

ОБЖАЛВАНЕ НА ФИНАНСОВА КОРЕКЦИЯ

Д-р Събин Събев

Един въпрос, който до сега обикновено е оставал извън вниманието ни е обжалването на финансовите корекции, наложени от управляващите органи по европейските проблеми. Съществуваха различни мнения за подсъдността на наложените финансови корекции. До неотдавна преобладаваше разбирането, че това е гражданско правен спор и подлежи на разрешаване по исков ред от гражданските съдилища. Считаше се че решението за налагане на финансова корекция е резултат от договорни отношения между жалбоподателя, в качеството му на бенефициер и съответния като договарящ орган, възникнали въз основа на договора за безвъзмездна финансова помощ, по който е предоставена финансовата помощ по съответната оперативна програма. Оспореното волеизявление представлява действие, с което се упражняват права, произтичащи от клаузи на договор, сключен между равнопоставени субекти, а не едностранни властнически правомощия, основани на правна норма. Правоотношенията между страните нямат административен характер. Твърденията на бенефициера обективират единствено спор за гражданско право - неизпълнение на задължения, произтичащи от двустранен договор, и съставляващо подлежаща на регистриране нередност по смисъла на чл. 2, т. 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 г. на Съвета. Гражданскоправният характер на спора предопределя и способите на защитата и неблагоприятните за жалбоподателя последици – по исков ред, в рамките на производство по Гражданския процесуален кодекс.

По въпроса за правния характер на окончателното писмено становище на управляващия орган по оперативна програма, с което се извършва финансова корекция на одобрени средства, дадени на бенефициер в изпълнение на договор за безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма на ЕС, е формирана противоречива съдебна практика на Върховния административен съд. През 2015 г. вече надделя разбирането, че това окончателно писмено становище изразява волеизявление на административен орган, което едностранно поражда задължения за съответния бенефициер, следователно в пълна степен отговаря на определението за индивидуален административен акт, съгласно Административно процесуалния кодекс.

Член 158 от Договора за създаване на Европейската общност /ДЕО//сега чл.174 от Договора за функциониране на Европейския съюз /ДФЕС// предвижда, че за да засили икономическото си и социално сближаване, Общността следва да има за цел да намали разликата между нивата на развитие на различните региони и изоставането на най-малко облагодетелстваните региони или острови, включително селските райони. Член 159 ДЕО/чл.175 ДФЕС/ предвижда тази дейност да се подпомага чрез Структурните фондове, Европейската инвестиционна банка (ЕИБ) и други съществуващи финансови инструменти.

Съгласно чл.59, §1 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година /сега отменен с Регламент /ЕО/ №1303/2013 на Съвета, но запазил действието си частично/, за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 /Регламента/, за всяка оперативна програма държавата-членка определя управителен орган /УО/, сертифициращ орган /СО/ и одитиращ орган /ОО/. Член 70, наречен „Управление и контрол” от Регламента постановява, че:

1. Държавите-членки отговарят за управлението и контрола на оперативните програми, по-специално чрез следните мерки:

а) гарантират, че системите за управление и контрол на оперативните програми са установени в съответствие с членове 58 и 62 и функционират ефективно.;

б) предотвратяват, откриват и отстраняват нередности и осигуряват възстановяването на неправомерно изплатени суми, заедно с лихвите за забава, когато е целесъобразно. Те ги съобщават на Комисията и я информират за развитието на административните и правни процедури. ;

2. Когато неправомерно платените на бенефициер суми не могат да бъдат възстановени, държавата-членка отговаря за възстановяването на изгубените суми в общия бюджет на Европейските общности, когато се установи, че загубата е настъпила в резултат на грешка или на небрежност от нейна страна. ;

3. Правилата за прилагане на параграфи 1 и 2 се приемат от Комисията в съответствие с посочената в член 103, параграф 3 процедура. Легално определение на „нередности” е дадено в чл.2, т.7 от Регламента /съответно чл.2, т.36 на Регламент №1303/2013/, съгласно което това са „нарушения на разпоредбите на общностното право, произтичащи от действие или бездействие на стопански субект, които имат или биха имали

като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.”

Съгласно чл.98, §1 и §2 от Регламента, държавите-членки са длъжни да разследват посочените по-горе нарушения и да извършват необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете.

Управителният орган, определен от съответната държава-членка, отговаря за управлението и изпълнението на оперативната програма. Чрез него държавата-членка изпълнява задълженията си да разследва нередностите, които засягат естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. При отсъствието на норми, съставляващи част от правото на Европейския съюз, които да изискват следването на определена процедура, изпълняваната от управителния орган дейност, а също и тази на останалите, оторизирани по регламента, органи, се осъществява по процесуалните правила, предвидени в националния закон. На основание чл.7а ЗНА и чл.98 от Регламент №1083/2006 е прието Постановление на Министерския съвет на РБ /ПМС№134 от 05.07.2010, ДВ бр.53/2010, в сила от 13.07.2010г. с изм. и доп./, съдържащо Методология за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове на ЕС и др./Методологията/,/старо заглавие Методология за определяне на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, свързани с изпълнението на оперативните програми, съфинансирани от структурните инструменти на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство (Загл. обн. - ДВ, бр. 53 от 2010 г., в сила от 13.07.2010 г.)/.

На основание чл. 7а от Закона за нормативните актове, във връзка с чл. 18, ал. 1, т. 1 от Постановление № 18 на Министерския съвет от 2003 г. за създаване на Съвет за координация в борбата с правонарушенията,

засягащи финансовите интереси на Европейските общности, последното прието на основание чл. 21 от Закона за администрацията, е прието ПМС №285/2009г. ДВ бр.№97/2009г.с изм. и доп., в сила от 8.12.2009г., съдържащо Наредба за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове инструменти и програми, съфинансирани от ЕС. Редът за налагане и извършване на финансови корекции е уреден в чл.13 от Методологията. Съгласно този подзаконов нормативен акт, органът уведомява бенефициера за съществуващо съмнение за нарушение, за което предстои да бъде наложена финансова корекция, като мотивира писмено подхода, който е избран за определянето ѝ, и посочва нейния размер. В срок 10 работни дни от датата на получаване на уведомлението бенефициерът може да представи на договарящия орган (договарящ орган е управляващият орган на оперативната програма съгласно Постановление № 121 от 31 май 2007 г. за определяне на реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативните програми, съфинансирани от структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз за програмния период 2007- 2013 г.) коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция или да се намали нейният размер. В срок от 5 работни дни от получаването на искането договарящият орган писмено мотивира неговото приемане или отхвърляне. В случай че искането бъде прието, договарящият орган не налага финансова корекция или коригира нейния размер, за което писмено информира бенефициента. В случай че отхвърли искането, договарящият орган пристъпва към налагане на финансова корекция.

Съгласно чл.13, ал.4 от Методологията, когато органът по ал.1, т.1 извършва финансова корекция след изплащане на безвъзмездната финансова помощ, той предприема незабавни действия за събиране на сумите, подлежащи на възстановяване като изпраща покана за доброволно изпълнение, а в случай, че бенефициерът не възстанови дължимите, въз основа на акта за финансова корекция суми, органът предприема действията, описани в ал.6, като съгласно т.3 може да уведоми Националната агенция по приходите за предприемане на действия по принудително изпълнение.

Чл.162, ал.1 и ал.2 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс/ДОПК/ постановява, че държавните и общинските вземания са публични и частни. Съгласно т.8 на ал.2 / нова - ДВ, бр. 12 от 2009 г., в сила от 1.05.2009 г. - изм., бр. 32 от 2009 г., в сила от 1.01.2010 г./, публични са държавните и общинските вземания за недължимо платените и надплатените суми, както и за неправомерно получените или неправомерно

усвоените средства по проекти, финансирани от предприсъединителните 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, както и глобите и другите парични санкции, предвидени в националното законодателство и в правото на Европейския съюз.

Общата разпоредба, регламентираща реда за установяване на публичните вземания е в чл.166 ДОПК, съгласно която установяването на публичните вземания се извършва по реда и от органа, определен в съответния закон. Ако в съответния закон не е предвиден ред за установяване на публичното вземане, то се установява по основание и размер с акт за публично вземане, който се издава по реда за издаване на административен акт, предвиден в Административно- процесуалния кодекс. Ако в съответния закон не е определен органът за издаване на акта, той се определя от кмета на общината, съответно от ръководителя на съответната администрация. Актът за публично общинско вземане се обжалва по административен ред пред кмета на общината, а за публично държавно вземане - пред ръководителя на съответната администрация по реда на Административно-процесуалния кодекс. Ръководителят на администрацията може да упълномощи органи, горестоящи на органа, издал акта, които да разглеждат по същество и да се произнасят по жалбите против актовете за публични вземания. Заповедта за упълномощаването се обнародва в "Държавен вестник".

Постановление № 121 на МС от 31.05.2007 г. регламентира реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативните програми, съфинансирани от Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз за програмния период 2007 – 2013 г. (Загл. изм. - ДВ, бр. 44 от 2010 г., доп., бр. 42 от 2014 г.). По този ред се сключват договорите за безвъзмездна финансова помощ оперативните програми.

Принципният правен въпрос, който се поставя, е: дали когато в договорни клаузи на договор като тези, който има всички белези на административен договор, е възпроизведена като право, произтичащо от договора, законово-регламентирана компетентност на административния орган-страна по този договор, това променя административния характер на правоотношението по реализирането на тази компетентност.

Според Върховния административен съд, няма основание за утвърдителен отговор на този въпрос.

От разпоредбите на Договора е видно, че те са станали част от неговото съдържание не по свободната воля на страните, а в изпълнение на пряко приложимите разпоредби на Правото на Европейския съюз, за прилагането на които към настоящия момент е в сила описаната по-горе национална подзаконова нормативна регламентация.

Управителният орган, който отговаря за управлението и изпълнението на проекти по Оперативната програма както е предвидено в Постановление №134 от 5 юли 2010 г. за приемане на Методологията, разполага с правомощия да извършва проверки за разходването на средствата, да налага едностранно финансови корекции и да предприема действия за възстановяване на сумите, отпуснати на бенефициера. С оглед ръководните и контролиращи функции, които този орган има по отношение на наблюдаваните от него проекти, не може да се приеме, че отношенията му с бенефициера, който изпълнява дадения проект и получава публичната помощ, са отношения на равнопоставеност. Тези отношения се характеризират с елементи на власт и подчинение, поради което следва да се определят като административноправни, независимо, че са "облечени" в договорна форма.

Разпоредбата на Договора, която се отнася до възможността за налагане на финансова корекция, не е създадена като резултат от съгласуваната воля на страните по договора, а възпроизвежда съдържанието на предоставеното от държавата във връзка с управлението на европейските проекти, съставляващо част от компетентността на управляващия орган негово правомощие, да налага финансова корекция на бенефициента за нарушения, допуснати в процедурите по обществени поръчки. Процесуалният ред за това е регламентиран в посочените по-горе подзаконовни нормативни актове и изчерпването му завършва с окончателното мотивирано становище по чл.13 от Методологията за налагане на корекция. Този акт засяга непосредствено правата и законните интереси на адресата му -бенефициера по договора за безвъзмездна финансова помощ, защото по същността си той е акт за установяване на публично държавно вземане по смисъла на чл.162, ал.2, т.8 ДОПК, процедурата за издаване на който и компетентния за това орган са определени с подзаконов нормативен акт, издаден пряко въз основа и в изпълнение на пряко приложими разпоредби на Правото на Европейския съюз. Аргумент за този характер на акта може да се почерпи и от

възможността, само въз основа на него /чл.13, ал.6 от Методологията/, да може да започне принудително изпълнение за събиране на определените с него парични суми.

По подобен начин е се е произнесъл Върховният административен съд и по тълкувателния въпрос по Тълкувателно дело № 1/2015г. на ОСК на ВАС по т.1, а именно : "Какъв е правният характер на актовете на органите на Разплащателна агенция -ДФ"Земеделие" по чл.26, ал.1, т.3 и чл.33 от Наредба №9/2008г. на министъра на земеделието и горите и подлежат ли те на съдебно обжалване по АПК?".

С Тълкувателно решение № 8/11.12.2015 г., Общото събрание на колегиите на Върховния административен съд прие, че актовете на Разплащателната агенция, издавани на основание и по реда на чл. 26, ал. 1, т. 3 и чл. 33 от Наредба № 9, са актове, издавани от орган на държавна власт, със законово делегирани правомощия, в изпълнение на нормативен акт и с тях се предвижда едностранна промяна в правата на адресата им, поради което представляват индивидуални административни актове и като такива подлежат на съдебен контрол по реда на АПК.

Това разрешение на спорния въпрос води след себе си редица предимства за бенефициерите, в сравнение с обжалването по исков ред.

На първо място държавната такса за обжалване на административен акт (50 лв. съгласно т. 2б, буква б от Тарифа № 1 към Закона за държавните такси за таксите, събирани от съдилищата, прокуратурата, следствените служби и Министерството на правосъдието ДВ, бр. 15 от 1996 г., и последващи изменения) е значително по ниска от държавната такса за подаване на граждански иск (4 % от цената на иска, съгласно чл. 1 от ТАРИФА за държавните такси, които се събират от съдилищата по Гражданския процесуален кодекс, ДВ бр. 22 от 28.02.2008 г.,)

На второ място, по аргумент от чл. 170 АПК, доказателствената тежест, че е налице нередност лежи върху административния орган – Управляващия орган на оперативната програма. Още повече, съгласно чл. 168 АПК, съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146:

1. липса на компетентност;
2. неспазване на установената форма;

3. съществено нарушение на административнопроизводствени правила;
4. противоречие с материалноправни разпоредби;
5. несъответствие с целта на закона.

Делата ще бъдат подсъдни на административния съд, по седалището на териториалната структура на администрацията на органа, издал оспорения акт, в чийто район се намира постоянният или настоящият адрес или седалището на жалбоподателя. Когато управляващият орган е министър, жалбата следва да се предяви пред Върховния административен съд.

Проблем при обжалването могат да породят кратките срокове за обжалване на административен акт – 14 дни от получаване на окончателното писмено становище на управляващия орган по оперативна програма, с което се извършва финансова корекция. Този кратък срок, обаче може да бъде удължен на два месеца, на основание чл. 140, ал. 1 АПК, тъй като управляващите органи не си правят труда да посочат пред кой орган и в какъв срок може да се подаде жалба.

Във всички случаи, препоръката ми към възложителите е, при налагане на финансова корекция, с която не са съгласни да обжалват административния акт на управляващия орган, с която тя е наложена.

Списание „Обществени поръчки“ бр. 1/2016 г.