

Р Е Ш Е Н И Е

№53

гр. Перник, 05.04.2013г.

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Административен съд Перник, в съдебно заседание на осми март през две хиляди и тринадесета година в състав:

СЪДИЯ: СЛАВА ГЕОРГИЕВА

При секретаря И.И.,*** като разгледа докладваното от съдията Георгиева административно дело № 406 по описа за 2012г., за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по реда на чл. 215, ал. 1 от ЗУТ.

Образувано е по жалба на "ЗУУМ" ООД, със седалище и адрес на управление на дейността: гр. Перник, ул. "Рашо Димитров" бл. 87, ап. 2, вх. "А", представлявано от К.Г.М.*** срещу заповед № ДК-02-ЮЗР-428/23.11.2012 г. на началника на РДНСК, ЮЗР, с която е наредено премахването на незаконен строеж "Въздушна кабелна мрежа", находяща се в кв. "Църква" по ул. "Димитър Благоев", от кръстовището на ул. "Евстати Главчев" до кръстовището с ул. "Димитър Рибарски" и отклонение до сграда с административен адрес № 66, собственост на "ЗУУМ"ООД.

В жалбата се развиват доводи за незаконосъобразност на обжалваната заповед като издадена в противоречие с материалния закон и при допуснати съществени нарушения на административно производствените правила. Твърди се, че дружеството не е изградило обекта, предмет на заповедта и не е негов собственик. Същият имал редовни книжа за подземни комуникации. При тези доводи се пледира за отмяна на административния акт, като незаконосъобразен и за присъждане на направените по делото разноски.

Ответната страна-началника на РДНСК, ЮЗР, чрез своя процесуален представител в пледоарията по същество и в депозираните по делото писмени бележки застъпва тезата, че акта е издаден от компетентен орган, в кръга на предоставените му правомощия и в предписаната от закона форма. Същият е постановен след проведено административно производство и се позовава на точните материално правни разпоредби на закона. С оглед на това счита, че жалбата следва да се отхвърли като неоснователна и да се присъди юрисконсулско възнаграждение.

Ответната страна-Община Перник, чрез процесуалния си представител счита, че жалбата срещу атакуваната заповед е неоснователна.

Административен съд Перник, след като прецени законосъобразността на обжалвания административен акт с оглед разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК във вр. с чл. 146 от АПК и доводите

на страните, след преценка поотделно и в тяхната съвкупност на събраните по делото доказателства, намира за установено следното от фактическа и правна страна:

Жалбата е подадена от легитимирано за това лице - адресат на акта, с правен интерес от неговото обжалване, в рамките на законоустановения срок и отговаряща на формалните изисквания на закона за реквизити, което я прави допустима. Разгледана по същество същата е основателна.

Производството е започнало с издаването на констативен акт № ВЕСМ-II-3 от 09.11.2012г., съставен от служители на РО"НСК"-Перник при РДНСК, ЮЗР, в отсъствие на извършителя на строежа. Установено е наличието на незаконен строеж-въздушна кабелна мрежа, находяща се в кв. "Църква" по ул. "Димитър Благоев", от кръстовището на ул. "Евстати Главчев" до кръстовището с ул. "Димитър Рибарски" и отклонение до сграда с административен адрес № 66. Посочено е в акта, че строежът е собственост на "ЗУУМ"ООД. Проверяващите са приели, че строителството е извършено без изискващите се строителни книжа в нарушение на разпоредбите на чл. 148, ал. 1 от ЗУТ. Строежът е описан като е посочено, че по стълбовете за тролейбусен транспорт на посочените улици са монтирани кабели на височина от 5.00м до 7.00м от ниво терен. Отбелязано е, че липсват данни за годината на извършване на строежа. Констативния акт е връчен на представител на "ЗУУМ"ООД на 12.11.2012г. В посочения седемдневен срок е постъпило възражение от адресата на заповедта. Екземпляр от заповедта е получен от "ЗУУМ"ООД на 04.12.2012г., а жалбата срещу нея е депозирана по правилата на АПК на 17.12.2012г., т.е. в законоустановения срок.

От представените по делото доказателства се установява следното: Жалбоподателят притежава разрешение за строеж № 247 от 10.06.2011г. издадено от главния архитект на Община Перник за извършване на строителство на "Тръбна кабелна мрежа и оптични кабели-разширение на съществуваща телекомуникационна съобщителна инфраструктура за кв. "Църква" и за кв. "Изток" на гр. Перник. Кмета на общината му е учредил право да прокара трасе и сервитут през имоти публична и частна общинска собственост за прокарване на отклонение от общата мрежа на инженерната инфраструктура. Издадено му е и разрешително за прокопаване. Представена е заверена заповедна книга и протокол за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво. В технически паспорт е вписано, че са ползвани съществуващите тръбни мрежи на "Виваком"АД. На 12.01.2012г. е съставен акт за установяване годността за приемане на строежа с местонахождение кв. "Църква". Строежа е въведен в експлоатация, за което се представя удостоверение № 57 от 07.06.2012г.. Представен е и договор за наем от 16.01.2012г. между "ЧЕЗ"АД и жалбоподателя, като на последния е предоставена част от стълбовата разпределителна мрежа за временно и възмездно ползване. В

този договор не е уточнено за коя мрежа става въпрос, по кои улици преминава, дали е собственост на дружеството или се ползва под наем и от кого същата е изградена. Представени са и писмо от "БТК" АД за съгласуване на работен проект за ползване на кабелна мрежа на БТК в кв. "Църква" и кв. "Изток" на гр. Перник, както и доказателства за осигурен достъп до подземната мрежа на Виваком в кв. "Даскалово"/известен още като кв. "Църква". Всички тези доказателства насочват съда да приеме, че подземната кабелна мрежа е изградена в съответствие с одобрените строителни книжа, но по никакъв начин тези книжа не се отнасят до въздушната кабелна мрежа и не установяват собствеността на жалбоподателя в констатираните в заповедта участъци.

За изясняване статута на обекта, предназначение, вид, местонахождение е допусната съдебно техническа експертиза. В заключението се посочва, че по посочените в констативния акт улици има поставени кабели на стълбовите елементи и на тях е поставена мрежата на тролейбусния транспорт и уличното осветление. Представените по делото строителни книжа касаят подземното изграждане на тръбната мрежа и точно тя е въведена в експлоатация. Въздушните кабели са прокарани в съответствие със съгласувания проект доколкото са по одобреното трасе, но са въздушно прокарани. При огледа на място вещото лице е констатирало, че от стълбовите елементи излизат множество кабели, които не могат да бъдат индивидуализирани. Същите са с различен цвят, преплитат се и влизат в различни разпределителни кутии. Заключва, че не може да се определи чрез визуален оглед колко трасета на телекомуникационни мрежи има разположени, къде са разположени и кои са техните собственици. Не може да каже и какво е конкретното предназначение на отделните кабели, в т.ч. и на описания в заповедта. На един от стълбовете по трасето е имало разпределителна кутия с надпис "ЗУУМ интернет доставчик". Посочва също, че преобладаващото застрояване в кв. "Църква" е ниско, а в подробния устройствен план на гр. Перник в частта за кв. "Църква" няма предвиждане за изграждане на телекомуникационни мрежи във въздушното пространство.

Като доказателство по делото е прието и писмо от кмета на общината, с което е заявено, че община Перник не разполага с одобрена устройствена схема или специализиран план схема за елементи на техническата инфраструктура на кв. Църква, общ. Перник.

На основание чл. 170 от АПК е указано на ответника по жалбата, че тежестта на доказване на фактическите основания е негова и не ангажира доказателства, от които да е видно, че адресата на заповедта е извършител на строежа, собственик на същия, респективно ползвател или собственик на терена. Доказателства в тази връзка не са ангажирани.

При така установената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Производството е по чл. 215, ал. 1 във вр. с чл. 225 от ЗУТ.

Съгласно чл. 222, ал. 1 от ЗУТ, контролът по строителството се осъществява от Началника на ДНСК или от упълномощено от него длъжностно лице. Част от този контрол по т.10 на цитирания текст от ЗУТ е издаването на заповеди за премахване на незаконни строежи или части от тях. От приложената по делото заповед №-РД-13-229/02.07.2012 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. Обжалваната заповед е валидна, като издадена от надлежен орган - началникът на РДНСК, ЮЗР, който е бил изрично упълномощен да издава заповеди за премахване на незаконни строежи и не е налице отменително основание по чл. 146, т. 1 от АПК.

Заповед № ДК-02-ЮЗР-428 от 23.11.2012г., на Началника на РДНСК ЮЗР, е издадена след привидно изпълнение на процедурата по чл. 225, ал. 3 от ЗУТ. На 09.11.2012г. е осъществена проверка на място, от служители на РО"НСК" Перник при РДНСК, ЮЗР и е съставен констативен акт № ВЕСМ-II-3, в които е записано, че в проверения имот има извършено строителство в нарушение на чл. 148, ал.1 от ЗУТ. В този акт не е онагледено фактическото положение на строежа и не са описани техническите му параметри. За онагледяването му проверяващите са извадили снимка, на която дори не са начертали констатираното незаконно трасе. Жалбоподателят не е присъствал при извършването на проверката и констативният акт му е връчен след нейното приключване на 12.11.2012г.. В законовия срок е постъпило възражение вх. № П-76-11-02-260 от 14.11.2012г., което въобще не е обсъдено от контролните органи. В него ясно и категорично е заявено, че процесния кабел не е собственост на дружеството и не се стопанисва от него. Възражението е подкрепено с писмени доказателства.

Съгласно чл. 225, ал. 1 от ЗУТ, началникът на Дирекцията за национален строителен контрол или упълномощено от него длъжностно лице издава заповед за премахване на незаконни строежи или на части от тях. Разпоредбата на чл. 225, ал. 2, т. 2 от ЗУТ предвижда, че строеж или част от него е незаконен, когато се извършва без одобрени инвестиционни проекти и/или без разрешение за строеж. Въз основа на изложеното настоящия състав приема, че не са допуснати съществени нарушения на производствените правила, които да доведат до отмяна на акта в условията на чл. 146, т. 2 и т. 3 от АПК.

Основният проблем в производството е, че по делото липсват каквито и да било доказателства, че незаконния обект е изграден от "ЗУУМ"ООД и че е негова собственост. Не се установява дори обстоятелството, че посочената мрежа се ползва от жалбоподателя. Това е така, защото нито проверяващите, нито административния орган са извели доводи за предназначението на този кабел. Жалбоподателя не оспорва, че предмета му на дейност е свързан с доставка и интернет услуги, не оспорва, че обслужва потребители от кв. "Църква" и им доставя интернет услуга, не оспорва, че осъществява електронни съобщителни услуги чрез подземни мрежи в тези участъци, но заявява, че процесния кабел не е негов. Проблема в казуса е, че административния орган по никакъв начин не е установил предназначението на този кабел, т.е дали е за пренос на данни, респ. доставка на интернет – услуга за да може дори хипотетично да се свърже с жалбоподателя. Липсват доказателства, от които да се направи подобен извод. В тази връзка е и заключението на вещото лице, което е категорично, че кабела така както е описан не може да се индивидуализира. Обстоятелството, че е поставен стикер на разпределителна кутия с обозначения на жалбоподателя, то съгласно Наредба № 17 от 3.06.2005г. /отм./ за правилата за изграждане на кабелни далекосъобщителни мрежи и съоръженията към тях се приема, че жалбоподателят е изпълнил разпоредбите на наредбата в частност глава Шеста маркировка на мрежите. Задълженията вменени на доставчиците по тази наредба е за маркиране на подземните кабелни съобщителни мрежи, каквато мрежа безспорно притежава жалбоподателя, а не за маркиране на въздушни мрежи. При това положение цитираните едва в заповедта стикери, обсъдени наред с всички ангажирани в хода на производството доказателства разрешение за строеж и въвеждането му в експлоатация, по никакъв начин не свързват незаконния строеж "въздушна кабелна мрежа" с жалбоподателя.

Настоящият състав със своето разпореждане за делото е указал на административният орган, че тежестта на фактическите основания послужили за издаване на акта е негова и в съдебно заседание му е указал да представи доказателства кой е собственик на незаконния строеж и кой е неговият ползвател, но такива до приключване на съдебното дирене на бяха ангажирани и съответно представени. Въз основа на приетите по делото доказателства, настоящия състав приема, че административния орган е постановил премахване преди да установи собствеността на строежа, ползването на въздушната мрежа и предназначението ѝ.

За съда няма колебание, относно незаконността на строежа, предмет на заповедта, защото същият представлява строеж по смисъла на пар. 5, т. 38 от ПР на ЗУТ и като такъв за неговото изграждане са се изисквали строителни книжа, в това число и разрешение да строеж. Заповедта е издадена в производство по чл. 225, ал. 1 от ЗУТ. Страни в това

производство са административния орган - издател на акта и лицето, негов адресат, по отношение на което възниква задължение за премахване на незаконния строеж. Адресати, по смисъла на пар. 3 от ДР на Наредба № 13/23.07.2001г. за принудително изпълнение на заповеди за премахване на незаконни строежи от органите на ДНСК, са извършителят на строежа, собственика на терена или лице с ограничено вещно право върху него. Следователно за да бъде адресат на процесната заповед, ответното дружество трябва да е или извършител на незаконния строеж, или негов собственик /ползвател/, или собственик на терена, върху който се намира строежа. Тежестта за доказване на тези обстоятелства е върху касатора, като издател на акта и по аргумент от чл. 170, ал. 1 от АПК, но такива доказателства не са ангажирани.

С оглед на това заповедта следва да се отмени, защото страда от съществени пороци свързани с грешно адресиране на същата срещу субект, който не носи отговорността за изграждането и ползването на незаконния строеж и не е негов собственик. Обжалваната заповед е незаконосъобразно издадена, в противоречие с материалния закон и процесуалния закон, поради което същата следва да бъде отменена.

При този изход на делото, при своевременно претендираните разноски от пълномощника на жалбоподателя и на основание чл. 143, ал. 1 от АПК такива следва да се присъдят по представените доказателства в размер на 250лева. Същите представляват заплатена държавна такса за образуване на делото в размер на 50лева и депозит за съдебно техническата експертиза в размер на 200лева.

Искането за присъждане на адвокатско възнаграждение поради липса на доказателства за реалното му заплащане следва да се отхвърли като неоснователно. До приключване на устните състезания не са ангажирани доказателства за платено адвокатско възнаграждение. По делото е налице пълномощно за процесуално представителство между К.М., управител на "ЗУУМ"ООД и адв. Н.Г., но не е представен договор за правна защита и съдействие, от който да е видна договорката между страните, касателно договорено адвокатско възнаграждение. Отчитайки коректното отношение на адвоката, своевременните му искания и ангажираните релевантни за делото доказателства искането му като неподкрепено с доказателства следва да се отхвърли. Условие за присъждането на разноските на жалбоподателя в тежест на административния орган - ответник е те да са действително направени, т.е. в случая е необходимо доказано плащане от страна на жалбоподателя до претендирания размер-възнаграждение на адвокат и то до приключване на устните състезания по делото пред съответната инстанция, за която се претендират. За възможността разписана в чл. 38, ал. 2 от ЗА съдът да определи възнаграждение на адвоката също не са налични доказателства. Липсата им води до

неоснователност на претенцията и следва същата да се отхвърли като неоснователна.

В настоящето производство състава разглеждащ делото неправилно е конституирал като ответник в процеса Община Перник. Това лице не е издател на акта. При този извод производството по отношение на него следва да бъде прекратено, да се отмени протоколното определение от 08.02.2013г. в тази му част и същият да се заличи от списъка за призоваване.

Водим от изложеното и на основание, чл. 172, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 143, ал. 1 от АПК, съдия при Административен съд Перник

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на "ЗУУМ"ООД, с адрес: гр. Перник, представлявано от К.М.*** заповед № ДК-02-ЮЗР-428/23.11.2012г. на началника на РДНСК, ЮЗР, с която е наредено премахването на незаконен строеж "Въздушна кабелна мрежа", находяща се в кв. "Църква" по ул. "Димитър Благоев", от кръстовището на ул. "Евстати Главчев" до кръстовището с ул. "Димитър Рибарски" и отклонение до сграда с административен адрес № 66, собственост на "ЗУУМ"ООД.

ОСЪЖДА РДНСК, ЮЗР да заплати на "ЗУУМ"ООД, с адрес: гр. Перник, ул. "Р. Димитров" бл. 87, ап. 2, вх. "А", представлявано от К.М.*** разноски по делото в размер на 250лева.

ОТХВЪРЛЯ искането на пълномощника на жалбоподателя за присъждане на адвокатско възнаграждение.

ОТМЕНЯ протоколно определение от 08.02.2013г., в частта, с която е конституирал Община Перник като ответник по делото и прекратява производството по АД № 406/2012г. по описа на Административен съд Перник по отношение на Община Перник.

Решението, с характер на определение може да се обжалва от Община Перник в 7-мо дневен срок от съобщаването му пред Върховен административен съд на Република България.

Решението може да се обжалва от РДНСК, ЮЗР и "ЗУУМ"ООД в 14-дневен срок от уведомяването им пред Върховен административен съд на Република България.

Съдия:/п/