

РЕШЕНИЕ

№ 2935

гр. София, 15.06.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав, в публично заседание на 08.11.2010 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Ася Атанасова и при участието на прокурора КОПЧЕВА, като разгледа дело номер **3281** по описа за **2010** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 156 – 161 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК)

Образувано е по жалба вх. № 8677/29.04.2010г. от “А. Т.” Е., ЕИК*, Г.С., жк Л представлявано от управителя Н М К срещу Акт за прихващане или възстановяване (АПВ) № 901975/29.01.2010г., издаден от М И Станойков – инспектор по приходите П. Териториална Д. (ТД) на Н. – С., Офис Л, потвърден с решение № 428/29.03.2010г. на Д. на Д. “Обжалване и управление и изпълнението” (ДОУИ) – С. П. Централно управление (ЦУ) на Националната агенция за приходите (Н.), връчено на 08.04.2010г.

Жалбоподателят чрез адвокат Ж излага доводи за незаконосъобразност на направения отказ за възстановяване на недължимо събрани суми от органа по приходите, основавайки се на обстоятелството че е отпаднало основанието за внасянето им – отменени са съответните РА и същевременно няма други публични задължения и няма изпълнителни дела. Задълженията по отменените актове бил погасил изцяло. Органът по приходите напълно необосновано и в нарушение на закона е приел, че след като има започнали ревизионни производства на дружеството, не са налице основания за възстановяване на недължимо събрания данък и лихви. Позовава се на задължението на органа по приходите П. отмяна на акт, в едномесечен срок от представяне на влязъл в сила съдебен или административен акт да върне недължимо платените суми по отменените РА, като задължение определя като безусловно. След като в проверката по прихващане или възстановяване е установено, че дружеството има недължимо събрани суми и няма задължения за прихващане, тези суми е следвало да му се възстановят.

Като е отказал връщане на сумите на основания, непредвидени в закона, органът по приходите е постановил един незаконосъобразен акт. В заключение иска съда да отмени АПВ, потвърден с решението на Д. на ДОУИ – С. и да укаже възстановяване на надвнесените суми. В жалбата претендира направените по водене на делото разноси. Ответникът - Директорът на Д. „О.“ – Г. С. П. ЦУ на Н., чрез процесуалния си представител юрисконсулт Згурева – С, иска съдът да постанови решение, с което да отхвърли жалбата като неоснователна и да остави в сила обжалвания акт по съображения в потвърждаващото го решение П. административното му обжалване. Представителят на С. излага становище за неоснователност и недоказаност на жалбата, поради което предлага съдът да потвърди атакувания акт като правилен и законосъобразен.

Съдът, след като прецени събраните по делото доказателства и обсъди доводите и възраженията на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят „А. Т.“ Е. е подал искане за прихващане и възстановяване до ТД на Н. С. град вх. № 2219/203/29.12.2009г. на основание чл.129, ал.1 от ДОПК да бъде извършено прихващане/възстановяване на недължимо платени и събрани суми за данъци в размер общо на 85 650, 86 лв., от които 1) прихванати суми по АПВ № 901720/10.11.2009г. в размер на 57 816, 17 лв. и 2) прихванати суми по АПВ № 901752/04.12.2009г. в размер на 27 834, 5 лв. Към искането са приложени Решение № 1866/28.12.2009г. на и.д. директор на Д. „О.“ – С. и двата АПВ. С Решение № 1866/28.12.2009г. на осн. Чл.155, ал.4 се отменя РА № */22.07.2009г., издаден от П Н Г, гл.инспектор по приходите П. ТД на Н.-С. като незаконосъобразен и административната преписка е върната на органа, издал заповедта за възлагане на ревизията с указание в 14 дневен срок от връчване на решението да бъде издадена нова заповед за извършване на ревизия за периода 01.10.-31.10.2007г. от друг ревизиращ екип в срока по чл.114, ал.1-3 от ДОПК и провеждане на ревизионно производство, съобразно указанията, изложени в мотивите на решението. А с приложените АПВ, издадени от орган по приходите в ТД на Н.-С., Офис Л е извършено прихващане на изискуеми вземания на „А. Т.“ Е. със суми на същото лице за възстановяване както следва: 1) С АПВ № 901720/10.11.2009г. е извършено прихващане на изискуеми вземания на дружеството по РА № */22.07.2009г. за ДДС за период м.10.2007г. в размер на 50 664, 90 лв. и лихви ДДС за период 15.11.2007г. до 10.11.2009г. в размер на 14 361, 82 лв. със суми за възстановяване на лицето за период м.8.2007г. в размер на 53 060,87 и лихви ДДС 09.09.2008г. -10.11.2009г. в размер на 4755.30 лв. Или общо прихваната сума за погасяване на задължения по РА № */22.07.2009г. с този АПВ е 50 664, 90 лв. Този АПВ е обжалван по административен и съдебен ред, в частта относно определяне на лихвите върху ДДС за възстановяване за м.8.2007г., като в крайна сметка е отменен в тази част с решение № 6055/02.05.2011г. на ВАС-Първо отделение, по адм.дело № 13814/2010г. В останалата му част, относима по настоящото дело - относно прихващането със задължения по РА № */22.07.2009г. не е обжалван и е влязъл в сила. и 2) С АПВ № 901752/04.12.2009г. е извършено прихващане на изискуеми вземания на дружеството, като е посочено, че са по РА № */22.07.2009г. и същевременно е отбелязано, че са за ДДС за период м.11.2007г. в размер на 21 733, 92 лв. със суми за възстановяване на лицето за период м.9.2007г. в размер на 39 112, 52 лв., с остатъка след това прихващане в размер на 17 378, 60 лв. е прихванат със задължения по ЗКПО 2007г. в размер на 14 665, 95 лв. (изцяло покрити) и лихви ЗКПО 3 164,40 лв. (покрити 2 712, 65 лв.), както и са прихванати задължения за лихви ЗКПО в размер на 451, 75 лв.

от суми за възстановяване лихви ДДС за периода 08.09.2008г.-04.12.2009г. в размер на 6 552, 34 лв., остатък за възстановяване 6100, 59 лв., от който остатък пък са прихванати задължения по РА № */22.07.2009г. лихви ДДС за периода 15.11.2007г. до 04.12.2009г. в размер на 7210, 51 лв. Съдът намира, че в АПВ № 901752/04.12.2009г. е допусната техническа грешка П. изписване на № на РА, с който са определени задълженията с които се прихващат сумите за възстановяване – посочено е в Таблица 1, ред 1, колона № 2 и № 5, че прихващаната сума в размер на 21 733, 92 лв. е ДДС за данъчен период м.11.2009г., в мотивите на АПВ е посочено, че прихващане на главницата по този РА е извършено с предходния АПВ № 901720/10.11.2009г., освен това с така посочения РА № */22.07.2009г. са определени задължения по ЗДДС за м.10 на 2007г., а не м.11.2007г., които задължения, както и за др.периоди и видове данъци, са определени с РА № */22.07.2009г., както е посочено в мотивите на акта, също и видно от решение № 1843/03.12.2009г. Или общо прихваната сума за погасяване на задължения по, а по РА за м.11.2007г. (№*/22.07.2009г.) е 21 733, 92 лв. Общо сумата, прихваната за погасяване на задължения по РА по двата АПВ е 86 760, 64 лв. Жалбоподателят в искането претендира 85 650, 68 лв.

На основание резолюция за извършване на проверка № 901975/30.12.2009г. на В О А, гл.инсп. по приходите, р-л екип ТД на Н. С. град, офис Л (назначен със заповед № 1372/18.05.2009г. на изп.директор на Н.) определеният орган по приходите от офис Л – ст.инспектор по приходите М И С е извършил проверка по искането.

Издаден е обжалваният АПВ № 901975/29.01.2010г. в рамките на едномесечния срок по чл.129, ал.7 от ДОПК, определен и в резолюцията за извършване на проверка като краен срок. Органът по приходите на база документална проверка на представените към искането доказателства, е констатирал фактологията по установяване и обжалване на задълженията, с които е извършвано прихващане, извършените прихващания, постановените решения П. административното обжалване на РА и съответните АПВ. Констатирано е, че след извършена проверка от сектор „Събиране” се установява, че дружеството няма изпълнителни дела. Органът по приходите е мотивирал отказ за възстановяване на ДДС и лихви по ИПВ вх.№ 2219/203/29.12.2009г. с довода, че няма основание за възстановяване на претендираните суми до получаване на резултатите от възложените нови ревизии за периоди м.10.2007г. и м.11.2007г. и приключване на започналите процедури по обжалването на АПВ № 901720/10.11.2009г. и АПВ № 901752/04.12.2009г.

Така постановеният отказ с АПВ № 901975/29.01.2010г., връчен на 29.01.2010г., е обжалван по административен ред, в срока по чл. 129, ал.3 от ДОПК. Жалбата е подадена на 11.02.2010г. до решаващия орган чрез ТД на Н. – С. град (по реда на чл. 152, ал. 3 вр. с чл.129, ал.7 от ДОПК), където е регистрирана с вх. № 53-06-163/11.02.2010г. В срока по чл. 155, ал. 1 от ДОПК Директорът на Д. „О.” –С. се е произнесъл с изрично мотивирано решение № 428/29.03.2010г., с което данъчният акт е потвърден. Съображенията на решаващия орган са, че към момента на извършване на прихващанията с двата приложени АПВ – на 10.11.2009г. (АПВ № 901720) и на 04.12.2009г. (АПВ 901752) съответните РА № все още не са отменени с решение № 1843/23.12.2009г. и решение № 1866/28.12.2009г. на Д. на Д. „О.” – С.. Добавя и че към момента на постановяване на решението П. административното обжалване съобразно указанията в посочените по-горе решения са в процес на извършване на втора ревизия, поради което до приключване на тези ревизионни производства, претенцията на жалбоподателя за възстановяване на данък добавена стойност в размер на 85 650, 68 лв.

за съответните данъчни периоди е неоснователна. Според решаващия орган, впоследствие, ако с приключване на новите ревизионни производства се установи недължимост на изпълнените данъчни задължения с АПВ № 901720/10.11.2009г. и АПВ № 901752/04.12.2009г., правните последици са предвидени в чл.129, ал.6 от ДОПК, съответно изискуемите суми следва да се възстановят по реда на ал.1 от разпоредбата.

След връчване на решението П. административното обжалване, на 08.04.2010г. е подадена настоящата жалба на 20.04.2010г.

По делото е представено удостоверение за наличие или липса на задължения № *97709/15.09.2010г., издадено на основание чл.87, ал.6 от ДОПК, че „А. Т.” Е. няма задължения по данни, актуални към 17.09.2010г.

От представеното по делото писмо вх.№ 23-22-1813 от 14.10.2010г. на Д. на ТД на Н. – С. се установява, че по възложените с решения № 1843/23.12.2009г. и № 1866/28.12.2009г. на Д. на Д. „О.” – С. нови ревизии след отмяна на съответните РА е налице следното развитие: Ревизионното производство, възложено въз основа на решение № 1843/23.12.2009г. е приключило с РА № */21.06.2010г. (приложено копие), а ревизионното производство на „А. Т.” Е., образувано въз основа на решение № 1866/28.12.2009г. е спряно с заповед № 1000369/24.06.2010г. на основание чл.34, ал.1, т.2 от ДОПК-процедура за обмен на информация с компетентните органи на данъчната администрация на В (приложено копие).

Жалбоподателят представя Решение № 1274/27.08.2010г. на Д. на Д. „О.” –С., с което е отменен РА № */21.06.2010г., издаден след повторната ревизия по решение № 1843/23.12.2009г. на Д. на Д. „О.” –С., в частта на допълнително начислен ДДС в размер на 4 889, 58 лв. за данъчен период м.11.2007г., както и в частта на допълнително начислен ДДС в размер на 22 687, 64 лв.

П. служебна справка в деловодната система на АССГ се установява, че РА № */21.06.2010г., издаден след ревизията по решение № 1843/23.12.2009г. на Д. на Д. „О.” –С. е обжалван по съдебен ред, образувано е адм.дело № 1399/2011г., което към момента не е приключило.

П. така установеното от фактическа страна, съдът обосновава следните правни изводи:

Жалбата изхожда от надлежна страна – адресатът на обжалвания данъчен акт, имащ право и интерес от оспорването на отказаното му с този акт връщане/прихващане на претендирана по искането му сума. Подадена е в срока по чл. 156, ал. 1 от ДОПК: решението на Д. на Д. „О.”-С. е връчено на жалбоподателя на 08.04.2010г., а жалбата до АССГ е подадена по пощата чрез решаващия орган на 20.04.2010г. Оспорва се данъчен акт, който е обжалван по административен ред, потвърден и съответно в тази част обжалван пред съда. Като **процесуално допустима жалбата** следва да бъде разгледана относно нейната основателност.

Съгласно чл. 160, ал. 2 вр. с чл. 129, ал.7 от ДОПК съдът преценява законосъобразността и обосноваността на данъчния акт, като преценява дали е издаден от компетентен орган и в съответната форма, спазени ли са процесуалните и материалноправните разпоредби по издаването му.

П. преценката по същество на жалбата и дължимата служебна проверка за законосъобразност на данъчния акт, съдът намери, че **жалбата е основателна, актът незаконосъобразен**, като съображенията са следните:

Оспорваният в настоящото производство АПВ № 901975/29.01.2010г. е издаден от М

И С т.инспектор по приходите и Г Г Х –гл. инспектор по приходите П. ТД на Н. – С., Офис Л, които са определените органи по приходите, които да извършат проверка по искането на жалбоподателя, съгласно резолюция за извършване на проверка № № 901975/30.12.2009г. Съгласно чл.110, ал.4 от ДОПК проверката се извършва от органите по приходите, без да е необходимо изрично писмено възлагане. Предвид изложеното съдът намира, че обжалваният акт е издаден от компетентни органи по смисъла на чл. 110, ал. 4 от ДОПК вр. с чл. 129, ал. 2, т.2 и ал.3 от ДОПК и с чл. 7, ал. 1 т. 4 от Закона за Националната агенция за приходите (ЗНАП) и в кръга на определените в чл. 129, ал.3 от ДОПК правомощия.

АПВ е издаден в писмена форма и съдържа съществените реквизити на административния акт по чл.59, ал.2 от АПК вр. с § 2 от ДР на ДОПК.

П. издаването на АПВ не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила по издаването му, които да повлияят на неговата законосъобразност. Извършена е проверка по повод подадено искане, от компетентни органи и е издаден от тях АПВ в предвиденият в чл. 129, ал. 3 от ДОПК срок. Съгласно посочената разпоредба актът за прихващане или възстановяване се издава в 30-дневен срок от постъпване на искането в случаите, когато в същия срок не е възложена ревизия. Искането е подадено на 29.12.2009г., актът е издаден на 29.01.2010г.

Относно материалната законосъобразност на отказа с обжалвания АПВ да се извърши исканото възстановяване/прихващане: П. тази преценка съдът изхожда от предпоставките за възстановяване/ прихващане по чл.128, ал.1, вр. с чл.129 ДОПК. Посочените разпоредби предвиждат, че подлежат на прихващане недължимо платени или събрани суми за данъци, задължителни осигурителни вноски, наложени от органите по приходите глоби и имуществени санкции, както и суми, подлежащи на възстановяване съгласно данъчното или осигурителното законодателство от Н.. Такива суми се прихващат от органите по приходите по тяхна инициатива или писмено искане на лицето, след извършване на проверка или ревизия – с АПВ или РА, за погасяване на изискуеми публични вземания, събирани от Н.. Остатъкът след извършване на прихващане се връща на лицето.

Жалбоподателят претендира възстановяване на недължимо събрания данък и лихви. В случая обаче П. анализ на фактите се установява, че не е налице недължимо платен/събран данък и лихва (такива не са ефективно внесени/събрани от жалбоподателя, а са погасени чрез способа на прихващането, с негови вземания), а поради отпадане на основанието на извършеното прихващане – отмяна на насрещното вземане на държавата, установено с отменените РА отпада и ефекта на погасяването му с вземанията на жалбоподателя – декларирания ДДС за възстановяване за съответните периоди (м.8 и м.9.2007г.), като е прието, че дружеството има това право П. проверките по АПВ № 901720/10.11.2009г.и № 901752/04.12.2009г., а също и основаващото ги Решение № 1374/06.10.2009г. на Д. на Д. "О." - С. относно ревизия за периодите м.8 и м.9.2007г. и указание за издаване на АПВ. По този начин и към момента на подаване на искането 29.12.2009г. и издаването на спорния АПВ - 29.01.2010г. се установява основната предпоставка за извършване на прихващане/възстановяване – налице са суми, подлежащи на възстановяване съгласно данъчното законодателство от Н.. С приложения АПВ № 901720/10.11.2009г. с подлежащи на възстановяване на жалбоподателя суми – ДДС за възстановяване, е извършено погасяване на публични вземания, установени с РА № */22.07.2009г., който РА е отменен изцяло с решение №1866/28.12.2009г. С другия приложен към искането АПВ № 901752/04.12.2009г. е

извършено погасяване на публични вземания в размер на 50 664, 90 лв., установени с РА № */22.07.2009г., отменен изцяло с решение № 1866/28.12.2009г. Съгласно чл. 168, т.2 от ДОПК прихващането е способ за погасяване на публично вземане. С отмяна на публичното вземане прихванато с изискуемото вземане на данъчния субект, отпада последицата с публичното вземане това задължение на държавата към данъчния субект да е погасено и вземането на последния продължава да е изискуемо. Безспорен е фактът, че П. административното обжалване с посочените решения на решаващия орган, издадени в хипотеза на чл.155, ал4 от ДОПК, РА, с които са установени погасените чрез прихващане публични задължения по ЗДДС, са отменени. По този начин се явяват отменени установените с РА публични задължения и изпълнението им чрез способа на прихващане по отменения РА се явява на отпаднало основание. А това възстановява изискуемостта на прихванатите вземания на данъчния субект. Съдът не споделя аргумента на органа по приходите в АПВ и на решаващия орган в решението му, че до приключване на новите ревизии претенцията на жалбоподателя за възстановяване на ДДС е неоснователна. Този довод е несъстоятелен, новите ревизии не поддържат никаква висящност на отменените установявания на данъчни задължения, различни от декларираните от лицето, такива установявания до издаване на нови РА няма в правния мир. А насрещните на отменените вземания суми -сумите ДДС за възстановяване за периода м.8 и 9.2010г. са определени след приключила с влезли в сила административни актове -Решение № 1374/06.10.2009г. на Д. на Д. "О." - С. и РА № */07.01.2010г., посочени са и в АПВ № 901720/10.11.2009г.и № 901752/04.12.2009г. И двата АПВ не са обжалвани в частта на прихващането (недоказан се оказва този довод на органите по приходите в процесния АПВ), а само за лихвите, което не е предмет на искането на жалбоподателя. С отмяната на РА обаче отпада направеното с тях установяване на задълженията в този им размер и задълженията на лицето са такива каквито ги е декларирало. РА, които са издадени/ще се издадат П. новите, повторни ревизии представляват нови установявания на данъчните задължения за ревизираните периоди и те могат да обосноват прихващане едва след като бъдат издадени, и така станат ликвидни и изискуеми.

Незаконосъобразно органите по приходите, сезирани с искане по чл.128-129 от ДОПК не са отчели, че към момента на подаването му е отпаднало основанието на прихващанията с приложените АПВ поради отмяна на едното от насрещните вземания по тях. Така прихванати суми за възстановяване на жалбоподателя, отново са изискуеми и проверяващият орган е следвало да процедира с тях отново по реда на чл.128-129 от ДОПК като, ако след като ги прихване за погасяване на изискуеми вземания, събирани от Н. (ако такива изобщо са налице, като се отчита дали междувременно не са отменени) има остатък, го възстанови на жалбоподателя.

Ето защо като е отказал прихващане/възстановяване на сумите, подлежащи на възстановяване след отпадане на основанието за прихващането им с отменени публични задължения, органът по приходите е постановил един незаконосъобразен данъчен акт, който следва да бъде отменен, като жалбата срещу него се явява основателна. Тъй като обаче естеството на дължимия акт, с който тези действия следва да се извършат – Акт за прихващане или възстановяване, необходимостта от преценка за наличие към съответния момент на изискуеми публични вземания, събирани от Н., и на основание чл.160, ал.3 от ДОПК, актът следва да се отмени и преписката върне на компетентния орган с указания по тълкуване и прилагане на закона. П. новото произнасяне по искането следва да се отчете отмяната на съответните РА към датата на

искането, преценят се предпоставките за прихващане/възстановяване на сумите за възстановяване, прихващането с които е отпаднало (по АПВ № 901720/10.11.2009г. и № 901752/04.12.2009г., предвид отмяната на РА) и се постанови съответното им прихващане/възстановяване ведно с дължимата лихва.

Присъждане на направените по водене на делото разноси са претендирани от жалбоподателя още с жалбата, като такива се установява да са направени за държавна такса 50 лв. и за възнаграждение за адвокат по договор за правна помощ серия А 0908904 от 14.09.2010г. и на основание чл.161, ал.1, предл.първо от ДОПК такива следва да му бъдат присъдени за държавна такса и адвокатско възнаграждение. Съдът обаче намира, че предвид фактическата и правна сложност на делото, вида на обжалвания данъчен акт - акт за прихващане и възстановяване, производството, П. което е издаден – проверка и участието на ангажирания след изготвяне на жалбата адвокат в хода на процеса в едно съдебно заседание от две проведени, намира, че следва да определи възнаграждението по реда на чл.161, ал.2 от ДОПК като го присъди в по-нисък размер в рамките на минимално определения размер съобразно чл.36 от ЗА –тоест в размера по Наредба № 1/9.07.2004г- на Висшия адвокатски съвет (еднократен размер, тъй като настоящият състав не приема за приложим по ДОПК тройният размер съгл. § 2 от ДР на Наредбата, също приема, че П. редуциране на адвокатското възнаграждение поради прекомерност, съдът не може да присъди по-нисък размер от минимално определения размер съгласно чл. 36 ЗА, респективно - Наредба № 1/9.07.2004 г., а не от трикратния размер на възнагражденията, посочени в наредбата). Намира за съответно на делото възнаграждение в рамер наполовина - 3200 лв. на посочения в договора за правна помощ размер от 6 400 лв. Или определя общо разноси за присъждане в полза на жалбоподателя в размер на 3250 лв. държавна такса и адвокатско възнаграждение.

Воден от гореизложеното и на основание чл. 160, ал. 1, предл. първо и ал.3, чл.161, ал.1, предл. първо и ал.2 от ДОПК, Административен съд – С. град, I – во отделение, 6-ти състав,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Акт за прихващане или възстановяване № 901975/29.01.2010г., издаден от М И С – ст. инспектор по приходите и Г Г Х – гл.инспектор по приходите П. ТД на Н. – С., Офис Л, потвърден с решение № 428/29.03.2010г. на Д. на Д. “О.”–С. П. ЦУ на Н..

ВРЪЩА преписката на компетентния орган по приходите П. ТД на Н.-С. **за издаване на нов Акт** за прихващане или възстановяване по искане вх.№ 2219/203/29.12.2009г. на „А. Т.” Е., П. спазване на указанията в настоящото решение по тълкуване и прилагане на закона.

ОСЪЖДА Д. на Д. „О.” – С. П. ЦУ на Н. да заплати в полза на „А. Т.” Е. ЕИК*, Г.С., ., представлявано от управителя Н М К, сумата 3250 лв. (три хиляди двеста и петдесет лева) разноси по делото за държавна такса и възнаграждение за адвокат.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщението до страните за изготвянето му и получаването на препис от съдебния акт.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

Бороджиева)

(Б