

РЕШЕНИЕ

№ 27

гр. Варна , 27.05.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ВАРНА, III СЪСТАВ в публично заседание на двадесети април, през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател:	Радослав К. Славов
Членове:	Дарина С. Маркова Мария И. Христова

при участието на секретаря Ели К. Тодорова
като разгледа докладваното от Дарина С. Маркова Въззивно търговско дело
№ 20203001000456 по описа за 2020 година

и за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е въззивно, образувано по жалба на „Термоинвест“ ООД със седалище гр.Търговище срещу решение № 36 от 24.07.2020г. по търг.дело № 23/20г. по описа на Търговишки окръжен съд, с което е обявена неплатежоспособността на дружеството с начална дата 01.01.2019г. и е открито производство по несъстоятелност.

Твърди че обжалвано решение е неправилно - поради съществено нарушение на съдопроизводствените правила, нарушение на материалния закон и необоснованост.

Оспорва приетото от първоинстанционния съд качество на молителя като кредитор, оспорва наличието на задължение по АУЧДВ. Твърди че с отговора на молбата е оспорил твърдяните от НАП положителни факти, поради което и в тежест на НАП, които твърдят положителен факт, е да ги докаже. Сочи че ТОС е допуснал нарушение на съдопроизводствените правила като не е посочил кои факти следва да докаже той и за кои факти не сочи доказателства. Представя с въззивната жалба писмени доказателства за установяване че „Термоинвест“ ООД е договорило с продавача да получи нови машини, че е купило и получило нови машини, а не „втора употреба“, както е приел ТОС. Твърди че представеният по делото акт за частно държавно вземане не е индивидуален административен акт по смисъла на чл.21 от АПК, има констативен характер, от което следва че страната, която се позовава на него следва да установи определението с него вземания, при положение че се оспорват от него по основание, ликвидност и изискуемост.

Сочи че констатациите в акта не се ползват с обвързваща съда доказателствена сила, съответно възникването на установеното частно държавно вземане следваше да бъде доказано в първоинстанционното производство, което твърди че не е сторено. Твърди че акт № 56 от 28.11.2016г. за установяване на частно държавно вземане е нищожен като съставен от некомпетентен орган и по ред, различен от законноустановения, по който довод ТОС не се е произнесъл. Твърди че не е нарушил договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG161PO003-1.1.04-0031-C0001 от 17.01.2012г. Излага че в молбата не е посочено основаниято, на което се иска възстановяването на преведената сума, както и че в договора не е предвидено да се иска възстановяването на сума от бенефициента на основаниято, посочено в АУЧДВ.

Твърди че не са налице състоянията на неплатежоспособност и свръхзадълженост и материално-правните предпоставки за откриване на производство по несъстоятелност. Дружеството няма задължения към доставчици, клиенти, държавата. Ако има задължения, то същите могат да бъдат погасени с вземанията му и ДМА. Твърди че задължението по частно държавно вземане не може да бъде основание за обявяване в несъстоятелност. Позовава се на заключението на приетата по делото съдебно-счетоводна експертиза, че когато се изключи задължението към НАП коефициентите за ликвидност са в норма и собственият капитал е в размер, достатъчен да покрие задълженията на ответника.

Излага че твърденията на НАП за формално изпълнени дейности и несъответствия с проекта са останали недоказани. Сочи че предметът на проекта предполага и това е записано в договора, че машините са нестандартни. Твърди че за да бъде произведен процесният продукт това не може да стане чрез т.нар. „конвенционални машини“ Доставчикът е доставил нови машина за разстъргване и машина за оформяне на краища и ги е продал на „Термоинвест“. Сочи че с тези машини са произведени тубусите. Твърди че няма доказателства за твърденията на НАП че тези машини са втора употреба и са съставени от реиновирани части. Сочи че самият молител приема в молбата до ТОС че основната цел на проекта – разработване на иновативен съд за пренос на газ под високо налягане и реализация на иновационния потенциал на дружеството би могла да се счита за частично изпълнена, доколкото изделието е преминало успешни тестове за пускане на пазара. А не се сочи от НАП какво е конкретното изпълнение. Твърди че няма никакви доказателства и по отношение на т.н. опасност при използване на стенда за хидравлични изпитвания. Твърди че е недоказано и твърдението, че бутилки за газ под високо налягане чрез формоизменения посредством развалцоване на краищата на безшевна тръба не били новост и имало данни за тази технология в източник от 1972г. Твърди че двете становище на експерта, на който се позовава НАП от 07.09.2015г. и от 10.09.2015г. са взаимно изключващи се. Излага че следва да бъде дадена вяра на първото, в което той приема че договорът е изпълнен и няма несъответствия, а второто не се потвърждава от нито едно доказателство по делото. Излага че дружеството има патент от Патентното ведомство и Сертификат за съответствие, които документи са официално удостоверителни и не е оборена тяхната материална доказателствена сила. Сочи че дружеството няма задължение да изпълнява съдове с

дебелина на стената от 22мм. Твърди че молителят не е доказал твърдението си че машините не отговарят на условията за допустимост на разходите по оперативната програма и сключения договор за безвъзмездна финансова помощ. Твърди че няма реиновирани компоненти и части от стари машини и съоръжения. Твърди че машините са били нови към датата на доставката, както и че е нормално машините да са нестандартни с оглед нестандартното изделие, което произвеждат. Твърди че и управляващият орган и НАП приемат че са постигнати набелязаните цели – произведен е тубусът, за който са отпуснати пари и принципите при отпускане на средства не са нарушени.

Моли съда да отмени обжалваното решение и да постанови друго, с което да отхвърли молбата на НАП за откриване на производство по несъстоятелност на дружеството. Претендира направените по делото разноси. В депозирана за съдебно заседание писмена молба моли съда да уважи жалбата, да отмени обжалваното решение и да отхвърли молбата на НАП за откриване на производство по несъстоятелност.

Насрещната страна по жалбата Национална агенция за приходите със седалище гр.София, в депозиран в срока по чл.263 ал.1 от ГПК отговор, изразява становище за неоснователност на подадената жалба и моли съда да потвърди обжалваното решение. В депозирана за съдебно заседание от процесуален представител писмена молба моли съда да потвърди обжалваното решение.

Въззивният съд, след съвкупна преценка на събраните по делото доказателства, заедно и поотделно, и съобразно предметните предели на въззивното производство, приема за установено следното:

Производството по търг.дело № 23/120г. по описа на ТОС е образувано по молба на Националната агенция за приходите за откриване на производство по несъстоятелност на „Термоинвест“ ООД със седалище гр.Търговище.

Съгласно разпоредбата на чл.625 от ТЗ производство по несъстоятелност се открива по подадена писмена молба от длъжника, съответно от ликвидатора или от кредитор на длъжника по търговска сделка, както и от НАП за публичноправно задължение към държавата или общините, свързано с търговската дейност на длъжника, или задължение по частно държавно вземане. Преценката дали лицето, подало молбата има качеството кредитор по търговска сделка, се извършва в контекста на разпоредбата на чл.608 ал.1 от ТЗ, която разяснява кои вземания имат характера на такива по търговска сделка. Разпоредбата на чл.608 ал.1 от ТЗ няма отношение към пораждаването на материалното право на кредитора, а към правните му последици и в частност към наличието на процесуалното право да поиска откриване на производство по несъстоятелност на длъжника. /в този смисъл решение № 216 от 29.11.2016г. по търг.дело № 448/16г. на II т.о. на ВКС.

По съществуването на вземане на НАП, представляващо предпоставка да поиска откриване на производство по несъстоятелност, въззивният съд намира следното:

Не е спорно пред въззивна инстанция че между ИА за насърчаване на малките и средните предприятия в качеството и на договарящ орган и въззивникът „Термоинвест“ ООД на 17.01.2012г. е сключен договор № BG161PO003-1.1.04-0031-C0001 за безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Развитие на конкурентоспособността на българската икономика“ 2007-2013г. Предмет на договора е предоставянето на безвъзмездна финансова помощ за изпълнение на проект „Иновативен съд за пренос на газ под високо налягане: реализация на иновативния потенциал на „Термоинвест“ ООД и срок за изпълнение 24 месеца. Не е спорно, че в срок проектът е изпълнен и на бенефициента е изплатена безвъзмездна финансова помощ в размер на 1 273 149.45лв. по елемент „Инвестиции“ и 4 775лв. по елемент „Услуги“, допустими разходи.

След изпълнение на проекта и след постъпили сигнали за нередности е извършена проверка по реда на НОПАНФИПСЕС, приключила с решение на Министъра на икономиката, в качеството му на Управляващ орган на ОП „Конкурентоспособност“, № РД-16-1072 от 07.12.2015г. за установяване на нередност при изпълнение на процесния договор и приключване на нередността с възстановяване на неправомерно платените средства, определени в размер на сумата 982 799.96лв. Бенефициентът – въззивникът „Термоинвест“ ООД е поканен да възстанови сумата с покана, получена на 26.01.2016г. След изтичане на посочения в поканата срок за доброволно изпълнение преписката е предадена на НАП за предприемане на действия по принудително събиране. На 28.11.2016г. е съставен акт за установяване на частно държавно вземане № 56 от Директора на дирекция „Държавни вземания“ в ЦУ на НАП, връчен на дружеството на 06.12.2016г.

Не е спорно че между страните няма водени производства както по административен, така и по граждански ред за установяване на съществуването на задължението за възстановяване на получени суми като безвъзмездна финансова помощ поради установена нередност при изпълнение на договора, както и че няма събрани суми от страна на НАП.

По вида на вземането:

Договорът за безвъзмездна финансова помощ е сключен, изпълнен и проверката за нередност е приключила с решение на управляващия орган от 07.12.2015г., преди приемането и влизането в сила на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 25.12.2015г.

В чл.75 ал.2 (преди в чл.76 ал.1) от ЗУСЕСИФ е предвидено, че след окончателно плащане на проект неизвършените финансови корекции са публично вземане съгласно чл.162 ал.2 т.8 от ДОПК. Според посочената разпоредба от ДОПК, публични са вземанията за недължимо платените и надплатените суми, както и за неправомерно получените или неправомерно усвоените средства по проекти, финансирани от предприєдинителните финансови инструменти, оперативните програми, Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз, европейските земеделски фондове и Европейския фонд за рибарството, Инструмента Шенген и Преходния финансов инструмент, включително от

свързаното с тях национално съфинансиране, които възникват въз основа на административен акт. Вземанията на държавата и общините, извън посочените в чл.162 ал.2 от ДОПК са частни – чл.162 ал.4 от ДОПК. Когато по сключен договор относно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, свързана с европейските структурни и инвестиционни фондове, включително свързано с тях национално съфинансиране, е наложена финансова корекция преди влизане в сила на ЗУСЕСИФ не намира приложение чл.75 ал.2 от ЗУСЕСИФ, тъй като не е налице „неизвършена финансова корекция” към момента на влизане в сила на ЗУСЕСИФ - 25.12.2015г. Формите за налагане на финансови корекции до влизане в сила на ЗУСЕСИФ са отказ за верифициране на разходи или редукция на възмездими разходи, респ. отказ да се изплати частично или пълно договорената помощ или последващо пълното изплащане на помощта изявление за наличие на предпоставки за пълно или частично връщане на помощта. С оглед на това, при извършена преди влизане в сила на ЗУСЕСИФ, финансова корекция не може да се приеме, че възниква публично вземане.

Налагането преди влизане в сила на ЗУСЕСИФ на финансова корекция не представлява административен акт, поради което възникналото по тези финансови корекции вземане за недължимо платените и надплатените суми, както и за неправомерно получените или неправомерно усвоените средства по проекти, финансирани от европейските структурни и инвестиционни фондове, не се явява публично по своя характер с оглед дадената в чл.162 ал.2 т.8 от ДОПК дефиниция. Това са вземания възникнали въз основата на договор, поради което приложение намира разпоредбата на чл.3 ал.7 т.6 и ал.8 от ЗНАП. В нея е предвидено, че частни държавни вземания са тези на изпълнителните агенции по предприєдинителните финансови инструменти, управляващите органи на оперативни програми и държавните органи, администриращи средства от европейски фондове за недължимо платените и надплатените суми, както и на неправомерно получените или неправомерно усвоени средства по проекти, финансирани от предприєдинителните финансови инструменти, Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз, европейските земеделски фондове и Европейския фонд за рибарството, Инструмента Шенген и Преходния финансов инструмент, включително от свързаното с тях национално съфинансиране, които възникват въз основа на договор. Тези вземания се установяват с акт за установяване на частно държавно вземане, който се издава от изпълнителния директор на НАП или оправомощено от него лице. /в този смисъл определение № 510 от 29.07.2019г. по ч.търг.дело № 2198/18г., второ т.о. на ВКС, постановено по реда на чл.274 ал.3 от ГПК/

Поради което и въззивният съд намира че в настоящето производство по предявена молба за откриване на производство по несъстоятелност, НАП твърди съществуване на частно държавно вземане и оспорването му от страна на получателя на безвъзмездната финансова помощ е допустимо. В тежест на НАП е да установи при условията на главно и пълно доказване, съобразно правилата на доказателствената тежест в гражданския процес, съществуването на предпоставките за приемане на нередност в изпълнението на договора от 07.02.2012г.

В решението на Министъра на икономиката, в качеството му на Управляващ орган на ОП „Конкурентноспособност“, от 07.12.2015г. за установяване на нередност при изпълнение на процесния договор се препраща към мотивите в доклад № К-03-008 от 03.12.2015г. на Началник отдел „Законодателство, вътрешен контрол и нередности“. В същия доклад е прието че от страна на бенефициента са отчетени недопустими разходи за оборудване „втора употреба“ на следните доставени машини: агрегат за нагряване и свиване на краища на съд ф324 L-6, агрегат за нагряване и свиване на краища на съд ф550 L-12, машина за разтъргване и оформяне на краищата на съда ф324 L-6 метра, машина за разтъргване и оформяне на краищата на съда ф550 L-12 и стенд за изпитване. Посочено е в доклада че са налице основателни предположения че оборудването е произведено от реиновирани детайли, компонентни и части на излезли от употреба стари стругове и други машини, които са събрани и опаковани на място, пребоядисани и отчетени като нестандартно оборудване.

Съобразно чл.8 т.2 на ПМС № 236/07г. за приемане на детайлни правила за допустимост на разходите по Оперативна програма "Развитие на конкурентноспособността на българската икономика 2007-2013г.", съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие разходите за оборудване „втора употреба“ са недопустими разходи, като в конкретния случай не е налице изключението, предвидено в постановлението. Поради което и в тежест на кредитора, подал молбата за отриване на производство по несъстоятелност е да установи при условията на главно и пълно доказване факта че доставените пет броя машини и съоръжения, посочени в доклада, са „втора употреба“.

Относитими към доказване на това твърдение са представените с молбата формуляр за извършено посещение на място от 07.09.2015г. и формуляр за експертно становище от 10.09.2015г. Формулярите са съставени по образци на оперативната програма от независим експерт по възлагане от Министерство на икономиката. Въззивният съд намира че формулярът за извършено посещение на място е съставен от представител по възлагане на управляващия орган, поради което и може да се приеме че е съставен в кръга на задълженията му в рамките на предвидените в чл.14 от Общите условия към договора проверки на място, поради което и съставлява официален документ по смисъла на чл.179 от ГПК. Съгласно чл.179 ал.1 от ГПК официалните свидетелстващи документи имат материална доказателствена сила, задължаваща съда да приеме, до доказване на противното, че удостоверените в документа факти, действително са се осъществили. Законната доказателствена сила обхваща както лично възприетите факти от издателя на официалния документ – съответното длъжностно лице, удостоверило тези факти в кръга на службата си, така и мястото и датата на съставяне на документа.

Формулярът от 07.09.2015г. за посещение на място е подписан от представляващия „Термоинвест“ ООД и установеното в него не е оспорено в настоящето производство. Като цел на проверката е посочено верификация на постигнатите резултати след подаден финален отчет. В раздел втори Физическа проверка на доставка е констатирано наличието на всички

доставени десет броя машини и съоръжения, сред които и посочените по-горе пет броя, както и че същите са инсталирани, монтирани и функционират. Няма отбелязване за констатиране при проверката на оборудване, различно от доставеното и за установени машини, съоръжения или части от тях втора употреба. Няма посочване в приложение към формуляра направени от проверяващия снимки.

Представеният формуляр за експертно становище от независим експерт инж.М. от 10.09.2015г. е съставен по образец на оперативната програма в рамките на възложената му от Министерство на икономиката задача. Същият обаче отразява само мнението на съответния експерт относно наличието на нарушения при изпълнението на договора. Сред констатациите му е и тази че машините за разстъргване и оформяне на краищата на съд съответно Ф 324 и Ф 550 са изработени от разрязани стари стругове и удължени съответно до 6м. и 12м. за да могат да хванат съдовете, събрани и опаковани в малко ламарина и боядисани. Във формуляра за експертно мнение е посочено че при огледа им са установени следи от дългогодишната им употреба. Констатациите и заключенията на експерта нямат задължителна сила за гражданския съд, поради което и само въз основа на тях съдът не може да направи извод за доставка на машини и съоръжения втора употреба.

Следва да се отбележе също така, че констатациите на експерта във формуляра за експертно становище не се подкрепят от констатации в изготвения от самия експерт формуляр за извършено посещение на място.

В констативната част на формуляра е посочено че са проверени четири протокола от посещение на място, извършени от специалисти на Министерство на икономиката № 2, 3, 4 и 5. Един от тези протоколи за посещение на място след приключване на изпълнението на проекта № 5 от 20.02.2015г. е представен от въззивника и е приет като доказателство по делото. Тази проверка е констатирала наличието на доставеното оборудване, неговото съответствие, факта че е в експлоатация и се ползва по предназначение. Като приложение е посочен снимков материал, непредставен по делото.

От въззивната инстанция е допусната съдебно-техническа експертиза. Посочено е от експерта, че към днешна дата не може да бъде отговорено категорично дали към датата на приключване на проекта 07.02.2014г. посочените в решението машини и съоръжения са били нови, както поради отдалечеността във времето, така и поради изменения в машините след изтичане на тригодишния срок на приключване на проекта, така и поради тяхното използване във времето. Посочено е в с.з. от експерта че при визуален оглед няма как да се прецени дали машините са нови поради това че могат да бъдат боядисани. За да се установи физическото изхабяване на детайлите машините следва да бъдат разглобени.

Следва да се отбележе, че в съдържанието на самия доклад на началника на отдел „Законодателство, вътрешен контрол и нередности от 03.12.2015г. за извършената проверка по регистрирани сигнали за нередности няма категоричност за констатирани машини втора употреба. Налице е разлика в броя на тези машини, доколкото експерта споменава само

двете машини за разстъргване и оформяне на краища, а в доклада са посочени освен тях и други три - агрегатите и стенда за изпитване. Посочено е в доклада че за това оборудване „са налице основателни предположения, че е произведено от реиновирани детайли, компонентни и части на излезли от употреба стари стругове и други машини, които са събрани и опаковани на място, пребоядисани и отчетени като нестандартно оборудване“.

При липса на събрани допустими доказателства, установяващи състоянието на машините и техният вид, както на външен оглед, така и на техните детайли след разглобяване, към датата на проверката на място 07.09.2015г., не може да бъде направен от съда безспорен и категоричен извод, че се касае за оборудване „втора употреба“. Още повече че проверката на 07.09.2015г. е по сигнал за нередност включващ изрично доставка и отчитане на оборудване „втора употреба“, доставено преди подписване на договора. Поради което и фактическата проверка за тези твърдения е следвало да бъде извършена от представителя на управляващия орган и констатациите и да бъдат отразени в изготвения протокол, подписан и от представител на проверявания.

С оглед на така изложеното, въззивният съд намира че НАП не доказва съществуването на нередност – доставка и отчитане на оборудване „втора употреба“, представляващо недопустим разход. Поради което и получателят на безвъзмездната финансова помощ не дължи възстановяване на претендираната от него сума в размер на 982 799.96лв., ведно с лихви от поканата.

Поради което и НАП не се легитимира като кредитор за публичноправно задължение към държавата или общините, свързано с търговската дейност на длъжника, или за задължение по частно държавно вземане и не е налице предпоставката по чл.625 от ТЗ за разглеждане на молбата му за откриване на производство по несъстоятелност. Предвид на това и молбата за откриване на производство по несъстоятелност следва да бъде отхвърлена без съда да изследва твърдяното в молбата състояние на неплатежоспособност, респективно свръхзадълженост.

С оглед несъвпадане на крайния извод с този на първоинстанционния съд обжалваното решение следва да бъде отменено и вместо него постановено друго, с което молбата на НАП за откриване на производство по несъстоятелност на „Термоинвест“ ООД да бъде отхвърлена.

На основание чл.78 ал.3 от ГПК и направеното искане в полза на дружеството въззивник следва да бъдат присъдени направените по делото пред въззивна инстанция разноски в размер на сумата 1 029лв., представляваща държавна такса и възнаграждение за вещо лице. Доказателства за извършени разноски пред първата инстанция няма.

Водим от горното, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯВА решение № 36 от 24.07.2020г. по търг.дело № 23/20г. по описа на Търговишки окръжен съд и вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ОТХВЪРЛЯ молбата на Национална агенция по приходите със седалище гр.София по чл.625 от ТЗ за откриване на производство по несъстоятелност на „Термоинвест“ ООД със седалище гр.Търговище, ЕИК 125578301.

ОСЪЖДА Национална агенция по приходите със седалище гр.София, адрес гр.София, бул.“Княз Дондуков“ № 52 да заплати на „Термоинвест“ ООД със седалище гр.Търговище, ЕИК 125578301 сумата 1 029лв. /хиляда двадесет и девет лева/, представляваща направени за въззивно производство разноски.

Решението подлежи на касационно обжалване пред ВКС при условията на чл.280 ал.1 и ал.2 от ГПК в едномесечен срок от връчване на препис от настоящето решение.

Препис от решението да се изпрати на съда по несъстоятелността за вписване в книгата по чл.634в ал.1 от ТЗ.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____