

РЕШЕНИЕ

№ 4472

гр. София, 19.10.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 2 състав, в публично заседание на 09.09.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Милена Славейкова

при участието на секретаря Александра Ковачева, като разгледа дело номер **5371** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на [фирма], ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], зала „У.“ срещу РЕВИЗИОНЕН АКТ № 1005601/01.12.2010 г., издаден от В. И. С. – старши инспектор по приходите при ТД на НАП [населено място], в частта, потвърдена с решение № 857/25.05.2011 г. на директора на Дирекция „ОУИ“ при ЦУ на НАП [населено място] относно доначислен на основание чл.79 ЗДДС данък данъчен период м.май 2009 г. и извършена корекция на ползвано право на данъчен кредит в размер на 169 652.00 лв. Жалбоподателят счита, че в случая е приложима хипотезата на чл.80, ал.1, т.2 ЗДДС във връзка с чл.45, ал.3 ЗДДС, който определя като освободена доставката на сгради или части от тях, които не са нови. Ето защо съгласно чл.45, ал.7 ЗДДС лицето можело да избере сделката да бъде облагаема. Жалбоподателят претендира съда да постанови решение, с което да отмени ревизионния акт в обжалваната част, като му присъди на правените в производството разноски. Подробни съображения излага в писмени бележки от 12.09.2011 г.

Ответникът Директор на дирекция “ОУИ” – [населено място] оспорва жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – С. град, като прецени доводите на страните във връзка със събраните по делото доказателства, намира следното от фактическа

страна:

Със заповед за възлагане на ревизия (ЗВР) №1001381/18.02.2010, издадена от С. Т. К. началник сектор "Ревизии" в дирекция "ДОК" на ТД на НАП [населено място] е възложено извършването на данъчна ревизия на жалбоподателя от органи по приходите В. И. С. и С. П. Г. за определяне на данъчните му задължения по ЗДДС за данъчни периоди 01.01.2009 г. - 31.12.2009 г. в срок от три месеца от връчване на ЗВР на 01.03.2010 г., т.е. в срок до 01.06.2010 г. Със ЗВР № 1004537/31.05.2010 срокът на ревизията е удължен до 01.07.2010 г. Със заповед № ЦУ-197 от 28.06.2010 г. на изпълнителния директор на НАП на основание чл.114, ал.4 ДОПК е удължен срока на ревизията до 01.10.2010 г. Издадена е ЗВР №1005601/01.07.2010 г. ЗВР са връчени на представител на задълженото лице и са издадени във във формата по чл.113, ал.1 ДОПК. За доказване компетентността на органа, възложил ревизията, ответникът е представил заповед на Териториалния директор на ТД на НАП [населено място] № РД-01-6/05.01.2010 г., с която на С. Т. К. като „началник сектор Ревизии" е възложено издаването на ЗВР на основание чл.112, ал.2, т.1 ДОПК, както и издаването на заповеди за определяне на компетентен орган по чл.119, ал.2 ДОПК. Ето защо съдът приема, че процесната ревизия е възложена от компетентен орган по приходите. В срока по чл.117, ал.1 ДОПК е издаден ревизионен доклад № 1005601 от 15.10.2010 г. от органите по приходите, определени в ЗВР, който съдържа реквизитите по чл.117, ал.2 ДОПК. Прието е в РД, че за данъчен период м.май 2009 г. жалбоподателят е извършил продажба на недвижим имот на [фирма] като освободена доставка на основание чл.45, ал.3 ЗДДС, за което е издал фактура № 1663/21.05.2009 г., като не се е възползвал от възможността по чл.45, ал.7 ЗДДС да избере доставката да бъде облагаема. Обект на продажбата е актив (ДМА) по смисъла на ЗКПО, сгради, които не са нови. При тези обстоятелства ревизиращите органи са приели, че следва да се направи корекция на ползвания данъчен кредит за сградите по реда на чл.79, ал.4 ЗДДС и в размера по чл.79, ал.6, т.1 ЗДДС. РД е връчен на представител на жалбоподателя на 04.11.2010 г. В срока по чл.117, ал.5 ДОПК срещу него е постъпило възражение вх.№ 14730/17.11.2010 г.

Със заповед № К-1005601/15.10.2010 г., издадена от С. Т. К. началник сектор "Ревизии" в Дирекция „Контрол" на ТД на НАП [населено място] на основание чл.119, ал.2 ДОПК, В. И. С. е определена за компетентен орган по приходите за издаване на ревизионен акт, която заемайки длъжност "старши инспектор по приходите" има качеството на орган, който може да издаде ревизионен акт по смисъла на чл.118, ал.2 ДОПК вр. чл.7, ал.1, т.4 ЗНАП.

В срока по чл.119, ал.3 ДОПК е издаден обжалвания ревизионен акт № 1005601/01.12.2010 г., с който са установени задълженията на жалбоподателя по ЗДДС съобразно чл.118, ал.1, т.1 ДОПК. В ревизионния акт са обсъдени възраженията на жалбоподателя и приложените доказателства съгласно чл.120, ал.2 ДОПК. В останалата част са са възприети изцяло констатациите на ревизиращите органи от ревизионния доклад относно наличието на основание за корекция на ползвания от дружеството данъчен кредит за м.май 2009 г. по фактура № 1663/21.05.2009 г. на основание чл.79, ал.4 вр. ал.6, т.1 ЗДДС. Установен е ДДС за внасяне в размер на 169 652 лв., ведно със съответните

лихви за забава.

Видно от ръкописното отбелязване в разписката към РА същият е връчен на представител на ревизираното лице на 27.12.2010 г., като в срока по чл.152, ал.1 ДОПК е постъпила жалба вх.№ 53-00-43/10.01.2011 г. срещу същите части на РА съобразно чл.156, ал.2 ДОПК. Срокът по чл.155, ал.1 ДОПК за постановяване на решение изтича на 24.02.2011 г. В този срок страните са сключили споразумение по чл.156, ал.7 ДОПК, с което срокът за произнасяне от горестоящия орган е удължен с три месеца, т.е. в срок до 24.05.2011 г. (неработен ден). В този срок директорът на дирекция “ОУИ” при ЦУ на НАП [населено място] е постановил решение № 857/25.05.2011 г. В решението е прието, че с РА незаконосъобразно е начислен ДДС в размер на 45 781.28 лв. за данъчен период м.май 2009 г., предвид което жалбата в тази ѝ част е приета за основателна. Прието е, че корекцията по чл.79 ЗДДС е извършена законосъобразно. Видно от съдържащата се в преписката разписка решението е съобщено на жалбоподателя на 28.05.2011 г. Жалбата, по която е образувано настоящето производство, е подадена на 09.06.2011 г. – в срока по чл.156, ал.1 ДОПК, от легитимирано лице и срещу подлежащ на оспорване индивидуален административен акт, поради което е процесуално допустима.

При така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

В настоящето производство и съгласно чл.160, ал.2 ДОПК съдът преценява законосъобразността и обосноваността на ревизионния акт, като проверява дали е издаден от компетентен орган и в съответната форма, спазени ли са процесуалните и материалноправните разпоредби по издаването му. По изложените вече във фактическата част на решението съображения съдът намира, че обжалваният ревизионен акт е издаден от компетентен по смисъла на чл.118, ал.2 и чл.119, ал.3 ДОПК орган по приходите. Спазена е формата по чл.120, ал.1 ДОПК, като в ревизионното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения – такива, които съществено са накърнили правото на защита на лицето или ако не бяха допуснати, органът би постановил акт в противен смисъл. Спорът по делото е изцяло правен относно направената корекция на основание чл.79, ал.4 вр.ал.6, т.1 ЗДДС.

Съдът приема за основателно направеното от жалбоподателя възражение за приложение в настоящия случай на хипотезата на чл.80, ал.1, т.2 ЗДДС. Безспорно съгласно чл. 45, ал. 3 ЗДДС (в сила от 01.01.2007 г.) доставката на сгради или на части от тях, които не са нови, доставката на прилежащите към тях терени, както и учредяването и прехвърлянето на други вещни парва върху тях е освободена доставка. Съгласно чл. 45, ал. 7 ЗДДС в случаите на доставки по ал. 1, 3 и 4 доставчикът може да избере тя да бъде облагаема. В случая доставчикът не е избрал доставката да бъде облагаема, след като не е начислил ДДС по нея. Сградите, които са предмет на доставката не са нови по смисъла на § 1, т. 5 ДР ЗДДС, което също е безспорно, поради което е налице хипотезата на чл. 45, ал. 3 ЗДДС и доставката следва да се счита за освободена. След като не е избрал доставката да бъде облагаема, за което му е предоставена възможност по чл. 45, ал. 7 ЗДДС, жалбоподателят правилно не е начислил ДДС по доставката. Разпоредбата предоставя възможност за избор на доставчика да приеме и да третира доставката на сгради, които не са нови, като облагаема, но общия режим на тези доставки, който е установен в чл. 45, ал. 3 ЗДДС е,

че те са необлагаеми. Възможността доставката да бъде облагаема е предоставена само на избора на доставчика.

Корекцията на ползван данъчен кредит по чл. 79, ал. 1 ЗДДС е предвидена за случаите, при които регистрирано лице изцяло или частично е приспаднало данъчен кредит за произведени, закупени, придобити или внесени от него стоки или услуги и впоследствие ги използва за извършване на освободени доставки или за доставки или дейност, за които не е налице право на приспадане на данъчен кредит, като в този случай лицето дължи данък в размер на ползвания данъчен кредит. Същевременно в чл. 80 ЗДДС са предвидени ограниченията за корекции, като в ал. 1, т. 2, е регламентирано че корекции по чл. 79, ал. 1 - 7 не се извършват ако данъчният режим за доставките, за които регистрираното лице използва стоките или услугите, бъде променен със закон. Настоящият случай попада в тази хипотеза, тъй като данъчният режим на доставките на сгради, които не са нови е променен с новия ЗДДС, в сила от 01.01.2007 г. При действието на отменения от същата дата ЗДДС тези сделки са облагаеми, в съответствие с което ревизираното лице е ползвало право на приспадане на данъчен кредит при придобиването им през м.юли 2003 г. Както се посочи, съгласно чл. 45, ал. 3 ЗДДС (в сила от 01.01.2007 г.) доставките на сгради, които не са нови са освободени доставки, поради което очевидно е налице промяна на данъчния режим на тези сделки. Не може да се приеме, че не е налице промяна на режима на тези доставки, поради съществуващата възможност по чл. 45, ал. 7 ЗДДС да бъдат облагаеми. Както се посочи, възможност за избор дали сделката да е облагаема е предоставена само на доставчика, а общия принцип е, че доставките на стари сгради са освободени. При действието на ЗДДС, в сила до 01.01.2007 г. доставките на сгради безусловно бяха облагаеми доставки. Поради изложеното, налице е хипотезата на чл. 80, ал. 1, т. 2 ЗДДС и в случая корекцията по чл. 79, ал. 1 ЗДДС не следва да се извършва. С ревизионния акт незаконосъобразно е извършена корекцията и е начислен ДДС в размер на 169652.00 лв. за данъчен период м. май 2009 г., заедно със съответната лихва. Като е достигнал до противни правни изводи, ревизиращият орган е постановил РА в оспорената част при неправилно приложение на материалния закон, поради което и на основание чл.160, ал.1 ДОПК РА следва да бъде отменен в тази му част.

При този изход на спора и на основание чл.161, ал.1 ДОПК на жалбоподателя следва да се присъдят направените в производството разноски в размер на 50 лв. за държавна такса и 5145.82 лв. за адвокатско възнаграждение. Водим от горното АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – С. град, I-во Административно отделение, 2-ри състав

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на [фирма], ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], зала „У.” РЕВИЗИОНЕН АКТ № 1005601/01.12.2010 г., издаден от В. И. С. – старши инспектор по приходите при ТД на НАП [населено място], в частта, потвърдена с решение № 857/25.05.2011 г. на директора на Дирекция „ОУИ” при ЦУ на НАП [населено място] относно доначислен на основание чл.79 ЗДДС данък за данъчен период м.май 2009 г. в размер на 169 652.00 лв., ведно със съответните лихви за забава. ОСЪЖДА директора на Дирекция „ОУИ” при ЦУ на НАП [населено място] да

заплати на [фирма], ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], зала „У.” на основание чл.161, ал.1 ДОПК разноси в размер на 5195.82 лв. (пет хиляди сто деветдесет и пет лв. и осемдесет и две стотинки).

Решението може да се обжалва в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му с касационна жалба пред ВАС на РБ.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: