

РЕШЕНИЕ

№ 14006

гр. София, 06.08.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 38 състав,
в публично заседание на 27.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Татяна Жилова

при участието на секретаря Елена Георгиева, като разгледа дело номер **6091** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство е по реда на чл.145-178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл.85, ал.6 от Закон за електронните съобщителни мрежи и физическа инфраструктура (ЗЕСМФИ).

Образувано е по жалба на „Виваком България“ ЕАД, със седалище и адрес на управление в [населено място], подадена от главния юридически директор и пълномощник И. Х. З., срещу Решение №161 от 01.06.2023г. на Комисията за регулиране на съобщенията (КРС).

С оспореното решение КРС е приела резултатите от работата на Специализираната комисия по чл.82, ал.3 от ЗЕСМФИ и е дала на „Виваком България“ ЕАД следните задължителни указания: 1) да прилага цените си за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната си инфраструктура в сила към 31.12.2022г. – посочени в табличен вид; 2) да не прилага индексация на цените от т.2 от таблицата – месечен абонамент за ползване на трасе от каналната мрежа, определена съгласно т.4.10 от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура, начислена считано от 01.01.2023г.; 3) да допълни механизма за ценообразуване от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната 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 индексация за период по-дълъг от една

година. Разпоредено е «Виваком България» ЕАД да възстанови на лицата, по чието искане е образувано административното производство, заплатените от тях такси.

Жалбоподателят „Виваком България“ ЕАД обжалва административния акт като нищожен и незаконосъобразен. Счита, че КРС не разполага с материална компетентност да изменя пряко приложената индексация на цените, още по-малко със задна дата. Твърди, че цените за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната му инфраструктура считано от 01.01.2023г. са индексирани с процент, който е по-нисък от инфлационния индекс, обявен от Националния статистически институт. Счита, че индексацията е в съответствие с чл.8 от Методиката за начина за разпределяне на разходите при определяне на цени за предоставяне на достъп до и съвместно ползване на физическа инфраструктура и право на преминаване по Закона за електронните съобщителни мрежи и физическа инфраструктура (Методиката) и т.4.10 от Общите условия за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура (ОУ). Сочи, че механизмът за ценообразуване по т.4.10 от ОУ е одобрен от КРС с Решение №87/2021г., което е било оспорено по съдебен ред и е потвърдено с Решение №7236/2022г. на Върховния административен съд. Пред съда жалбата се поддържа от пълномощниците адвокат И. А. и адвокат В. В.. Допълнителни аргументи представят в писмена защита.

Ответникът - Комисията за регулиране на съобщенията, чрез процесуалните си представители юрисконсулт П. П., юрисконсулт М. Б. и юрисконсулт Т. А., оспорва жалбата. Счита, че индексацията на цените трябва да е разходно-оправдана и прозрачна и да се извършва в съответствие с чл.3, ал.4 и 5 от ЗЕСМФИ. Сочи, че в административното производство жалбоподателят не е представил финансови документи за доказване на изменение на разходите си за физическата си инфраструктура, въпреки че е бил поканен да направи това. Счита, че одобреният механизъм за индексация с ОУ предвижда автоматично индексирание с процента на обявената инфлация, което е недопустимо и трябва да се допълни като индексацията се обвърже с обосноваваните разходите. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованите страни - „Линейни мрежи“ ООД, „Кабелна телевизия Делта“ ООД, „Мултимедия – БГ“ ЕООД, В. Н.“ ЕООД, чрез пълномощника си адвокат Е. В.; „Телекабел“ АД, чрез пълномощника си адвокат Г.; „А-1 България“ ЕАД, чрез пълномощниците си адвокат Д. С. и адвокат А. М.; „Цетин България“ ЕАД, чрез пълномощника си адвокат Н. С. и юрисконсулт К., оспорват жалбата като незаконосъобразна. По същество споделят аргументите, изложени от ответника. Подробни становища представят в писмени бележки. Заинтересованите страни „А-1 България“ ЕАД и „Цетин България“ ЕАД претендират разноски по делото по представени списъци.

СЪДЪТ приема следното:

Жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Установени факти:

Жалбоподателят „Виваком България“ ЕАД е мрежов оператор на електронни съобщения, който разполага с канална мрежа, представляваща физическа инфраструктура по смисъла на §1, т.10 във връзка с т.4, б.“а“ от ДР на ЗЕСМФИ.

Жалбоподателят предоставя на други лица достъп до каналната си мрежа с писмен договор при определени от него цени, предварително оповестени на интернет страницата му. Съгласно т.4.10 от ОУ, жалбоподателят има право, не по-често от веднъж в рамките на една календарна година, да индексира цените на услугата, като ги коригира с процент не по-висок от месечния индекс на потребителските цени (ИПЦ), определен от Националния статистически институт.

Административното производство пред КРС е започнало по искания от заинтересованите страни (подадени поотделно и обединени в едно производство) с оплакване за неправомерно индексирание на цените за достъп до физическата инфраструктура на жалбоподателя, считано от 01.01.2023г. Изложени са аргументи, че физическата инфраструктура не е обновявана, нито разширявана през последните години, не е ясно какво разходи са направени за поддръжката ѝ и как приложената индексация е обвързана с разходите. Приложената индексация е оспорена и е направено искане КРС да даде задължителни указания на «Виваком България» ЕАД относно ценообразуването.

С Решение №25 от 19.01.2023г. КРС е назначила Специализирана комисия за провеждане на процедура по чл.82-84 от ЗЕСМФИ в състав от председател и 5-има членове, двама от които са юрисконсулти в дирекция «Правна». Специализираната комисия е анализирала годишните финансови отчети за 2019г, 2020г и 2021г., но от тях не може да се установи изменение на разходите за подземната канална мрежа. Поради това специализираната комисия е изисквала от жалбоподателя да представи доказателства за разходите си за физическа инфраструктура, но такива не са получени. Жалбоподателят е представил пет становища по исканията на заинтересованите страни, в които е посочил, че индексацията се извършва в съответствие с ИПЦ. Представил е Справка за начина на определяне на цените при индексация с вх.№12-03-7-1/01.03.2023г., от която се установява, че приложеният индекс на цените отговаря на ИПЦ за периода юни 2020г. - юни 2022г., обявен от НСИ, в която също не се съдържат данни за разходите за физическата инфраструктура. Специализираната комисия е приела, че цените за достъп до физическата инфраструктура са индексирани с 23,5 %, колкото е обявеният ИПЦ, но счита това увеличение за необосновано поради липса на доказателства за увеличение на разходите на «Виваком България» ЕАД. Страните са изслушани на заседание на Специализираната комисия на 19.04.2023г. Констатациите и изводите на Специализираната комисия са обобщени в Доклад №РС1-272 от 31.05.2023г. КРС е

С решение по раздел А, т.5 от Протокол №26/ 01.06.2023г. КРС е приела с мнозинство 4:1 гласа резултатите от работата на Специализираната комисия и е дала

посочените по-горе задължителни указания на жалбоподателя. Въз основа на протоколното решение КРС е издала оспореното Решение №161 от 01.06.2023г.

В съдебното производство е прието заключение на съдебно-икономическа експертиза, което не е оспорено от страните и се цени от съда като добросъвестно, обективно и компетентно. Експертизата дава заключение, че индексацията на цените за достъп до физическата инфраструктура на «Виваком България» ЕАД е 23%, считано от 01.01.2023г., при обявен от НСИ индекс на потребителските цени 23,5% за периода юни 2020г. – октомври 2022г.

В последното съдебно заседание жалбоподателят представя Доклад на независимия одитор «ПрайсуотърхаусКупърс Одит» ООД от 30.05.2023г., с твърдението, че поради това че докладът е заверен един ден преди заседанието на КРС, не е имал възможност да го представи в административното производство. Докладът съдържа обща информация за одиторското дружество и метода му на работа, както и за общото състояние на одитираното дружество, но не съдържа никаква конкретна информация за разходите за развиване и поддръжка на физическата му инфраструктура.

Правни изводи:

В изпълнение на правомощието си по чл.168 от АПК съдът извършва пълна проверка за законосъобразност на оспорения акт по всички основания по чл.146, като не се ограничава до посочените от жалбоподателя основания.

Глава осма от ЗЕСМФИ регламентира реда за разглеждане на спорове по този закон, включително и между мрежови оператор, който предоставя на други оператори достъп до физическата си инфраструктура. С подаване на искане до КРС за задължителни указания относно ценообразуването на „Виваком България“ ЕАД заинтересованите лица са оспорили приложената индексация и са повдигнали спор относно условията и цените за предоставянето на достъп до физическата инфраструктура на мрежовия оператор.

1. Оспореното решение е постановено от компетентен административен орган по чл. 81, ал.1 от ЗЕСМФИ в рамките на изключителната му компетентност като регулатор да реши спора по прилагането на условията и цените за достъп в съответствие с този закон и подзаконовите нормативни актове. Съгласно чл.82, ал.1 от ЗЕСМФИ, КРС решава спора, като издава задължителни указания. Решението е взето с необходимото мнозинство от членовете на КРС, поради което то е валидно.

2. Решението съответства на изискванията за форма и съдържание – постановено е в писмена форма, посочени са фактическите и правните основания за издаването му, а цялата преписка служи за допълване на мотивите му.

3. При постановяване на решението не са допуснати съществени процесуално нарушения в административното производство. В съответствие с чл.82, ал.3 от ЗЕСМФИ е назначена Специализирана комисия, в състава на която са включени правоспособни юристи. Не е нарушено правото на участие в производството на нито една страна. На жалбоподателя е предоставена възможност да отговори на всички искания и да представи доказателства. Страните са изслушани от специализираната комисия.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че не е разполагал с възможност да представи одитирания финансов отчет, тъй като е бил заверен от одитора един ден преди заседанието на КРС. Действително, това е така, но недоумение буди обстоятелството, че отчетът се представя едва в последното съдебно заседание. Жалбоподателят е бил поканен да представи доказателства за разходна обосновка на индексацията и съответно е имал възможност поне да информира регулатора, че се очаква заверяване на одиторския доклад и да поиска изрично отлагане на заседанието, за да има възможност да го представи. Това не само не е сторено, но жалбоподателят изрично на няколко пъти е дал становище пред КРС, че не счита за необходимо да доказва разходи, тъй като в ОУ е предвидена индексация съобразно индекса на потребителските цени. Такива аргументи са изложени включително и в жалбата до съда. Следователно не е ограничена възможността на жалбоподателя да представя доказателства. Жалбоподателят би могъл да представи доклада и с жалбата, която е подадена чрез КРС и в този случай органът би имал възможност да упражни правото си отзив – възможност, която също е пропусната от жалбоподателя. А отделно от това, дори и в съдебното заседание жалбоподателят не представя доказателства за разходите, свързани с физическата инфраструктура, включително такива липсват и в представения доклад от независимия одитор.

4. Оспореното решение е в съответствие с материалния закон.

Разпоредбата на чл. 15, ал.2 от ЗЕСМФИ задължава мрежовите оператори да предоставят достъпа до и/или съвместно ползване на физическата си инфраструктура при предварително оповестени на интернет страницата си прозрачни, пропорционални и справедливи общи условия, включително цена.

Тази разпоредба кореспондира с чл.3, ал.4 от ЗЕСМФИ, съгласно която цените, които мрежовите оператори могат да определят за предоставяне на достъп до и за съвместно ползване, право на преминаване, за координиране, съгласуване или за други дейности по този закон, трябва да отразяват всички разходи, които са свързани със съответната дейност.

Определянето на цените не е произволно от мрежовия оператор, а се извършва по методика, определена с наредба, издадена от министъра на транспорта и съобщенията, по начин, който гарантира спазването на принципите на прозрачност, равнопоставеност и липса на антиконкурентно крос-субсидиране – чл.3, ал.5 и ал.6 от ЗЕСМФИ.

Методиката е приета с Наредба № 34 от 24.10.2018 г., обн., ДВ, бр. 92 от 6.11.2018 г. В нея като основен принцип на ценообразуването е изведена именно разходната обусловеност (причинно-следствена връзка между разходите и дейността) - чл.2, т.1. Методиката съдържа конкретни разпоредби относно обхвата, определянето и разпределението на разходите – чл.5, ал.1 посочва изрично какви разходи се включват в ценообразуването, а ал.2 предписва, разходите, подпомагащи функционалното обезпечаване на услугата, да се определят на документално обоснован размер на разходите на съответния мрежов оператор за последната приключила финансова година. 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 (освен за услуги от административен характер) – чл.6 от Методиката.

С чл.8 от Методиката на мрежовите оператори е дадена възможност да посочват в общите условия механизъм за индексация на цените, обоснован на индекса на потребителските цени, но Методиката не съдържа разпоредба, която да дава възможност цените да се индексират автоматично с ръста на инфлацията съобразно обявения официално от НСИ индекс на потребителските цени.

В съответствие с чл.8 от Методиката жалбоподателят е включил в ОУ клаузата на т.4.10, която му дава възможност да коригира цените с процент не по-висок от месечния индекс на потребителските цени. Това обаче не означава, че индексацията на цените не трябва да бъде обвързана с документално установените разходи. Твърдението на жалбоподателя, че с одобряването на ОУ му е разрешена автоматична индексация на цените съобразно индекса на потребителските цени, не намира опора в закона. Одобрената клауза на т.4.10 от ОУ трябва да се тълкува систематично и логично с разпоредбата на чл.3, ал.4 от ЗЕСМФИ и с всички разпоредби на Методиката, следвайки йерархията на нормативните актове. При това тълкуване се обосновава извод, че клаузата на т.4.10 от ОУ въвежда таван на индексирания цени – т.е. дори и жалбоподателят да е направил разходи, които надхвърлят индекса на потребителските цени, той не може да наложи индексация над този процент. Изложеното разбиране от жалбоподателя обезсмисля регулацията на обществените отношения, свързани с електронните съобщения, която законодателят е предвидил.

5. Оспореното решение е в съответствие с целта на закона да улеснява и стимулира разполагането на високоскоростни електронни съобщителни мрежи чрез насърчаване на съвместното използване на съществуващата физическа инфраструктура, при спазване на принципите на публичност, прозрачност, равнопоставеност и пропорционалност - чл.2, ал.1, т.1 и чл.3, ал.1 от ЗЕСМФИ.

Не са налице отменителните основания по чл.146 от АПК, поради което жалбата се отхвърля като неоснователна.

Разноски:

При този изход на спора разноските са в тежест на жалбоподателя.

На основание чл.143, ал.4 от АПК жалбоподателят дължи на ответника възнаграждение за процесуален представител в минималния размер от 100 лева по чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ във връзка с чл.37 от Закона за правната помощ.

На основание чл.143, ал.3 от АПК право на разноски възниква и за заинтересованите страни. Предвид фактическата и правна сложност на делото възражението на жалбоподателя за прекомерност на адвокатските възнаграждения се отхвърля.

Жалбоподателят следва да заплати на „А-1 България“ ЕАД разноските за експертиза и адвокатско възнаграждение общо в размер на 12 334,98лв.

Жалбоподателят следва да заплати на „Цетин България“ ЕАД разноските адвокатско възнаграждение общо в размер на 13 289,86 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал.2 от АПК Административен съд София-град, 38-ми състав,

РЕШИ:

ОХВЪРЛЯ жалбата на „Виваком България“ ЕАД срещу Решение №161 от 01.06.2023г. на Комисията за регулиране на съобщенията.

ОСЪЖДА „Виваком България“ ЕАД да заплати на Комисията за регулиране на съобщенията разноски в размер на 100 (сто) лева.

ОСЪЖДА „Виваком България“ ЕАД да заплати на „А-1 България“ ЕАД разноски в размер на 12 334,98лв (дванадесет хиляди триста тридесет и четири лева и деветдесет и осем стотинки).

ОСЪЖДА „Виваком България“ ЕАД да заплати на „Цетин България“ ЕАД разноски в размер на 13 289,86лв (тринадесет хиляди двеста осемдесет и девет лева и осемдесет и шест стотинки).

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд, подадена чрез Административен съд София-град в 14-дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ:

