

РЕШЕНИЕ

№ 10335

гр. София, 01.07.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 45 състав, в публично заседание на 28.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгени Стоянов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **10417** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 от АПК, във връзка с чл. 166, ал. 3 от Данъчно - осигурителния процесуален кодекс (ДОПК).
Образувано е по жалба от Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], п. к. 1404, [улица], Хотел Ф., Мецанин, представлявано от Й. С. Ч., чрез адв. В. Т. от САК, срещу АУПДВ № 01 – 2500 / 8 – 2 / 25.08.2023 г. издаден от Изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие“, с който на Сдружението е определено подлежащо на възстановяване публично държавно вземане в размер на 2 999 354, 50 лева, представляващо сбор от извършените междинни и окончателни плащания по промоционалната програма „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай) по сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г.
В жалбата е посочено, че оспореният акт е издаден от некомпетентен орган, при неспазване на установената форма, съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и при несъответствие с целта на закона – основания по чл. 146, т. 1 – 5 от АПК. В жалбата е посочено, че Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“, ЕИК[ЕИК], е сключило с Държавен фонд „Земеделие“ Договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. за изпълнение на дейностите по одобрения за финансиране проект по промоционална програма „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай).

На първо място, в нарушение на административнопроизводствените правила

административният орган е открил производството по издаване на обжалвания акт за установяване на публично държавно вземане във връзка с получен в ДФЗ окончателен доклад на Европейската служба за борба с измамите (OLAF) по разследване ОС / 2018 / 0169 относно нередности, засягащи изпълнението на 11 промоционални програми за селскостопански продукти на български бенефициери – средства от ЕФЗГ без същият изобщо да запознае Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ със съдържанието и констатациите на цитирания доклад. Сдружението е осигурило своя собствен принос към проекта, като съгласно устава на сдружението е взето решение от Управителния съвет. Членовете на сдружението са били задължени да направят допълнителни имуществени вноски. Тези средства е трябвало да бъдат използвани от Н. за осигуряването на финансовото участие на Сдружението в промоционалната програма, равна на 20 % от стойността на програмата. Не е налице манипулиране на тръжни процедури. Компетентният национален орган е бил уведомен за използваните подизпълнители. Няма законова забрана да се използват такива подизпълнители. Не са налице създадени изкуствени условия. Голословни и неподкрепени с доказателства са твърденията от субективна страна за наличието на предварителни уговорки и сговор за получаване на средства от ЕС и от националния бюджет. От субективна и обективна страна не са налице изкуствено създадени условия.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адвокат В. Т.. Искане от съда да уважи жалбата. Моли да бъдат присъдени разноски по делото. Представя се списък по чл. 80 ГПК.

Ответникът – Изпълнителният директор на Държавен фонд „Земеделие“ се представлява от адв. Г. и адв. П.. Представя се писмена защита. Претендират се разноски по делото. Представя се списък по чл. 80 ГПК.

Административен съд София – град, след като се запозна с доводите на страните, както и със събраните в хода на съдебното производство писмени доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

С писмо изх. № 01 – 2500 / 8 от 12.01.2023 г. ДФЗ „Земеделие“ е открил производство по издаване на Акт за установяване на публично държавно вземане на основание чл. 24, ал. 1, във вр. с чл. 26, ал. 1 от АПК. Съгласно обратна разписка с баркод № ИД PS 1618 00STYH X връчването на писмото и съобщаването на неговото съдържание е осъществено на дата 17.01.2023 г. на представител на сдружението. Посочено е, че производството се открива във връзка с получен в ДФЗ „Земеделие“ окончателен доклад на Европейската служба за борба с измамите (OLAF) по разследване ОС / 2018 / 0169 относно нередности, засягащи изпълнението на 11 промоционални програми за селскостопански продукти на български бенефициери – средства от ЕФЗГ. Посочено е, че за периода от 15.04.2010 г. до 03.05.2016 г. пет български предлагащи организации са сключили 11 договора за финансово подпомагане, за изпълнение на предложените от тяхна страна промоционални програми за информиране и промотиране на селскостопански продукти на вътрешния пазар и в трети държави. Установено е, че изпълнението на всички 11 промоционални програми е възложено на един и същи гръцки икономически оператор – Economotechniki L., като общата стойност на одобреното финансиране от ЕС възлиза на 11 392 171 EURO. Според доклада на OLAF са допуснати нарушения, които засягат целия проектен цикъл – от организацията на поръчката до изпълнението и финансирането на дейностите.

Промоционална програма „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай), предложена от Сдружение „Национална лозаро –винарска камара“, за

изпълнението на която с ДФ „Земеделие“ е сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. на стойност 6 998 629, 09 лева, е включена в списъка на програмите, чието предлагане не съответства на установените правила на ЕС. За прилагаша организация по цитираната промоционална програма е избрано дружеството Economotechniki L.

От OLAF са установени следните нередности – изпълняващата организация е била избрана чрез неконкурентна процедура за подбор. Предлагащите организации не са осигурили своя собствен принос към проектите. Изпълнението на дейностите по програмата е било осъществено предимно от първо и второ ниво подизпълнители на Economotechniki L. без предварително уведомяване на компетентния национален орган.

Разследването от OLAF се отнася до нередности в четири отделни сфери - организация на процедурата на възлагане на поръчки, предоставяне на средства за проектите, използване на подизпълнители и завишаване на цените за изпълнението на дейностите по програмите.

В хода на административното производство е установено, че при избора на прилагаша организация е пренебрегнат икономическият аспект на процеса, като не е взета предвид цената, нито най – доброто съотношение между качество и цена. Стойността на всички договори е била предварително определена и оферентите са били поканени само да представят подробна разбивка на бюджета и графика на дейностите. В спецификациите на конкурсните процедури се определя съдържанието на промоционалните програми под формата на списък с конкретни дейности с предварително установени местоположения и дни. Използвани са прекалено широки критерии, които не оставят възможност за конкуренция по отношение на цената или обхвата на предложените дейности, като по този начин е застрашен състезателният характер на процедурата по избор на прилагаша организация. От административния орган е посочен пример за такъв критерий – оценка на предишния опит на икономическия оператор, технически и финансов капацитет на икономическия оператор, сертифициране по ISO 9001. Тези критерии не са свързани с предмета на договора и във връзка с това не могат да бъдат взети предвид само на етап подбор.

Създадени са условия, при които съответните критерии не са имали за цел да се определя икономически най – изгодна оферта, а са били свързани с оценката на способността на оферентите да изпълнят договора. Според органа това нарушава разпоредбите на чл. 6 от Регламент 3 / 2008 на Съвета. Цитираните действия са в разрез и изискванията на чл. 8, параграф 3 от Регламент 501 / 2008 на Комисията от 5 юни 2008 г. за определяне на подробни правила за прилагане на Регламент (ЕО) № 3 / 2008 на Съвета относно действията за информирани и насърчаване, свързани със селскостопанските продукти на вътрешния пазар и в трети страни, съгласно който с оглед прилагането на промоционалните програми всяка предлагаща организация избира на състезателен принцип според подходящи и проверени от държавата – членка условия една или няколко изпълнителни организации. В случай че този избор е бил направен преди представянето на програмата, изпълнителната организация може да участва в нейното изготвяне. Изборът на прилагаша организация не съответства на изискванията на Наредбата за условията и реда за избор, изпълнение и контрол на промоционалните програми за земеделски и хранителни продукти, в които разпоредби се предвижда специален ред за избор на прилагаша организации чрез провеждане на нарочна конкурсна процедура, посредством чието провеждане се гарантира

публичност и прозрачност на избора.

Установено е, че всички организации са били предварително финансирани от прилагашата организация - Economotechniki L.. Предлагащите организации са получили множество заеми, включително ресурси за финансиране на собствения им принос в промоционалната програма в размер на 20 %. Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ е имала задължението да предостави своя собствен принос в размер на 20 % и да финансира предварително дейностите по проекта, докато средствата бъдат възстановени от Разплащателната агенция.

Тези заеми са отпуснати чрез обикновени споразумения от две страници за предоставяне на финансова ликвидност без съответното обезпечение. Споразуменията предвиждат заемите да бъдат изплатени след възстановяването на средствата от ДФ „Земеделие“. След като прилагашата организация преведе сумите по заемите на предлагащите организации, същите незабавно са ги прехвърляли обратно на Economotechniki L., като плащания по издадените фактури за изпълнение на дейности по проектите.

Според мотивите на административния акт, Сдружение „Национална лозаро –винарска камара“ е организираща процедура за избор на изпълняваща организация. Обявите са публикувани в два национални ежедневника.

Въз основа на получения окончателен доклад на OLAF административният орган е приел, че недвусмислено и еднозначно от обективна и субективна страна се установяват изкуствено създадени условия, респ. извършено е нарушение на разпоредбата на чл. 60 от Регламент (ЕС) № 1306 / 2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. относно финансирането, управлението и мониторинга на общата селскостопанска политика и за отмяна на Регламенти (ЕИО) № 352 / 78, ЕО № 165 / 94, (ЕО) № 2799 / 98, (ЕО) № 814 / 2000, (ЕО) № 1290 / 2005 и (ЕО) № 485 / 2008 на Съвета.

От обективна страна, са налице връзки, индикатори и обвързаности от правно, финансово, лично и друго естество между прилагашите организации и техните представители в Economotechniki L., преди одобрението и по време на изпълнението на засегнатите от разследването на OLAF промоционални програми. Съществуването на тези обвързаности е следствие на предварителна уговорка, като те целят осигуряването на очевидно външно съответствие с изискванията за одобрение, за да се получи финансиране от ЕС и бюджета на Република България. Те обаче се основават на вътрешно несъответствие на действителните операции. Предлагащите организации по промоционалните програми, включително и Н., са се възползвали от предимство във финансирането, въпреки че същите са били наясно, че това поведение е незаконосъобразно и потвърждава създадените с Economotechniki L., изкуствени условия за получаване на финансиране. Даденото предимство се изразява в одобрението на промоционалните програми, респ. сключването на съответните договори за финансово подпомагане, включително и договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г., сключен между Фонда и Н. и по който е изплатен значителен финансов ресурс.

Административният орган приема, че е налице изкуствено създаване на условия и от субективна страна. Според органа, предлагащите организации умишлено и в сговор с избрания изпълнител са заявили пред Разплащателната агенция на Република България за възстановяване средства от ЕС и от националния бюджет. Освен това те неправомерно са получили реално тези средства.

Административният орган (Разплащателната агенция) е стигнал до извода, че трябва да отнеме вече предоставеното предимство, като да изиска възстановяване на цялото получено по договора финансово подпомагане.

Посочена е разпоредбата на чл. 63, параграф 2 от Регламент 2018 / 1046 на Европейския парламент и на Съвета, съгласно която държавите членки взимат всички необходими мерки, включително законодателни, регулаторни и административни, гарантирайки, че дейностите финансирани от бюджета, се изпълняват правилно, ефективно и в съответствие със специалните секторни правила; предотвратяват, откриват и коригират нередностите и измамите; сътрудничат с Комисията, OLAF, Сметната палата; налагат на получателите ефективни, възпиращи и пропорционални санкции съгласно предвиденото в специалните секторни правила или в специалните разпоредби на националното право. Посоченото има за цел защита на финансовите интереси на Съюза.

Административният орган е достигнал до извод, че трябва да изиска от бенефициера възстановяването на неправомерно изплатените до момента по сключения договор суми, възникнали в резултат на установената специфична по вид нередност – доказани от обективна и субективна страна изкуствено създадени условия.

Издаден е оспореният акт - АУПДВ № 01 – 2500 / 8 – 2 / 25.08.2023 г. от Изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие”. Определен е общ размер на задължението – 2 999 354, 50 лева – които представляват пълния размер на получената финансова помощ по Договор № 18 от 09.02.2016 г. Плащанията се явяват дължими на основание чл. 60 от Регламент (ЕС) № 1306 / 2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г.

Недоволен от така издаденият административен акт жалбоподателят го оспорва пред състав на АССГ.

При насрочване на делото е разпределена тежестта на доказване. На ответника е указано, че е в негова тежест да установи съществуването на фактическите основания, посочени в оспорения акт и изпълнението на законовите изисквания за издаването му. На основание чл. 192 от ГПК в хода на съдебното производство са изискани писмени доказателства от Изпълнителна агенция „Сертификационен одит на средствата от европейските земеделски фондове“, а именно извършени одити на програмата. На основание чл. 192 от ГПК от Министерството на земеделието и храните е изискана преписката по издаване на Заповед № РД – 09 – 895 от 30.11.2015 г., включително и докладна записка № 93 – 13103 от 30.11.2015 г. на заместник – министър на земеделието и храните и председател на Постоянната консултативна комисия за избор на промоционални програми. Документите са приобщени по делото. От ответника, на основание чл. 190 от ГПК, са изискани протоколи за приемане и заявки за плащане от конкретни дати. В изпълнение на тези указания по делото е представена USB памет, в която се съдържат документи, свързани с промоционалната програма, включително снимки от проведени събития. Към делото са приложени и обособени в 7 (седем) класъора документи, свързани с отделните фази от изпълнението на промоционалната програма „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай) по сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. Документите са обособени по критерий тримесечие за всяка една от трите години (трите фази), през които е изпълнявана програмата. Отделно към материалите по делото, в изпълнение на указанията на съда по разпределяне тежестта на доказване, от ответника са представени Приложения от № 1 до № 16 към представения по делото окончателен

доклад на OLAF. Материалите съдържат заверени преводи от английски език на български език. Те са обозначени с гриф „чувствителна информация“, поради което са обособени отделно от останалите материали по делото.

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

Административният акт е издаден от компетентен орган – Изпълнителният директор на Държавен фонд „Земеделие“. Съгласно чл. 11 и чл. 11а от Закона за подпомагане на земеделските производители, Държавен фонд „Земеделие“ е акредитиран за единствена Разплащателна агенция за България за прилагане на Общата селскостопанска политика на Европейския съюз. Съгласно § 1, т. 13 от Допълнителните разпоредби на ЗПЗП, Разплащателната агенция е специализирана акредитирана структура за приемане на заявления, проверка на условията и извършване на плащания от Европейските земеделски фондове и за прилагане на пазарни мерки, включително интервенция на пазарите на земеделски продукти, по правилата на законодателството на ЕС. Съгласно чл. 20а, ал. 1 от ЗПЗП изпълнителният директор на Фонда е изпълнителен директор на РА. Съгласно чл. 20а, ал. 5 от ЗПЗП изпълнителният директор издава актове за установяване на публични държавни вземания по реда на ДОПК и решения за налагане на финансови корекции по реда на Глава пета, раздел III от ЗУСЕФСУ. Правомощието му е обвързано с предвиденото в чл. 27, ал. 3 и ал. 5 от ЗПЗП задължение на РА за събирането на недължимо платените и надплатените суми по схеми за плащане и проекти, финансирани от европейските фондове и държавния бюджет, които са публични държавни вземания. Актът е издаден и подписан от Г. Т. – изпълнителен директор на ДФЗ. Във връзка с това, неоснователно е възражението на жалбоподателя, изложено в жалбата до съда, че оспореният АУПДВ е постановен от некомпетентен орган.

Оспореният АУПДВ е издаден в изискуемата писмена форма за валидност, съгласно чл. 59, ал. 2 от АПК. Подписан е от неговия издател, което не се оспорва. Оспореният акт съдържа необходимите реквизити и ясна разпоредителна част. Изложени са фактически и правни основания.

По отношение на спазването на административнопроизводствените правила

От жалбоподателя е посочено, че към датата на започване на процедурата по издаване на обжалвания административен акт са изтекли всички срокове за искане за възстановяване на получени средства по проекта. Посочен е чл. 54, параграф 1 от Регламент 1306 / 2013 г. Тази разпоредба гласи, че за всяко неправомерно плащане, възникнало в резултат на нередност или небрежност, държавите членки изискват възстановяване от бенефициера в срок от 18 месеца след одобрението и където е приложимо — получаването от страна на разплащателната агенция или органа, отговарящ за възстановяването, на контролен доклад или подобен документ, който посочва извършването на нередност. Съответните суми се вписват едновременно с искането за възстановяване в регистъра на длъжниците на разплащателната агенция.

Оплакването е неоснователно по две съображения. На първо място, пропускането на този срок не е пречка да се образува производство за възстановяване на тези суми. В т. 88 от мотивите на Решение на Общия съд от 8 март 2023 г. по дело T-235/21, е казано: „Всъщност след изтичането на определен период има опасност възстановяването на неправомерно изплатените суми да бъде сложно или да стане невъзможно поради определени обстоятелства по конкретно като преустановяване на дейността или загубата на счетоводни документи (Решение от 30 януари 2020, П./Комисия, T-292/18,

EU:T:2020:18, т.65)“ . Това от своя страна дава повод на ВАС да осъществи тълкуване, че това не би могло да е прието, ако пропускането на 18 месечния срок осуетява всяка процедура по възстановяване. (в този смисъл Решение № 4424 от 10.04.2024 г. по адм. д. № 9469 от 2023 г. на ВАС, Осмо отделение)

В практиката на ВАС по сходни случаи се отбелязва, че 18 – месечният срок, установен в чл. 54, параграф 1 от Регламент 1306 / 2013 г., не е преклузивен. Този срок е инструктивен. Неспазването на този срок не може да доведе до незаконосъобразност на издадения административен акт. В този смисъл е налице формирана трайна съдебна практика. (Решение № 5930 от 15.05.2024 г. по адм. д. № 9327 / 2023 г. на ВАС, Първо отделение, Решение № 11782 / 29.11.2023 г. по адм. д. № 6225 / 2023 г. на ВАС, Четвърто отделение, Решение № 6774 от 22.06.2023 г. по адм. д. № 4349 / 2023 г. на ВАС, Четвърто отделение и др.)

На второ място, доводите на жалбоподателя не са подкрепени с аргументи. Не е ясно защо счита, че 18 – месечният срок е изтекъл, респ. от кой момент е започнал да тече. Тълкуването на разпоредбата води до извод, че началният момент на този срок е получаването на окончателния доклад на OLAF. Видно от доказателствата по делото докладът е представен в ДФЗ на дата 13.05.2022 г. ДФЗ е открил производството по издаване на АУПДВ с писмо изх. № 01 – 2500 / 8 от 12.01.2023 г. Тоест 18 – месечният срок не е изтекъл, каквито твърдения излага жалбоподателят.

По отношение на възражението за изтекла давност

В най-общ план давността може да бъде представена като: юридически факт (сложен фактически състав); период от време; институт на правото. Това изброяване се отнася в пълна степен и за погасителната давност. В теорията се приема, че погасителна давност е и субективно право. Като юридически факт погасителната давност се състои от три компонента: а) наличие на субективно право; б) период от време (срок) и в) неупражняване на субективно право в определения от закона срок. Изтичането на срока прекратява не материалното право, а процесуалното право на защита на носителя на материалното право. Един от основните белези на погасителната давност е изтеклият период от време, след който настъпват правните й последици. Те настъпват, ако носителят на субективното право е бездействал.

В настоящия случай въпросът за настъпването на давността се поставя от жалбоподателя. В писмените бележки, представени по делото от адв. Т., изрично е подчертано, че се поддържа направеното възражение за изтекла давност. Погасителната давност за публични вземания по ДОПК не се прилага служебно, поради което наличието на възражение е абсолютна процесуална предпоставка за произнасяне от страна на съда по този въпрос. В своята практика по данъчни дела ВАС последователно приема, че давността не се прилага служебно, а след възражение на длъжника. (в този смисъл Решение № 3661 от 5.04.2023 г. по адм. д. № 3513 по описа за 2022 г. на ВАС, Осмо отделение, и Решение № 9393 от 10.10.2023 г. по адм. д. № 1962 по описа за 2023 г. на ВАС, Първо отделение).

В писмените бележки на жалбоподателя е посочено, че относимият срок (период от време) е този по Регламент (ЕО, Евратом) № 2988 / 95 г. на Съвета от 18.12.1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности. Срокът, съгласно посочения нормативен акт, е четири години от момента, в който нередността е извършена и доколкото приложимите секторни регламенти не предвиждат по - кратък давностен срок. В текста на чл. 3, параграф 1, ал. 4 от Регламента е установена и абсолютна погасителна давност – 8 (осем) години. Съгласно чл. 3, параграф 3 от

Регламента държавите – членки запазват възможността да прилагат срок, който е по-дълъг от така установените. Именно на това основание съдът намира, че в случая е приложима материалноправната норма на чл. 171 от ДОПК. Разпоредбата е озаглавена „Давност“. Член 171, ал. 1 ДОПК гласи, че публичните вземания се погасяват с изтичането на 5-годишен давностен срок, считано от 1 януари на годината, следваща годината, през която е следвало да се плати публичното задължение, освен ако в закон е предвиден по-кратък срок. От своя страна, член 171, ал. 2 от ДОПК, гласи, че с изтичането на 10-годишен давностен срок, считано от 1 януари на годината, следваща годината, през която е следвало да се плати публичното задължение, се погасяват всички публични вземания независимо от спирането или прекъсването на давността освен в случаите, когато: 1. задължението е отсрочено или разсрочено; 2. вземането е предявено в производство по несъстоятелност; 3. е образувано наказателно производство, от изхода на което зависи установяването или събирането на публичното задължение; 4. изпълнението е спряно по искане на длъжника; 5. е подадена жалба за разрешаване на спор по глава шестнадесета, раздел Па. Разпоредбата на чл. 171, ал. 2 от ДОПК не се дерогира от чл. 3, параграф 2, ал. 1 от Регламент № 2988 / 95 г. на Съвета от 18.12.1995 г. Това разбиране се споделя и в практиката на ВАС. (в този смисъл Решение № 2885 от 11.03.2024 г. по адм. д. № 6955 / 2023 г. по описа на ВАС)

Извършването на нередност, с което започва да тече давностният срок, предполага изпълнението на две условия, а именно: действие или бездействие на икономическия оператор, представляващо нарушение на правото на Съюза, както и вреда или потенциална вреда, причинена на бюджета на ЕС. Давностният срок започва да тече от извършването на нередността, т. е. от момента, в който са настъпили както действието или бездействието на икономическия оператор, представляващо нарушение на правото на Съюза, така и вредата, причинена на бюджета на ЕС, като началният момент на давностния срок е винаги датата на по-късното събитие (в този смисъл Решение от 06.10.2015 г. на Съда на ЕС по дело С – 59 / 14, т. 24 – 26 и Решение от 03.10.2019 г. на Съда на ЕС по дело С – 378 / 18, т. 33). В случай на многогодишна програма срокът за давност продължава докато програмата не бъде прекратена. В настоящия случай е налице многогодишна програма. Съгласно чл. 2, т. 4 от Договор за финансово подпомагане № 18 от дата 09.02.2018 г., *той се прекратява* след окончателното плащане при последната фаза. Договорът е от дата 09.02.2016 г. Последното плащане по договора е осъществено на дата 04.09.2019 г. По делото е представено уведомително писмо (л. 243 от делото), от което е видно, че е издадено Уведомително писмо за освобождаване на банкова гаранция № 014 от 20.09.2019 г. Писмото е във връзка с изпълнение на Договор № 18 от 09.02.2016 г. Именно освобождаването на банковата гаранция се приема за една от последните операции за изпълнение на сключения договор, респ. за начало на давността. (в този смисъл Решение № 2885 от 11.03.2024 г. по адм. д. № 6955 / 2023 г. по описа на ВАС) Началото на погасителната давност за Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ по АУПДВ, предмет по настоящото дело, може да се свърже с датата 20.09.2019 г.

В този смисъл трябва да се отговори на въпроса, дали е изтекла приложимата погасителна давност по ДОПК. Съобразно ал. 3 на чл. 3, § 1 от Регламента, срокът за давност се прекъсва от всяко действие на компетентните органи, което е нотифицирано на лицето, свързано с разследването или правните действия, отнасящи

се до нередността, а оттам и давностният срок започва да тече отначало след всяко такова действие. Според чл. 3, параграф 1, ал. 4 от Регламент № 2988 / 95 г. на Съвета от 18.12.1995 г., срокът за давност влиза в сила най – късно на датата, на която изтича срок, равен на двукратния давностен срок, ако компетентните власти не са наложили санкция, освен ако административната процедура не е била отложена в съответствие с разпоредбите на чл. 6, параграф 1 от регламента.

От основно значение по настоящото дело е обстоятелството кой е началният момент на погасителната давност.

Настоящият състав приема, че програмата, предмет на делото, е многогодишна. Тя има за предмет популяризиране на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни (САЩ и Китай) по сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. Предвидено е да се изпълнява три години и да се финансира със средства на Европейския съюз. Съгласно практиката на Съда на ЕС, и по – конкретно т. 68 от Решение от 15 юни 2017 г. по дело С – 436 / 2015 (ECLI:EU:C:2017:468), фактът, че „програмата изрично [е] прекратена“ по смисъла на член 3, параграф 1, втора алинея, второ изречение от Регламент № 2988/95, не означава непременно, че давностният срок за всички евентуално допуснати при изпълнението на програмата нередности е изтекъл. Това се отнася само за нередностите, които са били преустановени четири години преди датата, на която „програмата изрично [е] прекратена“, и за които — освен ако няма прекъсване на давностния срок по съображенията, посочени в член 3, параграф 1, трета алинея от Регламент № 2988/95 — веднага след това се погасява възможността да бъдат преследвани. С други думи, както се посочва в становището на Комисията, приложимият за „многогодишни програми“ давностен срок по член 3, параграф 1, втора алинея, второ изречение от Регламент № 2988/95 позволява единствено удължаване, но не и скъсяване на давностния срок. (т. 69 от същото решение). Посоченото означава, че се погасяват по давност само тези нередности, които са били прекратени четири години преди датата, на която програмата е прекратена. А многогодишна програма се счита за прекратена на датата, посочена в решението на Комисията за одобряване на този проект като крайна дата за приключване на работите и за извършване на плащанията на свързаните с тях допустими разходи, без да се засяга възможността за евентуално продължаване с ново решение на Комисията в този смисъл. В конкретния случай последното плащане по договора е осъществено на дата 04.09.2019 г. Банковата гаранция е освободена на дата 20.09.2019 г. Именно това може да се приеме за дата на прекратяване на програмата. В своята практика ВАС приема, че края на многогодишна програма настъпва с изтичането на 3 – годишния срок на договора за финансово подпомагане (в този смисъл Решение № 4822 от 17.04.2024 г. по адм. д. № 9857 / 2023 г. на ВАС, Осмо отделение). Ако се приеме това тълкуване, крайният срок, до който не може да е изтекла давността е 09.02.2019 г., но това се отнася за нередности, които са прекратени четири години преди това. В настоящия случай не се твърди да е имало нередности в периода четири години преди 09.02.2019 г. Независимо кое тълкуване би било споделено, липсват твърдения, че е имало нередности четири години преди 20.09.2019 г., респ. преди 09.02.2019 г. Четири години преди посочените дати договорът между ДФЗ и Н. все още не е бил сключен. Ако се приеме, че началният момент на погасителната давност е датата 01.01.2020 г. (доколкото последното действие е освобождаване на банкова гаранция от дата 20.09.2019 г.), то тя не е изтекла към настоящия момент. Погасителната давност установена в ДОПК, включително и за публични държавни вземания за суми, които са

неправомерно получени по проекти, финансирани от средства на ЕС (чл. 162, ал. 2, т. 8 ДОПК), е два вида – абсолютна и относителна. Абсолютната 10 - годишна давност не спира и не може да бъде прекъсната. Давността, която може да бъде спряна или прекъсната, е относителната. В конкретния случай не е изтекла относителната 5 – годишна давност по чл. 171, ал. 1 от ДОПК, дори да се приеме, че не са извършвани каквито и да било действия, които са довели да спирането или прекъсването ѝ.

Не е изтекла и абсолютната 10 – годишна давност. Последната би изтекла най – рано на 01.01.2030 г. (аргумент от чл. 22, ал. 3 ДОПК). Настоящият състав съобрази и мотивите от т. 63 от Решение на Съда на ЕС по дело C-584/15 от 2 март 2017 г. ECLI:EU:C:2017:160. В тази точка е посочено, че „държавите членки запазват широко право на преценка при определянето на по-дълги давностни срокове, които да прилагат в случай на нередност, накърняваща финансовите интереси на Съюза (решение от 17 септември 2014 г., Cruz & Companhia, C-341/13, EU:C:2014:2230, т. 55 и цитираната съдебна практика). В точка 71 от посоченото Решение C-584/15 от 2 март 2017 г. е прието, че ако по силата на член 3, параграф 3 от Регламент № 2988/95 се прилага по-дълъг давностен срок, давността, при всички случаи и независимо от приемането на прекъсващ давността акт, се счита за изтекла най-късно на датата, на която изтича срок, равен на двукратния по-дълъг давностен срок. Двукратният по – дълъг давностен срок е именно 10 години.

Ако се приеме, че началният момент на погасителната давност е 20.09.2019 г., то тя също не е изтекла. При тази начална дата абсолютната десетгодишна погасителна давност би изтекла най - рано на 20.09.2029 г. Принципно е допустимо началният момент да се различава от този определен в ДОПК – 01.01. на следващата година, като това тълкуване е в полза на жалбоподателя. В Тълкувателно решение № 2 от 12.04.2017 г. на ВАС по тълкувателно дело № 3 от 2016 г., Първа и Втора колегия, е прието, че след образуване на изпълнително производство за събиране на глоба тече давността по ЗАНН, тоест не се прилага погасителната давност по ДОПК. Срокът е две години, съгласно чл. 82, ал. 1, буква „а“ от ЗАНН и започва да тече от влизане в сила на акта, с който е наложено наказанието. В Тълкувателното решение е прието, че давностните срокове за изпълнение започват да текат от влизане в сила на наказателното постановление. При данъците, таксите, осигурителните вноски, митните сборове задължението за внасяне в бюджета възниква въз основа на закона, което обяснява и защо определянето на началния момент, в който започват да текат давностните срокове, няма връзка с евентуална ревизия и издаден ревизионен акт. В конкретния случай публичното вземане не възниква по силата на закона, а е в резултат на проведеното административно производство по установяване на нередност. Съгласно член 4 от Регламент 2988 / 95 на Съвета в случая публичното вземане от Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ има характер на отнемане на незаконно придобитата облага. Ето защо е принципно е допустимо да се приеме, че погасителната давност е започнала да тече на 20.09.2019 г.

В член 3, параграф 1, ал. 3 от Регламент № 2988/95 (ЕО, ЕВРАТОМ) на Съвета от 18 декември 1995 е посочено, че срокът за давност се прекъсва с всяко действие на компетентните органи, което е нотифицирано на лицето, свързано с разследването или правните действия, отнасящи се до нередността. След прекъсването срокът започва да тече отначало. В Решение от 11 юни 2015 г. по дело C – 52 / 14 P. & Langen GmbH & KG срещу Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung изрично е посочено как трябва да се тълкува член 3, параграф 1, ал. 3 от Регламент № 2988/95. В това решение

се приема, че действия, свързани с разследването или преследването на нередност, са били нотифицирани на „проверяваното лице“ по смисъла на тази разпоредба, когато съвкупност от фактически обстоятелства позволяват да се направи извод, че съответните действия, свързани с разследване или преследване, наистина са били нотифицирани на това лице. При юридическите лица посоченото условие е изпълнено, ако съответното действие наистина е било съобщено на лице, чието поведение може в съответствие с националното право да се вмени на юридическото лице. Във връзка с посоченото съдът намира, че Сдружение „Н.“ е било уведомено на дата 19 юли 2021 г. Видно от посоченото в доклада на OLAF на тази дата е извършена проверка на място в помещенията на Н.. Нещо повече – представители на Сдружението са били поканени да представят писмени коментари по засягащи ги факти от следователи на OLAF на дата 23 ноември 2021 г. Такива коментари са предоставени от страна на Сдружение Н. и са обсъдени в доклада на OLAF. В този смисъл безспорно се установява, че погасителната давност е била прекъсната на дата 19 юли 2021 г. и е започнала да тече отначало.

Също така може да се приеме, че погасителната давност е била прекъсната и на датата на връчване на писмо изх. № 01 – 2500 / 8 от 12.01.2023 г. на жалбоподателя. С това писмо ДФ „Земеделие“ е открил производство по издаване на Акт за установяване на публично държавно вземане на основание чл. 24, ал. 1, във вр. с чл. 26, ал. 1 от АПК. Писмото е връчено на дата 17.01.2023 г. От страна на жалбоподателя са депозирани писмени възражения срещу откриване на производството по издаване на АУПДВ. Съгласно Решение на Съда на ЕС по дело С – 52 / 14 P. & Langen, ако националните органи връчват на дадено лице доклади, в които се посочва, че то е спомогнало за извършването на нередност в рамките на конкретната операция, искат от това лице допълнителна информация относно въпросната операция или пък му налагат санкция във връзка с нея, тези органи предприемат достатъчно конкретни действия по разследването или преследването на нередността по смисъла на чл. 3, параграф 1, трета алинея от Регламент № 2988 / 95 (Решение SGS Belgium и др., С – 367 / 09, EU:C:2010:648, т. 69)

Съгласно член 3, § 1, ал. 1, изречение първо от Регламент № 2988/95 (ЕО, ЕВРАТОМ) на Съвета от 18 декември 1995 година относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности (Регламента), срокът за давност за процедурите е четири години от момента, в който нередността по смисъла на член 1, параграф 1 е извършена. Този срок цели да гарантира правната сигурност на икономическите оператори (вж. в този смисъл решение на СЕС от 11 юни 2015 г. по дело С-52/14, P. & Langen GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:2015:381, т. 24 и цитираната там практика). Те трябва да са в състояние да установят кои техни операции са породили окончателни последици и кои все още могат да бъдат обект на преследване.

Посоченият срок се прилага както за нередностите, които водят до налагане на административна санкция по смисъла на член 5 от този регламент, така и за нередностите като разглежданата в настоящия случай, които са предмет на административна мярка в съответствие с член 4 от регламента, състояща се в отнемане на незаконно придобитата облага (вж. в този смисъл решения Handlbauer, С 278/02, EU:C:2004:388, т. 33 и 34, J. Vosding S.-, Kehl- und Zerlegebetrieb и др., С 278/07—С 280/07, EU:C:2009:38, т. 22, както и Cruz & Companhia, С 341/13, EU:C:2014:2230, т. 45).

Вече беше посочено, че съгласно практиката на Съда на ЕС, извършването на

нередност, с което започва да тече давностният срок, предполага изпълнението на две условия, а именно: действие или бездействие на икономическия оператор, представляващо нарушение на правото на Съюза, както и вреда или потенциална вреда, причинена на бюджета на ЕС. Давностният срок започва да тече от извършването на нередността, т. е. от момента, в който са настъпили както действието или бездействието на икономическия оператор, представляващо нарушение на правото на Съюза, така и вредата, причинена на бюджета на ЕС, като началният момент на давностния срок винаги е датата на по-късното събитие (решение от 06.10.2015 г. на СЕС по дело C-59/14, Hauptzollamt Hamburg-Jonas, ECLI:EU:C:2015:660, т. 24-26 и решение от 03.10.2019 на СЕС по дело C-378/18, Firma Ernst Kollmer Fleischimport und –export ECLI:EU:C:2019:832, т. 33).

По чл. 3, § 1, ал. 2 от Регламента, в случай на продължаваща или повторно извършена нередност срокът за давност започва да тече от датата, на която нередността е прекратена. В случай на многогодишна програма срокът за давност във всеки случай продължава, докато програмата изрично не бъде прекратена. Според настоящия състав твърдяната нередност е прекратена на дата 20.09.2019 г. – датата, на която е освободена банковата гаранция. В този момент е настъпила хипотетичната, като подлежаща на доказване вреда.

По делото е направено искане за спиране на изпълнението на АУПДВ. С Определение от дата 20.12.2023 г., влязло в сила на 07.02.2024 г., изпълнението на оспорения АУПДВ № 01 – 2500 / 8 – 2 / 25.08.2023 г. е спряно. Посоченото означава, че е налице хипотезата на чл. 172, ал. 1, т. 2 ДОПК и относителната петгодишна погасителна давност е спряна - когато изпълнението на акта, с който е установено вземането, бъде спряно - за срока на спирането. Началният момент на спирането трябва да се отчита от датата на влизане в сила на акта за спиране. Тоест към настоящия момент давността не тече, включително и на основание че АУПДВ, с който е определено публичното вземане, се обжалва пред АССГ (чл. 172, ал. 1, т. 4 ДОПК).

В обобщение трябва да се посочи, че погасителната давност по повод на оспорения АУПДВ не е изтекла към настоящия момент.

По отношение на материалния закон

Съгласно разпоредбата на чл. 60 от Регламент (ЕС) № 1306 / 2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. относно финансирането, управлението и мониторинга на общата селскостопанска политика и за отмяна на Регламенти (ЕИО) № 352 / 78, ЕО № 165 / 94, (ЕО) № 2799 / 98, (ЕО) № 814 / 2000, (ЕО) № 1290 / 2005 и (ЕО) № 485 / 2008 на Съвета, без да се засягат специфичните разпоредби, в секторното законодателство в областта на селското стопанство не се дава никакво предимство на физическо или юридическо лице, за които е установено, че условията, необходими за получаване на такива предимства, са създадени изкуствено, в противоречие с целите на това законодателство”.

Докладът на OLAF е официален удостоверителен документ. Той е оспорен своевременно от жалбоподателя с изрична молба от дата 20.03.2024 г., след приобщаването му по делото. Оспорен е и в първото по делото открито съдебно заседание от дата 02.04.2024 г. Не е поискано обаче откриване на производство по чл. 193 и сл. от ГПК относно оспорване на истинността на подписа или съдържанието му. Настоящият състав намира, че докладът на OLAF сам по себе си не обвързва съда с абсолютно задължителна сила. В АПК липсва разпоредба, сходна с тази на чл. 127, ал. 1 от Наказателно – процесуалния кодекс (НПК), съгласно която докладите и

приложените към тях документи относно разследванията на Европейската служба за борба с измамите (OLAF), са писмени доказателствени средства. Относима е разпоредбата на чл. 9 на Регламент № 1073 / 1999 и съответно чл. 11, § 2 от Регламент № 883 / 2013, в който е предписано, че окончателните доклади на OLAF са допустимо доказателство, включително в съдебното производство. Те трябва да се оценяват по същите правила, както биха били оценявани административните доклади, изготвени от инспектори на националната администрация и имат същата доказателствена сила като тях. Това не засяга правомощията на органите и на съда да оценяват свободно доказателствената сила на тези доклади. Това означава, че докладът на OLAF не би трябвало да се приема за доказателство, което има предварително определена сила и обвързва съда задължително.

Независимо от обстоятелството дали докладът на OLAF е оспорен или не от жалбоподателя, съдът намира, че в случая е приложима хипотезата на чл. 170, ал. 1 от АПК. По силата на тази разпоредба административният орган трябва да установи съществуването на фактическите основания, посочени в него. Докладът на OLAF е именно фактическото основание, което е посочено в оспорения АУПДВ и всъщност е единственото основание за неговото издаване. Той трябва да бъде ценен и обсъден заедно с всички останали доказателства по делото. Обратното тълкуване води до извод, че всеки един доклад на OLAF, в който е установено изкуствено създаване на условия, ще води до отхвърляне на жалбата. Смисълът на разпоредбата на чл. 170, ал. 1 от АПК е, че оспорените пред съда административни актове не се ползват с презумпция за законосъобразност. Органът трябва да се справи с тежестта да докаже, че съществуват фактическите основания, посочени в оспорения административен акт. Изводите, които са направени в доклада на OLAF, се разколебават при съпоставянето им с останалите доказателства по делото.

Жалбоподателят трябва да установи благоприятните за него факти (чл. 154, ал. 1 ГПК). От друга страна, доказателствата, събрани редовно в производството пред административния орган, имат сила и пред съда (чл. 171, ал. 1 от АПК). Докладът на OLAF е приобщен в хода на административното производство редовно. Видно от доказателствата по делото, той е постъпил в ДФ „Земеделие“ на дата 13.05.2022 г. с писмо, изпратено от генерален директор на Генерално дирекция „Земеделие и развитие на селските райони“. Административният орган не е провел самостоятелно производство, което да провери фактическите установявания в доклада на OLAF. Възприел е констатациите в него безкритично. Представените от страна на жалбоподателя доказателства и аргументи обаче показват факти и връзки между факти, които се различават от установените в доклада.

Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че ДФ „Земеделие“ е трябвало да установи разглежданите нарушения в рамките на текущия контрол за законосъобразност. Съгласно разпоредбата на чл. 27, ал. 3 от ЗПЗП, разплащателната агенция е длъжна да предприеме необходимите действия за събирането на недължимо платените и надплатените суми по схеми, мерки и интервенции за подпомагане, финансирани от европейските фондове и държавния бюджет, както и глобите и другите парични санкции, предвидени в законодателството на Европейския съюз. Тоест ДФ „Земеделие“ има правомощието да осъществи последващ контрол. Именно това правомощие е осъществено по повод на постъпилия доклад на OLAF.

Установените в доклада нередности могат да бъдат обособени в четири групи: организация на конкурсната процедура; използване на подизпълнители; завишаване

на цените и финансиране на дейностите по проекта.

В съответствие с чл. 13, параграф 2 и параграф 3 на Регламент (ЕО) № 3 / 2008 г., финансирането на програмите по информиране и подпомагане се осигурява при разпределение – 50 % за Европейския съюз, 20 % за прилагашата организация и 30 % за държавата – членка, като последното представлява допустима държавна помощ. На основание чл. 16, параграф 3 от Регламент (ЕО) № 501 / 2008, преди сключване на договор предлагашата организация е длъжна да внесе гаранция за добро изпълнение на стойност 15 % от припадащото се финансиране на Общността. За сключване и изпълнение на договора за финансиране Сдружение „Национална лозаро – винарска камара” е трябвало да осигури финансов ресурс в размер на 35 % от цялата стойност на договора. Без покриване на тези изисквания за финансова обезпеченост, Сдружение „Национална лозаро – винарска камара” е нямало как да сключи договор за финансиране.

Приложеният по делото доклад на OLAF съдържа твърдения, че всички предлагачи организации са били предварително финансирани от прилагашата организация – Ecomototechniki L.. Предлагащите организации са получили множество заеми, включително ресурси за финансиране на собствения им принос в промоционалната програма в размер на 20 %. В доклада на OLAF се приема, че тези заеми са отпуснати чрез обикновени споразумения от две страници за предоставяне на финансово ликвидност без съответното обезпечение. Споразуменията предвиждат заемите да бъдат изплатени след възстановяването на средствата от ДФ „Земеделие“. След като прилагашата организация преведе сумите по заемите на предлагачите организации, същите незабавно ги прехвърлят обратно на Ecomototechniki L., като плащания по издадените фактури за изпълнение на дейности по проектите.

Организация на конкурсната процедура

Сдружение „Национална лозаро – винарска камара” е организираща процедура за избор на изпълняваща организация. Обявата е била публикувана в два национални вестника. Тя е била публикувана на дата 23 юли 2015 г. Жалбоподателят е използвал следните критерии за оценка със съответните им тежести: предишен опит на икономическия оператор (60 %), качество на офертата (40 %)

Процедурата за избор на изпълняваща организация е осъществена през м. октомври 2015 г. В случая приложимата уредба е тази, установена в Наредбата за условията и реда за избор, изпълнение и контрол на промоционални програми за земеделски и хранителни продукти за избор на независима организация изпълнител. Документите от проведената процедура са били представени на Министъра на земеделието и храните на дата 09.10.2015 г. Те са били одобрени с негова Заповед № 03 – РД / 895 / 30.11.2015 г.

Съгласно изискванията на Наредбата за условията и реда за избор, изпълнение и контрол на промоционални програми за земеделски и хранителни продукти за избор на независима организация изпълнител, Сдружение „Национална лозаро – винарска камара”, което е избрало прилагашата организация в тридневен срок от извършването на избора е представило в Министерството на земеделието и храните писмено заявление по образец за одобрение на прилагашата организация. Представени са доказателства за проведената конкурсна процедура – копие на обявлението за участие, копие на протокола за избор на комисия на прилагашата организация и копие на получените оферти, доказателства за финансов и технически капацитет на прилагашата организация. Съгласно чл. 19 от Наредбата Постоянната консултативна

комисия към Министъра на земеделието и храните е направила предварителна преценка дали прилагашата организация е избрана по реда на чл. 16 и чл. 17 от Наредбата и дали разполага с необходимите финансови и технически средства. Налице е мотивирано предложение до Министъра на земеделието и храните да одобри Economotechniki L..

В хода на съдебното производство е представена докладна записка от В. Г. – заместник – министър на земеделието и храните и председател на Постоянната консултативна комисия за избор на промоционални програми (л. 281 от делото). В докладната е посочено, че Н. е провела конкурсна процедура и е избрала гръцкото дружество Economotechniki L.. Заявлението на Н. е прегледано в съответствие с Наредбата за условията и реда за избор, изпълнение и контрол на промоционални програми за земеделски и хранителни продукти (приета с ПМС № 34 от 14.02.2007 г., обн. – ДВ, бр. 17 от 23.02.2007 г.). Установено е, че процедурата е открита с обява в два вестника – „Новинар“ и „Преса“. Публичността е оценена като адекватна. Времето е достатъчно за подготовка. В Съответствие с чл. 17, ал. 1 от Наредбата, Н. е определило комисия, която има необходимата квалификация и опит. В Протокола за отваряне на офертите е посочено, че в рамките на крайния срок – 05.09.2015 г. са получени три оферти. Те са от дружествата: Economotechniki L., „Албертина 68“ ЕООД (България) и „Агропромпроект“ ООД (България). След отваряне на офертите е установено, че „Албертина 68“ ЕООД (България) и „Агропромпроект“ ООД (България) не са представили определени документи. Офертите са оценени по следните критерии – опит на оферента – 60 точки. Качество на предложението, прецизност, разбиране на кампанията, целите и изискванията, организация и методика на изпълнение, икономическа оферта – 40 точки. След отваряне на офертата Комисията е класирала на първо място Economotechniki L. – 100 точки, „Албертина 68“ ЕООД (България) и „Агропромпроект“ ООД (България) са получили по 21 точки. Дружеството е избрано от комисията.

Съгласно чл. 18 от Наредбата, предлагащото сдружение, което е избрало прилагашата организация, представя в Министерството на земеделието и храните, заявление, доказателства за проведената процедура, за финансов и технически капацитет. Посочено е, че дружество Economotechniki L. разполага както с техническа база, така и с човешки ресурси за изпълнение на проекти. Дружеството е сертифицирано по EN ISO 9001:2008 и EL0T 1435:2009. След анализ на представените данни за предложени изпълнител, във връзка с програмата „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай), комисията е предложила на Министъра на земеделието и храните за одобрение гръцкото дружество Economotechniki L.. Председателят на Постоянната комисия е посочил, че изборът на Economotechniki L. е осъществен в съответствие с горепосочената Наредба.

При административното разследване на OLAF е направен извод, че състезателната процедура значително се отклонява от изискванията. Използван е количествен критерий – „значително“. Не е ясно обаче кое отклонение се приема за значително и кое за незначително и на какви входящи параметри се основава количественият критерий. Липсата на ясен критерий прави оценката субективна. Във връзка с това не се споделя изводът, че състезателната процедура значително се отклонява от изискванията. Според изложеното в доклада на OLAF, съответните критерии не са имали за цел да се определи икономически най – изгодната оферта, а са били свързани с оценката на способността на оферентите да изпълняват договора. Използваните

критерии за подбор при възлагането на договорите не са в съответствие с принципа на равно третиране. Видно е от използваните критерии, че качеството на офертата е имала относителна тежест 40 %. Липсват убедителни аргументи с какво това нарушава принципа на равно третиране.

Споделя се аргументът на жалбоподателя срещу фактическото установяване, че документацията по проведената конкурсна процедура за избор на прилагашата организация е била одобрена от компетентния национален орган – Министерството на земеделието и храните. Министърът на земеделието и храните е одобрил избора на прилагашата организация във връзка с проведената конкурсна процедура. Изложеното в доклада на OLAF изразява субективна оценка по начина на провеждане на една процедура, която е приключила през 2015 г. Критериите, по които е бил проведен изборът са били ясно посочени предварително от страна на Н.. Не се установяват нови факти, които да могат да бъдат обективно проверени в настоящото производство. Не са установени, включително не се и твърди от административния орган наличие на определени връзки между трите дружества, които са участвали в процедурата. Липсва излагане на факти относно свързаност между тях, които да бъдат подложени на опровергаване от страна на жалбоподателя, респ. на проверка от страна на съда. Не се излагат аргументи защо представените три оферти са неконкурентни. Посоченото в доклада на OLAF представлява нова правна оценка на процедура. Тази оценка се различава от оценката на Постоянната консултативна комисия към Министъра на земеделието и храните, отразена в докладната записка на заместник – министъра (л. 281 – 283 от делото). В самия доклад на OLAF е посочено, че е използвана „правилната методика“, съобразно Наредбата. Вероятно е възможно да е имало и икономически по – изгодна оферта, но тази хипотетична възможност няма как да бъде проверена в хода на настоящото съдебно производство.

Съгласно чл. 16, ал. 4 от Наредбата за условията и реда за избор, изпълнение и контрол на промоционални програми за земеделски и хранителни продукти (приета с ПМС № 34 от 14.02.2007 г.) офертата трябва да има определено съдържание. Съдържанието е определено в пет точки. В точка 4 на алинея четири е установено задължението на подаващия офертата да посочи цена. В този смисъл подаващият офертата е бил длъжен да посочи цена и няма как тя да е била определена предварително от жалбоподателя.

Използване на подизпълнители

Спечелилият оферент Economotechniki L.. е декларирал, че при изпълнението на програмите няма да използва подизпълнители. Проверката е установила, че гръцкото дружество е възложило повечето дейности по промоционалните програми на подизпълнители. Разходите възлизат на 60 % от общата стойност на програмите. Установява се, че действителните разходи за изпълнение на дейностите са били по-ниски от фактурираните от подизпълнителите и от прилагашата организация.

В оспорения административен акт се приема, че в съответствие с чл. 4 от образеца на договор, използван в хода на осъществяване на програмата, националният компетентен орган трябва да бъде уведомен за евентуално използване на подизпълнители. При изпълнението на промоционалната програма от страна на Economotechniki L.. е посочено, че няма да бъдат използвани подизпълнители. Анализът на проектната документация показва обаче, че Economotechniki L.. е декларирала, че при изпълнението на промоционалната програма е възложило повечето дейности на подизпълнители. Установени са: A. Mitsicoudis & Sia E.E.,

„Маркет Мейкър БГ“ ЕООД и „Уърлд АДВ“ ЕООД.

В доклада от административното разследване на OLAF е посочено, че не е допустимо цялата кампания или по-голяма част от нея да се делегира на друго дружество, което не е подлежало на състезателна процедура за подбор. Доброто финансово управление предполага такова делегиране да остане ограничено. В доклада е посочено, че използването на подизпълнители е било декларирано само в декларацията за възстановяване на разходи, представени от предлагашите организации на разплащателния орган. Настоящият състав намира, че в случая не се установява нарушение от вида, който се твърди. В самия доклад на OLAF се приема, че националният орган е бил уведомен, независимо че това е ставало в декларацията за възстановяване на разходи. Отново в този доклад се приема, че принципно изпълняващата организация има право да възлага изпълнението на част от програмата на подизпълнител. Действително държавата членка трябва да извършва проверка при постъпило искане за плащане и на придружаващите документи и съответните фактури. Неясно обаче остава защо това задължение на държавата е с последици, които настъпват в правната сфера на жалбоподателя. Посочено е, че фактури и / или платежни документи от действителния доставчик на услугите не са били предоставени. Дължим е извод, че те не са били предоставени, защото липсват доказателства да са били искани. В тази насока основателни са аргументите в становището на Economotechniki L., че няма как още преди започване на дейностите по програмата да се знае, че ще се наложи да се използват подизпълнители. Изборът на подизпълнители се осъществява по време на изпълнение на проекта, въз основа на особеностите на съответния пазар. Изборът на подизпълнител е бил съобщаван. Действително в чл. 4 от договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. е предвидена клауза относно „евентуалните подизпълнители“, т. е. принципно тази възможност не е изключена.

В самия доклад на OLAF е посочено, че нарушението се изразява в това, че Economotechniki L. не е уведомило компетентния национален орган за *намерението* си да използва подизпълнители. Тоест липсва пряка констатация, че използването на подизпълнител е забранено от конкретен нормативен акт. Твърди се, че не е обявено предварително това намерение. В своето обяснение (Приложение № 8) Economotechniki L. посочва, че няма как предварително да е абсолютно сигурно, че ще се наложи да използва подизпълнители, за да обяви това свое намерение.

Завишаване на цените

В хода на административното разследване е извършен анализ на фактури, платежни документи и счетоводни данни от подизпълнителите на Economotechniki L.. Приема се за установено, че достигналите до крайните доставчици на услуги действително платени суми, са значително по – ниски от тези, които е получила основната изпълняваща организация.

Административният орган основава своята теза на обстоятелството, че не са били представени фактури и / или платежни документи от действителните доставчици на услугите – телевизионни канали, списания, хотели, ресторанти, супермаркети, изложбени центрове и т. н. Липсват отчети за отработените часове, фишове за заплати и други от страна на подизпълнителите.

По отношение на тази твърдяна нередност изпълняващата организация Economotechniki L. е предоставила аргументирано становище. В него е посочено, че подизпълнителите на изпълняващата организация са тези, които избират партньорите

си за изпълнението. Твърди се, че е трудно да се проследява всеки един доставчик на Economoteknikí L., особено ако той се намира в трета държава. Дружеството спазва изискването да съхранява всяка една фактура, която е издадена от неговия подизпълнител. Тези фактури са изплатени напълно.

В тази насока трябва да се отбележи, че в доклада на OLAF липсва достатъчно конкретика. Посочено е, че изпълнението на програмата „Вина със ЗНП / ЗГУ в трети държави (САЩ, Китай), 2016 – 2018 г.“ показва „по – малко разлики между фактурите на доставчиците на услугите и тези на подизпълнителя“. В табличен вид е показано каква е разликата между 6 фактури, издадени от A. Mitsikoudis & Sia E.E. на дата 2 февруари 2017 г., от една страна, и съответстващи фактури, издадени от доставчиците на услугите на подизпълнителите (посочени са 11 броя фактури). Разликата се явява такава от 30 950 EUR.

Въз основа на така установените факти не може да се приеме за доказано наличието на завишаване на цени. Твърденията в доклада на OLAF са общи, което се дължи на обстоятелството, че в него са инкорпорирани резултатите от проверките на общо 11 броя програми. От обстоятелството, че в счетоводството на определени дружества няма счетоводно отразяване на факта на плащане не може да се направи генерален извод, че паричните суми не са преведени. Неотразяването на плащането в счетоводните регистри на „Маркет Мейкър БГ“ ЕООД не е равнозначно на липса на плащане. В Приложение № 8 към делото се съдържа писмено обяснение от името на „Маркет Мейкър БГ“ ЕООД. В това обяснение е посочено, че всички фактури издадени от това дружество на Economoteknikí L. са платени. Копие на фактурите е представено на разследващия екип от OLAF.

Финансиране на дейностите по проекта

Установено е, че общо за трите промоционални програми Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ е получила общо 29 заема от Economoteknikí L.. Конкретно за програмата „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай) по сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. Сдружението е получило общо 1 991 604, 58 EUR.

При административното разследване е установено, че финансирането на дейностите по проекта, включително собствения принос на предлагащата организация, с множество заеми от изпълняващата организация, се счита за спорна практика. Посочено е, че всички дейности по програмата са финансирани от Economoteknikí L. *предварително*. Прегледът на доказателствата по делото води до извод, че заемите са предоставени след одобрението на проекта и след започване на реализацията на дейностите по него. Действително не се установява разпоредба от националното или от европейското законодателство, която да забранява това. Дори самият административноразследващ орган приема, че това е „спорна практика“, но не и забранена. Видно от приобщения по делото Устав на Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“ тя е юридическо лице с нестопанска цел. Тя няма как да реализира печалба и самостоятелно да акумулира финансов ресурс, който да покрие изискването за самоучастие. Сдружението е направило опит да осигури необходимата сума. Относно самоучастието е налице взето решение от УС на Н. съгласно Протокол № 2 от 12.05.2016 г. По делото (Приложение № 5) е приложен Протокол № 2 от заседание на УС от 12.05.2016 г. на Н.. Видно от него членовете на сдружението са задължени да внесат допълнителни имуществени вноски. Целта на тези вноски е била да се осигури участие в промоционалната програма. Определени са конкретни срокове за внасяне на

паричните суми, както и техният размер. Невъзможността да се съберат тези суми обяснява икономическата логика да се прибегне до привличане на финансов ресурс под формата на заем.

Видно от приложенията към делото първият превод за предоставяне на парична ликвидност е осъществен на дата 19.12.2016 г. и е в размер на 42 180. 64 евро (лева равностойност 82 496. 90 лева). Следва предоставяне на сумата от 243 400. 07 евро (лева равностойност от 476 041, 86 лева) на дата 20.03.2017 г. Осъществени са общо 8 трансфера. В таблицата е посочено, че на дата 01.06.2017 г. е осъществено възвръщане на парични средства по сумата от дата 19.12.2016 г., като върнатата сума е в размер на 9 570. 09 евро. Крайният баланс, който е предоставен от дружество Ecomototechniki L., е следният – предоставен заем по програма „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай) по сключен договор за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. в размер на 1 991 601. 92 евро. Възстановена сума към дата 13.05.2021 г. в размер на 1 669 803. 21 евро. Оставаща за възстановяване сума 321 798. 71 евро.

В приложението към делото се намира отговор за прихващане с изх. № 35 от 29.10.2021 г. на Н.. В този отговор, изготвен от името на изпълняващата организация Ecomototechniki L., е посочен Договор за спогодба от дата 30.07.2019 г. Той цели да уреди отношенията по сключени договори за заем във връзка с промоционален проект „Промоция на вина със ЗНП / ЗГУ в трети страни“ (САЩ и Китай). Изброени са и самите договори – договор за заем / споразумение за предоставяне на парична ликвидност от 19 декември 2016 г., 15 март 2017 г., 26 април 2017 г., 25 септември 2017, 26 юни 2018 г., 26 септември 2018 г., 19 март 2018 г. Дължимите суми е трябвало да бъдат върнати до дата 30.06.2020 г. Договорите са сключвани на дати, идентични или близко до датите на превеждане на сумите. Същото е видно от банкови извлечения и счетоводни документи, които се намират в приложението към делото (Приложение № 8).

Анализът на тези факти води до извод, че тезата, установена в доклада на OLAF е дискредитирана. Заемите са предоставяни в период, който е последващ спрямо датата, на която е сключен договорът за финансово подпомагане № 18 от 09.02.2016 г. Процедурата за избор на изпълняваща организация е осъществена през м. октомври 2015 г., т. е. първите суми са предоставени повече от една година след това одобрение. Липсват убедителни доказателства, че всички дейности по програмата са финансирани от Ecomototechniki L. *предварително*. Основателни са доводите на Ecomototechniki L., че паричните средства са предоставени след като е извършен изборът на изпълняваща организация. В самия доклад на OLAF е посочено, че това представлява „спорна практика“, но не и забранена. Липсва посочване на конкретни разпоредби, които да въведат забрана за икономическите оператори да се финансират чрез получаване на парични заеми.

Относно наличието на изкуствено създадени условия

Съгласно разпоредбата на чл. 60 от Регламент (ЕС) № 1306 / 2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. относно финансирането, управлението и мониторинга на общата селскостопанска политика и за отмяна на Регламенти (ЕИО) № 352 / 78, ЕО № 165 / 94, (ЕО) № 2799 / 98, (ЕО) № 814 / 2000, (ЕО) № 1290 / 2005 и (ЕО) № 485 / 2008 на Съвета, без да се засягат специфичните разпоредби, в секторното законодателство в областта на селското стопанство не се дава никакво предимство на физическо или юридическо лице, за които е установено, че условията, необходими за

получаване на такива предимства, са създадени изкуствено, в противоречие с целите на това законодателство”.

В своята практика ВАС дава определение на това, какво представлява „изкуствено създаване на условия за получаване на предимство, в противоречие със законодателството на ЕС“. Практиката е формирана във връзка с тълкуването и прилагането на законодателството в областта на финансирането с европейски средства. (Решение № 514 от 21.01.2022 г. по адм. д. № 7184 / 2021 г. на ВАС, Решение № 1038 от 4.02.2022 г. по адм. д. № 4383 / 2021 г. на ВАС, Решение № 12164 от 29.11.2021 г. по адм. д. № 3198 / 2021 г. на ВАС, Решение № 12414 от 6.12.2021 г. по адм. д. № 7380 / 2021 г. на ВАС).

За наличието на „изкуствено създадени условия“ се изисква изследване на наличието на обективен и субективен елемент в смисъла, разяснен с решението на Съда на ЕС от 12.09.2013 г. по дело С – 434 / 12. Според посочения съдебен акт, чл. 4, параграф 8 от Регламент (ЕС) № 65 / 11 трябва да се тълкува в смисъл, че условията за прилагането му включват кумулативна установеност на обективен и субективен елемент.

За обективния елемент релевантни са обстоятелствата в конкретния случай, въз основа на които може да се направи извод, че целта, преследвана със схемата за подпомагане няма да може да бъде постигната.

За субективния елемент определящи са доказателствата, че с изкуственото създаване на необходимите условия за получаване на плащане въз основата на схемата за подпомагане, кандидатът за това плащане е възнамерявал единствено да получи облага в противоречие с целите на схемата. При това трябва да са обосновани не само обстоятелствата като правните, икономическите и / или лични връзка между лицата, участващи в сходните инвестиционни проекти, но и да са установени улики, свидетелстващи за умишлена координация между тези лица.

Съдът на ЕС уточнява, че не се допуска да бъде отказано плащане по схемата за подпомагане на Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони (ЕЗФРСР) единствено поради това, че инвестиционният проект, който кандидатства за подпомагане по тази схема, е функционално несамостоятелен или че съществува правна свързаност между кандидатите за такова подпомагане, при това без да се вземат предвид другите обективни елементи.

Настоящият състав на съда намира, че не се доказва липса на постигане на целта на програмата. Съгласно мотивите на Регламент 501/2008 целта на промоционалните програми е информиране и насърчаване, свързано със селскостопанските продукти и с метода им на производство, както и с хранителните продукти, произведени на базата на селскостопански продукти, на вътрешния пазар и на пазарите на трети страни. Съгласно Регламент № 3/2008 Общността извършва действия, свързани с насърчаване, на вътрешния пазар и на пазарите на трети страни, на редица селскостопански продукти, дава тласък на действията, провеждани от държавите-членки, като подобрява представата за тези продукти сред потребителите в Общността и в третите страни, особено по отношение на качеството, хранителната стойност и безопасността на хранителните продукти и начините на производство. Като помага за отварянето на нови пазари, тази дейност би могла също да окаже мултиплициращ ефект върху националните или частни инициативи. На първо място, ДФЗ е одобрил всички заявки за плащания - текущи и окончателни, и е приел междинните и годишни доклади на Сдружението. Всички дейности по промоционалната кампания са успешно завършени. Не се и сочи в АУПДВ коя цел на

програмата не е била изпълнена. Рекламни материали са налични и в представения от жалбоподателя и приет като доказателства носител (USB), в който са записани проведени презентации, снимки и други, извършени именно в изпълнение на промоционалната програма.

В тази връзка не се споделя твърдението на ответника, изложено в писмената защита по делото, че от обективна страна са налице връзки, индикатори и обвързаности от правно, финансово, лично и друго естество между прилагашите организации и техните представители и гръцкото дружество. В подкрепа на твърдението не са изложени конкретни факти. Необоснован с факти е и доводът, че обвързаностите са резултат от предварителна уговорка, която има за цел външно (формално) съответствие с изискванията на програмата.

Според настоящия състав в конкретния случай липсват доказателства и за наличие на субективния елемент от конструкцията за създаване на „изкуствени условия“. Не се установяват преки доказателства за знание за участие в схема за създаване на изкуствени условия за получаване на финансиране от публични фондове, което води до липса на нередност. Липсват доказателства за умишлена координация между Сдружение Н., Economotechniki L. и използваните от последното подизпълнители. Не се излагат конкретни твърдения за наличие на връзки между участниците в програмата – правни, лични и други. Липсват доказателства за определена предварителна дейност, която е осъществена между жалбоподателя и прилагашата организация. Само въз основа на обстоятелството, че дружество Economotechniki L. е изпълняваща организация по множество програми не може да се обоснове извод за наличие на „изкуствено създадени условия“.

В обобщение: по делото липсват доказателства за наличие на обективния и субективния елемент от предпоставките, за да се приеме, че Сдружението е създадо „изкуствени условия за получаване на предимство, в противоречие със законодателството на ЕС“.

Без да се отрича доказателствената стойност на доклада на О., той сам по себе си не е достатъчен да установи посочените релевантни, именно за настоящия казус факти. В тази връзка по смисъла на чл. 11, § 2 Регламент (ЕС, Евратом) № 883/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета, относно разследванията, провеждани от Европейската служба за борба с измамите /О./ докладите на тази служба са допустими доказателства в административното и съдебното производство, но тъй като изрично е посочено, че това не засяга правомощията на органите и на съда да оценяват свободно доказателствената сила на тези доклади, докладът не би следвало да се приема за единственото годно доказателство. Напротив, в случая съдът цени и останалите писмени доказателства, въз основа на които достига до извода, че не са представени убедителни доказателства от страна на ответника, за да бъде направен категоричен извод за наличие на осъществена нередност – „изкуствено създадени условия“ - извършено нарушение на чл. 60 от Регламент 1306/2013 на ЕП и Съвета.

Предвид изложените мотиви, съдът намира, че жалбата е основателна, а оспореният АУПДВ като незаконсъобразен трябва да бъде отменен.

При този изход на делото, на жалбоподателя се дължат разноски, които са поискани своевременно. Разноските са в общ размер на 3050 лева, от които 3000 (три хиляди) лева хонорар за адвокат, за което е представена фактура, и 50 (петдесет) лева заплатена държавна такса.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София -

град, Първо отделение, 45 - ти състав ,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], п. к. 1404, [улица], Хотел Ф., Мецанин, АУПДВ № 01 – 2500 / 8 – 2 / 25.08.2023 г. издаден от Изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие“.

ОСЪЖДА Държавен фонд „Земеделие“ – РА да заплати на Сдружение „Национална лозаро – винарска камара“, ЕИК[ЕИК], сумата от 3050 лева разноски по делото.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред ВАС на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му.