

РЕШЕНИЕ

№ 8119

гр. София, 22.12.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 28.11.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **3639** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), вр. чл. 145 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на „ВЕЛПА“ ЕООД, ЕИК –[ЕИК], подадена чрез адв. С., срещу Решение № РД-02-16-1163/24.03.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган /РУО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г.

Излагат се доводи, че обжалваното решение е постановено при неправилно приложение на материалния закон, при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в несъответствие с целта на закона. Оспорва се приетото от РУО, че придобитият по проект „Енергийна ефективност във В. ЕООД“ дълготраен материален актив - 1 брой енергоефективен щанцов апарат, „се използва пряко и непосредствено от юридическо лице, което не е бенефициент по проекта, като дълготрайността на инвестицията, при условията и реда на сключения АДПБФП и в съответствие с националното и европейското законодателство не се спазва“/стр.25 от решението/. Според жалбоподателя този извод е формиран без да са изяснени фактическите обстоятелства от значение за наличието на твърдяното нарушение, въз основа на съмнения и предположения, при превратно тълкуване на събраните доказателства в хода на проверката и в резултат на необосновано игнориране на представените от бенефициента възражения. Твърди се, че при всички

извършени проверки на място се установява, че доставеният по проекта дълготраен актив е физически наличен на адреса, отговаря по марка, модел и сериен № с приемо-предавателния протокол за доставка и се използва по предназначение. Изтъкнатите обстоятелства в решението, че производственият цех, в който е разположен активът, е придобит от трето лице и че не са установени налични работници/служители на бенефициента, които към момента на проверката да оперират с актива, не са доказателства, годни да установят промяна в собствеността на самия актив. Извод за твърдяното разпореждане с актива не може да бъде направен и от съдържанието на обсъждания в решението Нотариален акт /НА/ за покупко-продажба на недвижими имоти № 182, том II, рег. № 3109, н.д. № 328/2021 г., с който „ВЕЛПА“ ЕООД продава на „ИМ ПАК“ ООД своите собствени недвижими имоти - поземлени имоти и находящи се върху тях сгради. Сочи се, че неправилно и необосновано е твърдението, че с тази сделка се прехвърляло цялото търговско предприятие на „ВЕЛПА“ ЕООД като съвкупност от активи и пасиви и се запазвало само търговското наименование на дружеството /на стр.14 от решението/. Дружеството поддържа в жалбата, че шанцовият апарат, закупен по проекта, не е описан в нотариалния акт, не е обект на продажба и съгласно сключения между същите страни договор за покупко-продажба на движими вещи от 27.09.2021 г. /приложен към жалбата/. РУО на ОПИК не го е изискал от бенефициента въпреки наличието на данни за сключването му и не го е взел предвид при постановяване на решението си. В тази връзка оспорващият се позовава на Рамков договор от 18.10.2021 г. и Допълнително споразумение към същия от 03.06.2022 г., в които ясно и категорично е посочено, че независимо от прехвърляне на недвижимите имоти на „ВЕЛПА“ ЕООД, в т.ч. и на помещението, в което се намира шанцовия апарат/„машината“/, дружеството е нейн собственик, има право на достъп по всяко време до нея и че последната се управлява съгласно неговите указания. В Допълнително споразумение от 03.06.2022 г. е изразено намерението на страните по него, че машината да бъде продадена в последващ момент след преговори за цената. Предвид липсата на доказателства, годни да удостоверят настъпила промяна на собствеността на закупения по проекта производствен актив, неговата физическа наличност в региона на инвестицията, включително на стопанския обект на местоизпълнение на проекта, продължаващото му използване по предназначение, както и поради липсата на доказано „фактическо завладяване“ и експлоатиране единствено от „ИМ ПАК“ ООД /видно впрочем и от събраните данни за отчетени продажби на „В.“ за периода октомври 2021 — декември 2022г./ категорично се опровергава извода за допуснато нарушение от страна на бенефициента, представляващо нередност, попадаща в обхвата на чл. 71, § 1, б. "б" от Регламент ЕС № 1303/2013 г. и чл. 70, ал. 1, т. 4 от ЗУСЕСИФ. Акцентира се също така, че в хода на административното производство не са събрани данни каква позиция заема „ИМ ПАК“ ООД спрямо своите конкуренти на този пазар, променила ли се е тя след посочената дата 01.10.2021 г. и на какво евентуално се дължи тази промяна. Не е посочено от РУО и въз основа на какви данни е приел, че придобиването на движими и недвижими активи от „ВЕЛПА“ ЕООД е подобрило финансовото и икономическо състояние на „ИМ ПАК“ ООД до степен, в която последното да заеме твърдяната господстваща позиция на въпросния пазар на велпапе изделия.

С оглед изложеното се претендира отмяна на обжалвания акт като незаконосъобразен. В съдебно заседание оспорващият, чрез адв. С., поддържа жалбата и моли същата да

бъде уважена, като бъдат присъдени разноски по делото за държавна такса. Подробни съображения излага в писмени бележки.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган /РУО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г., редовно призован, чрез юрк. П., оспорва жалбата и иска същата да бъде отхвърлена като неоснователна. Подробни аргументи излага в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не взема становище по жалбата. Административен съд – София град, Трето отделение, 44 състав, като се запозна с доводите на страните и доказателствата в административната преписка и след служебна проверка на оспореното решение съобразно разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК, намира за установено от фактическа страна следното:

На 20.11.2017 г. между „ВЕЛПА“ ЕООД и УО на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г. е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ АДПБФП № BG16RFOP002-3.001-0317-C01 по проект „Енергийна ефективност във „ВЕЛПА“ЕООД“ на стойност 2130000 лева.

Срокът на изпълнение на договора е 18 месеца, считано от подписването му. По проекта са извършени три междинни плащания и едно окончателно на 17.09.2019 г.

Периодът на устойчивост започва да тече от датата на окончателното плащане и изтича на 17.09.2022 г. Стойността на проекта е в размер на 2130000,00 лв., от които предоставената безвъзмездна финансова помощ е 1497000,00 лв. с интензитет на помощта 70.28 %.

В изпълнение на заложеното по проекта, за изпълнение на дейностите, свързани с придобиване и въвеждане в експлоатация на ДМА, бенефициентът „ВЕЛПА“ ЕООД е провел процедура за избор на изпълнител с публична покана с предмет „Закупуване и доставка на щанцов автомат“.

На 10.10.2018 г. в резултат на проведената процедура е сключен договор за доставка № BG16RFOP002-3.001-0317-C01/Su-01/10.10.2018 г. с изпълнителя „БОБСТ ЩУТГАРТ“ ГмбХ /л. 153-157/.

На 11.07.2019 г. във връзка с представен финален отчет и искане за окончателно плащане, с цел верификация на изпълнени дейности и постигнати цели и резултати на мястото на изпълнение на дейностите по проекта, е извършено посещение на място на адрес: [населено място], [улица].

При проверката е установено, че всички дейности са изпълнени съгласно АДБФП. Изискванията за публичност и визуализация са спазени. Документацията по изпълнението на проекта се съхранява в офиса на бенефициента. Оборудването е доставено и се ползва на нуждите на производството.

На 29.06.2022 г. е извършено посещение на място след приключване на изпълнението на проекта, с цел извършване на физическа и документална проверка относно устойчивостта на постигнатите резултати след приключване изпълнението на проекта, за резултатите от която е изготвен формуляр за извършено посещение на място след приключване на изпълнението на проекта /л. 234-241/.

След проверката са направени две констатации: констатация 1 - Информативна, а именно че документацията се съхранява в оригинал, а закупеното по проекта оборудване е налично и се използва. Спазени са изискванията за визуализация и публичност. Констатация 2 - бенефициентът е променил лицето, представляващо организацията, адреса на управление и данните за контакт, за което не е уведомен УО,

както и че в същата производствена база се помещава и фирма „Им Пак“ ООД. По време на проверката не са представени заверени оригинали на документи потвърждаващи устойчивостта на резултатите от проекта.

Дадени са следните препоръки: „ 1. Бенефициентът да изпрати чрез ИСУН 2020 Уведомление за извършените промени, както и да приложи необходимите декларации от новия управител; 2. Да се представят заверени копия на оригинали на документи потвърждаващи устойчивостта на резултатите от проекта, посочени в изпратеното писмо по ел.поща от 13.06.2022 г.; 3. Да се представи оригиналът на Сертификата за управление на качеството и докладите от извършените надзорни одити.

На 12.07.2022 г. вследствие на дадените препоръки бенефициентът е представил Уведомление относно промяна на собствеността, представляващия и седалището на дружеството, а на 14.07.2022 г. са представени изискваните документи във връзка с устойчивостта на проекта.

Въз основа на представените документи проверяващите са установили, че „ВЕЛПА“ ЕООД освен, че е променило собствеността си е извършило продажба на всичките си активи с изключение на закупеното по проекта оборудване; помещава се във производствени и административни бази на „Им Пак“ ООД, за което е приложен Рамков договор между двете фирми; оборудването е налично, но се обслужва от работници на „Им Пак“ ООД. От представената справка от НАП, към датата на проверката във „ВЕЛПА“ ЕООД е назначен единствено П. С. като административен специалист с контролни функции. Същото лице е съпруг на представляващия „ВЕЛПА“ ЕООД - Е. С. и е упълномощен да представлява бенефициента по време на проверката. Не са представени: Копие/снимка на първоначално издадения сертификат и доклади от надзорни одити. Приложен е нов Сертификат, издаден съгласно новата версия на стандарта.

В резултат от направените констатации е изготвен сигнал с вх. № 91-Е-158 от 11.08.2022 г. с цел да бъде извършена проверка за нередност по отношение на неизпълнение на ангажиментите във връзка с планираната устойчивост, регистриран под № 751 .

На 13.09.2022 г. е извършена внезапна проверка на мястото на изпълнение на проекта в [населено място], [улица] във връзка със спазването на изискванията за дълготрайност на операциите по чл. 71, §1 от Регламент 1303/2013 г., за която е съставен протокол /л. 313-314/.

При проверката на място е установено, че доставеният по проекта актив е наличен на посочения адрес. Същият отговаря по марка, модел и сериен № с приемо-предавателния протокол за доставка. В момента на проверката с машината Щ. апарат не се извършва дейност, но по нея има видими следи от употреба. Няма налични работници/служители на бенефициента, които да оперират с актива, както и представител на бенефициента - „ВЕЛПА“ ЕООД. До мястото на изпълнение на проекта достъп осигурява Д. Т. - управител на „Им Пак“ ООД /собственик на имота/. Именно служител на „Им Пак“ ООД включва машината, за да могат да се установят отработените часове с нея. По данни на Д. Т. с актива, обект на финансиране оперират служители на „Им Пак“ ООД, като когато „Им Пак“ ООД сключи договор за изработка на опаковки, същият се изпълнява на машините на „Им Пак“ ООД, а ако машините нямат технологична възможност да извършат определените операции, договорът се изпълнява на актив Щ. апарат на „ВЕЛПА“ ЕООД, който е финансиран по ОПИК (за по-големите размери опаковки).

Към момента на проверката е направена Справка за актуалното състояние на действащите трудови договори, от която се установява, че във „ВЕЛПА“ ЕООД са назначени двама служители на длъжност: заместник-управител и административен специалист с контролни функции, т.е. няма назначен квалифициран служител, който да извършва дейности със закупения по проекта актив. По време на проверката не е представен Сертификат относно Сертифициране на система за енергиен мениджмънт съгласно стандарт БДС EN ISO 50001:2011.

При проверката е констатирано, че в помещението за складиране на готова продукция е налице готова продукция, опакована със стреч фолио върху транспортни палета, готова за транспортиране, която е с етикети на „ИМ ПАК“. Липсва готова продукция етикирана с доставчик „ВЕЛПА“ ЕООД.

Проверяващите установяват, че съгласно НА за покупко-продажба на недвижими имоти № 182, том II, рег. № 3109, дело № 328 от 2021 г. „ВЕЛПА“ ООД продава на „ИМ ПАК“ ЕООД своите собствени недвижими имоти, ведно с всички подобрения, приобщения, обекти и/или общи части, които са изградени вътре и/или им принадлежат, всички сградни и друг инсталации, строителни елементи, съоръжения и оборудване, които са от значение за функциониране, ползване, вътрешно оформление, дизайн или отделни части, за обща сума от 2 660 000,00 лв.

Във връзка с горното възниква съмнение дали на основание нотариалния акт, „ИМ ПАК“ ЕООД не е придобил и машината, придобита в рамките на изпълнение на проекта № BG16RFOP002-3.001-0317-C01 - Щ. апарат, тъй като на електронната страница на „ИМ ПАК“ ЕООД <https://impack.bg/>, дружеството е представило своите активи и фигурира изображение на машината на „ВЕЛПА“ ООД със съответните визуализационни стикери. Налице са данни за обосновано предположение на УО на ОПИК, че въпросния дълготраен материален актив е във фактическо владение на „ИМ ПАК“ ЕООД, който се разпорежда с него, респективно го използва за задоволяване на своите търговски потребности. Свидетелство за това е преназначаването на служителите, освободени от „ВЕЛПА“ ЕООД и назначени в „ИМ ПАК“ ЕООД.

Проверяващият екип е извършил справка и на електронната страница на бенефициента <https://velpa.business.site/>, при която е констатирано, че същият е представил своите активи, но между тях не фигурира машината, обект на финансиране по договора сключен с ОПИК.

С писмо изх. № 91-Е-158-219/27.09.2022 г. до Националната агенция по приходите (НАП) е изпратено искане за предоставяне на информация относно декларираните доставки в дневника на продажбите от бенефициента в периода на устойчивост и относно установяване собствеността на актива Щ. апарат, финансиран по проекта.

С писмо изх. № 26-Б-321/17.10.2022 г. /л. 336-337/ е изискано от бенефициента разяснение и допълнителни документи относно произведената продукция и изпълнени поръчки с актива, обект на финансиране по проекта.

На 03.11.2022 г. от „ВЕЛПА“ ЕООД е депозирано писмо вх. № 26-Б-321-1 /л. 338-394/ с писмени разяснения и документи.

От писмените разяснения става ясно, че през целия период на устойчивост активът, обект на финансиране по проекта, не е преместван и е използван само и единствено от „Велпа“ ЕООД. Към момента е собственост на бенефициента и същият не е продаван или даван под наем на трети лица. Пояснено е също така, че на 01.10.2021 г. дружеството е продало на „Им Пак“ ООД притежавания от него цех, съгласно НА № 182, том II, рег. № 3109, дело № 328/2021 г. и поради тази причина активът се намира

в производствената база на „Им Пак“ ООД. Отбелязано е също така, че между „Велпа“ ЕООД и „Им Пак“ ООД е подписан Рамков договор от 18.10.2021 г., в който страните са се споразумели, че машината на „Велпа“ ЕООД ще остане в цеха именно с цел спазване на задълженията на бенефициента във връзка с полученото финансиране по договора. Допълнено е, че към същия Рамков договор е подписано Допълнително споразумение от 03.06.2022 г., с което дружеството бенефициент се ангажира да бъде подизпълнител на „Им Пак“ ООД, като е уговорено, че при необходимост и само при определени поръчки работници на „Им Пак“ ООД ще съдействат на „Велпа“ ЕООД при изработването на съответните поръчки чрез машините и оборудването на „Велпа“ ЕООД, като машините и оборудването са управлявани само и единствено по задължителните указания на „Велпа“ ЕООД. Бенефициентът отбелязва, че поради повреда на актива Щ. автомат, в периода месец декември 2021 г. до месец май 2022 г. се е наложило временно спиране на машината в изчакване на поръчаните части. Бенефициентът заявява, че ремонта е приключил през месец май 2022 г. и от месец юни 2022 г. машината възобновява работата си при нисък обем. За извършения ремонт бенефициентът не представя никакви документи.

През 2019 г. и 2020 г. дружеството редовно е извършвало поръчки/доставки на своите клиенти, за което е издавало и фактури. През 2021 г. „Велпа“ ЕООД е извършило пет доставки в периода 12.11.2021 г. до 17.12.2021 г., представляващи продажба на материали, без да е уточнено какви точно. За 2022 г. дружеството е извършило 10 бр. доставки, представляващи изделия от велпапе, като подизпълнител на „Им Пак“ ООД и една единствена на 21.10.2022 г. към външен клиент - „Колорит прес“ ЕООД за изделие „кутия Sugar Free Choco Tablest“.

По делото е представен рамков договор от 18.10.2021 г., сключен между „ВЕЛПА“ ЕООД, в качеството му на възложител и „ИМ ПАК“ ООД, в качеството му на изпълнител с предмет : „ВЕЛПА“ ЕООД възлага на „ИМ ПАК“ ООД изработване на полуготов продукт (заготовки), който след допълнителна обработка „ВЕЛПА“ ЕООД представя на своите клиенти в завършен вид. В раздел I. Предмет на договора, т. 2 е договорено, че „ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ се съгласява да съхранява Машината на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ в свое помещение, както и да предостави част от служителите си, за да помогнат в завършването на изработката на Заготовките, така че ВЪЗЛОЖИТЕЛЯТ да изпълни поръчките към своите клиенти, срещу възможността да получава и изработва поръчки на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ. “

За да действа споразумението по начин, по който служители/работници на „ИМ ПАК“ ЕООД да имат право да интервенират с машината на „ВЕЛПА“ ЕООД следва да са налице кумулативно изпълнени следните обстоятелства: 1. Да е налице поръчка от клиент на „ВЕЛПА“ ЕООД; 2. За изпълнение на поръчката да са нужни заготовки от „ИМ ПАК“ ЕООД; 3. Да е възникнала нужда от „ВЕЛПА“ ЕООД да използва човешки ресурс на „ИМ ПАК“ ЕООД за целите на конкретната поръчка.

Приложното поле на споразумението е разширено чрез допълнително споразумение от 03.06.2022 г. към Рамков договор от 18.10.2021 г., както следва:

„ 1. При необходимост по поръчки, възложени на „ ИМ ПАК“ ООД, „ ВЕЛПА “ ЕООД се ангажира да бъде подизпълнител на „ИМ ПАК“ ООД, като приема да

извършва съответни поръчки и/или да изработва продукти за съответни поръчки чрез свои машини и оборудване; 2. При възлагане на поръчки от „ИМ ПАК“ ООД на „ВЕЛПА“ ЕООД по реда на предходната точка, Страните се съгласяват, че работници на „ИМ ПАК“ ООД ще съдействат на „ВЕЛПА“ ЕООД при изработване на съответните поръчки и/или продукти за поръчки чрез машините и оборудването на „ВЕЛПА“ ЕООД. “

УО на ОПИК е извършил анализ на представените работни карти за извършени услуги на „ИМ ПАК“ ООД (за 2022 г.) и „ВЕЛПА“ ЕООД (за 2022 г.), както и справките за клиенти за 2021 г. (за „ВЕЛПА“ ЕООД), видно от които не са констатирани документирани възлагания между контрагенти „ИМ ПАК“ ООД и „ВЕЛПА“ ЕООД за изпълнение на хипотезите в рамковия договор за експлоатация на Машината на „ВЕЛПА“ ЕООД от страна на „ИМ ПАК“ ООД.

От предоставената справка за произведена продукция се установява, че машината е експлоатирана предимно от „ИМ ПАК“ ООД, респ. от „ВЕЛПА“ ЕООД само за изпълнение на поръчка на „КОЛОРИТ ПРЕС“ ЕООД на 21.10.2022 г.

В писмото от 03.11.2022 г. бенефициентът подчертава също и „намеренията на двете страни са в бъдещ момент да започнат преговори за придобиване на машините и оборудването на „ВЕЛПА“ ЕООД от „ИМ ПАК“ ООД. С оглед на което „ИМ ПАК“ ООД се задължава да осигурява, в случай на необходимост, заплащане на дължими от „ВЕЛПА“ ЕООД суми по договори, сключени за придобиване и/или финансиране на придобиването на машините и оборудването. “

С оглед гореизложеното РУО е приел, че са налице достатъчно данни, свидетелстващи, че фактическото владение над придобития дълготраен материален актив Щ. автомат, в резултат изпълнението на АДПБФП, се упражнява от „ИМ ПАК“ ООД.

На 09.12.2022 г. е постъпил отговор с вх. № 91-Е-158-2/09.12.2022 г. /л. 395-397/ от зам. изпълнителния директор на НАП до зам. министъра на иновациите и развитието, въз основа на който се установява, че за периода 17.09.2019 - 17.09.2022 г. „ВЕЛПА“ ЕООД има декларирани извършени продажби в размер на данъчна основа 14845148,27 лв. и начислен ДДС в размер на 2547439,29 лв. Значителна част от декларираните доставки в размер на ДО - 5460000 лв. и ДДС - 1092000 лв. е формирана от продажби по Договор за покупко-продажба на движими вещи от 27.09.2021 г., сключен между „ВЕЛПА“ ЕООД /Продавач/ и „Им Пак“ ЕООД /Купувач/ и Договор за покупко-продажба на сгради и прилежащ терен от 27.09.2021 г. сключен между „ВЕЛПА“ ЕООД /Продавач/ и „Им Пак“ ЕООД /Купувач/.

Допълнително, ДЗЛ са приложени следните обяснения: Машината Щ. автомат, марка BOBST, модел EXPERTCUT 1.6 Autoplatten @press“, която е собственост на „Велпа“ ЕООД е оставена на съхранение в сградите на „Им пак“ ООД по силата на Договор за наем от 04.10.2021 г. /л. 485-486/.

На 08.11.2022 г. от органи по приходите при ТД на НАП В., ИРМ Шумен е извършено посещение на адрес [населено място], [улица], за резултатите от която е съставен протокол /519/.

При извършеното посещение са констатирани следните факти и обстоятелства: на горепосочения адрес се съхранява машина „Щ. автомат,

марка BOBST, модел EXPERTCUT 1.6 Autoplatine“ сериен № BSA06702000049/1913, която се използва към момента на проверката от „ИМ ПАК“ ООД с ЕИК[ЕИК], въз основа на сключен договор за наем от 04.10.2021 г. В обекта няма назначени служители на „ВЕЛПА“ ЕООД.

РУО приема, че с извършването на търговската сделка по придобиване на собствеността на инфраструктурата, в която е установен придобития актив по проекта, както и фактическата възможност за използването му, „ИМ ПАК“ ООД придобива неправомерно търговско преимущество в икономическия сектор. Неналичието на квалифицирани служители, наети от бенефициента е обстоятелство, което сочи, че цялата фактическа работа по интервенция с придобитата машина, ДМА по проекта, е делегирана на служителите на „ИМ ПАК“ ООД, като активът се поддържа в патримониума на „ВЕЛПА“ ООД единствено за документално изпълнение на задълженията на бенефициента в периода на устойчивост на проекта. Следва да се отбележи експлицитно заявената готовност на „ИМ ПАК“ ООД да придобие и останалия актив на „ВЕЛПА“ ООД след изтичане на срока на устойчивост. По този начин, придобития актив само документално е собственост на „ВЕЛПА“ ООД като с него си служи изцяло „ИМ ПАК“ ООД. По този начин публичният ресурс реално е придобит по процедура за енергийна ефективност на едно предприятие, а фактически допринася за конкурентоспособността на друго предприятие и го поставя в доминантна позиция на пазара на велпапе изделия, респективно - придобива неправомерно преимущество. Чрез придобиване на цялата инфраструктура (производственото хале, другите активи на „ВЕЛПА“ ООД). Чрез установените договорни взаимоотношения (рамков договор и съответното допълнително споразумение) се заобикалят ограниченията за преотдаване на активите в срока на устойчивост на инвестицията както и установяването на значителна промяна, подкопаваща целите на договора.

В конкретния случай според РУО, цялостната цел на процедурата, в частност - проекта е нарушена, тъй като енергийната ефективност на предприятието „ВЕЛПА“ ООД не може да бъде поддържана в срока на устойчивост само и единствено с придобития 1 брой ДМА. Цялата необходима инфраструктура на предприятието е продадена, което води до невъзможност за извършване на реална конкурентна търговска дейност, въпреки представените документи, които сами по себе си не представляват доказателства за реалната позиция на „ВЕЛПА“ ООД в икономическия сектор на производство на велпапе. Свидетелство за направения така извод е и липсата на служители на дружеството, които пряко и непосредствено да са ангажирани с производствената дейност, респективно - експлоатацията на придобития ДМА.

Само по себе си сключеното споразумение между бенефициента - „ВЕЛПА“ ООД и „Им Пак“ ООД носи белезите на ad hoc наемно правоотношение, реализиращо се при установена липса на технологична възможност „Им Пак“ ООД да задоволява потребността по изпълнение на поръчки, то се използва актива на „ВЕЛПА“ ООД. УО е направил обосновано предположение, че сключеното споразумение (рамков договор от 18.10.2021 г.) между „ВЕЛПА“ ЕООД и „ИМ ПАК“ ЕООД има за цел да заобиколи условията по процедура BG16RFOP002-3.001 и задължението за запазване на дълготрайността на операциите, съгласно Регламент (ЕС) 1303/2013 г. Това

предположение е обосновано с факта, че „ВЕЛПА“ ЕООД има отчетени продажби за периода от м. 10.2021 г. до м. 12.2022 г. основно към „ИМ ПАК“ ЕООД на „готова продукция“, а реализираните продажби към други контрагенти са минимални. Потвърждаващо това обстоятелство е установеното в хода на внезапната проверка на място - липсата на служители на „ВЕЛПА“ ООД, които да съблюдават експлоатирането на машината, както и трайно наети лица на съответните длъжности в дружеството (видно от справката от RegiX).

С оглед горното е прието, че е налице допуснато нарушение от страна на бенефициента, представляващо нередност, попадаща в обхвата на чл. 71, § 1, б. "б" от Регламент № 1303/2013 г. и чл. 70, ал. 1, т. 4 от ЗУСЕСИФ, а именно - промяна на собствеността на дадена позиция от инфраструктурата, която дава на дадено търговско дружество неправомерно преимущество.

На 15.02.2023 г. /л. 405-416/ РУО уведомява В. за установената нередност както и за предстоящо определяне на финансова корекция за него.

На 02.03.2023 г. жалбоподателя представя възражение /л. 419-.422/.

РУО приема за неоснователни възраженията на бенефициера и с оспореното в настоящото производство решение налага финансова корекция.

В мотивите на решението е прието, че е налице промяна на собствеността на позиции от инфраструктурата (съгласно нотариалния акт), както и неправомерно търговско преимущество на „ИМ ПАК“ ООД, засягаща придобития по проекта ДМА, възникнала в срока на устойчивост от 01.10.2021 г. до 13.09.2022 г., т.е. е налице съставомерност на нарушението, предвидено в чл. 71, пар. 1, буква „б“ от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета.

В рамките на 3-годишния период за дълготрайност на операциите служителите на бенефициента са освободени, и е извършена промяна на собствеността на дадена позиция от инфраструктурата, която дава на „ИМ ПАК“ ООД неправомерно преимущество. По този начин, придобития актив се използва пряко и непосредствено от юридическо лице, което не е бенефициент по проекта, като дълготрайността на инвестицията, при условията и реда на сключения АДФП и в съответствие с националното и европейското законодателство не се спазва.

Съставът на нарушението по чл. 70, ал. 1, т. 4 от ЗУСЕФСУ е описан в т. 3 от Приложение № 2 на Наредбата за финансовите корекции, а именно: „Нарушаване на изискването за дълготрайност на операциите в случаите и в сроковете по чл. 71 от Регламент (ЕС) № 1303/2013“. Размерът на финансовата корекция за посоченото нарушение, определен в Приложение № 2, т. 3 от Наредбата за финансовите корекции, е 100 на сто пропорционално на периода, за който е налице нарушение на чл. 71, параграф 1, буква „б“ от

Регламент (ЕС) № 1303/2013, считано от датата на окончателното плащане. Финансовото изражение на нередността е в размер на 447 231,38 лв.

Решението е получено на 24.03.2023 г.

По делото е приета без оспорване административната преписка, както и доказателства представени от жалбоподателя в хода на съдебното производство: два броя фактури от 06.04.2023 г. и 03.05.2023 г., издадени на ИВ К. ЕООД със справка от счетоводството за тяхното осчетоводяване, 2 броя отчети за работа на процесната машина, инвентарен опис към 31.12.2019 г. , от който е видно, че машината е заприходена във „ВЕЛПА“ ЕООД по сметка 204/101 Машини /л. 457/, както и извлечение от инвентарната книга към 12.06.2023 г. /458/, от която се установява, че машината е собственост на жалбоподателя.

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

Жалбата е подадена в законоустановения 14-дневен срок за обжалване, съобразно чл. 149, ал. 1 от АПК, от активно легитимирана страна-адресат на акта, при наличието на правен интерес от търсената защита срещу годен за обжалване административен акт, пред компетентния съд, поради което е процесуално допустима. Разгледна по същество жалбата е неоснователна.

Основанията за оспорване на административните актове са посочени в чл. 146 от АПК – липса на компетентност, неспазване на установената форма, съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (по арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Ето защо за настоящото съдебно производство, доколкото същото е с предмет административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ по програма от програмен период 2014-2020 г., се прилагат действащите до посоченото изменение на закона и относимите към него подзаконови

нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на иновациите и растежа, който със Заповед № РД-02-16-209/14.10.2022 г. /л. 440/ е оправомощил И. И. – главен идректор на главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ 2014-2020 да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма "Иновации и конкурентоспособност" /ОПИК/ 2014-2020 г.

От изложеното следва, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, в кръга на неговите правомощия.

В настоящият случай, установената от закона писмена форма е спазена, а оспореният акт е мотивиран, като са посочени както фактическите, така и правни основания за неговото издаване. В оспорения акт са посочени приетата за установена от административния орган фактическа обстановка и доказателствата, въз основа на които са установени фактите; цитирани са правните норми, послужили като основание за постановяване на административния акт. Същият съдържа изискуемите от нормата на чл. 59, ал. 2 от АПК реквизити.

Според съда, в производството по издаване на акта не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. В съответствие с принципа на правната сигурност законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция, ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е безспорно, че на жалбоподателя е била дадена такава възможност и същият е упражнил правото си да направи възражения. Същите са подробно обсъдени в процесния акт.

По приложението на материалния закон съдът намира за установено следното:

Безспорно е, че за да е налице основание за определяне на финансова корекция е необходимо бенефициерът (по смисъла на член 2, точка 10 от Регламент № 1303/2013) да е осъществил нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 елементите на фактическия състав на нередността са: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на

общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. В тежест на административния орган е да докаже, че от страна на бенефициента е извършено нарушение на правото на Съюза или на националното право, произтичащо от негово действие или бездействие и това нарушение има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на ЕС чрез начисляване на неоправдан разход.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 4 ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – "за нарушаване на изискването за дълготрайност на операциите в случаите и в сроковете по чл. 71 от Регламент (ЕС) № 1303/2013".

В чл. 71, § 1 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 са предвидени следните случаи и срокове за дълготрайност на операциите, включващи инвестиции в инфраструктура или производствени инвестиции: Операциите, включващи инвестиции в инфраструктура или производствени инвестиции, възстановяват приноса от европейските структурни и инвестиционни фондове, ако в срок от пет години от крайното плащане към бенефициера или в рамките на периода от време, определен в правилата за държавна помощ - когато е приложимо - подлежат на едно от следните:

а) прекратяване или преместване на производствена дейност извън програмния район;

б) промяна на собствеността на дадена позиция от инфраструктурата, която дава на дадено търговско дружество или публичноправна организация неправомерно преимущество;

в) значителна промяна, която засяга естеството, целите или условията за изпълнение и която би довела до подкопаване на нейните първоначални цели. За микро, малко и средно предприятие този срок е 3 г. от крайното плащане към бенефициента, а за големи предприятия е предвиден петгодишен срок. Адресатът на акта „Велпа“ ООД е „малко“ предприятие, следователно изискването за дълготрайност на финансираната операция е в сила три години, считано от датата на окончателното плащане (17.09.2019 г.) до 17.09.2022 г. (три годишния период на устойчивост), т.е. в рамките на този период бенефициентът е длъжен да не допуска реализирането на някоя от хипотезите, предвидени в § 1 на чл. 71 от Регламент (ЕС) 1303/2013 г.

В случая РУО се е позовал на разпоредбата на чл. 71, § 1, б. "б" от Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. Същият е приел, че в рамките на 3-годишния период за дълготрайност на операциите служителите на бенефициента са освободени и е извършена промяна на собствеността на дадена позиция от инфраструктурата, която дава на друго търговско дружество - „ИМ ПАК“ ООД, неправомерно преимущество.

Този извод е обоснован въз основа на информацията, отразена в нотариален акт № 182, том II, рег. № 3109, дело № 328/ 2021 г. /л. 40-42/ Обект на покупко-продажбата са два поземлени имота с идентификатор 36587.502.904 и 36587.502.1125 и седем сгради със следните идентификатори: 36587.502.1125.1, 36587.502.1125.2, 36587.502.1125.3, 36587.502.1125.4, 36587.502.1125.5, 36587.502.1125.6 и 36587.502.1125.8, като всяка от сградите и имотите се продават, ведно с всички подобрения и приращения в тях, с

всички помещения, обекти и/или общи части, които са изградени в нея и/или ѝ принадлежат, както и с всички сградни и друг вид инсталации, строителни елементи, съоръжения и оборудване, които са от значение за функциониране, ползването по предназначение, вътрешното оформление, изглед и дизайн.

РУО е приел, че всички активи и пасиви в обхвата на търговското предприятие „Велпа“ ЕООД са продадени на „Им Пак“ ООД, като не всички са детайлно персонализирани, но това става ясно от описанието на продадените имоти и сгради заедно с прилежащото оборудване и инсталации. Според РУО с извършването на търговската сделка по придобиване на собствеността на инфраструктурата, в която е установен придобития актив по проекта, както и фактическата възможност за използването му, „Им Пак“ ООД придобива неправомерно търговско преимущество в икономическия сектор. По този начин, придобития актив се използва пряко и непосредствено от юридическо лице, което не е бенефициент по проекта, като дълготрайността на инвестицията, при условията и реда на сключения АДБФП и в съответствие с националното и европейското законодателство, не се спазва.

Според РУО активът се поддържа в патримониума на „Велпа“ ЕООД единствено за документално изпълнение на задълженията на бенефициента в периода на устойчивост на проекта. По този начин публичният ресурс реално е придобит по процедура за енергийна ефективност на едно предприятие, а фактически допринася за конкурентоспособността на друго предприятие и го поставя в доминантна позиция на пазара на велпапе изделия, респективно - придобива неправомерно преимущество.

В случая по делото не се спори, че жалбоподателят е икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове.

Жалбоподателят оспорва изводите на РУО, като твърди, че няма промяна в собствеността на дълготрайните материални активи, който е и на територията, на която е предоставен, съответно се използва по предназначение от жалбоподателя, включително и към настоящия момент. От друга страна счита за недоказани твърденията за неправомерно придобито преимущество от страна на трето лице - дружеството „Им пак“ ООД, посочено в решението. В тази връзка се позовава на сключено рамково споразумение за съвместна дейност между „ВЕЛПА“ ЕООД и „Им пак“ ООД.

За да е осъществен съставът на нарушението вменено на бенефициента е необходимо на първо място да е налице промяна на собствеността на дадена позиция от инфраструктурата и съответно настъпила ли е същата по силата на представения по делото нотариален акт от 01.10.2021 г. Настоящият състав счита, че на този въпрос следва да се даде отрицателен отговор.

В тази връзка съдът съобрази, че НА е официален свидетелстващ документ, като обвързващата материалната доказателствена сила на същия обхваща възприетите от нотариуса факти за изявленията пред него и за извършените от него и пред него действия и това е частта, в която е материализирано изявлението на нотариуса, че страните по сделката са се явили пред него и са направили отбелязаните в акта изявления. По отношение на останалите обстоятелства обаче, вкл. и продажната цена на имота, нотариалният акт има характер на частен диспозитивен документ и съдът не е обвързан от

посочената по-горе материална доказателствена сила.

От съдържанието на приложения по делото НА не се установява по безспорен начин процесният актив – щанцов апарат да е обект на разпоредителната сделка между „ИМ ПАК“ ООД и „ВЕЛПА“ ЕООД, нито в представения Договор за покупко-продажба на движими вещи от 27.09.2021 г.

Следва да се подчертае, че в оспорения акт от една страна органът приема, че е променена собствеността на актива, а от друга сочи, че активът се поддържа в патримониума на „Велпа“ ЕООД единствено за документално изпълнение на задълженията на бенефициента в периода на устойчивост на проекта.

Т.е. в обжалвания административен акт не е обоснован еднозначен извод налице ли е промяна на собствеността на актива или същият все още е стопанисван от „ВЕЛПА“ ЕООД. От представеното от жалбоподателя в с.з. на 13.06.2023 г. извлечение от инвентарна книга към 12.06.2023 г. е видно, че машината е собственост на „Велпа“ ЕООД и същата е заведена счетоводно по см. 204/101. Така представените писмени доказателства не оспорени от ответника.

Както правилно жалбоподателят сочи, че ако собствеността върху машината е била прехвърлена от „ВЕЛПА“ ЕООД на „ИМ ПАК“ ООД по силата на нотариалния акт от 01.10.2021 г. или на основание друг договор, страните не биха изразили воля за преговори за нейната бъдеща продажба, каквато воля е обективизирана в Допълнително споразумение от 03.06.2022 г. Следователно писмени доказателства, годни да установят разпореждане със собствеността на закупения по проекта ДМА в рамките на относимия тригодишен период на устойчивост, а и след това, липсват по делото.

Неотносим за установяване на задължителния елемент от твърдяното нарушение - промяна в собствеността на дадена позиция от инфраструктурата, е изводът в оспореното решение за упражнявано „изключително владение“ върху процесния апарат от „ИМ ПАК“ ООД, което според органа изцяло си служело с него, считано от датата на нотариалния акт. Този извод противоречи на събраните доказателства и по – конкретно на сключените между „ВЕЛПА“ ЕООД и „ИМ ПАК“ ООД Рамков договор от 18.10.2021 г. и Допълнително споразумение от 03.06.2022 г. От съдържанието на същите безспорно се установява, че дружеството – жалбоподател е собственик на машината и има право на достъп по всяко време до нея, а „ИМ ПАК“ ООД се е задължило да използва машината като Изпълнител със свой персонал в съответствие с указанията на нейния собственик. Наличието на валидна облигационна връзка между страните и събраните доказателства за продължилото в целия период на устойчивост ефективно използване на машината от жалбоподателя опровергават като необосновани твърденията за нейното „фактическо завладяване“ и „изключително ползване“ от „ИМ ПАК“ ООД.

От друга страна по делото не се ангажираха доказателства относно втория задължителен елемент от твърдяното нарушение на разпоредбата на чл. 70, ал. 1 т. 4 ЗУСЕФСУ във връзка с чл. 71, § 1, б. "б" от Регламент /ЕС/ 1303/2013, а именно неправомерно придобито преимущество от дадено търговско дружество. В решението на УО на ОПИК са изложени общи разсъждения и

предположения за придобиване на такова преимущество от „ИМ ПАК“ ООД, почиващи единствено на факта на придобиването на недвижимите имоти и останалите активи на „ВЕЛПА“ ЕООД и „фактическото завладяване“ на щанцовия апарат. Тези предположения обаче не са подкрепени с доказателства за твърдяната „доминантна позиция на пазара на велпапе изделия“ на „ИМ ПАК“ ООД след осъществяване сделката с активите на „ВЕЛПА“ ЕООД.

В случая в хода на административното производство от РУО не е изследван пазарът на велпапе изделия и неговите специфики, съответно не са ангажирани доказателства за повишаване на конкурентноспособността на „ИМ ПАК“ ООД спрямо останалите дружества, развиващи дейност на този пазар.

В тази връзка съдът, на основание чл. 171, ал. 5 АПК, указа на ответника, че не сочи доказателства относно обстоятелството, което е посочено в административния акт, че именно „Им Пак“ ЕООД е поставено в доминантна позиция на пазара на велпапе изделия, респективно придобива неправомерно преимущество. В отговор на предоставената от съда възможност да представи доказателства за твърденията си, от ответника е заявено становище, че доминантната позиция на „Им ПАК“ ООД се явявала само спрямо „ВЕЛПА“ ЕООД, а не на пазара на велпапе изделия спрямо други конкуриращи се дружества.

Съдът споделя възраженията на жалбоподателя, че чрез депозирания от ответника становище същият „дописва“ решението, което е недопустимо да бъде извършвано в хода на съдебното оспорване доколкото по този начин се нарушава правото на защита на адресата на акта.

От друга страна, не се представиха доказателства не само за твърдяното неправомерно преимущество на „ИМ ПАК“ ООД на общия пазар на велпапе изделия, но и за евентуална доминантна позиция спрямо „ВЕЛПА“ ЕООД. „ВЕЛПА“ ЕООД не се е лишило от собствеността върху своя основен производствен актив, нито от възможността да го ползва по всяко време по предназначение на мястото, където той се намира, със свои или с помощта на служители на своя съконтрагент. Дружеството е запазило възможността си да продължи да оперира на пазара на велпапе изделия, като съкрати до минимум разходите си за персонал и поддръжка на собствена инфраструктура при свит обем на поръчки и клиенти, следователно придобива несъмнени ползи от сътрудничеството с „ИМ ПАК“ ООД. Договорените съвместни дейности гарантират натовареността и използването на дълготрайния актив, както и запазването на производствените мощности в региона на инвестицията като цяло, което гарантира устойчивостта на резултата от проекта, а не обратното.

С оглед изложеното се налага извод, че в случая от „ВЕЛПА“ ЕООД не е осъществен фактическият състав на вмененото с решението на РУО нарушение. Жалбата се явява основателна и като такава следва да бъде уважена, а оспореният административен акт да бъде отменен.

С оглед изхода на спора в полза на жалбоподателя следва да се присъдят разноски в размер на 1700 лева – платена държавна такса.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 44-ти състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-16-1163/24.03.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган /РУО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Министерство на иновациите и растежа да заплати на „ВЕЛПА“ ЕООД, ЕИК –[ЕИК], разноски по делото в размер на 1700 /хиляда и седемстотин/ лева.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: