

Р Е Ш Е Н И Е

№ 127

гр. Перник, 04 август, 2011г.

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Административен съд Перник, в съдебно заседание на петнадесети юли през две хиляди и единадесета година в състав:

СЪДИЯ: СЛАВА Г.

При секретаря А.М., като разгледа докладваното от съдията Г. административно дело № 209 по описа за 2011г., за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 215, ал. 1 от Закона за устройство на територията.

Образувано е по жалба от Р. и И. *** против Заповед № ДК-02-ЮЗР-73 от 17.03.2011г. на Началник на Регионална дирекция за национален строителен контрол-Югозападен район. Със заповедта е наредено да бъде премахнат незаконен строеж "масивна плътна ограда" на имот пл. № 002050, в местността "Радина могила", в землището на с. Калище, община Ковачевци. Разпоредено е доброволно изпълнение на заповедта, а при неспазване на срока за доброволно изпълнение е предвидено принудително такова.

В жалбата се поддържа, че оспорваната заповед е незаконосъобразна, необоснована и постановена при съществени нарушения на административно производствените правила, поради което се иска отмяната ѝ. Подробно се описва, че жалбоподателите не са известени за образуваното административно производство, не са взели участие във фазата на установяване и по никакъв начин не са уведомявани за действията на административния орган, във връзка с констатиране на нарушението. С оглед на това е нарушено правото им на защита. На следващо място излагат доводи, че строежът е извършен в околоръстен полигон, с оглед на което земята няма земеделски характер и оградата е построена в зона разрешена за строеж. Твърдят, че оградата е търпим строеж по смисъла на пар. 16 от ПР на ЗУТ, за нея е издадено удостоверение за търпимост и този строеж не подлежи на премахване и забрана за ползването. Претендират присъждане на съдебни разноски.

Ответникът по жалбата чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли същата да бъде отхвърлена. Твърди, че е налице строеж, извършен без строителни книжа, което е достатъчно основание да се премахне незаконния строеж по реда на чл. 225 от ЗУТ.

Съдът, след преценка на събраните по делото доказателства, становищата на страните и проверка на оспорвания административен акт по реда на чл. 168, ал. 1 от АПК, намира за установено следното:

Жалбата е подадена в законоустановения срок, от лица, пряко засегнати от издадената заповед и които имат правен интерес от оспорване.

Разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК задължава съда да обсъди не само основанията, посочени от оспорващия, а въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Контролът за законосъобразност на първо място се отнася до процесуалните предпоставки за издаването на заповедта и едва след това се преценява за наличието на предпоставките визирани в чл.225 ал.1 във връзка с чл.222, ал.1, т.10 от ЗУТ, на което правно основание е издадена заповедта, т.е. дали е налице безспорно установен незаконен строеж подлежащ на събаряне.

Съгласно чл. 222, ал. 1 от ЗУТ, контролът по строителството се осъществява от Началникът на ДНСК или упълномощено от него лице. Част от този контрол по т.10 на цитирания текст от ЗУТ е издаването на заповеди за премахване на незаконни строежи. От приложената по делото заповед №-РД-13-446/01.11.2010 г. на Началника на ДНСК, е видно, че на началниците на регионални структури са предоставени правомощия свързани с предотвратяване на незаконното строителство, в това число и издаване заповеди за премахването им. При условията на делегиране на правомощия, Началникът на РДНСК Югозападен район, е издал в рамките на предоставената му компетентност оспорваната заповед, имаща за предмет премахване на незаконен строеж. Той е компетентен административен орган, оправомощен по надлежния ред, поради което акта е издаден от компетентен орган.

Със заповед № ДК-02-ЮЗР-73 от 17.03.2011г. началника на РДНСК-Югозападен район на основание чл. 225, ал. 1 във връзка с чл. 222, ал. 1, т. 10 от ЗУТ е наредил да бъде премахнат незаконен строеж "масивна плътна ограда на имот пл. № 002050", находяща се в землището на с. Калища, общ. Ковачевци, местността "Циганка", от възложителите на строежа.

Извън горните констатации Заповед № ДК-02-ЮЗР-73 от 17.03.2011 г., на Началника на РДНСК ЮЗР, е издадена привидно след изпълнение на процедура по чл. 225, ал. 3 от ЗУТ. На 10.12.2010 г. е осъществена проверка на място, от служители на РДНСК-ЮЗР сектор Перник и служител от община Ковачевци, които са съставили констативни актове К-91/10-1 и № К91/10-2 от 10.12.2010г., в които е обективизирано и онагледено фактическото положение на процесният строеж. Описани са и техническите му параметри. Прието е, че в проверения имот е извършено строителство без разрешение за строеж и без промяна предназначението на земята.

Съдът приема за безспорно обстоятелството, че жалбоподателите не са присъствали при извършването на проверката.

Незаконният строеж представлява масивна плътна ограда с дължина приблизително 185м., средна височина 1.90м. и дебелина 0.25м.. Изградена е от сгуробетонени блокчета. Строителството е извършено преди 2001г., без издадено строително разрешение за строеж на плътна ограда и без промяна предназначението на земята. Тези обстоятелства са установени със събраните в хода на административното производство доказателства, които се свеждат единствено до: констативни актове № К-91/10-1 и № К91/10-2 от 10.12.2010г..

Със заключението на съдебно техническата експертиза се установява, че със заповед № РД-02-14-150 от 21.08.1991г. на М-ра на строителството, архитектурата и благоустройството за м. "Циганка" е одобрен околоръстен полигон върху площ от 14 дка., която земя е определена за застрояване. Местността "Циганка" и местността "Радина могила" касаят една и съща местност в с. Калища, общ. Ковачевци. Имота на жалбоподателите попада върху този полигон. За НУПИ на жалбоподателите са издавани скици от община Ковачевци с посочени имотни граници. Вещото лице, заключава, че изграденият строеж е търпим, но заключението му в тази част няма стойност, тъй като представлява правен извод, какъвто не е оторизиран да извежда. В останалата част, заключението се цени от настоящия състав и въз основа на него състава приема, че позоваването на административния орган на чл. 137, ал. 3 от ЗУТ във вр. с чл. 225, ал. 2, т. 1 от ЗУТ е без основание.

По делото са допуснати до разпит свидетелите В*** и В***. Същите установяват момента на построяване на оградата и недвусмислено посочват като година на изграждане преди 1987г.. По делото е представена и нотариално заверена декларация подписана от В***, под страх от наказателна отговорност, че оградата е построена в този период. Това деклариране, при наказателна отговорност за дадени неверни данни, както и с оглед свидетелските показания на св. Василев, свързани с годината на построяване, водят до извод, че строежа е изграден преди 1987г..

По делото е представено и удостоверение за търпимост на процесния строеж № 412 от 09.03.2011г. подписано от главния архитект и от Кмета на община Ковачевци.

Въз основа на така възприетата фактическа обстановка и по направеното оспорване на констативни актове № К-91/10-1 и № К91/10-2 от 10.12.2010г., настоящия състав намира следното:

Административното производство пред РДНСК-Югозападен район е инициирано с молба вх. №91/10-01-279 от 20.08.2010г. депозирана от М.Н***, с която е поискал извършване на проверка. Изнесъл е данни, че в имота е извършено строителство от лица, които не са собственици на имота. М.Н.*** е упълномощен представител на С.Р.***. Последната, видно от нотариален акт № 44, том III, дело № 895 от 1995г., оформен от нотариус с район на действие РРС е съсобственик на ливада в м. "Циганка" цялата с площ от 4.840дка. при посочени в нотариалния акт граници. С нотариален акт № 194, том III, дело 948 от 1997г., Р.***, ведно с останалите съсобственици е дарила на настоящите жалбоподатели реална част от тази ливада, а именно 2.000дка, при посочени граници и съседи в акта. На 10.12.2010г. е извършена проверка от двама служители на РДНСК, Югозападен район и представител на община Ковачевци. ЗУТ не съдържа изискване констативният акт за незаконно строителство да е съставен в присъствието на нарушителя или на заинтересуваните лица - чл. 224, ал. 3 и чл. 225, ал. 3 от ЗУТ, но само когато е съставен и връчен редовно, той се ползва с доказателствена сила за посочените в него обстоятелства. Констативните актове, въз основа на които е издадена оспорената заповед са съставени в присъствието на "инициатора" на административното производство и са оформени с подписа на двама свидетели "при отказ или при отсъствие на извършителя на строежа", без уточнение в коя хипотеза. По делото не са ангажирани доказателства, че административния орган е предприел процедура по връчване на констативните актове от 10.12.2010г.. Депозирани са две известия за доставяне с № ИД PS 2300 004M15 I и ИД PS 2300 004M17, от които е видно, че РДНСК Перник е изпратила до жалбоподателите К-91/10-01-150 от 22.10.2010г., което безспорно не са К-91/10-1 и № К91/10-2 от 10.12.2010г.. Липсват и обратните разписки обр. 250 към тези две известия. По делото е представено писмо до началника на ДНСК, от което е видно, че писмо ИД PS 2300 004M15 I не е получено от И.К., тъй като получателят живее на друг адрес, а пък писмо ИД PS 2300 004M17 не е потърсено от получателя/тези мотиви са възпроизведени и в заповедта/. С оглед на това е предприета процедура по чл. 61, ал. 3 от АПК чрез качване на съобщението на интернет страницата на административния орган. Настоящия състав в конкретния казус намира, че неправилно е приложен чл. 61, ал. 3 от АПК. Нормата на този текст се активизира едва когато адреса на лицето е неизвестен или то не е намерено на посочения от него адрес. Приетото от административния орган, че "пратката не е потърсена от получателя" не следва се тълкува в смисъл, че лицето е непознато на този адрес, респ. че е заминало или не е намерено на адреса. Препоръчано писмо, върнато от пощите по причина "Непотърсено", не може да бъде прието за недоставено по вина на получателя, респ. не може да бъде основание за предприемане на процедура за връчване по правилата на чл. 61, ал. 3 от АПК. Освен, че горенаписаното съставлява нарушение по смисъла на чл. 36, ал. 1 от Закона за пощенските услуги, връщането на

препоръчаното писмо задължава органа да извърши ново валидно уведомяване на адресата. По отношение на другия жалбоподател, за който след връчване на писмото от Български пощи административния орган е разполагал с информация, че лицето се е преместило на друг адрес, не са предприети никакви действия за връчване на актовете на новият му адрес. По отношение на него е проявено процесуално бездействие и неоснователно е пристъпено към обявяване по реда на чл. 61, ал. 3 от АПК. Административното производство е протекло без жалбоподателите, те не са имали възможност да посочат пред административния орган адрес, за да могат да следят и своевременно да получават кореспонденцията си. По делото липсват и доказателства, че адресите са им неизвестни. Пред съда жалбоподателите са посочили настоящи адреси, които не са същите на които органът ги е търсил. С оглед на това К-91/10-1 и № К91/10-2 от 10.12.2010г. не са връчвани на жалбоподателите и същите не са могли да се възползват от възможността на чл. 225, ал. 3 от ЗУТ да подадат възражения в законоустановения срок. Нормата на чл. 61, ал. 3 от АПК се прилага, когато са налице безспорни доказателства, че адресът е неизвестен или лицето не е намерено на посочения от него адрес, каквито доказателства по делото липсват. Поради тези съображения, настоящия състав намира, че в случая не е приложим пар. 4 от ДР на ЗУТ, на който набляга защитата на жалбоподателите, защото не е налице хипотезата на отсъстващо лице. На следващо място в констативните актове е отразено, че имотът е собственост на наследници на Костадин Кръстев и са изброени същите. Между тях не фигурират настоящите жалбоподатели. За тях без каквито и да е доказателства проверяващите са приели, че са възложители на строежа и че същите не са представили разрешително за строеж. При положение, че за тази проверка не са уведомени и не са присъствали тези лица, резонно е да не бъдат представяни каквито и да е документи. В констативния акт, въз основа на който е издадена оспорената заповед е посочено, че възложителите на строежа са “посочени от инициатора на проверката и по негови данни строителството е извършено 2001г.”. Тези констатации се пренесени изцяло от административния орган без да бъде извършена каквато и да е било проверка, най-малкото относно достоверност и истинност, и в самата заповед. С оглед на това същата е издадена в противоречие с основни принципи на административното производство - принципът на истинност, установен в чл. 7 АПК и принципът на служебното начало, регламентиран в чл. 9, ал. 2 и ал. 4 АПК. Съгласно тези принципи административните актове се основават на действителните факти от значение за случая, а административният орган е задължен да събира всички необходими доказателства, относими към правилното разрешаване на поставения пред него въпрос. Отделно от това констативните актове са подписани с особено мнение от представителя на община Ковачевци участвал в проверката, с мотиви, че по отношение на този имот бивша собственост на “Изотимпекс” е издадено ПМС. Административния орган на това обстоятелство въобще не е обърнал внимание и не е изследвал този въпрос, а от изслушаната по делото съдебно техническа експертиза се установява, че имота попада в околоръстен полигон на с. Калища, одобрен по съответния ред и терена от 14 дка е определен за застрояване. Поради тази причина, по отношение на строежа не е налице правното основание на чл. 225, ал. 1, т. 1 от ЗУТ, на което е издадена процесната заповед и не отговаря на действителното фактическо положение.

По отношение на позоваването на правната норма на чл. 225, ал. 2, т. 2 от ЗУТ е счел за достатъчно, да се посочи чл. 59, ал. 1 от ЗУТ. Състава намира, че в закона липсва изрична регламентация чл. 58 - 60 от ЗУТ, глава III, раздел X "Застрояване в неурегулирани територии" за изграждане на огради към имоти, извън границите на урегулираните територии. Единствената уредба е в чл. 58 ал. 2, която препраща към чл. 12 ал. 3 от ЗУТ, като е предвидено, че застрояването става въз основа на подробен

устройствен план, а когато такъв липсва въз основа на виза за проектиране, издадена от главния архитект на общината. Според разпоредбата на чл. 246, ал. 2 от ПП на ЗТСУ (отм), с оглед годината на построяване за тези строежи не се изисква разрешение за строеж, поради което е допустим (и според вещото лице) по действащите към момента на изграждането му правила и норми. Предвид изложеното, след като са налице предвидените в хипотезиса на правната норма пар. 16, ал. 1 от ПЗР на ЗУТ факти, то следва и правната последица на търпимост на строежа и невъзможността му за премахване.

В оглед изложеното и в този смисъл настоящия състав приема, че не е спазена специалната административна процедура по издаване на заповедта за премахване на незаконно строителство. Само редовно съставени актове в проведена специална процедура по реда на чл. 225, ал. 3 от ЗУТ и надлежно връчени представляват годни доказателства. Констативният акт по чл. 225, ал. 3 ЗУТ е доказателство за отразените в него обстоятелства, което при пороци в съставянето и съобщаването му, както е в конкретния случай няма доказателствена сила - чл. 171, ал. 1, изр. 1 АПК. Налице е съществено процесуално нарушение на административно производствените правила, което е достатъчно основание за отмяна на заповедта в условията на чл. 146, т. 3 от АПК. Административният орган е допуснал съществено процедурно нарушение, като не е връчил преписи от актовете. Следователно, по отношение на жалбоподателите се установява, че не са налице формалните изисквания да е започнало административно производство по реда на чл. 225 от ЗУТ.

При липса на годни доказателства, послужили за издаване на процесната заповед и при годни доказателства събрани в съдебното производство, настоящия състав приема, че жалбоподателите успешно доказаха своята теза. При наличие на свидетелски показания, нотариално заверена декларация и представено удостоверение за търпимост № 412 от 09.03.2011г., издадено от овластено длъжностно лице, преценило законността и основателността, и предхождащо издаването на процесната заповед, то този документ е с решаваща стойност. Съдът е длъжен да установи с допустими доказателства и доказателствени средства достоверността на твърдението материализирано от административния орган в това удостоверение, като в този смисъл са свидетелските показания, приети непосредствено от съда. Един от свидетелите е декларирал такива обстоятелства пред нотариус и въз основа на тях компетентния орган е приел основанието за наличието или липсата на останалите предпоставки за търпимост на строежа. Ето защо като е констатирал, че строежът е извършен преди 1987г. главния архитект на общината е издал удостоверението по пар. 16 от ПР на ЗУТ. Административния орган в настоящето съдебно производство не ангажира никакви други доказателства, които да оборят тезата, че не е налице търпим строеж, с оглед на което строежът като търпим не подлежи на премахване и забрана за ползуване.

Горното налага обжалваната заповед да бъде отменена за допуснати съществени нарушения при издаването ѝ и при противоречие с материално правните норми.

На основание чл. 143, ал. 1 от АПК, административния орган следва да възстанови на жалбоподателите сумата от 570 лв., деловодни разноски, от които 300лв. договорено и заплатено възнаграждение по договор №00491 от 28.04.2011г., 250лв. за изготвяне на съдебно техническа експертиза и 20лв. държавна такса за образуване на делото.

Предвид на всичко изложено и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд Перник, в настоящия състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ заповед № ДК-02-ЮЗР-73 от 17.03.2011 г. издадена от Началника на РДНСК Югозападен район.

ОСЪЖДА РДНСК Югозападен район, с адрес гр. София, ул. “Алабин” № 35 да заплати на Р.И.К. *** и И.И.К. ***, сумата от 570 лв. деловодни разноси.

РЕШЕНИЕТО не подлежи на обжалване.

Съдия:/п/