

# РЕШЕНИЕ

№ 7560

гр. София, 29.12.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 58 състав,**  
в публично заседание на 17.09.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Снежанка Кьосева**

при участието на секретаря Зорница Димитрова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **13057** по описа за **2017** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по протест на прокурор от Софийска градска прокуратура, с който се иска обявяване нищожността на Заповед № СО15-РД-564-19/30.06.2015г. на кмета на Столична община /СО/, с която се нарежда да се учреди възмездно право на строеж в полза на [фирма] върху урегулиран поземлен имот /УПИ/ VI-1026, кв.41, м."К. село-С.", на [улица], целият с площ от 590 кв.м., от който имот СО е собственик на 1/2 ид.ч., за изграждане на средноетажна многофамилна жилищна сграда, състояща се от сутерен, партер и пет жилищни етажa, с обща разгърната площ от 2 451,59 кв.м.. Заповедта е издадена на основание чл.183, ал.3 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/ и чл.81, във връзка с чл.38, ал.4 от Наредбата за общинската собственост на Столичен общински съвет /СОС/ /Наредбата/ и чл.44, ал.2 от Закона за местното самоуправление и местната администрация /ЗМСМА/.

В протеста са изложени съображения за нищожност на оспорената заповед. Относно наличието на важен държавен или обществен интерес посочва, че оспорената заповед е нетърпима от гледна точка на правото. Навеждат твърдения за това, че при учредяване вещно право на строеж от общината, се следва конкретна процедура, изискваща решение на общинския съвет преди да бъде учредено правото на строеж. Такова решение на СОС липсва, поради което оспорената заповед е издадена при липса на законово основание за издаването ѝ, което е грубо нарушение на материалния закон – Закон за общинската собственост /ЗОС/. Предвид тежестта на

посочените нарушения, счита, че заповедта е нищожна. Моли за прогласяване нищожността на оспорената заповед.

В съдебно заседание, Софийска градска прокуратура поддържа протеста и моли за обявяване нищожността на оспорената заповед. Претендира присъждане на направените по делото разноски. Оспорва размера на адвокатския хонорар на адв. Дунавски - процесуален представител на ответника.

Ответникът - кмета на Столична община оспорва протеста. В съдебно заседание, се представлява от адв. Дунавски, който оспорва протеста като недопустим и неоснователен. Посочва, че атакуваната заповед е издадена на основание чл.81 от Наредбата на СО, в която изрично е казано, че при съсобственост, не се изисква решение на Общинския съвет. Съсобствеността от правна гледна точка предполага един по различен ред от общия. Счита, че наредбата е подзаконов нормативен акт и той задължава кмета на СО да се съобрази с него. Сочи, че с решение на АССГ и на ВАС, влезли в сила на 14.11.2019г. е отменена разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата, в частта ѝ овластяваща кмета да учреди правото на строеж без решение на СОС и че тази отмяна съгласно чл.195, ал.1 от АПК действа за в бъдеще. Моли за отхвърляне на протеста. Претендира разноски.

Конституираната заинтересована страна [фирма], чрез пълномощника си адв.И.И. е представила отговор на протеста, в който излага съображения за неоснователност. Посочва, че основният аргумент на прокуратурата е, че атакуваната заповед е издадена в нарушение на чл. 37, ал.1 от ЗОС, а именно липса на съгласие от СОС, и че разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата за общинска собственост противоречи на чл.37. Счита, че наредбата на СОС е издадена въз основа на чл.8, ал.2 ЗОС и по този начин е преодоляна празнота в ЗОС, тъй като чл.37, ал.1 от същия закон третира само случаите, в които общината е едноличен собственик. Съгласно чл.81, ал.1 от тази наредба, кмета на СО учредява право на строеж върху съсобствени имоти без разрешение от СОС и без провеждане на търг или конкурс, както е сторил в настоящия случай. Иска протестът да бъде оставен без уважение. Претендира присъждане на разноски.

Заинтересованата страна Ж. Е. П. с писмено становище чрез процесуален представител оспорва протеста като недопустим и неоснователен. Твърди, че оспорената заповед не е индивидуален административен акт, а гражданско-правен акт - част от фактическия състав на учредяване на право на строеж. Застъпва становище, според което не е налице противоречие между ЗОС и Наредбата. Иска протестът да бъде отхвърлен като недопустим. Претендира присъждане на разноски.

Заинтересованата страна А. К. Ч. с писмено становище изразява мнение за неоснователност на протеста.

Заинтересованата страна Й. Й. Х.-Д. с писмен отговор, чрез адв. Д.В. оспорва протеста като недопустим и неоснователен.

Заинтересованата страна С. И. К. чрез упълномощен представител оспорва протеста като неоснователен. Претендира присъждане на разноски.

Особеният представител на заинтересованата страна М.М. Ф. - адв. П. изразява становище, според което съдът не може да се произнесе по спора докато СОС не уреди служебно правните последици от отмяната на разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата в срок до 14.02.2020г.

Останалите заинтересовани страни не изразяват становище по протеста.

Съдът като взе предвид събраните по делото доказателства, прие за установено

от фактическа страна следното:

Със Заповед № СО15-РД-564-19/30.06.2015г. на кмета на Столична община се нарежда да се учреди възмездно право на строеж в полза на [фирма] върху урегулиран поземлен имот /УПИ/ VI-1026, кв.41, м."К. село-С.", на [улица], целият с площ от 590 кв.м., от който имот СО е собственик на 1/2 ид.ч., за изграждане на средноетажна многофамилна жилищна сграда, състояща се от сутерен, партер и пет жилищни етажа, с обща разгърната площ от 2 451,59 кв.м., съгласно одобрените със Заповед №РД-24-00-352/17.08.1995г. на кметския наместник на ТОА "К. село", потвърдена с Решение №1/23.01.2004г. на СОС, ЧИЗРП и ЧКЗСП за част от кв.41, м."К. село-С.", одобрен работен проект и таблица за площообразуване. Заповедта е издадена на основание чл.183, ал.3 от ЗУТ и чл.81, във връзка с чл.38, ал.4 от Наредбата за общинската собственост на Столичен общински съвет и чл.44, ал.2 от Закона за местното самоуправление и местната администрация. Стойността на правото на строеж върху 1/2 идеални части от УПИ е определена на 225 803лв. Срещу учреденото право на строеж, СО ще стане собственик на: ателие №3, находящо се на партера, апартамент №1, ет.1, апартамент № 5, ет.1, апартамент №10, ет.2 .

Въз основа на заповедта, с договор за учредяване правото на строеж, обективиран в нотариален акт /НА/ № 50, том I, дело № 37/24.07.2015г., сключен между кмета на СО, като собственик на 1/2 идеални части от имота, В. И. П. и И. В. П. - съпрузи, като собственици при условията на съпругеска имуществена общност на 1/4 идеална част, А. Н. К., като собственик на 1/4 идеална част от имота от една страна и представител на дружеството - [фирма] от друга, е учредено правото на строеж върху УПИ VI-1026, кв.41, м.ж.к."Бели Брези" за построяването на жилищна сграда, съобразно архитектурен инвестиционен проект, одобрен на 26.03.2015г. от СО, район "К. село" .

За осъществяване на сделката са спазени процедурите по определяне цената на правото на строеж и договаряне на самостоятелни жилищни и нежилищни обекти в сградата, които се предоставят на съсобствениците на земята, като стойността на частта, собственост на СО, е определена от експерт-оценител и е обсъдена на заседание на финансовата комисия към СОС.

Останалата част от имота, е собственост на В. И. П. и И. В. П. - съпрузи, като собственици при условията на съпругеска имуществена общност на 1/4 идеална част и на А. Н. К., като собственик на 1/4 идеална част. Дружеството е сключило с посочените лица предварителни договори съответно от 15.08.2012г. и от 10.08.2012г. за проектиране, учредяване право на строеж и строителство на жилищна сграда върху процесния имот, въз основа на което отстъпено право на строеж посочените лица ще бъдат обезщетени с избрани жилища и помещения съответни на запазеното от тях право на строеж.

Видно от Удостоверение №453 от 20.06.2018г. на главния архитект на СО, строеж - жилищна сграда с подземен гараж, офиси и ателиета, находящ се в УПИ VI-1026, кв.41, м."ж.к.Бели брези" по плана на [населено място] е въведен в експлоатация.

## ПРАВНА СТРАНА

Предмет на оспорване е Заповед № СО15-РД-564-19/30.06.2015г. на кмета на Столична община, с която се нарежда да се учреди възмездно право на строеж в полза

на [фирма] върху урегулиран поземлен имот VI-1026, кв.41, м."К. село-С.", на [улица], целият с площ от 590 кв.м., от който имот СО е собственик на 1/2 ид.ч., за изграждане на средноетажна многофамилна жилищна сграда, състояща се от сутерен, партер и пет жилищни етажа, с обща разгърната площ от 2 451,59 кв.м..

Протестът е допустим. Издадената заповед е годен за протестиране индивидуален административен акт, защото отговаря на изискванията на чл.21, ал.1 от АПК. Представлява волеизявление на административен орган и с него се създават права и задължения за адресата му - в случая [фирма]. Действително заповедта е административната част от смесения фактически състав по учредяване на вещно право на строеж върху имот - частна общинска собственост, установен в чл.37, ал.1 и ал. 7 от ЗОС. Но посочената част, за да породи действие, е необходимо преди нея да са изпълнени други условия, свързани с даване на съгласие от собственика на веща за разпореждане с нея, каквото разпореждане е решението на СОС по учредяване право на строеж. Освен това, оспорената заповед на кмета на СО представлява разпореждане с общинско имущество по смисъла на чл.21, ал.1, т.8 от ЗМСМА и като такава подлежи на контрол, и може да бъде оспорена по реда на чл.45 от ЗМСМА /арг. от чл.8, ал.11 от ЗОС/ И тъй като съдебният контрол не е изрично изключен оспорената заповед представлява годен за оспорване административен акт.

При наличие на защитим обществен интерес по смисъла на чл.16, ал.1, т.1 от АПК прокурорът има право да инициира производство, когато това се налага с оглед защита на важни обществени или държавни интереси. Наличието на засегнат важен държавен или обществен интерес като обективен критерий е задължителна предпоставка за правото на прокурора да започне съдебно производство, включително по чл.128, ал.1, т.1 от АПК във вр. чл.16, ал.1, т.1 и т.3 от АПК. Единственото производство, което той може да започне винаги, е това по чл.186, ал.2 от АПК за оспорване на подзаконов нормативен акт, тъй като незаконосъобразността на нормативните административни актове по презумпция засяга обществения интерес. В случая се касае за акт на разпореждане с общинско имущество, а това е акт със значим обществен интерес, поради което прокурорът от СГС може да отправи искане до съда за започване на административно производство за проверка на законосъобразността на съответния акт. Търсената с протеста нищожност на административния акт не се ограничава във времето, съгласно чл.149, ал.5 от АПК.

Протестът е подаден след изтичане на законоустановените срокове за оспорване и с него се претендира единствено нищожност. Или не е предмет на настоящото дело законосъобразността на оспорения административен акт, извън наличието на пороци, засягащи неговата валидност.

Страните не спорят по фактите, а именно: с протестираната заповед, кмета на СО се е разпоредил с общинско имущество, като е учредил в полза на трето лице право на строеж върху имот частна общинска собственост; имотът, за който е учредено правото на строеж е в съсобственост с трети лица, като СО притежава 1/2 идеални части, а другите собственици В. И. П. и И. В. П. - съпрузи, при условията на съпругеска имуществена общност - 1/4 идеална част и А. Н. К. - 1/4 идеална част от УПИ VI-1026, кв.41, м."К. село-С.", на [улица], целият с площ от 590 кв.м.; кметът на СО се е разпоредил с имот, който е в съсобственост с физически лица и разпореждането е възмездно; кметът на СО се е разпоредил с общинския имот без да има решение на СОС за това.

Страните спорят относно това дали кметът на СО е имал правомощия да издаде

процесната Заповед № СО15-РД-564-19/30.06.2015г., с която еднолично е наредил да се учреди възмездно и безсрочно право на строеж в полза на заинтересованата страна [фирма] върху имот частна общинска собственост.

Разгледан по същество протестът е основателен.

В АПК, не са изрично формулирани основания за нищожност на административните актове. В доктрината и съдебната практика е възприето, че такива са петте основания за незаконосъобразност по чл.146 от АПК, тогава, когато нарушенията им са особено съществени. Следователно нищожен е само този акт, който е засегнат от толкова съществен порок, че изначално не е в състояние да породи правните последици, към които е насочен. Съгласно чл.146 от АПК, за да е законосъобразен административният акт, е необходимо да е издаден от компетентен орган, при спазване на изискваната от закона форма и административно-производствени правила, да не противоречи на материално правни норми и да е съобразен с целта на закона. Липсата на някоя от посочените предпоставки води до незаконосъобразност на административния акт и е основание за отменяната му.

Според правната доктрина незаконосъобразността има две проявни форми - нищожност и унищожаемост. Нищожността се отнася до валидността на административното волеизявление. При нищожните актове допуснатата незаконосъобразност е свързана с липса на правообразуващ елемент. Поради началното наличие на такъв сериозен недостатък, водещ до недействителност на волята на органа, се приема, че нищожният акт никога не е съществувал в правната действителност.

Теорията е изградила критерии кога един порок води до нищожност и кога същият води до унищожаемост. Липсата на компетентност на органа, издал акта, винаги е основание за неговата нищожност. Порокът във формата е основание за нищожност, само когато е толкова сериозен, че практически се приравнява на липса на форма и оттам - на липса на волеизявление. Съществените нарушения на административно-производствените правила са основания за нищожност, също само ако са толкова съществени, че нарушението е довело до липса на волеизявление. От своя страна, нищожен поради нарушение на материалния закон би бил само този акт, който изцяло е лишен от законова опора. Само пълната липса на условията или предпоставките, предвидени в приложимата материалноправна норма и липсата на каквото и да е основание, и изобщо на възможност, за който и да е орган да издаде акт с това съдържание би довело до нищожност на посоченото основание.

В случая протестираната заповед привидно е издадена от компетентен орган, в предвидената от закона форма.

Разпоредждането със собственост на общината следва да се извършва при спазване на материалноправните и процесуалните норми, тъй като това представлява законовата гаранция, че конституционно защитения интерес на общината е упражнен законосъобразно.

Правното основание за издаване на процесната заповед е разпоредбата на чл.183, ал.3 от ЗУТ, съгласно която когато държавата или общината е съсобственик на урегулиран поземлен имот, договорите по ал. 1 и 2 се сключват в писмена форма. Условията и редът за сключване на договорите от държавата и общините по ал. 1 и 2, както и за даване на съгласие по ал. 2, се определят съответно с правилника за прилагане на ЗДС и с Наредбата по чл.8, ал.2 от ЗОС. Обществените отношения,

които регулират правото на разпореждане са ограничени от ЗОС, който се явява специален по отношение на ЗУТ. ЗУТ регулира обществени отношения свързани със строителство, с издаване на строителни книжа и други дейности, подчинени на този нормативен акт, а разпоредителните действия свързани с имоти общинска собственост са подчинени на строго определен ред, като правомощие за това е дадено на общинския съвет, който по ЗМСМА и ЗОС е императивно задължен да преценява начина, по който ще се извърши разпореждането с такива имоти. В този смисъл, по отношение на процедурата по разпореждането с общинско имущество, ЗОС е специален спрямо общия ЗУТ. Разпоредбата на чл.183 от ЗУТ във всичките ѝ хипотези е приложена, тъй като съсобствениците учредяват в полза на трето лице правото да строи в съсобствения имот. Изпълнени са формални изисквания по ЗУТ.

Като гаранция за законосъобразност при разпореждане с имоти общинска собственост са въведени последователни изисквания, като разпоредителните действия се извършват при изпълнение на сложен фактически състав от административни и гражданскоправни елементи, с подписване на гражданския договор. Дори инициативата за сделката по учредяване право на строеж в полза на заинтересованата страна да е била на кмета на общината, последният е задължен да внесе предложението за одобрение/неодобрение до общинския съвет, който с решението си овластява или не кмета, да издаде заповед по отношение на приобретателя на правото на строеж. Изискванията за последователност на тези правни действия е въведено за опазване на обществения интерес за разпореждане с общинска собственост. Фактическият състав до приключване на процедурата със сключването на договор изисква спазването и изпълнението на изчерпателно и нормативно определени действия от страна на администрацията, изпълними от различни органи на местното самоуправление. Всяко действие има своето място и значимост и нарушаването на реда лишава крайния правен акт от дължимата по закон правна стойност.

Съгласно чл.8 от ЗОС придобиването, управлението и разпореждането с имоти и вещи - общинска собственост, се извършва под общото ръководство и контрол на общинския съвет. Редът за придобиване на право на собственост и на ограничени вещни права, за предоставяне за управление, под наем и за разпореждане с имоти и вещи - общинска собственост, и правомощията на кмета на общината, на кметовете на райони, на кметовете на кметства и на кметските наместници се определят с наредба на общинския съвет при спазване на разпоредбите на този закон и на специалните закони в тази област /чл.8, ал.2 от ЗОС/. Следователно това е основанието общинският съвет да приеме наредба, която да регламентира реда, касаещ съответната община, за процедурата за разпореждане с общински имот при спазване на

разпоредбите на ЗУТ и ЗОС. Право на строеж върху имот - частна общинска собственост, се учредява след решение на общинския съвет от кмета на общината чрез публичен търг или публично оповестен конкурс и съобразно предвижданията на влязъл в сила подробен устройствен план /чл.37, ал.1 от ЗОС/. Следователно освен наличието на влязъл в сила ПУП, процедурата по учредяване право на строеж предвижда още наличието на решение на общинския съвет и провеждане на публичен търг или публично оповестен конкурс.

В протестираната заповед е посочено, че е издадена и на основание чл.81 от Наредбата за общинската собственост на СО. Тази разпоредба в приложимата редакция, приета с Решение № 210 по Протокол № 87 от 14.04.2011 г. на СОС, в сила от 10.05.2011 г. предоставя на кмета на общината възможността да учреди право на строеж върху имот общинска собственост без решение на СОС и без да се провежда търг или конкурс, при спазване изискванията на чл.183, ал.3 от ЗУТ. Последната разпоредба препраща към наредба, издадена по реда на чл.8, ал.2 от ЗОС, в случая това е Наредбата. Съдът намира, че делегацията, която предоставя нормата на ЗУТ, е само за условията и реда за сключването на договора. В закона не е предвидена възможност общинският съвет да делегира правомощията си във връзка с разпореждане с общинско имущество /каквото по своята същност представлява учредяването на право на строеж, без провеждане на търг или конкурс/ на друг орган. Същият разполага с правото да детайлизира регулираните в закона обществени отношения, относно учредяване на право на строеж, но не разполага с правото да ограничава законово установените права на общинския съвет в качеството му на принципал, чрез прехвърлянето им на кмета на общината.

От изложеното следва, че са налице две противоречащи си една на друга разпореди относно процедурата, предхождаща издаването на заповед от кмета за учредяване право на строеж върху имот - частна общинска собственост и сключването на договор. При наличието на такова противоречие, от значение е разпоредбата от по-висока степен, или разпоредбата на ЗОС. Разпоредба, разписана в подзаконов нормативен акт, не може да дерогира императивната законова разпоредба, като заобиколи и съответно премахне изискването за наличие на решение на СОС, като предпоставка за учредяване на право на строеж върху съсобствения имот. Съгласно чл.15, ал.1 от Закона за нормативните актове /ЗНА/ всеки нормативен акт следва да съответства на Конституцията и на другите нормативни актове от по-висока степен. С нея кореспондират общата разпоредба на чл.76, ал.3 от АПК и

специалната разпоредба на чл.8, ал.2 от ЗОС, които изрично разписват съответствието на актовете на общинския съвет с нормативните актове от по-висока степен. В случая разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата /в приложимата редакция/, противоречи на императивната норма на чл.37, ал.1 от ЗОС и не следва да бъде прилагана при преценката на съда за валидност на административния акт, по силата чл.15, ал.3 от ЗНА.

Превратното упражняване на власт е порок, водещ само до незаконосъобразност като правило и само ако преследваната цел не може да се постигне с никакъв акт, посоченият порок води до нищожност. Тъй като кметът на Столична община е действал извън рамките на компетентността си е издал невалиден административен акт. Издал е акта без да е бил оправомощен от собственика на имота – СОС, за извършване на действия на разпореждане с него, което води до липса на компетентност за кмета.

Предвид изложеното, като издаден от некомпетентен орган, протестираният административен акт следва да бъде обявен за нищожен. Протестът е основателен.

С влязло в законна сила на 14.11.2019г. решение по адм.д. №2326/2017г. по описа на АССГ е отменена разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата, приета с Решение №210 по Протокол №87/14.04.2011г. в частта: "Кметът на СО учредява право на строеж върху съсобствени имоти, без решение на СОС". До този момент разпоредбата на чл.81, ал.1 от Наредбата е била във вида, в който е била приета с Решение №210 по Протокол №87/14.04.2011г.. Действително отмяната съгласно чл.195, ал.1 от АПК действа за в бъдеще, респ. за период следващ издаването на протестираната заповед. Но липсата на обратно действие на отмяната не валидира заповедта предвид изложените по-горе мотиви за липса на компетентност за кмета.

Служебното уреждане на правните последици, възникнали от подзаконов нормативен акт, който е обявен за нищожен или е отменен като унищожаем / чл.195, ал.2 от АПК/ не е процесуална пречка за разглеждане на настоящото производство.

В случая адресат на оспорената заповед е само [фирма]. Следователно пряко засегнато лице е само това дружество. Към датата на издаване на заповедта не са били засегнати права, свободи или законни интереси на останалите заинтересовани страни по делото, тъй като те са придобили правата си по-късно и по тази причина не са заинтересовани лица /в този см.решение по адм.д. № 7651/2018г. по описа на ВАС/. Поради липса на правен интерес производството по делото по отношение на останалите заинтересовани страни следва да се прекрати.



При този изход на делото основателна е претенцията на протестиращият прокурор за присъждане на разноските по делото в размер на 1000 лв.

Неоснователна е претенцията на ответника и на заинтересованите страни за присъждане на разноски.

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2 от АПК, СЪДЪТ

### Р Е Ш И :

**ОБЯВЯВА НИЩОЖНОСТТА** на Заповед № СО15-РД-564-19/30.06.2015г. на кмета на Столична община.

**ОСЪЖДА** Столична община да заплати в полза на Софийска градска прокуратура сумата 1000,00 лв. разноски по делото.

**ПРЕКРАТЯВА** производството по делото по отношение на заинтересованите страни: А. Н. К., В. И. П., И. В. П., Е. А. К., З. К. Б., Й. Й. Х.-Д., Ж. Е. П., Н. С. Т., Г. Ф. Т., А. К. Ч., Д. Т. Т., Л. Б. П., Теменужка П. М., М. М. Ф., З. А. Д., Г. И. З., Д. А. К., К. Т. Г., С. И. П., Н. П. М. - всички с адреси в [населено място], С. И. К., с адрес в [населено място], Ц. В. М., с адрес в [населено място] и Т. К. П., с адрес в [населено място].

**РЕШЕНИЕТО** в частта за прекратяване на производството подлежи на обжалване с частна жалба в 7-ем дневен срок, а в останалата част подлежи на обжалване с касационна жалба, в 14-дневен срок от съобщаването му на страните пред Върховния административен съд.

**СЪДИЯ:**