

РЕШЕНИЕ

№ 222

гр. София, 10.01.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 17.12.2019 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **11975** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.226 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е въз основа на Решение № 11365 от 24.07.2019г. по адм. д. № 11198/2018г. на Върховния административен съд, с което е върната за ново разглеждане жалбата на [фирма] срещу Решение № РД-16-286/14.03.2018г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма (ОП) „Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013г. и и.д. главен директор на ГД “Европейски фондове за конкурентоспособност“ (ЕФК) в Министерство на икономиката.

В жалбата са изложени оплаквания за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречието му с материалноправните разпоредби, несъответствие с целта на закона и съществено нарушение на административнопроизводствените правила. Изтъква се, че настоящият спор е продължение на четири предходни съдебни дела, водени между същите страни и едно и също основание и по една и съща причина, като с обжалваното решение УО цели да наложи финансова корекция в размер и на основание, на които вече е налагана такава на същото дружество, по същия договор за безвъзмедна финансова помощ, като целта на производството е единствено да бъдат санирани допуснатите пропуски. Твърди се, че въпреки това не са посочени конкретните правни норми, съобразно които се обосновават твърденията за свързаност между [фирма] и [фирма]. Поддържа се, че при определяне на статута

си на средно предприятие [фирма] се е съобразило с тълкуването на закона, дадено от страна на Договарящия орган. Прави се анализ на разпоредбите на Закона за малките и средни предприятия (ЗМСП) относно категорията „малки и средни предприятия“, както и на фактите и обстоятелствата, релевантни за преценката относно категорията на дружеството- жалбоподател. Поддържа се, че не е налице хипотеза на свързаност по смисъла на чл.4, ал.5 и ал.8 от ЗМСП, в подкрепа на което са изложени подробни съображения. Твърди се, че липсва каквато и да било нередност, която би могла да доведе до основание за налагане на финансова корекция, както и че липсва фактическия състав на посочената в акта правна норма за налагане на финансова корекция. Отделно се сочи, че неправилно е определена основата, въз основа на която е изчислена финансовата корекция.

В проведеното при новото разглеждане на делото съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв.З., която поддържа жалбата, моли за отмяна на акта и за присъждане на разноски съгласно списък.

Ответникът - Ръководителят на УО на ОП “Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013г. и Главен директор на ГД ЕФК в МИ, чрез процесуален представител - експерт с юридическо образование П., оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена, като претендира юрисконсултско възнаграждение.

В настоящото производство, освен приобщените от първото разглеждане на делото доказателства, са събрани и нови писмени доказателства, представени от жалбоподателя съобразно дадените указания относно разпределението на доказателствената тежест.

Съдът, като взе предвид представените и приети по делото доказателства и становищата на страните, намира от фактическа и правна страна следното:

[фирма] е бенефициент по Договор № BG161P0003-2.3.02-0046-C0001 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, сключен по процедура за подбор на проекти „Енергийна ефективност и зелена икономика“, приоритетна ос 2: Повишаване ефективността на предприятията и развитие на благоприятна бизнес среда“.

С оспореното решение Ръководителят на УО на ОП РКБИ е наложил на [фирма] финансова корекция в размер на 100% от получената безвъзмездна финансова помощ - авансово плащане от 1 273 887,48 лв. по сключения договор № BG161P0003-2.3.02-0046-C0001.

Решението е издадено, след като с влязло в сила Решение № 13626/13.12.2016г., постановено по адм. дело № 7332/2016 г. по описа на ВАС, съдът е отменил волеизявлението на министъра на икономиката и ръководител на управляващия орган на ОП РКБИ за налагане на финансова корекция по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG161P0003-2.3.02-0046-C0001 с бенефициент [фирма], за която на дружеството са изпратени писмо изх. N К-26-П-45/21.04.2016 г., Решение № РД-16- 289/05.04.2016 г. за установена и регистрирана нередност Н. ОПК/16/РР/212 и покана изх. № К-26-П-45/21.04.2016 г. за доброволно възстановяване на средства в размер на 1 273 887,48 лв., представляващи извършеното авансово плащане по цитирания договор.

С писмо изх. № К-26-П-45/19.12.2017 г. УО на ОП РКБИ е стартирал нова процедура за определяне на финансова корекция - по чл. 73 от ЗУСЕСИФ, като е уведомил [фирма] за предстоящо налагане на финансова корекция по договор №

BG161P0003-2.3.02-0046-C0001 в размер на 1 273 887,48 лева и му е предоставил възможност в двуседмичен срок да представи писмени възражения.

С писмо вх. № К-26-П-45 от 19.01.2018 г. дружеството е упражнило правото си, като е подало възражение в срок, в което е изложило подробни съображения. Същите са разгледани и обсъдени от административния орган, но са приети за неоснователни, поради което на 14.03.2018г . С. П., изпълняващ длъжността Главен директор на Главна дирекция „ЕФК“ и ръководител на УО на ОП „Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013 издал оспореното Решение РД-16-286/14.03.2018 г.

Като фактически и правни основания за издаване на акт, административният орган е посочил следното:

Съгласно оповестената в търговския регистър информация за [фирма], към датата на сключване на договор № BG161P0003-2.3.02-0046-C0001 дружеството се представлява от Р. И. К. и Н. В. Н., заедно и поотделно. В годишния доклад за дейността на дружеството за 2012г., оповестен в Търговския регистър, са посочени следните данни за участие на управителя Р. И. К. в управлението на други дружества: [фирма], [населено място] – управител; [фирма], [населено място] - изпълнителен директор; [фирма], [населено място] – управител; [фирма] - член на съвета на директорите; [фирма] - изпълнителен директор. Съдружници в [фирма] са И. Р. К. с дял от 99 000 лв. (76,04% от капитала) и [фирма] с дял от 31 200 лв. (23,96 % от капитала).

Съгласно Годишния доклад за дейността, през 2012 г. дружеството е извършвало следните видове операции и сделки: „строителство на пътища и пътни съоръжения, производство на всички видове инертни материали и производство на строителна продукция“. Посочено е, че „основно приходите на дружеството през отчетния период са от производството на инертни материали, бетон и асфалт и от изпълнени строително монтажни работи“. По-големите обекти, по които дружеството работи, са: „Текущо и зимно поддържане на републиканската пътна мрежа“, TRP5/12: Проект „Транзитни пътища V - България“ Л. № 12“, „Извършване на СМР по проект „Рехабилитация на общински пътища за осигуряване на интегрирано развитие и териториално сближаване на [община]“ и др. Произведени са 155 261 тона инертни материали, 4 593,04 М3 бетонови смеси и 2860,50 т. асфалтови смеси“. „Най- голям относителен дял в нетните приходи от продажби заемат приходите от продажби на строителна продукция - инертни материали, асфалт и бетон“.

През 2011 г., съгласно оповестените Финансов отчет и Годишен доклад за дейността за 2011 г., основните приходи на дружеството са от производство на инертни материали, бетон и асфалт и от строително-монтажни работи (строителна дейност). По-големите обекти, на които дружеството работи, са: „Текущо и зимно поддържане на републиканската пътна мрежа“, „Основен ремонт на пътища от общинската пътна мрежа на територията на [населено място]“; Рехабилитация на път III-904 Старо О. - Долни Чифлик - Гроздьово - Б., Област В.“ и др.

Средносписъчният състав на персонала, нает по трудов договор и договор за управление е: 74 души за 2012 г. и 69 души за 2011 г..

През 2012 г. е направена инвестиция - „участие с 80% в капитала на [фирма], ЕИК[ЕИК].

В процесното решение са посочени и следните данни за собствеността и управлението на дружествата [фирма], [фирма], [фирма], [фирма], [фирма], [фирма]:

Относно „ПЪТНО ПОДДЪРЖАНЕ-В. Т." О. е посочено, че съдружници са [фирма] (80%) и [фирма], а представляващ у Р. И. К.. За 2012 г. [фирма] е с вписан в търговския регистър код на основна икономическа дейност (КИД) 4523 „Строителство на пътища, самолетни писти и спортни терени". Според годишния отчет на дейността на дружеството за 2012 г., икономическата му дейност е, както следва: текущи ремонти и поддържане на пътища (КИД 4211) с 21% относителен дял от нетните приходи от продажби през 2012 г.; приходи от наеми със 17% относителен дял от нетните приходи от продажби през 2012 г.; производство на бетон в строителството (КИД 2361) с 62% относителен дял от нетните приходи от продажби през 2012 г.

Средно списъчната численост на персонала за 2012 г. е 12 души. В разглежданите периоди [фирма] е едноличен собственик на капитала на [фирма].

Относно [фирма], е посочено, че едноличен собственик на капитала е [фирма], а управител и представляващ дружеството е Р. И. К.. Съгласно Годишния отчет за дейността на дружеството за 2012 г., то е с икономическа дейност „Трошене на камък, чакъл, пясък, добив на глина, каолин". През 2012 г. дружеството няма назначен на трудов договор персонал.

Относно [фирма] е посочено, че съдружници са И. Р. К. (55%) и Г. А. К. (45%), а се представлява заедно и поотделно от И. Р. К. и Г. А. К.. По данните от финансовия отчет за 2012 г., дружеството е извършвало следните видове операции и сделки: проучване и проектиране на пътни обекти, автомагистрала, улици, паркинги, площадки и други градоустройствени мероприятия, проектиране на инженерни съоръжения, консултации и експертизи в областта на инвестиционния процес, оценяване на съответствието на инвестиционните проекти със съществените изисквания към строежите и упражняване на строителен надзор при изпълнение на строежи. Нетните приходи от продажби са 650 000 лв. за 2012 г. и 507 000 лв. за 2011 г. по данни от оповестените за съответния период Отчети за приходите и разходите. Средносписъчната численост на персонала за 2012 г. е 18 души, а за 2011 г. - 21 души.

Относно [фирма] е посочено, че физическо лице-търговец е И. Р. К.. Съгласно представените от [фирма] справки за 2011 г. и 2012 г. за обобщените параметри на предприятието, [фирма] няма нает персонал, активи и не е реализирал оборот от сделки. В търговския регистър няма обявени актове по дейността на търговеца.

За [фирма] е посочено, че едноличен собственик на капитала е [фирма], поради което като дъщерно дружество [фирма] е включено в консолидирания финансов отчет на [фирма]. Дружеството се представлява от Р. И. К., считано от 20.04.2012 г., а в периода 06.02.2008 г. - 17.04.2012 г. - от Р. И. К. и С. Х. С., заедно и поотделно. Съгласно Годишния доклад за дейността на дружеството за 2012 г. са отчетени приходи в общ размер на 32 128 хил. лв., от които 82,31% са от строителна дейност. В доклада е посочено също, че през 2011 г. относителният дял на приходите от строителна дейност е бил 80,31%. Като по-големи обекти, на които дружеството е изпълнявало СМР през 2012 г., са посочени: „Проектиране и изпълнение на ново строителство, реконструкция, аварийни ремонти и рехабилитация на улична мрежа, спортни обекти и междублокови пространства на територията на [община] по обособени позиции" с възложител [община]; „Поддържане, зимно поддържане, ремонт и реконструкция на пътища от Р. пътна мрежа на територията на областно управление - В."; „Реконструкция и електрификация на ж.п. линия С. - турска граница", „Лот2 - Рехабилитация на път III - 307 Д.-У.-Микре, област Л.", „Лот23-Рехабилитация на път III - 904 Старо О. - Долни чифлик-Гроздьово- Б., област В.,

Текущи и аварийни ремонти на улици с възложител [община], Рехабилитация на път 8-8 с възложител [фирма], Проект „Транзитни пътища V - България Л. № 12. Средно списъчната численост на персонала за 2012 г. е 474 души, а за 2011 г. - 536 души.

Относно [фирма] е посочено, че дружеството се представлява от Р. И. К.. Съгласно консолидирания доклад за дейността, негови дъщерни дружества през 2011 г. са: [фирма] И [фирма], които се притежават 100 % от [фирма], и [фирма], в което [фирма] притежава дял от 60%. За 2012 г. консолидираният финансов отчет на [фирма] включва следните предприятия: [фирма], в което [фирма] притежава 100% от капитала; [фирма], в което през 2012 г. [фирма] притежава 60% от капитала, и ДЗЗД „Е.“ с участие 60% през 2012 г. С. състав на персонала на групата за 2012 г. е 537 работници и служители (към 31.12.2011 г. - 642 работници и служители). За дружествата от групата са посочени и данни за предмета на дейност.

Ръководителят на УО е приел за безспорно, че предвид публично оповестените обстоятелства в търговския регистър и с оглед подписаната от [фирма] декларация за обстоятелства по чл. 3 и чл. 4 от ЗМСП от 04.10.2013 г. и приложената към нея справка за 2012 г. за обобщените параметри на предприятието, което подава декларацията по чл.3 и чл.4 от ЗМСП, през 2011 г. и 2012 г. бенефициентът [фирма] е свързано предприятие по чл. 4, ал. 5, т. 1 от ЗМСП с [фирма], [фирма], и [фирма]. Освен декларираните свързани предприятия, УО е приел, че [фирма] е свързано предприятие по чл. 4, ал. 5, т. 1 и т. 2 с [фирма], тъй като в периода 14.08.2008г.-23.01.2013 г. едноличен собственик на капитала на това дружество е [фирма], което е свързано предприятие с [фирма], придобило през 2012 г. дял от 80% от капитала на [фирма].

Позовавайки се на практиката на Съда на ЕС по преюдициални запитвания по тълкуване и прилагане на Препоръка 2003/361/ЕО, а именно Решение от 27 февруари 2014 година по дело С- 110/13, УО е приел, че търговските решения по управлението на дружествата [фирма] и [фирма] са били концентрирани в разглеждания период в оперативната власт на Р. И. К.. От друга страна, наличието на родствени взаимоотношения между И. Р. К. (син), притежаващ 76,04% от капитала на [фирма] и Р. И. К. (баща), представляващ другия съдружник в [фирма], попадат в хипотезата, посочена от Съда на ЕС в цитираното решение, че са „...от естество да позволят на тези лица да съгласуват поведението си, с цел да упражнят влияние върху търговските решения на разглежданите предприятия, което изключва възможността последните да се считат за икономически независими едно от друго". Като допълнителен аргумент в тази насока е посочено, че в разглеждания период (2011 г. и 2012 г.) дружествата [фирма] и [фирма] като част от икономическата група на [фирма] са осъществили дейността си на същия съответен продуктов и географски пазар, като е била налице съгласувана икономическа дейност между цитираните предприятия, реализирана на същия съответен продуктов, времеви и географски пазар, което изключва възможността те да бъдат разглеждани като икономически независими едно от друго.

По изложените съображения и на основание чл. 4, ал. 8 във връзка с чл. 4, ал. 5, т. 4 от ЗМСП, Ръководителят на УО е направил извод за свързаност между [фирма], [фирма] и всички предприятия от икономическата група на [фирма]. Като резултат от установената свързаност с големите предприятия [фирма] и всички предприятия от икономическата група на [фирма] и на основание чл.4б и чл.4г, ал. 6 от ЗМСП, е приел, че "ПЪТИЩА И МОСТОВЕ ПРО" в две последователни години (2011 г. и 2012 г.) е със статут на голямо

предприятие и поради това - недопустим кандидат и бенефициент по процедура BG161P0003-2.3.02, от която е финансиран договор № BG161P0003-2.3.02-0046- C0001.

С оглед на това е наложил финансова корекция в размер на 100% от получената безвъзмездна финансова помощ - авансово плащане в размер на 1 273 887,48 лв.

Настоящият съдебен състав, след като се запозна с жалбата и доводите на страните и обсъди събраните по делото доказателства, съобразявайки указанията, дадени от касационната инстанция с решението, с което делото е върнато за ново разглеждане, намира жалбата за неоснователна.

Като правно основание за налагането на финансовата корекция, Ръководителят на УО е посочил разпоредбата на чл.70, ал.1,т.2 от ЗУСЕСИФ, според която финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нарушаване на правилата за държавната помощ по смисъла на чл. 107 от Договора за функционирането на Европейския съюз. Според правилата, установени в чл. 107 от ДФЕС, освен когато е предвидено друго в Договорите, всяка помощ, предоставена от държава-членка или чрез ресурси на държава-членка, под каквато и да било форма, която нарушава или заплашва да наруши конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки, доколкото засяга търговията между държавите-членки, е несъвместима с вътрешния пазар. В същата разпоредба (параграф 2 и 3) са посочени кои помощи се считат или могат да се приемат за съвместими с вътрешния пазар.

В случая не се оспорва от жалбоподателя, че помощта по договор № BG161P0003-2.3.02-0046-C0001, осигурена от Европейския фонд за регионално развитие, е предоставена при приложими режими на държавни помощи, както следва: 1) Режим „de minimis“ (минимална помощ) съгласно Регламент на Комисията (ЕО) 1998/2006 от 15 декември 2006 г. относно прилагането на чл. 87 и 88 от Договора за създаване на ЕО към помощта de minimis (ОВ L 379/28.12.2006), приложим за планираните в бюджета на проекта разходи по Компонент 1 и Компонент 3; 2) Регионална инвестиционна помощ - режим „групово освобождаване“, съгласно Глава I, чл. 12 и Глава II, Раздел 1, чл. 13 от Регламент на Комисията (ЕО) № 800/2008 от 6 август 2008 година относно деклариране на някои категории помощи за съвместими с общия пазар в приложение на членове 87 и 88 от Договора (ОВ L 214/09.08.2008), приложим за планираните в бюджета на проекта разходи по Компонент 2.

Правилата за получаване на конкретната държавна помощ са регламентирани в Насоките за кандидатстване по процедура № BG161P0003-2.3.02 „Енергийна ефективност и зелена икономика“, публикувани и общодостъпни на адрес: http://www.opcompetitiveness.bg/images/module4/files/105/1332_2.3.02_GfA_Energy-efficiency_oct2013.pdf. Съгласно т.2.1.1.б. „б“ от Насоките, допустими за кандидатстване по конкретната процедура за подбор на проекти, са микро, малки или средни предприятия по смисъла на чл. 3 и чл. 4 от Закона за малките и средните предприятия, който е в съответствие с дефиницията за МСП на Приложение I към Регламент на Комисията (ЕО) No 800/2008.

Кандидатите са длъжни да удостоверят, че отговарят на изискването за категория предприятие - микро, малко или средно предприятие по смисъла на Закона за малките и средните предприятия, като представят към проектните предложения Декларация за обстоятелствата по чл. 3 и чл. 4 от ЗМСП (Приложение Г към Насоките за кандидатстване, включващо и Допълнителни указания и примери за попълване на Декларацията).

В случая жалбоподателят е подал такава декларация (от 04.10.2013г.), в която е посочил, че е със статут на средно предприятие съгласно чл.3 и чл.4 от ЗМСП. Декларирал е също и свързаност с [фирма], [фирма] и [фирма] . Въз основа на декларираните данни УО е приел кандидата за допустим по смисъла на т.2.1.1.б.“б“ от Насоките за кандидатстване.

Съгласно чл.3, ал.1 от ЗМСП категорията малки и средни предприятия включва предприятията, които имат средносписъчен брой на персонала, по-малък от 250 души, и годишен оборот, който не превишава 97 500 000 лв., и/или стойност на активите, която не превишава 84 000 000 лв. По аргумент от посочените в ал.2 критерии за малки предприятия, се извеждат и признаците на категорията средно предприятие - средносписъчен брой на персонала между 50 и 250 души и годишен оборот не по-малко от 19 500 000 лв, но непревишаващ 97 500 000 и/или стойност на активите над 3 900 000, но не повече от 84 000 000 лв.

Ответникът не отрича, че според данните в отчета за заетите лица, годишния доклад за дейността и финансовия отчет за 2011 и 2012г. жалбоподателят попада в категорията средно предприятие по смисъла на чл.3, ал.1 вр. ал.2 от ЗМИП. Тезата на административния орган, че дружеството представлява голямо предприятие и следователно е недопустим кандидат по процедурата, се основава на твърдението, че същото не е независимо, предвид съществуващите отношения на свързаност с други юридически лица, което с оглед съвкупните данни на всички свързани лица има за краен резултат неизпълнение на критериите по чл.3 от ЗМСП.

Според чл.4, ал.5 от ЗМСП свързани са предприятията, между които съществува някое от следните отношения: 1. едното предприятие притежава повече от половината от броя на гласовете в общото събрание на другото предприятие; 2. едното предприятие има право да назначава или освобождава повече от половината от членовете на изпълнителния, управителния или надзорния орган на другото предприятие; 3. едното предприятие има право да упражнява решаващо влияние върху другото предприятие по силата на договор, сключен между тях, или на клауза в неговия устав, учредителен договор или друг учредителен акт; 4. *предприятие, което е акционер, съдружник или член в друго предприятие, контролира самостоятелно повече от половината от броя на гласовете в общото събрание на това предприятие по силата на споразумение с други акционери, съдружници или членове.* В ал.8 е посочена още една хипотеза на свързаност – *между предприятия, осъществяващи помежду си някое от отношенията по ал. 5, чрез физическо лице или група от физически лица, които действат съвместно, ако извършват своята дейност или част от нея на същия съответен пазар или вертикално свързани пазари.*

Съобразно декларацията по чл.3 и чл.4 от ЗМСП (Приложение Г от Насоките

за кандидатстване) и въз основа на допълнителни проверки УО е констатирал свързаност по чл.4, ал.5, т.1 от ЗМСП с [фирма], [фирма] и [фирма], както и с [фирма]. Въз основа на тази констатация обаче не е направен извод за надвишаване праговете по чл.3, т.е. административният орган само е констатирал свързаност по чл.4, ал.5, т.1, без да е формирал заключение, че това води до различен от декларирания статут на бенефициента, поради което преценката дали жалбоподателят се явява средно или голямо предприятие следва да се ограничи до проверка относно наличието на хипотезата на чл.4, ал.8 вр. чл.4, ал.5, т.4 от ЗМСП, на която УО се е позовал – свързаност чрез физически лица, които действат съвместно.

Според настоящия съдебен състав в случая действително е допуснато нарушаване на правилата за държавната помощ, тъй като такава е отпусната със средства от Европейския фонд за регионално развитие на недопустим кандидат – на предприятие, което не независимо, тъй като е в отношения на свързаност по чл. 4, ал. 8 вр. ал.5, т.4 от ЗМСП. За да се считат две или повече предприятия за свързани по смисъла на чл.4, ал.8 от ЗМСП е необходимо : 1) предприятията да осъществяват помежду си някое от отношенията по ал. 5; 2) тези отношения да се осъществяват чрез едно или повече физически лица, които действат съвместно и 3) предприятията да извършват своята дейност или част от нея на същия съответен пазар или вертикално свързани пазари. Доколкото разпоредбата на чл.4 от ЗМСП възпроизвежда текста на чл. 3, § 3 от Приложение I към Регламент на Комисията (ЕО) № 800/2008, в който пък е инкорпорирана Препоръка 2003/361/ЕО, правилно УО е разгледал и е съобразил практиката на Съда на ЕС, конкретно Решение от 27 февруари 2014 година по дело С- 110/13 относно тълкуването на член , параграф 3, четвърта алинея от приложението към Препоръка 2003/361/ЕО. Според диспозитива на решението „Член 3. параграф 3, четвърта алинея от приложението към Препоръка 2003/361/ЕО на Комисията от 6 май 2003 година относно определението за микро-, малки и средни предприятия трябва да се тълкува в смисъл, че определени предприятия може да се считат за „свързани“, когато от анализа на установените между тях отношения, както юридически, така и икономически, следва, че те съставляват едно-единствено икономическо образувание, посредством физическо лице или група от действащи съвместно физически лица, дори те формално да не поддържат някое от отношенията, посочени в член 3, параграф 3. първа алинея от това приложение. Счита се, че действат съвместно, по смисъла на член 3. параграф 3. четвърта алинея от това приложение, физическите лица, които съгласуват поведението си с цел да упражнят влияние върху търговските решения на съответните предприятия, което изключва възможността тези предприятия да се считат за икономически независими едно от друго. Осъществяването на това условие зависи от обстоятелствата по делото и не е задължително подчинено на съществуването на договорни отношения между тези лица, нито дори на установяването на техен умисъл да заобиколят определението за МСП по смисъла на тази препоръка“. В мотивите на посоченото решение (т.31) се посочва, че „определението за свързани предприятия цели да се достигне до по-добро схващане за реалната икономическа позиция на МСП и да се

изключат от квалификацията като МСП тези групи от предприятия, чиято икономическа мощ надхвърля тази на МСП, с цел да се гарантира, че от различните норми или мерки, установени в полза на МСП, ще се възползват само тези предприятия, които наистина се нуждаят от тях. Тези съображения посочват също, че за да се ограничи колкото се може повече проучването на съществуващите отношения между предприятията, които преминават през физически лица, отчитането на тези отношения се свежда до случаите, в които тези предприятия упражняват дейност на съответния пазар или на съседни пазари“. Посочва се също, че е необходимо „член 3, параграф 3, четвърта алинея от приложението към Препоръката за МСП да се тълкува в светлината на тази цел, така че предприятията, които формално не поддържат някое от отношенията, припомнени в точка 28 от настоящото решение, но въпреки това съставляват едно-единствено икономическо образувание поради ролята, която играе физическо лице или група от действащи съвместно физически лица, също трябва да се считат за свързани предприятия по смисъла на тази разпоредба, ако те упражняват дейността си или част от своята дейност на същия съответен пазар или на съседни пазари“ (т. 34). В контекста на разглеждания по преюдициалното запитване казус СЕС е отбелязал „съществуването на роднинска връзка между А, В и D, които притежават тези две предприятия, и фактът, че А и С ги управляват едновременно“, като е посочил, че „такива връзки изглеждат от естество да позволят на тези лица да съгласуват поведението си, с цел да упражнят влияние върху търговските решения на разглежданите предприятия, което изключва възможността последните да се считат за икономически независими едно от друго. С оглед гореизложеното две дружества, които се намират в положение, аналогично на това на дружествата в главното производство, изглежда, може да се считат за съставляващи в действителност едно-единствено икономическо образувание, посредством група от действащи съвместно физически лица, така че би трябвало да се считат за свързани предприятия по смисъла на член 3, параграф 3, четвърта алинея от приложението към Препоръката за МСП“ (т.37 и т.38).

Нормите на правото на ЕС следва да се прилагат от всички по начина, по който ги е тълкувал СЕС, и доколкото текстът на чл.4, ал.5 и ал.8 от ЗМСП възпроизвежда съответната разпоредба на общностното право (чл.3, параграф 3 от приложението към Препоръка 2003/361/ЕО, възпроизведена в Преложение I към Регламент №800/2008г.), постановките на решението по дело C-110/13 са относими към тълкуването на националната норма и следва да намерят приложение в настоящия случай.

Безспорно е, че Р. К. притежава над 70% от акциите в [фирма], което пък е едноличен собственик на [фирма], а последното притежава 23% от капитала на [фирма]. При положение, че останалите дялове (76%) от капитала на [фирма] са притежание на И. Р. К., може обосновано да се направи заключение, че в случай на споразумение с този съдружник [фирма] би могло да упражнява контрол върху [фирма]. В светлината на цитираното решение на СЕС, при тълкуването на разпоредбите в ЗМСП, касаещи свързаността на лицата, следва да се приеме, че не е задължително това споразумение да е

намерило изричен израз под формата на волеиязвление, още по-малко е необходимо то да е обективизирано в писмен акт. Тоест споразумението по смисъла на чл.4, ал.5, т.4 от ЗМСП би могло да се изразява и в мълчаливо съгласуване на действията и позициите при вземането на решения. В настоящия казус, аналогично на случая, по повод на който е постановено цитираното решение на СЕС, близките родствени отношения между Р. К. и И. Р. К. (баща и син) позволяват на тези лица и предполагат те да съгласуват и координират позициите и действията си по повод търговската дейност на предприятията, в които двамата имат пряко или непряко участие, съответно да се упражнява влияние при вземането на решения относно тези дружества. В подкрепа на този извод е и факта, че Р. К., който е мажоритарен акционер в дружеството- едноличен собственик на [фирма], е и управител на [фирма]. С. анализ на данните относно собствеността и управлението на [фирма], [фирма] и [фирма] и останалите предприятия - [фирма], [фирма], [фирма], налага извод, че решаваща роля в тях има Р. К., действащ съвместно с И. К., поради което е налице едно икономическо образувание.

Изпълнено е и условието свързаните предприятия да упражняват своята дейност или част от нея на същия съответен пазар. Относно съдържанието на понятието „съответен пазар“ § 1, т.7 от ДР на ЗМСП препраща към легалната дефиниция в §1,т.5 от допълнителната разпоредба на Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК). ЗЗК, към който ЗМСП препраща, е отменен, но в сега действащия ЗЗК също се съдържа определение за „съответен пазар“, поради което съдът приема, че именно с оглед на него следва да се тълкува понятието, още повече, че именно действащия ЗЗК е бил в сила и в периода на провеждане на разглежданата процедура за предоставяне на безвъзмездна помощ. Видно от §1,т.15 от ДР на ЗЗК, „съответен пазар“ се състои от: а) "продуктов пазар", в който са включени всички стоки или услуги, които могат да се приемат като взаимозаменяеми по отношение на техните характеристики, предназначение и цени; б) "географски пазар", включващ определена територия, в която се предлагат съответните взаимозаменяеми стоки или услуги и в която конкурентните условия са еднакви и се различават от тези в съседни райони“. С оглед на цитираната разпоредба следва да се приеме, че един и същ съответен пазар включва географската територия на България и касае взаимозаменяеми стоки или услуги предвид техните характеристики, предназначение и цени. От наличните данни за предмета на дейност на [фирма], [фирма] и [фирма] и от докладите за дейността на тези дружества, посочени в процесното решение, е видно, че и трите дружества извършват услуги в областта на поддържането, ремонта и рехабилитацията на пътища. В докладите за дейността на тези дружества са посочени и конкретни обекти на територията на страната, на които са предоставяни съответните стоки и услуги по повод поддържането и ремонта на пътища. Предвид на това, налага се извод, че посочените предприятия извършват своята дейност на един и същ пазар.

По изложените съображения, съдът намира, че е изпълнена хипотезата на чл. 4, ал.8 вр. ал.5,т.4 от ЗМСП, в резултат на което [фирма] не може да се счита за независимо предприятие поради неговата свързаност с [фирма] и [фирма]. При това положение данните по чл.3, релевантни за преценката за

средно предприятие, следва да се определят съгласно чл.4г, ал.4 от ЗМСП - като към данните на [фирма] се добавят в пълен размер данните на всяко предприятие, което е свързано с него, при условие че тези данни не са били включени посредством консолидирани финансови отчети. Данните на свързаните предприятия се вземат от техните годишни финансови отчети или консолидирани финансови отчети. Като се вземе предвид, че в консолидирания отчет на [фирма] се включва и отчета за [фирма], видно е, че дори само по данните относно списъчния състав на персонала на групата (за 2012 г.- 537 работници за 2011 г. - 642 работници и служители) вече е надхвърлен прага по чл.3, т.1 от ЗМСП и [фирма] не отговаря на критериите за средно предприятие. С оглед на това, обоснован е изводът на УО, че при участието си в процедурата за подбор жалбоподателят се е явявал голямо предприятие и като такъв не е бил допустим кандидат за предоставяне на безвъзмездната финансова помощ. Сключването на договор и отпускането на средства от ЕФРР на кандидат, който не е от категорията предприятия, за които помощта е била предназначена, безспорно поставя това предприятие в по-благоприятно положение и застрашава конкуренцията, следователно представлява нарушаване на правилата за държавната помощ по смисъла на чл.107 от Договора за функциониране на Европейския съюз и е основание да бъде отменена финансовата подкрепа чрез налагане на финансова корекция. Трайно възприето е в теорията и съдебната практика, че правната природа на финансовата корекция не е санкционна, т.е. корекцията не се налага с цел да се санкционира бенефициента за негово виновно или неправомерно действие или бездействия. Съгласно чл.71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. При така посочената функция и цел на финансова корекция, следва да се приеме, че отмяната на предоставената помощ се изисква и е дължима във всеки случай, когато се констатира обективно нарушаване на някоя от приложимите норми от националното и общностното право, без да е необходимо нарушението да е резултат от виновно поведение на бенефициентите или да се дължи на причина, за която същите са отговорни. С оглед правното основание, на което е наложена в случая финансовата корекция, при така установената недопустимост на одобрения кандидат по процедурата, безспорно е налице основание за налагане на финансова корекция, тъй като обективно са нарушени правилата за държавната помощ по смисъла на чл.107 от ДФЕС. Този извод не се променя от факта, че кандидатът действително не е укрил факти или обстоятелства, които да са от значение за преценката за свързаност, а при попълването на декларацията по чл.3 и чл.4 от ЗМСП се е ръководил и се е съобразил с практиката и разбиранията за свързаност по смисъла на чл.4, ал.5 и ал.8 от ЗМСП на самия Управляващ орган, обективирани в дадените от УО разяснения по тази и други процедури за подбор на проектни предложения. Тук е мястото да се отбележи, че съдът намира за основателни възраженията

на жалбоподателя за непоследователност в действията на самия административен орган, доколкото на базата на едни и същи факти и обстоятелства прави различни изводи. Съгласно Насоките за кандидатстване по програмата, преценката за допустимост се прави веднъж на етап „оценка на административното съответствие и допустимостта на кандидатите“, а след това преди сключване на договора за безвъзмездна финансова помощ. В процеса на оценка на административното съответствие и допустимостта на проектните предложения се проверява единствено дали въз основа на формуляра за кандидатстване и представените придружителни документи е налице съответствие на кандидатите и проектните дейности с критериите за допустимост (т.4.1.1.б.,г“ от Насоките), т.е. на този етап оценителната комисия не е задължена да прави всеобхватна и пълна проверка на декларираните обстоятелства – в случая относно действителната категория на предприятието. Насоките обаче предвиждат след одобряване на кандидатите посоченият от Ръководителя на УО екип по договаряне да изиска документи, касаещи обстоятелствата по чл.3 и чл.4 от ЗМСП (т. 4.2.2), въз основа на които се „извършва проверка по същество за съответствие на кандидатите“ с изискванията за допустимост. При така установените от самия УО правила относно процедурата за кандидатстване не може да бъде възприета тезата на ответника, че проверката на допустимостта на кандидатите, извършвана от страна на административния орган, е само формална – относно представянето на документите и попълването им в съответствие с изискванията. Създаването на правила, обезпечаващи отпускането на средствата в съответствие с разпоредбите на приложимото европейско и национално законодателство и с изискванията на съответната оперативна програма, както и обезпечаването на спазването им е задължение на УО. В съответствие с чл.4, параграф 4 от Регламент (ЕО) 1303/2013г. именно УО следва да организира изпълнението на програмата, така че съответната безвъзмездна помощ да бъде предоставена единствено на допустими кандидати. В чл.60 от Регламент (ЕО) № 1083/2006г. също е предвидено, че „Управляващият орган гарантира, че операциите са избрани за финансиране в съответствие с критериите, приложими за оперативната програма и че те са в съответствие с приложимите общностни и национални правила“. В този смисъл предоставянето на безвъзмездната помощ само на допустими кандидати е задължение и отговорност на УО, респ. на назначените или определени от него помощни органи, които не само не са освободени от ангажимента, но и следва да извършват съдържателна проверка на декларираните факти и обстоятелства и на тази база да формират изводи относно допустимостта на кандидатите. Още повече когато обстоятелствата, обуславящи допустимостта, се изискват анализ и оценка на факти и обстоятелства, които биха могли да бъдат различно интерпретирани – както е в настоящия случай. Безспорно е, че с оглед декларираните от дружеството – жалбоподател данни, както и предвид оповестителното действие на вписаните обстоятелства и обявени актове в Търговския регистър, УО е разполагал с цялата информация, необходима за извършване на такъв анализ, но не е поставил под съмнение декларирания статут. Нещо повече, установява се по делото, че УО е възприемал тезата, поддържана от

него пред Европейската сметна палата по повод извършвания одит на друг договор по друга ОП, че [фирма] е средно предприятие и съответно - допустим кандидат. При това положение, несъмнено се касае за преоценка на съществуващи и известни на административния орган факти и обстоятелства, което несъмнено нарушава принципа на последователност и предвидимост, установен в чл. 13 от АПК. Това нарушение обаче нито засяга правомощието на УО да наложи в предвидените от закона случаи финансова корекция, нито опорочава акта до степен, налагаща неговата отмяна, след като е налице соченото от органа основание за корекцията.

Относно размера на финансовата корекция, съдът приема, че същият е законосъобразно определен. Съгласно чл. 72, ал.2 от ЗУСЕСИФ размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства – допустими разходи. Тъй като помощта по процесния договор е предоставена на недопустим кандидат, тя се явява изцяло недопустима по отношение на този кандидат и целият размер на изплатените средства следва да бъде възстановен. В случая бенефициентът е получил авансово плащане на част от предвидената за предоставяне помощ, извършено съгласно т.4.3 от Договора за безвъзмедна финансова помощ, и именно тези средства са предмет на финансовата корекция.

В обобщение на изложеното дотук, оспореното Решение № РД-16-286/14.03.2018г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013г. е законосъобразно на всички основания по чл.146 от АПК, тъй като, видно от приложената Заповед № РД-16-265/28.05.2018г., е издадено от компетентен орган, в предвидената от закона форма, като в производството по издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно са приложени материалноправните разпоредби и актът съответства на целта на закона.

С оглед изхода на спора, претенцията на ответника за юрисконсултско възнаграждение е основателна и следва да бъде уважена, като на Министерството на икономиката се присъди сумата от 500 лева.

Така мотивиран и на основание чл.226 и чл. 172, ал.2, предл. последно от АПК, Административен съд София – град, III отделение, 51 състав

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ ЖАЛБАТА на [фирма] срещу Решение № РД-16-286/14.03.2018г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013г. и и.д. главен директор на ГД “Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката.

ОСЪЖДА [фирма] да заплати на Министерство на икономиката юрисконсултско възнаграждение в размер на 500 лева (петстотин лева).

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: