

РЕШЕНИЕ

№ 2617

гр. София, 18.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 53 състав,
в публично заседание на 12.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Димитър Гальов

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **9396** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК.

Образувано е жалба на „А1 България“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес: [населено място], [улица], чрез законните представители и упълномощени процесуални представители против Решение № 265 от 31.08.2023г. на КРС. Изцяло се оспорва законосъобразността на атакуваното решение, като постановено при съществени нарушения на административно-производствените правила. Релевират се нарушения на чл.35, чл.34, ал.3 и чл.12 от АПК. Твърди се, че не са надлежно установени фактите и обстоятелствата от значение за произнасянето на регулаторния орган, а от своя страна това е довело и до неправилно прилагане нормите на материалния закон. Сочи се, че в инициираното производство по реда на чл.81 и сл. от ЗЕСМФИ, дружеството „А1 България“ ЕАД е изложило множество аргументи в подкрепа на тезата си, че актуализираните цени за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура на „Виваком България“ ЕАД /подземна канална мрежа/, са определени незаконосъобразно. Твърди се, че административният орган не е обсъдил всички твърдения и доводи на дружеството, респективно липсват изложени мотиви защо не приема така изложеното от инициатора на производството. В отговор на оплакването за неправомерното според „А1 България“ ЕАД еднократно увеличение цените на „Виваком България“ ЕАД, с което се нарушава указаното в предходен влязъл в сила административен акт- решение № 161 от 01.06.2023г.,

органът само изтъкнал, че няма съществуващо съотношение между това негово предходно решение и решението по настоящия спор. Единственият аргумент е посоченото, че забраната, наложена с Решение № 161 от 01.06.2023г. е свързана с индексирание на цените на база инфлация, по повдигнат спор от група предприятия, а конкретното производство се отнася до правилното прилагане на цените за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура на „Виваком България“ ЕАД съобразно Методиката за начина за разпределяне на разходите при определяне на цени за предоставяне на такъв достъп, съответно право на преминаване по ЗЕСМФИ. Освен това, по същество се оспорва извода на ответният орган за липса на такава свързаност между двата акта на регулатора. По отношение амортизацията на каналната мрежа на посочения оператор на мобилни услуги, инициаторът на настоящото административно производство изразил становище, че при постановяване на Решение № 246 от 22.02.2011г. регулаторът е приел, че през 2011г. напълно амортизиран е поне 48% от актива на каналната мрежа на „Виваком България“ и че с оглед изминаването на значителен период от време, към днешна дата този процент на амортизация следва да е по-висок. Наведено е и твърдение за пълна амортизация на системата за охрана, като актив. Тези доводи на заявителя са оставени без каквото и да било обсъждане от страна на Комисията. На следващо място, заявява се, че е направено възражение срещу използваната при изчислителната стойност на среднопретеглената цена на капитала, която е от значение за определяне на единия от компонентите, формиращи разходите за предоставяне на услугите, съгласно чл.5, ал.1, т.3 от Методиката. З. е застъпил в административното производство теза, че при изчисляването следва да се използва актуализираният размер, съгласно Решение № 550 от 2016г. на КРС, т.е. 7,6%, а не 10,03%, посочен в Решение № 246 от 22.02.2011г. Това възражение също е оставено без обсъждане, според жалбоподателя. Оспорващата страна намира за общи и несъответстващи на принципа по чл.35 от АПК изложените мотиви, че моделът за определяне на разходите представен в производството пред КРС съответства на разглеждания от Комисията в рамките на производствата, завършили с Решение № 87 от 25.02.2021г. и Решение № 70 от 24.02.2022г. на КРС и от друга страна за съответствие между Методиката и Механизмът за ценообразуване и Модела. В тези случаи, става въпрос за отделни/предходни/ производства, поради което наличието на посочените възражения в настоящото производство не изключват необходимостта административният орган да мотивира изводите си в процесния акт. Сочи се и нарушение на чл.12, ал.1, вр. с чл.34, ал.3 от АПК, досежно отказа на органа да предостави пълен достъп до административната преписка, включително модела на ценообразуване прилаган от другия оператор /заинтересованата страна/, който е отказан на основание чл.38 от АПК. По този начин е възпрепятствана възможността на жалбоподателя да направи възражения и да ангажира допълнителни доказателства, което нарушава правото на защита и от друга страна е довело до ненадлежно установяване на фактите, релевантни към произнасянето на Комисията. Счита се, че правилният подход изисква заявителят в производството да получи достъп най-малко до структурата на модела на разходите на „Виваком България“, която не съдържа финансово-икономическа информация, съставляваща търговска тайна. По отношение приложимите норми на материалния закон се позовава на предходни Решения на КРС от 22.02.2011г.. и подлежащият на регулиране пазар за предоставяне на достъп на едро до мрежовата инфраструктура, а именно заложените от регулатора критерии, сред които:

инвестиционни разходи, амортизационна норма, изчислена на база 25 години полезен живот на активна канална мрежа, отчитане цената на капитала на базата на одобрена от КРС среднопретеглена цена на капитала /10,3%/, начислена върху зетия капитал в каналната мрежа; процент на напълно амортизирана канална мрежа, не по-малък от 48%; разходи за охрана; разходи за ремонт; други разходи; печалба- не по-висока от 10%.

Цитира се съдържанието на последващи актове на Комисията, като Решения от 13.08.2015г. и от 18.06.2019г. Съобразно последното пазарът е определен от регулатора, като такъв с ефективна конкуренция, поради което са отменени всички специфични задължения наложени на „БТК“ ЕАД /Виваком България/, като е отменено и регулирането на съответния пазар и е постановено преминаването към определяне на цени за достъп на едро до мрежова инфраструктура до и/или съвместно ползване на пасивна инфраструктура чрез общи условия по чл.15, ал.2 от ЗЕСМФИ. Изтъква се и приемането на Методиката /обн. в ДВ, бр.92 от 06.11.2018г./, определяща начина на разпределяне на разходите при определяне цени за предоставяне на достъп до и съвместно ползване на физическа инфраструктура и право на преминаване по ЗЕСМФИ, въвеждаща правила за разпределяне на разходите при ценообразуване, различаващи се от правилата, съгласно Решение № 246 от 22.02.2011г. Прави се съпоставка между базата на изчисление на амортизационната норма – 25 години, според решението на КРС от 22.02.11г. и 40 години, съгласно чл.9, ал.2 от Методиката. Друга посочена от жалбоподателя разлика се изразява в структурираните компоненти в модела на ценообразуване, като според решението на КРС от 2011г. отчитането на цената на капитала и печалбата са два самостоятелни такива компонента в модела, за разлика от Методиката, според която се взема предвид само норма на печалба, която е определена на база на среднопретеглена цена на капитала. Методиката не регулира конкретна стойност на тази среднопретеглена цена, а единствено определя начина на изчисление, докато с последващо Решение на КРС от 24.11.2016г. актуалната стойност, която операторите са длъжни да прилагат възлиза на 7,60%. Изразява се позиция, че извършената от другия оператор актуализация на цените не е съобразена с нормите на Методиката, като е нарушен принципът на разходна обусловеност, прогласен в нормата на чл.2 от Методиката, а също така сочи и нарушение на чл.5 от Методиката, определяща компонентите, които формират разходите за предоставяне на услугите за достъп до и/или съвместно ползване на физическата инфраструктура. Изразява се мнение, че проверяваният оператор не е представил в хода на административното производство доказателства за реално увеличаване на разходите си, свързани с дейността по предоставяне на достъп и поддръжка на подземна канална мрежа и които да обосноват предвижданата промяна на цените. Изчисленията са извършени не на база 40 години полезен живот, както изисква Методиката, а на база 25 години, съгласно цитираното решение на регулатора от 2011г. Сочи се, че в решението на КРС предмет на оспорване по настоящото дело не е отразено каква е конкретната стойност на процента на амортизация към 2022г. и как е формирана, което пречатства контрола за законосъобразност. Твърди се, неправилно използване стойността на среднопретеглена цена на капитала, като според жалбоподателя е взета предвид такава от 10,03%, а не правилната стойност- 7,60%, което следва от указанията на Решението от 2016г. на КРС.

Сочи се и увеличение на цените, в нарушение забраната с Решение № 161 от 01.06.23г. Обосновава се връзка между процесният административен акт и

коментираното предходно решение от 2023г., доколкото повишението на цените осъществено от оператора- заинтересована страна, се основава именно на повишението разходите на дружеството. Заявява се, че връзката между двете производства ясно се онагледява с текст от мотивите на оспореното решение, според което правото на мрежовите оператори да посочват в Общите условия механизъм за индексация на цените, обоснован на индекс определен от НСИ, не изключва задължението им за съответствие на определените цени с изискванията на чл.3, ал.4 от ЗЕСМФИ и с Методиката. Акцентира се на посоченото, че дружеството „Виваком България“ не е представило доказателства за реално увеличение на разходите си, свързани с дейността по предоставяне на достъп и поддръжка на подземна канална мрежа, а и в двете проведени и обект на сравнение административни производства се изследва разходната обусловеност на предвиденото увеличение на цените. По този начин, според жалбоподателя би се стигнало до негативни последици не само за оспорващото дружество и заявител в административното производство, но и за такива по отношение на всички други предприятия, които използват каналната мрежа на „Виваком България“. Тези последици противоречат и на прокламиран принцип за защита на конкуренцията, включително ефективната конкуренция по отношение на инфраструктурата, оттам и на инфлационните процеси.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от упълномощени адвокати, които поддържат жалбата. В хода по същество и в писмени бележки се иска отмяна на оспореното решение и връщане на преписката на ответния орган с указания по тълкуване и прилагане на закона. Претендират се направените разноски по списък.

Ответникът- Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/, представя административната преписка свързана с издаденото процесно решение. Оспорва жалбата, като неоснователна. Отрича тезата на оспорващата страна за допуснати съществени нарушения на производствените правила, като според ответника производството е проведено в условието на откритост, достоверност и пълнота на фактите и относимата към произнасянето на регулатора информация. Изразява се становище, че с цитиране на предходно постановени актове на КРС дружеството-жалбоподател отчита единствено собствените си интереси, без да се вземат предвид естеството на разпорежданията на КРС с Решение № 161 от 01.06.23г. и Решение № 265 от 31.08.23г. Противопоставя се на тезата на „А1 България“ ЕАД, че Комисията няма мотиви по аргументите на жалбоподателя. Изрично в мотивите на процесното решение от 31.08.23г. било посочено, че по същество двете производства, приключили с цитираните две решения на КРС са с различен предмет и съответно различно произнасяне от страна на административния орган. В този смисъл, първото решение на КРС касае индексация на цени, направено от „Виваком България“, на основание т.4.1 от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура на предприятието, като основанието за посочената точка от ОУ е чл.8 от Методиката. Според ответника двете сравнявани от жалбоподателя производства са самостоятелни и първото решение /от 01.06.2023г./ не влияе по никакъв начин на произнесеното от регулатора процесно решение. Отрича се, тезата на оспорващото дружество, че органът не е изискал от „Виваком България“ ЕАД актуална информация за амортизацията на каналната мрежа и системата за охрана, като се твърди, че са взети предвид предоставените данни и съответствието им с изискванията на закона /ЗЕСМФИ/ и Методиката, а въз основа на тях са изяснени релевантните факти. Цитират се две предходни решения на КРС, в които

регулаторът изрично се е произнесъл по съответствието на модела на ценообразуване на другия оператор /заинтересованата страна/ с изискванията на приложимата методика. Като неоснователно е отчетено възражението на оспорващото дружество относно изчислената стойност на среднопретеглена цена на капитала, която е от значение за определяне компонентите, формиращи разходите за предоставяне на услугите, съгласно чл.5, ал.1, т.3 от Методиката. Сочи се, че при постановяване на оспореното понастоящем решение тази среднопретеглена цена на капитала е актуализирана съгласно Решение № 550 от 2016г. и приложеният размер е 7,6%. Изцяло се оспорва твърдението за допуснато нарушение правото на защита, предвид факта, че преимуществената част от информацията, предоставена от „Виваком България“ съставлява търговска тайна, поради което същата не може да се предостави на основен негов конкурент. Предвид факта, че задължението за опазване на тайната е в тежест именно на регулатора, Комисията не е предоставила данните, които биха могли да доведат до разкриване на търговска тайна на конкуренти. Отричат се и нарушения на приложимите материалноправни норми. В резултат на анализ КРС счита, че моделът предоставен от заинтересованата страна, а именно публикуваният механизъм за ценообразуване в Приложение № 3 към ОУ на този оператор съответства на Методиката за начина на разпределение на разходите при определяне на цени на услугите при предоставяне на достъп до и съвместно ползване, съответно правото на преминаване по закона, респективно отчита съответствие на този публикуван механизъм и модела. Невярно е, че е използвана база, съгласно Решението на КРС от 22.02.2011г. относно амортизационната норма на актива на каналната мрежа, защото заинтересованата страна е заложила амортизация от 40 години за актива канална мрежа. Сочи се, че съгласно приложението /търговска тайна/, в калкулация на използваните данни е заложен коректен показател свързан с напълно амортизирана канална мрежа, различни от стойностите в проценти, приети в Решение № 246 от 2011г. на КРС.

В съдебно заседание, чрез упълномощени юрисконсулти, ответната страна пледира за отхвърляне на жалбата. Не се претендират разноски. В условието на евентуалност, прави възражение за прекомерност на претендираното от оспорващата страна адвокатско възнаграждение.

Заинтересованата страна „Виваком България“ ЕАД, редовно призована, се представлява в съдебно заседание от упълномощени адвокати, които оспорват жалбата, като неоснователна и считат решението на КРС за законосъобразно. Пледират за отхвърляне на жалбата. Не претендират разноски. Солидаризират се с аргументите на ответния административен орган. В подкрепа на тезата, че оспорващото дружество е участвало в предходни административни производства, които го обвързват, се позовава на постановеното окончателно Решение № 9246 по адм. дело 6478 от 2009г. на ВАС, в което след съответен икономически анализ е доказано, че цените на „Виваком България“ ЕАД /към онзи момент с наименованието „БТК“ ЕАД/ отговарят на изискванията за разходоориентираност по прилагания от дружеството

модел за ценообразуване. Твърди се, че този законосъобразен модел се прилага от заинтересованата страна и към настоящият момент и е актуализиран единствено, с оглед изискванията към входящите данни на действащото законодателство- Методиката и ЗЕСМФИ. Оспорва се липсата на равнопоставеност между участващите в административното производство субекти /оператори на мобилни услуги/, като според тази страна ответният орган е извършил законосъобразно балансиране на законово защитени права и интересите на страните в производството. Доказателствата, съдържащи търговска тайна по смисъла на законодателството се ползват с особена защита, съгласно чл.38 от АПК, а предоставянето на достъп до конкретни финансови параметри, които съдържат разбивка на разходи, цени и друга високо чувствителна информация на основен конкурент би представлявало злоупотреба с право, от страна на жалбоподателя, поради което КРС правилно и в съответствие със закона е представило извършените анализи, вкл. конкретни разглеждани параметри и заключения без да разкрива информацията, представляваща търговска тайна. По-нататък в писмените бележки се сочи, че решението на КРС е и материално законосъобразно, а цитираните от жалбоподателя решения на регулатора преди 2019г., т.е. преди Решение № 235 от 18.06.2019г. са изцяло ирелевантни и неприложими към настоящият Модел, респективно всички специфични задължения на това дружество са отменени преди повече от четири години и начинът на определяне на условията за достъп до и ползване на подземната канална мрежа се определя изцяло на основание нормите от закона /ЗЕСМФИ/, както и тези на Методиката. Твърдението за увеличаване на цените в нарушение Решението на КРС от 01.06.2023г. е изцяло невярно и изхожда от превратно тълкуване на неговото съдържание. В тази връзка, позовава се и на Директива 2014/61/ЕС, чиито норми са инкорпорирани в ЗЕСМФИ и Методиката и според които се налага задължителна разходопокривност на ценообразуването на мрежовите оператори, с оглед защитата на конкуренцията. Твърди се, че „Виваком България“ ЕАД е представила реални доказателства за увеличение на разходите си, което обосновава увеличение на цените с 18%

СГП, редовно уведомена, не изпраща представител в съдебно заседание.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД- С.-ГРАД /АССГ/, в настоящият състав, намира оспорването за процесуално ДОПУСТИМО, като

депозирано в законния срок, доколкото липсват и доказателства за установяване на противното. Жалбата е подадена пред родово и местно компетентния административен съд, от лице с активна процесуална легитимация, като е насочена срещу индивидуален административен акт, по смисъла на чл.21 от АПК, който по съществото си е неблагоприятен за оспорващата страна, поради което жалбата следва да се разгледа по същество.

Съдът установи от **фактическа страна** следното:

Съгласно влязлото в сила Решение № 161 от 01.06.2023г. на КРС са приети резултатите от работата на специализираната комисия, а на тази база са дадени указания на оператора „Виваком България“ ЕАД да прилага цените си за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната си инфраструктура, в сила към 31.12.2022г., съгласно посочените в параметри в табличен вид. С това решение са дадени задължителни указания на същия оператор да не прилага индексацията на цените по т.2, определена, съгласно т.4.10 от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивна инфраструктура, начислена считано от 01.01.2023г. съгласно т.4 от решението са дадени и задължителни указания на същото юридическо лице да допълни Механизма на ценообразуване от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивна инфраструктура, с механизъм за индексация на цените на основание т.4.10 от същите общи условия, който да отчита изменението на разходите в резултат от инфлацията и да не допуска възможност за индексирание за период по-дълъг от една година назад. Указано е заплащане на дължимите такси за разглеждане исканията на описаните оператори, по чиято инициатива е образувано това административно производство, респективно е издадено решението от 01.06.23г., като е постановено и неговото предварително изпълнение.

Видно от съдържанието на това решение КРС е сезирана от няколко оператори на мрежови услуги, сред които и „А1 България“ ЕАД.

С процесното Решение № 265 от 31.08.2023г. на основание чл. 85, ал. 1, т. 1, във връзка с чл. 82, ал. 1, чл. 81, ал. 1, т. 1, ал. 2 и ал. 10 и чл. 15, ал. 2 от Закона за електронните съобщителни мрежи и физическа инфраструктура, както и на основание чл.60, ал.1 от АПК, във връзка с искане с вх.№№ 12-03-23/08.08.2023г. от „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД ответният административен орган приема резултатите от работата на специализираната комисия, определена със съответно решение на КРС. Във вторият диспозитив на решението се сочи, че увеличението на цените

на проверявания оператор /заинтересованата страна/ за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура, съгласно ценовата листа на дружеството, приложима към 01.09.2023г. отразяват разходите за дейността, съобразени съгласно т.ІІ от приложението към настоящото решение /търговска тайна/. В решението се сочи, че е даден срок на „Виваком България“ за становище и ангажиране на допълнителни доказателства, с оглед направените искания от заявителя. Соци се, че е постъпил отговор от този оператор на 22.08.23г.

На 29.08.23г. е проведено заседание за изслушване на страните със специализираната комисия. На страните е осигурен достъп до преписката, с изключение на документите, маркирани като търговска тайна, в това число е осигурен достъп и до относимите допълнителни материали, се изтъква в решението. Пълнен достъп е бил отказан, видно от мотивите на решението, с позоваването на чл.38 от АПК и въведената с нормата забрана да се разгласяват тайни на страните, като в случаят се има предвид производствени и професионални тайни. Изтъква се, че нито материалният закон ЗЕСМФИ, нито подзаконовите актове дават право на достъп до източниците, съставляващи търговска тайна.

Ответната страна се позовава на общите условия на мрежовите оператори за предоставяне достъп до физическата инфраструктура, които включват и механизъм за ценообразуване, с което се гарантира достатъчна прозрачност на последното. Соци се, че „детайли за модела са посочени на стр.304-308 от Решение № 246/2011г., което е прието след обществено обсъждане с участието на всички заинтересовани страни, вкл. „А1 България“ЕАД. Степента на подробност на ценообразуването публикувано от „Виваком България“ЕАД е идентична с публикувания механизъм на „А1 България“ЕАД, като според нормата на чл.15 от ЗЕСМФИ няма конкретни изисквания за подробност на публикуваната информация за този механизъм. Обосновава се извод, че механизма на ценообразуване е публичен, но самите стойности представляват търговска тайна, до която „А1 България“ЕАД не може да има достъп, поради класифицирането им като търговска тайна. В следващата част на изложението се прави разграничение между предмета на двете административни производства, като по отношение на първото /приключило с решение № 161 от 1.06.23г./ органът изтъква, че наложената на „Виваком България“ забрана се изразява в приложение на цените /увеличение/, обявени като приложими към 01.01.2023г. Разяснява се, че тази забрана се отнася за индексирание на цените на база инфлация по повдигнат спор от група предприятия, сред които и дружеството-жалбоподател. Уточнява се, че предмет на настоящото

административно производство, по което е постановено оспореното по делото решение е *„правилното прилагане на цените, съобразно Методиката“*. В тази връзка изтъква, че с процесното решение се разглежда увеличението на цените, приложими към 01.09.2023г., поради което обосновава извод за липса на съществуващо отношение между цитираното решение от 01.06.23г. и процесното от 31.08.2023г.

След обсъждане на доводите и становищата на страните, респективно приложимата според ответния орган нормативна уредба е обусловен извод за допустимост на искането, подадено от надлежна страна- мрежов оператор, но по същество е прието за неоснователно. Мотивите на ответника по съществуването на искането са поместени на стр.7 до стр.10 от решението. Отчетена е важността на каналната мрежа, която е от съществено значение дори при предоставяне на мобилни услуги, респективно нормите на закона и по-специално чл.15, ал.2 от ЗЕСМФИ, указващи на операторите да прилагат пропорционални и справедливи общи условия. Изтъкнато е, че изграждането на пасивната инфраструктура е съществен разходен елемент, като в тази връзка е приета Директива 2014/61/ЕС, транспонирана в ЗЕСМФИ, регламентиращ достъпа до вече изградената пасивна инфраструктура. Органът е посочил, че евентуалното прекомерно увеличение на цените ще оскъпи и осигуряването на свързаност, оказващо като краен резултат негативно влияние и върху крайните ползватели.

В оспореното решение се сочи, че поне до 2030г. не се очаква развитието на технологиите да доведе до отпадане изцяло или частично ползването на физическа инфраструктура за разполагане на електронна съобщителна мрежа от операторите. Изтъкнато е, че осигуряването на повсеместна свързаност чрез разгръщането на високоскоростни и свръхвисокоскоростни мрежи е основна цел на действащата регулаторна рамка, а пасивната инфраструктура е съществен разходен елемент, в това число подземната канална мрежа.

Сочи се, че прекомерното увеличение на цените на едро и неговия ефект върху контрагентите и впоследствие абонатите би противоречало на принципите на чл.4 от ЗЕС и по-конкретно на чл.4, ал.1, т.1 и т.2 от ЗЕС. В крайна сметка, изтъква се, че подобно прекомерно увеличение би имало и антиконкурентен ефект, респективно до значително повишаване цените на дребно, а оттам да се стигне и до ограничаване достъпността на предлаганите услуги от тези предприятия.

Изложени са аргументи и от гледна точка правото на „Виваком България“ да прилага цените за достъп до каналната мрежа в случаите, когато тези цени са оправдани от разходите за предоставяне на услугите.

В тази връзка, се пресъздава позицията на заинтересованата страна, че моделът на определяне на разходите, съответства на разглеждания от Комисията в рамките на производствата завършили с Решения № 87 от 25.02.2021г. и Решение № 70 от 24.02.2022г., които са влезли в сила след съдебно обжалване. Освен това, публикуваният механизъм на ценообразуване на цените в Приложение № 3 към Общите условия на „Виваком България“ съответства на Модела. Последният и неговото описание съответствали на представения от този оператор в рамките на предходни процедури по разглеждане на спорове между мрежови оператори. Уточнено е, че в моделът на заинтересованата страна в рамките на настоящата процедура са актуализирани стойностите на входните параметри на разходите въз основа на данните за последната приключила финансова година- 2022г. Каналната мрежа е оценена по настояща стойност, а за нея в разходната калкулация се ползват актуални цени на дейности и материали, съгласно последните актуални договори за изграждане на канална мрежа на Виваком. Посочено е, че разходните елементи са свързани с: изграждане на мрежата- инвестиционни разходи; разходи за текуща поддръжка, ремонт и охрана; други разходи; печалба. От своя страна инвестиционните разходи включват разрешителни и планови дейности, изкопни и строителни дейности, полагане на тръби /СМР и материал/, изграждане на шахти, разходи за материали и труд. Елементите от разходната калкулация на оператора съответстват на заложените в Модела, разглеждан в производствата, завършили с Решения от 25.02.2021г. и 24.02.2022г. на КРС.

В заключение, ответният орган излага крайният си извод, че планираното от „Виваком България“ изменение на цената в размер на 0.542 лева за 1м канална тръба с положени 3 защитни тръби е в съответствие с принципите на чл.2 от Методиката.

Видно от протокол № 42 от редовно заседание на Комисията проведено на 31.08.2023г. са присъствали председателя, заместник-председателя и двама от членовете, съответно е отсъствал един член на КРС. Съгласно дневния ред и т.9 от него е докладвано искането за даване задължителни указания по чл.82 от ЗЕСМФИ, с което *единодушно* е прието решението за приемане резултатите от работата на специализираната комисия, определена с предходно решение на КРС. Съгласно взетото решение, увеличението на цените, съгласно ценовата листа на „Виваком България“ приложима към 01.09.2023г. относно достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура е разходооправдано, като са съобразени конкретните разходи за дейността съгласно приложението към решението /търговска тайна/. В тази връзка

искането на другия оператор за даване на задължителни указания е отхвърлено. Разпоредено е предварително изпълнение на акта, по посочени в решението съображения.

При тези фактически констатации, съдът обоснова следните правни изводи:

Оспорването е допустимо, като е насочено срещу подлежащ на оспорване пред съда индивидуален административен акт, от юридическо лице – страна в административното производство по издаването му, по съществуто си актът е неблагоприятен за жалбоподателя, тъй като се отхвърля негово искане и обжалването е направено в преклузивния 14-дневен срок за оспорване. Следователно, налице са всички положителни процесуални предпоставки за разглеждане на жалбата по същество и липсват отрицателни такива.

В контекста на правомощията си по чл.168 от АПК, във връзка с чл.146 от АПК, съдът следва да прецени наличието на всички основания по посочения законов текст, с оглед осъщественият контрол за законосъобразност спрямо решението на ответния административен орган.

Не са налице основания за отмяна на акта, по силата на чл.146, т.1 от АПК, защото решението на КРС от 31.08.2023г. предмет на оспорване е постановено от **компетентния** колегиален орган, в рамките на неговите законови правомощия. Както вече бе посочено налице е изискуемият кворум, доколкото решението е взето единодушно от четиримата участвали в заседанието представители на КРС */председател, заместник-председател и двама от членовете на КРС/*, т.е. в съответствие с изискването на чл.35, ал.5 от ЗЕС, според която разпоредба решенията се вземат с обикновено мнозинство.

Спазена е изискуемата писмена **форма** за постановяване на акта-мотивирано решение */чл.35, ал.1 от ЗЕС/*, като принципно административният акт съдържа задължителните реквизити и не са налице основания за отмяна досежно нарушаване изискванията за неговата форма, съгласно чл.146, т.2 от АПК.

По отношение спазване на **административнопроизводствените правила**, съдът констатира следното:

Производството е започнало след като компетентният орган е сезиран с надлежно искане от страна на мрежов оператор */“А1 България“ ЕАД/*, с което са иска регулаторният орган при упражняване на законовите си правомощия да даде задължителни указания относно осъществено увеличение на цените от страна на проверявания оператор

/заинтересованата страна/ за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура, съгласно ценовата листа на дружеството „Виваком България“ ЕАД, приложима към 01.09.2023г. В тази връзка, ответникът е обосновал законосъобразен извод за допустимост на искането и съгласно предвидената законова процедура същото е разгледано в рамките на проведеното административно производство. Същото е приключило с краен акт, в който органът е изложил принципните тези на страните, приетите за установени факти и своите правни изводи. Съображенията на административния орган по същество се основават най-вече на направени констатации по предходни постановени актове на КРС досежно моделът на ценообразуване на „Виваком България“, като според неколккратно изтъкнатото в решението, този модел и атакуваното увеличение на цените съответстват на действащата към момента Методика, респективно на нормите на ЗЕСМФИ, в които са транспонирани принципите и императивните норми на Директива 2014/61/ЕС.

В тази връзка, КРС акцентира на обстоятелството, че моделът за ценообразуване и за определяне на разходите на „Виваком България“ вече е проверяван в рамките на производствата, завършили с Решения № 87 от 25.02.2021г. и Решение № 70 от 24.02.2022г.

Съдът намира, че така приетият от ответната страна подход за мотивиране на акта е незаконосъобразен и **съществено нарушава** приложимите в случая **административнопроизводствени правила**. Следва да се отбележи, че законът не предвижда хипотеза, при която в постановления по конкретното производство административен акт органът да препраща към фактически констатации и правни изводи направени в предходно постановен акт, в рамките на съвсем различно административно производство. Както става ясно от съдържанието на Решение № 70 от 24.02.2022г. КРС е постановила акта си по инициатива на други мрежови оператори от заявителя по настоящото производство, като от изложените по същество съображения става ясно, че спорът между тях е бил от различно естество, въпреки че е отново на плоскостта на достъпа до каналната мрежа. Колкото до Решение № 84 от 25.02.2021г. този акт също няма общо с взаимоотношенията между заявителя „А1 България“ ЕАД и заинтересованата страна по настоящото дело, доколкото производството се е развило по спор между договор сключен още през 2010г. между друго юридическо лице и „Виваком България“ /към онзи момент „БТК“ ЕАД/ и последващото му изменение с анекс от страна на съвсем различен оператор, с който процедираното изменение на ценовата листа предмет на настоящото производство няма връзка.

От една страна, както правилно се сочи от страна на жалбоподателя „А1 България“ така цитираните от самия административен орган негови предходни произнасяния нямат отношение, нито обвързваща сила спрямо „А1 България“, а самите обстоятелства по тези два спора между други оператори и „БТК“ЕАД /Виваком България/ са от различно естество. Дори да се приеме, че в обхвата на спора между дружеството със седалище-гр.П. и „Виваком България“ инкорпорира и спор относно размера на цената за относно предоставяната услуга за достъп до каналната мрежа, предвид факта, че самият договор, който се цитира в това производство е от 2010г., съответно допълнителното споразумение е от 2013г. и е сключен със съвсем различен субект, но е неотносим към предмета на настоящото административно производство най-вече поради действалата различна нормативна уредба. Както е известно, ЗЕСМФИ е обн. в ДВ, бр.21 от 2018г., а Методиката /обн. в ДВ, бр.92 от 06.11.2018г./ при това положение сравнението между така цитираните производства и постановените по тях решения е неуместно. Нещо повече, подходът да се мотивира административния акт с констатации и правни изводи от акт, с който е приключил друго административно производство е процесуално недопустим и противоречи на основен принцип в административния процес, съгласно който актът следва да съдържа конкретни съображения от фактическа и правна страна, с което да се удовлетворят и изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. Тази императивна норма е приложима и в случаите, когато цитираните предходни актове са постановени от същия административен орган. Единствено, може да се направи подобно мотивиране, т.е. да се цитират констатации по други актове, в случай, че предходното производство има характер на преюдициално спрямо другото. С други думи, следва да е налице свързаност в отделните производства, като изходът от едното да обуславя изход от другото или най-малко да оказва съществено значение за този изход, а в случаят при така установените и коментирани по-горе факти относно двете предходни производства такава свързаност нито е налице, още по-малко може да се твърди преюдициалност /взаимна обусловеност/ между проведени две или повече административни процедури.

По отношение оплакването за нарушаване правото на защита, конкретно във връзка с неразрешеният достъп до материали, които са квалифицирани като търговска тайна, това възражение на жалбоподателя е неоснователно. Изрично е указано в нормата на чл.38 от АПК, че страните имат право тайни да не се разпространяват /в случаят става въпрос за производствени и професионални/, освен в предвидени в закона

случаи. В конкретният казус, не е налице основание за отпадане на тази защита, още повече, че не се и твърди от страна на жалбоподателя такова основание. В този смисъл, сам по себе си фактът, че не му е предоставен достъп до материалите квалифицирани като търговска тайна на другият оператор не може да се приеме за нарушаване правото на защита, а за съблюдаване процесуалните права и на друга страна в конкретното производство изцяло в съответствие с указаното в закона.

Обобщено, в мотивите на Решение № 265 от 31.08.2023г. единствените относими към конкретният спор съображения се свеждат до обсъждане на цитираните с входящи номера писма /стр.10 от решението/, но цитираното от ответния орган, че *„елементите от разходната калкулация на Виваком за инвестиционните разходи със заложените в Модела, разглеждан в производствата завършили с Решение № 87 от 25.02.2021г. и № 70 от 24.02.2022г. на КРС...“*, води до извода, че в процесното решение такива конкретни съображения не се съдържат, с оглед контекста на гореизложеното. Независимо, дали цитираните предходни актове са били оспорени пред съда и въпреки евентуалното им влизане в сила след такова оспорване, така посочените предходни индивидуални административни актове не могат да попълнят мотивите на органа в настоящото производство, обусловили извод за неоснователност на жалбата. В този смисъл, липсата на конкретни съображения, които да са изложени и да подлежат на проверка за законосъобразност, реално препятстват осъществяването на такава от страна на съда, в настоящия процес. В нарушение на чл.6, ал.1 от Методиката КРС не е изложила конкретни съображения според нормативното изискване. Това е така, защото цитираната норма указва, че разпределянето на разходите по чл.5 се извършва по начин, даващ информация за разхода за единица от предоставяната услуга за всеки тип физическа инфраструктура или неин елемент, пропорционално на използвания капацитет за достъп.. Липсват каквито и да било доводи дали финансовата отчетност на проверяваното дружество осигурява наличието на надеждна одитна следа между направените разходи и предоставяната услуга, респективно дали финансовата отчетност позволява проследимост на дейността по отношение на тази услуга, каквото несъмнено е указано в нормата на чл.5, ал.5 от Методиката.

Следва да се отбележи, че не би могло за първи път в хода на съдебното производство по оспорване на административния акт да се установяват факти, които са от съществено значение за произнасянето на органа и неговата законосъобразност. В настоящото производство съдът извършва проверка за законосъобразност на оспорения в случая

индивидуален административен акт, доколкото процесното решение несъмнено е от тази категория актове. Не би могло, посредством извършване на икономически анализи /експертиза/ за първи път в хода на съдебния процес да се попълват фактическите констатации на органа и да се санират допуснати в хода на административното производство съществени процесуални нарушения, каквито се констатират с настоящия съдебен акт. В тази връзка, основателно е възражението на жалбоподателя за нарушаване принципа на чл.35 от АПК, според който само при установени в пълнота относими към конкретното производство факти, могат да се направят обосновани правни изводи. Следователно, не може да се извърши цялостна проверка за материална законосъобразност на акта и съответствие с целите на закона, защото такава обективно не може да се направи при неизяснени факти, с оглед допуснатите съществени нарушения на производствените правила.

Колкото до заявеното противоречие на увеличението на цените с указанията на друго предходно решение, на което се позовава жалбоподателя, съдът констатира следното:

Съгласно Решение № 161 от 01.06.23г. са дадени задължителни указания до „Виваком България“ да не прилага индексация на цените по т.2, съгласно т.4.10 от Общите условия за достъп, начислена считано от 01.01.2023г., но освен това са дадени и изрични указания „да допълни механизма за ценообразуване от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивна инфраструктура, с механизъм за индексация на цените на основание т. 4.10 от същите общи условия, който да отчита изменението на разходите в резултат от инфлацията и да не допуска възможност за индексирание за период по-дълъг от една година назад. Както става ясно от съдържанието на решението, допуснато е **предварително изпълнение** на решението, което никой не твърди да е било оспорено и отменено по съответния законов ред. Следователно, с постановяването на предходния административен акт от 01.06.2023г. на заинтересованата страна /в настоящото производство/ са дадени задължителни и подлежащи на незабавно изпълнение указания относно ДОПЪЛВАНЕ на този механизъм, а в хода на настоящото производство ответният орган несъмнено е дължал коментар на това обстоятелство. Този факт не е предмет на самоцелна проверка, а следва да се направи именно в отговор на нормативните изисквания, съгласно приложимата Методика, тъй като цените за достъп, които са предмет на обсъждане въобще в производството се определят съгласно чл.4, ал.3 от методиката, в съответствие с направените разходи. В този смисъл, в мотивите на административния акт е следвало да се съдържа ясен коментар и на тези

факти, т.е. дали в изпълнение на дадените указания проверяваното дружество е изпълнило задължителните указания за допълване на този механизъм, което при липса на коментар в съответната насока не би могло обективно да се установи при проверката за законосъобразност на процесния административен акт. Като се вземе предвид становището на ответника, с което се солидаризира и заинтересованата страна, че Решение № 161 от 01.06.2023г. няма връзка с процесното, може да се обоснове и категоричния извод, че такава проверка от страна на ответника за изпълнение на дадените от самия него указания очевидно не е извършвана.

Съдът не споделя становището на ответната и на заинтересованата страна за липса на свързаност между производството пред КРС приключило с Решение № 161 и процесното. Вярно е, че с диспозитива под номер 3 са дадени указания на оператора да не прилага индексацията на цените по т.2, определена съгласно т.4.10 от Общите условия за достъп и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура, но както бе цитирано по-горе съдържанието на диспозитива под № 4 изрично е указано да се допълни механизма на ценообразуване от коментирания общи условия с механизъм за индексация, който да отчита **изменението на разходите** в резултат на инфлацията. Като се съпостави датата на постановения акт от 01.06.2023г. и увеличението на цените, под предлог увеличаване на разходите, съгласно ценова листа, приложима от 01.09.2023г. се обосновава извода, че органът е следвало да изложи съображения дали така заявените увеличени разходи от страна на проверяваното дружество се дължи на изменение на разходите, в резултат на инфлация. Такива съображения в оспорения акт не се установяват, а самият ответник заявява, че цитираното предходно решение и дадените с него указания нямат връзка с предмета на това дело, което още по-ясно потвърждава извода за липса на подобна проверка и излагане на съответните мотиви. При положение, че решението подлежи на предварително изпълнение и операторът е следвало да изпълнява незабавно указаното, като допълни въпросния механизъм на ценообразуване, нещо което не се и твърди да е сторено, остава неясен, необосновен, процесуално и материално незаконосъобразен направеният от ответния орган извод, обусловил като краен резултат отхвърляне искането на жалбоподателя.

Предвид изложените съображения, следва оспореното по делото решение на КРС да бъде отменено, а тъй като решаването на въпроса относно даване указания от страна на регулатора не е в правомощията на съда, следва да се изпрати преписката по подаденото заявление на „А1

България“ЕАД на ответника- КРС за ново произнасяне, при съблюдаване на дадените указания по тълкуване и прилагане на закона, за което да се определи 1-месечен срок, съгласно чл.174 от АПК, считано от влизане в сила на настоящия съдебен акт. Това е така, защото съгласно *Чл. 81.(1) Комисията решава споровете по този закон във връзка с предоставяне на достъп до и/или съвместно ползване на физическа инфраструктура, включително: 1. прилагането на условия и цени за достъп в съответствие с този закон и подзаконовите актове по неговото прилагане.* Съдът е компетентен само да извършва проверка /контрол/ за законосъобразност на постановените актове, но не и да се произнася по подадени искания, чието разглеждане е от компетентността на КРС.

По въпроса за разноските:

При този изход на спора, следва да бъде уважено и акцесорното искане на жалбоподателя за присъждане на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, включващи платена държавна такса в размер на 50 лева, както и платеното адвокатско възнаграждение. Обаче, при присъждане на хонорара на процесуалния представител следва да се съобрази и възражението за прекомерност направено от ответника, който единствено има правен интерес от подобно възражение, след като при такъв изход разноските се присъждат в тежест на ответната страна. В тази връзка, въпреки представените писмени доказателства за реално осъществен превод на сумата от 4 881.76 лева, включваща 4 068.13 лева адвокатско възнаграждение и 813.63 лева платен ДДС върху тази сума, следва да се съобрази, че делото се отличава с фактическа и правна сложност и обем на материалите над 500 страници, като са проведени две съдебни заседания, без изслушване на свидетели и вещи лица. Въпреки това, така заявеният хонорар действително е прекомерен, още повече, че съгласно договорът за правна защита и съдействие е упълномощено адвокатско дружество, което от своя страна преупълномощава двама адвокати да представляват дружеството. При съобразяване на указаното в Наредба № 1 от 2004г. за минималните адвокатски възнаграждения и другите посочени и относими към определянето на възнаграждението обстоятелства, в това число, че съгласно чл.143, ал.1 от АПК се дължи възнаграждение на един адвокат, съдът намира за справедливо и обосновано присъждането на сумата от 2000 лева /без ДДС/, съответно на сумата от 400 лева ДДС върху тази стойност, в тежест на ответника, а в останалата част възнаграждението не следва да се присъжда от съда. При това положение, в полза на оспорващата страна се присъждат разноски общо за сумата от 2450 лева, която КРС да заплати на дружеството-жалбоподател.

Мотивиран от изложеното, на основание чл.172, ал.2, вр. с ал.1 от АПК, Административен съд- София-град, второ отделение, 53 състав

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ изцяло Решение № 265 от 31.08.2023г. на Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/ и

ИЗПРАЩА преписката по подаденото искане от „А1 България“ ЕАД, с вх.№ 12-03-23 от 08.08.2023г. за ново произнасяне на КРС, при спазване на дадените указания по тълкуване и прилагане на закона, като **ОПРЕДЕЛЯ** на основание чл.174 от АПК едномесечен срок, считано от влизане в сила на настоящия съдебен акт.

ОСЪЖДА Комисията за регулиране на съобщенията /КРС/ да заплати на „А1 България“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес: [населено място], [улица], разноските по делото пред АССГ общо в размер на 2450 лв. /две хиляди четиристотин и петдесет/ лева.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва в 14-дневен срок от съобщението до страните, с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: