нередност – чл. 1 (2) от Регламент № 2988/1995, чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 2 (7) от Регламент № 1083/2006, нарушението на правото на Съюза и на свързаното с него национално право следва да има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Съгласно чл. 4 (1) и (2) от Регламент № 2988/1995 целта на финансовата корекция е

³⁶ Решение от 14 юли 2016 г., *Wrocław*, C-406/14, EU:C:2016:562, точки 47 и 49.

да установи невъзможност за получаване на облага или за нейното отнемане, като под „облага“ регламентът има предвид финансов ресурс на Съюза – чл. 1, а съгласно чл. 143 (2) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 98 (2) от Регламент № 1083/2006, финансовата корекция се изразява в отмяна на всички или на част от публичния принос за дадена операция.

Нито Регламент № 1303/2013, нито Регламент № 1083/2006 дава легална дефиниция на понятието „публичен принос“. Съгласно чл. 2 (15) от Регламент № 1303/2013 публичен разход е „всеки публичен принос за финансирането на операции, източникът на които произхожда от бюджета на национален, регионален или местен публичен орган, от свързания с европейските структурни и инвестиционни фондове бюджет на Съюза, от бюджета на публичноправни организации или от бюджета на сдружения на публични органи или публичноправни организации, и за целите на определянето на ставката на съфинансиране за програмите или приоритетите по ЕСФ [Европейския социален фонд] може да включва финансови средства, набрани съвместно от работодатели и работници“. Разпоредбата на чл. 2 (5) от Регламент № 1083/2006 дефинира публичния разход като „всяко публично участие във финансирането на операциите, чийто източник е бюджетът на държавата, на регионалните или местни власти, общият бюджет на Европейските общности, отнасящ се до структурните фондове, и всеки подобен разход“.

При тази нормативна регламентация на нередността и на финансовата корекция в правото на Съюза, ако се приеме, че публичен разход е всеки разход на публичноправен субект – Европейския съюз, държавата, публичноправен субект, който се явява бенефициер на безвъзмездната помощ, което с оглед на дефиницията на „икономически оператор“ – чл. 2 (37) от Регламент № 1303/2013, е напълно възможно, защото само държавата в качеството си на публичен орган не би могла да бъде икономически оператор, би следвало да се приеме, че и личното участие на бенефициер – публичноправен субект, във финансирането на проекта, получил финансиране от европейските фондове, е публичен разход, съответно публичен принос.

Например бюджетът на общините, които са публичноправни субекти съгласно чл. 47 от Закона за публичните финанси (ЗПФ), е публичен. Ако се приеме буквално дефиницията на чл. 2 (15) от Регламент № 1303/2013, това би значило, че и приносът на общините е публичен принос. Аналогично е и положението на бенефициери – публичноправни субекти, като изпълнителните агенции. Изпълнителните агенции съгласно чл. 38, ал. 1, т. 5 от Закона за администрацията (ЗА) са централна администрация на изпълнителната власт, която съгласно чл. 54, ал. 2 ЗА се създава със закон или с акт на Министерския съвет и е към съответния министър, поради което и с оглед на чл. 11, ал. 5 ЗПФ бюджетът ѝ е част от бюджета на първостепенния разпоредител с бюджет, т.е. на министъра.

Но това по никакъв начин не съответства на приетите въз основа на чл. 120 от Регламент № 1303/2013 ставки на съфинансиране на проектите по отделните програми. Наред с това, ако се приеме, че дефиницията на публичен разход е автоматично относима към използваното в чл. 143 (2) от Регламент № 1303/2013 понятие „публичен принос“, ще следва, че нормативно се установява различен подход към различните бенефициери в рамките на една и съща програма, основан на качеството на бенефициера на публичноправен или на частен правен субект – нещо, което нито дефиницията на чл. 2 (37) от Регламент № 1303/2013 на „икономически оператор“, нито принципът на равно третиране позволява. Това разбиране би довело и до определяне на финансова корекция върху собствения принос на бенефициера – публичноправен субект, което автоматично променя характера на финансовата корекция в тази част и я превръща от административна мярка в административна санкция. Нещо, което чл. 4 и 5 от Регламент № 2988/1995 не допускат.

Собственият принос на бенефициера – частен правен субект, не би могло при никакви обстоятелства да се разглежда като публичен принос, поради което върху размера на неговия собствен принос не може да се определя финансова корекция – това би превърнало финансовата корекция в санкция, което е нарушение на чл. 4 от Регламент № 2988/1995.

Както сочи дефиницията на финансова корекция – чл. 4 (1) и (3) от Регламент № 2988/1995, нейната цел е да се отнеме незаконно придобитата облага или да се създаде невъзможност за получаване на облагата. Облагата по смисъла на чл. 1 (1) от Регламент № 2988/1995 е безвъзмездната финансова помощ от средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове, защото финансовата корекция е мярка за защита на финансовите интереси на Съюза.

Установяването на нередността и на тази основа определянето на финансова корекция, позволяваща отнемането или непредоставянето на облагата – средствата от Европейския съюз, безспорно прави съответния разход по договора за безвъзмездна финансова помощ, финансиран с европейските средства, недопустим, тъй като е направен в нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право³⁷.

Но недопустим на същото основание – нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, е и съответният разход по договора, финансиран със собствен на бенефициера финансов ресурс, защото тогава, когато една операция е засегната от нередност, не само разходът, финансиран от европейските фондове, но и разходът, финансиран от собствени средства на бенефициера, е в нарушение на приложимото законодателство. А изискването за законосъобразност се отнася до

³⁷ Вж. *per argumentum a contrario* чл. 57, ал. 1, т. 4 ЗУСЕСИФ.

всички разходи, декларирани от бенефициерите – чл. 125 (4) (а) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 60 (б) от Регламент № 1083/2006. Поради това размерът на разхода, несъответен на приложимото право, ще бъде отчетен като недопустим разход по отношение на разходите, финансирани от всеки един източник – европейски фондове, съфинансирани от националния бюджет³⁸, собствено финансиране.

Но недопустимият разход с източник собствените средства не значи финансова корекция, защото целта на финансовата корекция, както сочи чл. 4 (1) от Регламент № 2988/1995, е да установи невъзможност за получаване на облагата или да разпорежда нейното отнемане. По отношение на собствения принос на бенефициера нито едно от тези нормативно установени действия на финансовата корекция не могат да намерят приложение. Разходът, извършен със собствени средства, при установена нередност нито може да бъде разпоредено да не бъде получен, нито може да бъде разпоредено да бъде отчетен. Този разход обаче е направен в нарушение на приложимото законодателство – правото на Съюза и свързаното с него национално право, което го прави недопустим, следователно не може да бъде верифициран и съответно признат за принос на бенефициера за осъществяване на проекта. Поради това и в съответствие със задължението на държавата да провери „дали разходите, декларирани от бенефициерите, са били заплатени и дали съответстват на приложимото законодателство“ – чл. 125 (4) (а) от Регламент № 1303/2013, съответно чл. 60 (б) от Регламент № 1083/2006, когато органът установи нередност и определи размер на финансовата корекция, съответният на нейния размер разход от собствените приходи на бенефициера ще бъде недопустим и поради това непризнат.

Следователно законодателят на Съюза с оглед на различните цели, които си поставя, е регламентирал различен правен инструментариум. За да гарантира, че операциите, получили подкрепа от европейските структурни и инвестиционни фондове, съответстват на приложимото право на Съюза и на националното право, свързано с прилагането му – чл. 6 от Регламент № 1303/2013, той изисква всеки разход да бъде съответен на приложимото право. Тогава, когато разходът не е в съответствие с приложимото право, той е недопустим и следователно не се признава. Когато обаче законодателят на Съюза иска да защити финансовите интереси на Съюза, като пре-

³⁸ Към датата на предаване на статията е в сила изменението на чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ – обн., ДВ, бр. 85 от 24.10.2017 г., съгласно който за средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове се счита и предвиденото в програмите национално съфинансирание. Тази разпоредба направи еднакво правното третиране на средствата от европейските фондове и от националното съфинансирание по смисъла на § 1, т. 8 ЗУСЕСИФ, т.е. от централния бюджет, поради което изложеното за европейските структурни и инвестиционни фондове е относимо и за националното съфинансирание.

дотвори нанасянето на вреда на бюджета на Съюза или възстанови нанесената вреда, той не се задоволява само с определянето на един разход като недопустим, а чрез финансовата корекция гарантира невъзможността за получаване на средствата от европейските фондове или възможността за тяхното отнемане.

Поради горното Върховният административен съд трайно приема в своята практика, че финансовата корекция не може да бъде определена на базата на „всички разходи по договора“ или на базата на „всички допустими разходи по договора“, а само на базата на тези допустими разходи, които са финансирани от средства на европейските структурни и инвестиционни фондове, което с оглед на изменението на чл. 1, ал. 2 ЗУСУСИФ значи и финансирани от централния бюджет. Това не означава, че съответният размер на разхода, финансиран от собствен принос, който е засегнат от нередността, не е недопустим разход. Различни обаче са правните основания и правните последици на двата правни инструмента – недопустим разход и финансова корекция.

Видно от изложеното, вредата има свое специфично значение като елемент на фактическия състав на нередността и като фактор за определяне на размера на финансовата корекция. Разграничаването на релевантните за доказване факти и обстоятелства във всяка от хипотезите е предпоставка за законосъобразност на актовете, свързани с усвояването на средствата от европейските фондове.

VI. Процесуални права на бенефициерите

Според установената практика на Съда на Европейския съюз, „когато държавите членки действат в приложното поле на правото на Съюза, те са задължени да зачитат основните права, определени в правния ред на Съюза, както и основните принципи на правото на Съюза“³⁹.

В практиката си по проверка на законосъобразността на административните актове по определяне на финансови корекции Върховният административен съд е имал възможност да се произнесе по правото на бенефициера да бъде изслушан, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него – чл. 41 (2) (б) от Хартата⁴⁰, и по задължението на органа да мотивира своето решение – чл. 41 (2) (в) от Хартата. Тези разпоредби с оглед на чл. 6 (1)

³⁹ Решение от 26 февруари 2013 г., *Akerlberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, точки 18 и 19; решение от 10 юли 2014 г., *Victor Hernandez*, C-198/13, EU:C:2014:2055, точка 33; решение от 9 март 2017 г., *Милкова*, C-406/15, EU: C: 2017: 198, точка 51.

⁴⁰ Хартата на основните права на Европейския съюз, ОВ С 202, 7 юни 2016 г. (Хартата).

ДЕС имат юридическата сила на първично право. Те изразяват общ принцип в правото на Европейския съюз, спазването на който Съдът на Европейския съюз в практиката си неотклонно изисква, защото е елемент на правото на защита⁴¹.

Съдът на Европейския съюз е наложил правото на правните субекти да бъдат изслушани, преди спрямо тях да се издаде акт, налагащ им неблагоприятна мярка, като общо правило в правото на Съюза, независимо от обстоятелството дали това право изрично е уредено в съответния акт на правото на Съюза, регламентиращ процесните правоотношения. Съдът приема, че „това задължение тежи върху административните органи на държавите членки, когато те вземат решения, попадащи в приложното поле на общностното право, дори когато приложимото общностно законодателство не предвижда изрично подобно изискване“⁴².

Регламент № 1303/2013, съответно Регламент № 1083/2006, не съдържа изрична разпоредба, която да задължава националния компетентен орган, преди да издаде акта, с който да определи финансова корекция, да даде възможност на бенефициера да вземе становище по доказателствата, но с оглед на разпоредбата на чл. 2 (4) от Регламент № 2988/1995 това не е и необходимо, защото процедурните правила се уреждат от правото на държавите членки. Член 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ изрично регламентира правото на бенефициера да бъде изслушан, преди органът да издаде акта си за определяне на финансова корекция. Нарушението на административното правило на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ е съществено, защото е на правна норма, която е гаранция, от една страна, за правата на адресата на акта, а от друга – за постановяването на акта, след като се изяснят фактите и обстоятелствата, от значение за случая, и се обсъдят обясненията и възраженията на адресата, т.е. за спазване на изискванията на чл. 35 АПК.

Това право е относимо за всяко от релевираните с акта на органа нарушения и за определените за съответната нередност финансови корекции. Така, когато органът е дал възможност на бенефициера да вземе становище само по част от нарушенията, установени с акта му по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, за които приема наличие на нередност и определя финансова корекция⁴³, налице е нарушение на правото на бенефициера по чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ, което е проявление на правото му по чл. 41 (2) (б) от

⁴¹ Решение от 18 декември 2008 г., *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 37; решение от 1 октомври 2009 г., *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83.

⁴² Решение от 18 декември 2008 г., *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 38; решение от 1 октомври 2009 г., *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83.

⁴³ Независимо от приложимостта чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ (преди изменението на закона на чл. 10, ал. 3 от Методологията (отм.).

Хартата – решение № 3014/13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г.; решение № 10676/28.08.2017 г. по адм. д. № 12131/2016 г., оставено в сила в тази част с решение № 12372/17.10.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 6138/2017 г.; решение № 10676/28.08.2017 г. на ВАС по адм. дело № 12131/2016 г., неокончателно.

Що се отнася до задължението на административния орган да мотивира акта си, то също не е изрично визирано в Регламент № 1303/2013, съответно в Регламент № 1083/2006, но националната разпоредба на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ изрично го сочи. Съгласно националната норма административният орган е длъжен да мотивира акта си по основание и по размер, а с оглед на приложимостта към акта и на разпоредбите на АПК е длъжен да изложи фактически и правни основания за издаването му съобразно чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК по всяка от нередностите и по всяка определена за съответната нередност финансова корекция в контекста на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Практиката на Върховния административен съд по спазване на разпоредбата на чл. 41 (2) (в) от Хартата, съответно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, е немалка, особено в частта досежно обосноваването на размера на финансовата корекция в хипотезата на приложимост на пропорционална финансова корекция по смисъла на приложението на чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.) – решение № 1215/31.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9850/2016 г., оставено в сила с решение № 11934/10.10.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3990/2017 г.; решение № 1287/01.02.2017 г. на ВАС по адм. д. № 11174/2016 г., оставено в сила с решение № 11734/05.10.2017 г. на 5-членен състав на ВАС по адм. д. № 3650/2017 г.; решение № 10688/28.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 3078/2017 г.; решение № 10905/14.09.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14327/2016 г., неокончателно.

VII. Заключение

Прегледът на съдебната практика на Върховния административен съд във връзка с правоотношенията, породени от дейността на административните органи по усвояване на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, сочи, че регламентиращата ги нормативна уредба е изключително комплицирана, защото, първо, става въпрос за публичен финансов ресурс, което предполага прецизност и рестриктивност на нормативната регулация, второ, става въпрос за регламентация на ниво право на Съюза и на ниво национално право, което изисква съответност на правното регулиране на национално ниво с правото на Съюза и ефективност и еквивалентност на регулацията в рамките на принципа на автономията, и трето, средствата от европейските фондове достигат до почти всички сфери на обществения живот, което изисква задълбочено познаване на огромен дял от публичното право, регламентиран от норми на правото на Съюза и от норми на националното право.

Тези обстоятелства обективно предпоставят определени трудности – поне в началото – при осъществяването на съдебния контрол. Може само да съжаляваме, че националният законодател едва в края на 2015 година регламентира съдебния контрол на актовете на националните органи във връзка с верификацията на разходите и определянето на финансови корекции по реда на Административнопроцесуалния кодекс, защото именно административното правосъдие е гарантът за законосъобразността на дейността на държавата и на нейните органи, което значи на правовата държава. А само законосъобразните административни актове могат да гарантират постигане на целите на Европейския съюз, заради които се предоставя безвъзмездната финансова помощ – да насърчава икономическото, социалното и териториалното сближаване, както и солидарността между държавите⁴⁴, при спазване на правата на правните субекти.

⁴⁴ Член 3 (3) ДЕС.