

РЕШЕНИЕ

№ 3683

гр. София, 02.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 53 състав,
в публично заседание на 17.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Стефан Станчев

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **3348** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по повод жалба на [фирма], С. срещу решение № РР-01-50/17.02.2022 г., издадено от директор на Б. дирекция „Д. район“. С обжалваното решение административният орган на основание чл. 78, ал. 2, т. 2 от Закон за водите във вр. чл. 43., т. 9 от НППВ и чл.78, ал. 2, т. 3 от ЗВ и чл. 52, ал. 1, т. 4 от ЗВ отказва да продължи срока на действие на разрешително № 11140110/21.03.2011 г. за водовземане от повърхностен воден обект, р. Б., с цел производство на електрическа енергия посредством ВЕЦ „Б.“, с титуляр на разрешителното – жалбоподателя. Оплакванията, подробно развити в жалбата са за нарушение на материалноправни разпоредби, нарушение на административно производствените правила и несъответствие с целта на закона. Искането е за отмяна на решението на директора на БДДР като преписката се върне на административния орган с указание да се издаде исканото по заявление от 01.07.2021 г. продължаване действието на разрешително за водовземане от повърхностен воден обект. Иска се присъждане на разноски.

Ответник, директор на БДДР в становище по същество оспорва жалбата като неоснователна и иска да бъде отхвърлена, като се присъди и юрисконсултско възнаграждение, а ако съдът отмени оспорваното решение се прави възражение за прекомерност на адв. възнаграждение претендирано като разноски от жалбоподателя. Съдът, след преценка на събраните по делото доказателства, прие за установено от фактическа и правна страна следното:

Жалбата е процесуално допустима, тъй като е подадена в законоустановения срок от

надлежна страна и срещу акт, който подлежи на съдебен контрол. Разгледана по същество, същата е основателна, поради следните съображения.

По делото са установени фактически обстоятелства, като в тази връзка не се противопоставят други, различни от приетите.

Жалбоподател, [фирма] е титуляр по Разрешително № 11140110/21.03.2011 г. за водовземане от повърхностен воден обект р. Б., с цел производство на електроенергия, посредством ВЕЦ „Б.“. Същото е с краен срок на действие 07.07.2021 г.

В тази връзка до Директора на Б. дирекция „Д. район“ е постъпило заявление, в съответствие с изискванията на чл. 78, ал. 1 от ЗВ от жалбоподателя с рег. № РР-01-50/01.07.2021 г., с което се иска да бъде продължен срока на действие на издаденото разрешително. В хода на проверката за това, да бъде или не бъде продължено действието на разрешителното от 2011 г., ответник установява, че към искането не е представен документ, удостоверяващ учредено право на строеж в принадлежащите земи, съобразно изискване на чл. 43, т. 9 от НППВ. В тази връзка е изпратено съобщение на жалбоподателя от 19.08.2021 г., като до датата на издаване на оспорваното решение такъв документ не е представен, както не е представен и в настоящото производство. Съдът приема да е установено, че в хода на производството пред административния орган, до жалбоподател е изпратено писмо, с което единствена забележка е по отношение на това, че не е представен документ за учредено право на строеж, както се посочва в писмо РР-01-50-(2)/19.08.2021 г.

На следващо място, все в процедурата по проверка редовността на искането в заявлението от 01.07.2021 г. ответник установява, че през 2018 г. по отношение на заявителя има влязло в сила НП за нарушение по ЗВ. Препис от НП и от АУАН, въз основа на който е издадено са приложени по административната преписка. По преписката са приложени и КП № 3-НН-19/14.02.2021 г., както и АУАН № 1217/04.03.2021 г. за установено нарушение по ЗВ. По отношение на този АУАН, предвид това, че е съставен след издаване на оспорваното решение, както и неотчитането му в решението, независимо, че е приложен в адм. преписка, съдът не го кредитира, а и това не е документ установяващ извършването на нарушения от страна на заявителя/жалбоподател, което да мотивира ответника да отказва продължаване действието на разрешителното за водовземане.

На 17.02.2022 г. е постановено оспорваното решение на директор на БДДР. За да откаже продължаване действието на разрешителното за водовземане от 2011 г.

Не е спорно, а и в тази връзка са представени доказателства от страна на жалбоподател, че НАРЕДБА за ползването на повърхностните води, приета с ПМС №100 от 23.03.2021 г., обн., ДВ, бр. 25 от 26.03.2021 г., се обжалва пред ВАС и по това обжалване не е постановен окончателен съдебен акт.

Жалбоподател е направил искане за спиране на производството по настоящото дело до приключване на производството по оспорване на Наредбата. Съдът не намери да е необходимо да се спре производството тъй като ако се постанови съдебен акт, с който се отменя наредбата, той ще има действие, считано от влизането му в сила. По отношение развилата се процедура, наредбата, като подзаконов акт е имала своето приложение, а дори ВАС да я отмени в условията на чл. 195, ал. 2 от АПК, процесуалните възможности на жалбоподател са законово определени. По тези съображения съдът отказва спиране на производството до окончателно приключване на адм. дело 7224/21 на ВАС.

Ответник е приел (т. А от съобразително констативната част на решение №

PP-01-50/17.02.2022 г.), че от страна на заявителя жалбоподател за срока на действие на разрешителното от 2011 година, противно на задължението по чл.48, ал. 1, т. 11 от ЗВ - да изпълнява условията в издадените му разрешително по реда на този закон е допуснато неизпълнение. Конкретно, неизпълнението на условията за водовземане по разрешителното, т. 2, да осигурява целогодишно подаването на минимално водно количество от 150 л/сек след водохващането на р. Б., необходимо за нормалното функциониране на екосистемата и руслото на реката.

Следващото, като причина основание да се постанови негативен за жалбоподателя административен акт е неизпълнение на същото разрешително в т. Б от решението – постъпил сигнал КД-05-22/14.02.2022 г. и КП № 3-НН-19/14.02.2022 г. Тъй като постъпилите сигнал и резултат от проверката са посочени в т. Б от решението на ответника, съдът приема, че следствие от сигнала е проверка на следващия ден – 14.02.2022 г. Констатациите по протокола са изготвени от главен експертна БДДР и в присъствието на главен експерт от БДДР главен специалист НСРК от [община]. В КП е посочено, че по време на проверката присъства и представител на [фирма], без посочени идентификационни белези – имена, ЕГН, а като оператор на ВЕЦ „Б.“ в момента на проверката. Констатациите според този протокол са за недостатъчен воден отток, много под указаните 150 л/сек, сочени от съда, по задължителните условия.

Като е приел безспорност на вменените нарушения по разрешителното за вадавземане от повърхностен обект, ответник постановява оспорваното решение. Според него нарушението от 2018 и това от 2022 г. са основание да се откаже продължаване на разрешителното. Тези две нарушения, които приема ответник не съответстват на задължението на жалбоподател да изпълнява условията на разрешителното. Това мотивира ответник да сочи като правно основание чл. 78, ал. 2, т. 3 от ЗВ.

Съдът не приема, в тази част решението да е законосъобразно. Безспорно е единствено това, че през 2018 г. по отношение на жалбоподател е имало административнонаказателно производство, приключило с влязло в сила наказателно постановление. До м. февруари 2022 г., считано от 21.03.2011 г., това е единствено административно нарушение, което е установено законосъобразно и жалбоподател е понесъл имуществена санкция.

Съдът намира, че при издаването на констативен протокол № 3-НН-19/14.02.2022 г. са допуснати съществени процесуални нарушения, които водят до неговата незаконосъобразност, а от това и основание да не се приеме, че неспазване на условията на разрешителното не са доказани.

В съответствие с чл. 185, ал. 1 ЗВ - Контролът по този раздел се провежда по отношение на спазване на нормативните изисквания, условията и изискванията по издадените разрешителни, изпълнението на програмите от мерки, включени в плановете за управление на речните басейни, плановете и програми, имащи отношение към опазване на водите и околната среда. В съответствие с чл. 186 ЗВ - Контролът върху опазването на водните обекти, съоръжения и системи се провежда от органите по чл. 52, ал. 1 ЗВ по отношение на спазването на нормативните изисквания и плановете, както и на условията и изискванията за осъществяване на водовземане или ползване на воден обект.

Следователно, по силата на изрична законова разпоредба, правомощия да контролират изпълнението на условията в разрешително по Закона за водите имат органите по чл. 52, ал. 1 ЗВ - като в процесния случай органът с такива правомощия е директорът на Б. дирекция „Д. район“ (по арг. от чл. 52, ал. 1, т. 4 ЗВ).

В съответствие с чл. 188, ал. 1, т. 4 ЗВ - директорът на басейновата дирекция или оправомощени от него длъжностни лица контролират: изпълнението на условията на издадените разрешителни по този закон с изключение на разрешителните за ползване на воден обект за заустване на отпадъчни води и разрешителните за ползване на воден обект за изземване на наносни отложения от река Д.. В съответствие с чл. 69. ал. 1 и ал. 2 от Наредбата за ползването на повърхностните води - Проверката на обект - предмет на разрешително по ЗВ включва мястото на водовземане и/или ползване, както и мястото за извършване на стопанската дейност. Копие от констативния протокол от проверката се предоставя на титуляра на разрешителното.

В случая констативен протокол № 3-НН-19/14.02.2022 г. е именно документ издаден при упражняване на контролни правомощия по чл. 185 и сл. ЗВ. Видно от неговия прочит - същият е съставен (т.е. правомощията по контрол са упражнени) не от директора на Б. дирекция Д. район, а от двама главни експерти при БДДР, както и главен специалист „НСРК“ при [община]. Няма данни как е уведомен жалбоподател за извършване на действия по превантивен контрол, нито сочения в протокола оператор на ВЕЦ, без имена, може ли да има представителна функция.

Следователно, след като Констативен Протокол № 3-НН-19/14.02.2022г. не е съставен от директора на басейновата дирекция, то същият е следвало да бъде съставен (т.е. самата проверка да бъде извършена) от оправомощени от него лица. Липсват доказателства за надлежно оправомощаване, от което съдът приема, че Констативен Протокол № 3-НН-19/14.02.2022 г. е съставен и самата проверка е извършена от лице – главен експерт при БДДР, който дори да упражнява контролиращи правомощия, не установява да е оправомощен по законов ред за извършване проверка по сигнал. Проверката е извършена от главен експерт при БДДР. Структурно, басейновите дирекции, което важи и за БДДР се състоят от обща и специализирана администрация, като контролните функции са посочени в чл. 11, ал. 2 от Правилник за дейността, организацията на работа и състав на басейновите дирекции. Не е ясно главния експерт, извършил проверката дали е от специализираната администрация, а ако не е как са му възложени контролни функции по проверка по сигнал. При приложимостта на правилата по чл. 110 от АПК, компетентността е на административния орган, а в негови правомощия е да овласти или възложи проверката на длъжностни лица.

Горното означава и че самото Решение № РР-01-50/17.02.2022 г., издадено от директора на Б. дирекция „Д. район“, е съставено при съществено нарушение на административно производствените правила. Това е така, защото Решението е основано на установявания, извършени от некомпетентни лица.

В този смисъл - Решение № 12093 от 02.10.2012 г. по адм. д. № 9162/2012 1 ., 5 чл. с-в на ВАС - От значение е и обстоятелството, че нормата на чл. 188, ал. 1, т. 4 от Закона за водите изисква контролът по изпълнението на условията на издадените разрешителни да се извършва от директора на съответната басейнова дирекция или от оправомощено от него лице, което е надлежно упълномощено да извършва проверки на място и да съставя констативни протоколи, с което да осъществява дейността, регламентирана в чл. 188, ал. 1 от Закона за водите.

В съответствие със съдебната практика на Върховния административен съд, доколкото чл. 78, ал. 2, т. 3 от ЗВ не поставя изрични критерии за характера на визираното в правилото неизпълнение на условия на издадено разрешително, което е в състояние да доведе до отказ от страна на компетентния административен орган - такива се поставят от съдебната практика. Неизпълнението на условия по смисъла на

чл. 78, ал. 2, т. 3 ЗВ следва да е много сериозно, съществено, продължително и интензивно, за да обоснове тежката последица от отказ от продължаването на срок на действие на разрешително за водоземане. В самото разрешително № 11140110/21.03.2011 г., издадено на основание решение № 423/21.03.2011 за изменение и продължаване срока на действие на разрешително № 100186/01.12.2003 г. са изброени не едно, а няколко условия на разрешителното. Буквалното тълкуване на разпоредбата на чл. 78, ал. 2, т. 3 от ЗВ е за изпълнение условията на издаденото разрешително. Не за условието, в случая т. 2 от „условия за водоземане“, а за условията. Както съдът сочи, към дата на издаване на оспорваното решение е установено нарушение, т.е. неизпълнение – еднократно на условие по т. 2 от „условията за водоземане“ през 2018 г. По причини, че съдът не приема КП № 3-НН-19/14.02.2022 г. за доказателство за допуснатото нарушение по изложени съображения, както и че не е предмет на това производство какви са последиците от КП и издадения след обжалваното решение АУАН, в случая, има едно несъответствие с изискването по чл. 78, ал. 2, т. 3 от ЗВ за едно от условията на разрешителното за водоземане. Съдът е длъжен да посочи, че жалбоподател е титуляр на разрешение за водоземане от повърхностен обект от 01.12.2003 г., за което време има едно административно наказание през 2018 г., което се приема, като нарушение на принципа на съразмерност на административния акт, спрямо съвкупността от факти, които се интерпретират в оспорваното решение. Дори и когато действа при условията на обвързана компетентност, административният орган е длъжен да съобразява принципа на пропорционалност, като отчете всички относими обстоятелства във връзка с изпълнението на условията на разрешителното за целия период на неговото действие. Това е съобразено и с практика на ВАС - Решение № 16259 от 28.11.2019 г. по адм. д. № 4123/2019 на Върховния административен съд - „Съгласно чл. 78, ал. 2, т. 3 ЗВ срокът на разрешителното се удължава, когато са изпълнени условията на издаденото разрешително. В настоящия случай данните по делото водят до извод, че касационният жалбоподател е изпълнявал ежегодно всички условия на разрешителното, с изключение на едно от изискванията и то не за целия период на действие на разрешителното за водоземане. Касационната инстанция намира, че когато по-голяма част от условията на разрешителното са изпълнени, отказът да се продължи срокът на разрешителното е много тежка и несъответна на неизпълнението санкция. “ Изводите на ВАС са относими и съответни към основанията развити от жалбоподателя за незаконосъобразност на оспорваното решение. В настоящия случай данните по делото водят до извод, че жалбоподателят е изпълнявал ежегодно всички условия на разрешителното, с изключение на едно от изискванията и то не системно за целия период на действие на разрешителното за водоземане, а веднъж, по причина, че издаденото НП през 2018 г. е влязло в сила. Съдът в този състав намира, че когато по-голяма част от условията на разрешителното са изпълнени, отказът да се продължи срокът на разрешителното е много тежка и несъответна на неизпълнението санкция.

В диспозитивната част на оспорваното решение на директор на БДДР се сочи, като основание за отказа за продължаване действието на решението и разрешителното от 2011 г. разпоредбата на чл. 72, ал. 2, т. 2 от ЗВ. В мотивната част на това решение, бланкетно се приема, че „При проверката по чл. 78, ал. 2, т. 2 от ЗВ, относно ненарушаване на нормативни разпоредби се установява, че липсва (не е представен) документ за учредено право на строеж в принадлежащите земи на реката, изискващ се

да бъде представен съгласно чл. 43, т. 9 от НППВ, когато заявлението е за изменение и/или продължаване на разрешително за ВЕЦ. Съдът не намира да има мотивна част към това основание за отказ от страна на административния орган. Чл. 43, т. 9 от Наредбата не следва да се прилага от правораздавателните органи (в частност от настоящия съд) в съответствие с чл. 15, ал. 3 ЗНА, тъй като дописва нормативен акт от по-висока степен, а именно - Закона за водите.

В съответствие с чл. 43, т. 9 от Наредбата: Заявлението за изменение и/или продължаване на разрешително по чл. 42 съдържа: ... 9. документ за учредено право на строеж в принадлежащите земи на реката, когато заявлението е за изменение и/или продължаване на разрешително за ВЕЦ.

В раздел III от ЗВ (Изменение и продължаване на разрешителното), съгласно изричния чл. 78, ал. 2 ЗВ: ... Органът по чл. 52, ал. 1 продължава срока на действие на разрешителното, когато: (1) молбата е подадена в срока по ал. 1/ *преди изтичането на срока*/; (2) *не се нарушават нормативни разпоредби, планови предвиждания или обществени интереси*, и (3) *са изпълнени условията на издаденото разрешително.*, Чл. 78а ЗВ поставя изисквания за липса на публични задължения при продължаване срока на разрешителното.

Нито цитираните в предходния параграф норми, нито която и да е друга норма в Закона за водите поставя изискване за представяне на документ, удостоверяващ учредено право на строеж в полза на заявителя при продължаване на срока на разрешително. Нещо повече, представяне на документ за учредено право на строеж не се изисква за което и да е било административно производство, уредено в ЗВ. Към заявлението от 01.07.2021 г. за продължаване срока на разрешителното от 2011 г., заявителят, представляващ жалбоподателя, прилага разрешение за ползване № СТ-12-258/10.06.2005 г., на строеж „Малка водоелектрическа централа „Б.“ ...

Разрешението за ползване е издадено от ДНСК, в съответствие с компетентността затова по ЗУТ на Дирекцията, а като основание за издаване са посочени две разрешения за строеж №№ 29/08.09.2003 и 13/08.10.2004 г., издавани от зам. министър на МРРБ. Защо тези документи не се ценят от ответник, при липса на мотиви съдът не е в състояние да цени законосъобразността на решението в тази част. Видно от така описаната разпоредба на Закона за водите, прилежащите земи към реките, са публична държавна собственост.

Съгласно чл. 11, т. 1 от Закона за водите – Публична държавна собственост са следните води и водни обекти: „водите на реките и принадлежащите им земи, както и водите във водохранилищата, включително и тези в язовирите – държавна собственост;“.

В чл.7, ал.5 от Закона за държавната собственост, изрично е описано, че: „*В случаите и при условията, определени със закон, с решение на Министерския съвет върху имоти – изключителна и публична държавна собственост, може да се учредяват ограничени вещни права*, когато това е необходимо за: изграждане на национален обект; трайно задоволяване на обществени потребности; изграждане на линейни обекти на техническата инфраструктура, непопадащи в т. 1 и 2 – когато няма друга техническа възможност или когато друго техническо решение е явно икономически нецелесъобразно“. Цитираните РС от 2003 и 2004 г. са издадени от зам. министър на МРРБ, което е потвърждение, че МВЕЦ е изградена върху земи държавна собственост.

От описаните разпоредби на посочените нормативни актове следва изводът, че за да

бъде продължено действието на разрешително за съответния ВЕЦ, или съответно да бъде издадено разрешително, за новоизграждащ се ВЕЦ, то върху принадлежащите земи на реката, върху която е построен, или следва да бъде построен съответния ВЕЦ, е задължително да има учредено ограничено вещно право, а именно право на строеж. Алогично е, когато правата по издадено РС са осъществени, каква е необходимостта от учредяване право на строеж, когато то е изпълнено правно и фактически. Видно от разпоредбите на Закона за държавната собственост, описаното право може да бъде учредено, *само ако такава възможност е предвидена в Закон*. Видно от релевантните за ВЕЦ закони – Закона за водите и Закон за енергията от възобновяеми източници, и в двата нормативни акта не фигурира, каквато и да е разпоредба, която да регламентира учредяването на право на строеж върху принадлежащите земи на съответните реката за целите на построяването на ВЕЦ.

Следващ извод на съда за незаконосъобразност в тази част – не е ясно кои по местоположение, площ и граници са принадлежащите земи на реката и са ли тези принадлежащи земи предмет на идентификация, ако се приеме изменение на руслото на реката. Това, че с разпоредбата от НППВ има такова изискване не значи, че отговорния за това орган – директор на БДДР не следва да ги определи с нарочен акт, ако споменатото разрешение за ползване на законен строеж не следва да се цени изобщо. Право на строеж за МВЕЦ има и то е осъществено, а какво още и от кого следва да се учредява след 2005 г., административният орган не посочва. Отделно от това, съгласно разпоредбата на § 146, ал. 2 от ПЗР на ЗИД на ЗВ (ДВ бр. 61/2010 г. от 06.08.2010 г.), всички издадени до влизане в сила на този закон разрешителни се привеждат в съответствие с изискванията му при първото им изменение или продължаване. При позоваване именно на тази разпоредба срокът на разрешителното за водовземане на [фирма] е продължен с решение от 21.03.2011 г., по първоначално издадено разрешително от 2003 г., като при издаването му не са констатирани законови пречки. При отсъствие на законово изискване в процедурата по продължаване срока на разрешително, НППВ в разпоредбата на чл. 43, т. 9 въвежда изисквания, които не са в съответствие с тези по чл. 78 и чл. 78а от ЗВ. В случая, като обсъди и РП от 2005 г., в което са цитирани РС от 2003 и 2004 г., а приоритетно и липсата на мотиви на органа в тази част, съдът намира, че отнасянето на разпоредбата на чл. 43, т. 9 от НППВ в последна засега редакция от 2021 г. към неизпълнение по чл. 78, ал. 2, т. 2 от ЗВ е незаконосъобразно.

Във връзка с изложеното, съдът намира жалбата на [фирма] за основателна и трябва да бъде уважена. В административното производство са допуснати съществени процесуални нарушения и нарушения на материалноправни разпоредби, което налага преписката да се върне на административния орган за произнасяне, като се вземат предвид мотивите на съда. Следва да се прецени, след като е осъществен строеж по издадени РС, кой и за какъв обект следва да учреди право на строеж в принадлежащи на реката земи; дали прието неизпълнение на условията на издадено през 2011 г. разрешително за водовземане, за което е издадено НП през 2018 г. е съответно или не на изискванията по чл. 6 от АПК, относно приложимостта на съразмерност и не се ли засягат права и интереси в по-голяма степен от най-необходимото за целта, за която е издаден оспорвания административен акт. Съдът намира, че оспореното решение е несъответно и на целта на закона, тъй като целта на законодателството в областта на управлението на водните ресурси е дефинирана в чл. 2, ал. 1 от ЗВ като интегрирано управление на водите, т. е. управление при съчетаване на всички възможности за

ползване на ресурса, включително от производители на екологично чиста енергия, каквато е и произвежданата от водно-електрическите централи.

По отношение претенцията за присъждане на разноски в полза на жалбоподателя. По приложения списък, претендираната сума е в размер на 6000 лева, платена по банков път в полза на адвокатско дружество. Съдът приема, че следва да съобрази възражението за прекомерност на платено възнаграждение за адвокатска защита. В тази част, дължимите разноски по договор за правна защита и съдействие се редуцират до 4500 лева, като за разликата до 6000 лева, съдът приема възражението за прекомерност на разноските за основателно. Дължимите от ответника разноски са в размер на 4550 лева – за адвокатско възнаграждение и държавна такса.

Предвид изложеното, съдът

РЕШИ

ОТМЕНЯ по жалба на „Х. К.“ ЕИК [ЕИК] решение № РР-01-50/17.02.2022 г., издадено от директор на Б. дирекция „Д. район“, с което отказва да продължи срока на действие на разрешително № 11140110/21.03.2011 г. за водовземане от повърхностен воден обект, р. Б., с цел производство на електрическа енергия посредством ВЕЦ „Б.“.

ВРЪЩА делото, като преписка на Б. дирекция „Д. район“ за ново произнасяне по заявление вх. № РР-01-50/01.07.2021 г. в съответствие с указанията по тълкуването и прилагането на закона.

ОСЪЖДА Б. дирекция „Д. район“ да заплати на на „Х. К.“ ЕИК [ЕИК] сумата 4550 (четири хиляди петстотин и петдесет) лева, разноски по делото.

Решението може да се обжалва пред ВАС в 14 дневен срок от съобщението.

Съдия