

РЕШЕНИЕ

№ 6555

гр. София, 28.05.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 41 състав,
в публично заседание на 15.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Луиза Христова

при участието на секретаря Мариана Велева, като разгледа дело номер **11727** 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 Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл.85, ал.6 от Закона за електронните съобщителни мрежи и физическа инфраструктура /ЗЕСМФИ/.

Образувано е по жалба на „Цетин България“ ЕАД със седалище в [населено място] срещу решение № 317 от 02.11.2023г. на Комисията за регулиране на съобщенията, с което са приети резултатите от работата на специализирана комисия, определена с решение № 266 от 31.08.2023г. на КРС, и е отхвърлено искането на жалбоподателя за даване на задължителни указания на „Виваком България“ ЕАД, тъй като увеличението на цените на дружеството за достъп до и/или съвместно ползване на пасивната инфраструктура, съгласно ценовата листа, приложима от 01.09.2023г., отразяват разходите за дейността, съобразени с т. II от приложението към решение № 265 от 31.08.2023г.

Жалбоподателят твърди, че в края на 2022г. Виваком е публикувал съобщение за увеличение на цените за достъп и/или съвместно ползване на мрежата със средно 25%. С решение № 161 от 01.06.2023г. на КРС е указано на Виваком да не прилага тези цени, а цените, прилагани до 31.12.2022г. Срещу това решение е подадена жалба, по която е образувано адм. дело № 6091/2023г. на АССГ - висящо. В началото на август 2023г. Виваком е публикувало ново съобщение за увеличаване на цените средно с 18%. Това увеличение е оспорено от „А1 България“ ЕАД, като оспорването е отхвърлено с решение № 265 от 31.08.2023г. на КРС. Последното е обжалвано по адм. дело № 9396/2023г. на АССГ, като с решение № 2617 от 18.04.2024г. е отменено. Ц.,

като оператор на електронна съобщителна мрежа и ползвател на подземна канална мрежа на Виваком, също е оспорил увеличението на цените от август 2023г., като е поискал от КРС да даде задължителни указания на Виваком. Това искане не е разгледано заедно с искането на „А1 България“ ЕАД, видно от решение на КРС № 266 от 31.08.2023г. С процесното решение искането е отхвърлено, като предварителното изпълнение на решението е отменено с определение по адм. дело № 11193 от 2023г. на АССГ. Определението не е влязло в сила. Жалбоподателят счита процесното решение за незаконосъобразно като постановено при неизяснена фактическа обстановка, доколкото не са изследвани причините, обуславящи процесното увеличение на цените, и дали същите са съобразени с изискванията на закона и методиката за начина на разпределяне на разходите при определяне на цени за предоставяне на достъп до и съвместно ползване на физическа инфраструктура по ЗЕСМФИ.

Ответникът е обосновал решението си само със становище на Виваком и с преписката, по която е постановено решение № 265 от 31.08.2023г., с която жалбоподателят не е запознат, вкл. с т. II от приложението към него, което е търговска тайна. Това е нарушило правото му на защита. Независимо от това жалбоподателят счита, че при издаване на решение № 265 от 31.08.2023г. не са изяснени фактите, като не е извършена проверка на място, нито е събрана допълнителна информация, извън тази, предоставена в обобщен вид от Виваком. Не е извършена проверка за съответствието на всяка една от 21 цени на услуги с чл.2, т.1 и 2, чл.3, ал.4, 6 и 7, чл. 15, ал.4 от ЗЕСМФИ, както и със съответните разпоредби в директива 2014/61/ЕС и с методиката за определяне на цените. Освен това конкретните цени не са посочени в съобщението, а е оставено на самите оператори да изчисляват цената на всяка услуга. Действащите цени, утвърдени през 2011г. от КРС, не са определени в съответствие с действащия към момента ЗЕСМФИ и методиката, като се различава както по някои от критериите, така и по процента и годините на амортизация.

Поради това не е ясно въобще как Виваком ценообразува, по какви формули, какви сметки и т.н. Не е ясно дали са отчетени само разходите, свързани със съответната дейност, като се има предвид, че през ноември 2023г. Виваком е придобила Булсатком, което също е свързано с разходи. Липсата на публичност и прозрачност при определяне на цените е нарушение на материалния закон. Планираното увеличение не съответства и на целта на закона, доколкото засяга всички оператори, ограничава конкуренцията, увеличава цените на дребно, изтласква от пазара малки и средни предприятия. Поради това жалбоподателят иска процесното решение да бъде отменено. Претендира разноски по списък. Подробни съображения излага в писмени бележки по съществуващото на спора. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на пълномощниците на заинтересованата страна.

Ответникът - Комисията за регулиране на съобщенията, редовно призован, чрез процесуалните си представители, моли жалбата да бъде отхвърлена като неоснователна. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на пълномощниците на жалбоподателя. Допълнителни съображения излага в писмени бележки.

Заинтересованата страна - „Виваком България“ ЕАД, чрез процесуалните си представители, моли за отхвърлянето на жалбата като неоснователна. Допълнителни съображения излага в писмени бележки. Претендира разноски по списък. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на пълномощниците на

жалбоподателя.

Прокурор от Софийска градска прокуратура, редовно призована, не взема участие в производството по делото и не изразява становище по законосъобразността на оспорения акт.

Административен съд София-град, след като обсъди релевираните с жалбата основания, доводите на страните в съдебно заседание и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено следното от фактическа страна:

Жалбоподателят е сезирал КРС с искане вх. № 10-00-1066 от 25.08.2023г. по чл.82, ал.1 от Закона за електронните съобщителни мрежи и физическа инфраструктура за даване на задължителни указания на „Виваком България“ ЕАД във връзка със съобщение, публикувано на 01.08.2023г. на интернет страницата на дружеството, за увеличение на цените, предвидени в ценова листа за ползване на подземната канална мрежа. С Решение № 266/31.08.2023г. КРС е определила специализирана комисия, която да проведе процедурата по чл.82 и сл. ЗЕСМФИ, и е отхвърлила молбата за обединяване на искането в едно производство с това на „А1 България“ ЕАД срещу същото увеличение с аргумент, че последното е в по-напреднала фаза – специализираната комисия е приключила работата си с доклад. С писмо от 05.09.2023г. е отправено искане до Виваком за представяне на писмено становище със съответни доказателства. Т. е получено на 15.09.2023., като в него ЗС се позовава на вече издаденото решение № 265/2023г. на КРС. Посочва, че процесното изменение на цените не представлява индексация във връзка с инфлацията, а е на база разходите за последната финансова година, заложили в модела за разпределяне на разходи, одобрен от КРС с решения № 87/2021г. и 70/2022г. Този модел е в съответствие с методиката за определяне на разходите съгласно ЗЕСМФИ.

На проведеното заседание на специализираната комисия на 13.10.2023г., обективизирано в протокол на л. 147-149, е обсъдено искането и становището на Виваком без събиране на допълнителни доказателства. На това основание е изготвен доклад от 02.11.2023г. от председателя на специализираната комисия до КРС. В него е посочено, че доказателства за предложените от Виваком цени на достъп и съвместно ползване на пасивна инфраструктура са събрани в производството, приключило с решение № 265/2023г., а именно: уведомление за намерение за промяна на цени от 01.08.2023г., ценова листа към 02.06.2020г. и от 01.09.2023г., разходи за месечен абонамент за ползване на канална мрежа по т.2 от ценовата листа, уведомление от 11.08.2023г., разяснения в писмо от 28.08.2023г., допълнително споразумение от 23.11.2020г. към договор от 11.12.2013г. с „ВИП Секюрити“ ЕООД, справка за дял на разходите за ремонт от разходите за амортизация, справка за месечен разход за автомобилите, обслужващи звената, осигуряващи контрол и инвентаризация на каналната мрежа, разходи за изграждане на изкопи.

На л.197 са представени и три диска, съдържащи: разходи за разрешителни и планови дейности в периода 2019-2022г., разходи за изградени изкопи към 30.12.2022г., разходи за полагане на PVC тръби без дата, разходи за изграждане на шахти през 2022г. и рамки на капацити без дата; инвестиционни разходи за охрана без дата, за полагане на HDPE тръби със съответни материали през 2022г., за извършени ремонти през 2022г., за поддръжка на автомобилния парк без дата, доклад на независимия одитор, консолидиран и индивидуален годишен доклад за дейността и консолидиран и индивидуален финансов отчет към 31.12.2022 г.

В резултат е издадено оспореното решение, с което са приети резултатите от

работата на специализираната комисия и е отхвърлено искането на Ц. за даване на задължителни указания, тъй като ценовата листа на Виваком, приложима от 01.09.2023г., отразява разходите за дейността, съобразени с т.ІІ от приложението към решение № 265/2023г. Мотивите за това са, че моделът за определяне на разходите на Виваком, представен в производството по издаване на решение № 265/2023г. и публикуван в Приложение №3 към Общите условия на Виваком, съответства на този, потвърден от КРС с решения № 87/2021г. и № 70/2022г., потвърдени от ВАС, който от своя страна съответства на Методиката, приета на основание чл.3, ал.5 от ЗЕСМФИ. В този модел са актуализирани стойностите на входните параметри на разходите въз основа на данните за 2022г., въз основа на актуални цени за дейности и материали съгласно договорите за изграждане на канална мрежа.

Разходните елементи са свързани с инвестиционни разходи за изграждане на мрежата, разходи за текуща поддръжка, ремонт и охрана, други разходи и печалба. Въз основа на инвестиционните разходи се изчислява стойност на изграждане на 1 км канална тръба и на тази база се изчислява месечната амортизация. Въз основа на данните в т. І от приложението към решение № 265/2023г., КРС приема, че изменение на цената от 0,542 лв. за 1 м. канална тръба с 3 положени защитни тръби е в съответствие с принципите на чл.2 от Методиката, като мотивите за това са изложени в т.ІІ от цитираното приложение. Поради това увеличението на цените с 18% е обосновано и няма основания за даване на указания на Виваком за тяхното изменение. Решението е прието единодушно на заседание на КРС по протокол № 51 от 02.11.2023г. по т.6 от дневния ред. Същото е съобщено на жалбоподателя на 13.11.2023г., съгласно известие за доставяне на л.132, а жалбата срещу него е подадена на 27.11.2023г. съгласно информация за пратката на л. 97.

По делото е приложено решение № 161 от 01.06.2023г. на КРС, с което са дадени задължителни указания на Виваком да прилага цените, в сила към 31.12.2022г., като не прилага индексацията на цените съгласно т.4.10 от Общите си условия, да допълни механизма за ценообразуване от общите условия с механизъм за индексация. Приложени са още влезли в сила решения № 87/25.02.2021г. и № 70/24.02.2022г. на КРС, с които са отхвърлени искания на други оператори за даване на задължителни указания на БТК ЕАД, с аргумента, че механизма за определяне на цените въз основа на разходите, съответства на методиката по чл.3, ал.5 от ЗЕСМФИ. Същият е приет на основание решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС, с което на БТК е наложено задължение за прилагане на разходоориентирани цени по отношение на месечните цени за ползване под наем на каналната мрежа.

Видно от решение № 265 от 31.08.2023г. на КРС, същото е постановено по сходен казус срещу същото увеличение на цените на Виваком, считано от 01.09.2023г. В приложението към него са посочени ограниченията и параметрите, които се използват в kalkulацията на цените, анализът на КРС на разходите и на модела за оценяването им и изводите на КРС за размера на разходите по пера.

По делото е изслушано основно заключение на съдебно-икономическа експертиза, според което размерът на разходите, определен съгласно чл.5 от методиката, приета с Наредба № 34 от 24.10.2018г. за услугата „месечен абонамент за ползване на трасе от каналната мрежа“ за ползване на цяла канална тръба е 542лв/км или 0,542 лв/м. Остойности са всички инвестиционни разходи за актива „канална мрежа“ към 2022г., които вещото лице е посочило по пера и изчислило съобразно ограниченията, определени в решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС.

Тези разходи са с 29,61% по-високи спрямо разходите, изчислени при действащата преди това цена на услугата. Според вещото лице размерът на разходите, определен съгласно решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС за същата услуга е 686 лв/км или 0,686лв/м. Структурата на разходите и при двата модела – този по Наредбата и този по решението на КРС, е една и съща, но има разлика в някои параметри: дял на положените в бетонов кожух канална PVC тръба съгласно решението е 20%, а по чл.5 от методиката е 18%; амортизационната норма на актива „канална мрежа“ съгласно решението е 25 год., а по чл. 5 от методиката е 40год.; дела на амортизираната канална мрежа по решението е 48%, а по чл.5 от методиката – 63%; среднопретеглената цена на капитала за фиксирани услуги по решението е 10,03%, а по чл.5 от методиката е 7,6%. При така определените разходи по решението, увеличението им е 64,04% спрямо разходите, изчислени при действащата преди това цена на услугата. При изчисляване на разходите за месечен абонамент за ползване на услугата по таблицата на л. 175 е използван метода за ценообразуване, съгласно чл.5 от методиката.

Същото е и по процесното решение на КРС. При разходи от 0,542 лв/м. цената услуга от 01.09.2023г. има ръст до 18%, което е по-малко от увеличението, изчислено както по модела на методиката, така и по решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС. В осз вещото лице пояснява, че е проверявала счетоводни регистри, а не първични счетоводни документи, при това само тези, които касаят услугата ползване на трасе от каналната мрежа. Поради това са изслушани две допълнителни експертизи, според заключението на които услугите по т.1 от ценовата листа са свързани с разходи за възнаграждения на персонала от отдел „Продажби“ и отдел „Експлоатация“, който проучва заявлението, прави проверка на екзекутиви и изчертава трасе; разходи за ползване и поддръжка на автомобил, разход на гориво и разходи за възнаграждение на съответния специалист. В приложение №1 към експертизата е направена калкулация на тези разходи, въз основа на проверка на входните данни – осчетоводени разходи за съответните звена на ЗС през 2022г. и транспортни разходи. Определянето на разходите по т.1 е на база одобрените с решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС разходни разчети за тези услуги, но същите съответстват на резултатите за 2022г., изчислени по Методиката.

Услугите по т.2 от ценовата листа са свързани с разходи за изготвяне и съгласуване на проект, издаване на разрешителни, разходи за строителен надзор, такси за изготвяне на необходимата документация, разходи по изграждане на мрежата и за вложените материали. В приложение №3 към експертизата е направена калкулация на тези разходи, въз основа на проверка на входните данни – осчетоводени разходи за съответните звена и транспортни разходи. Разходите за дейностите по т.1 и 3 от ценовата листа не са включени при определяне на разходите за предоставяне на услугите по т.2 от ценовата листа. В приложение №2 към експертизата е направена калкулация на тези разходи, въз основа на проверка на входните данни – сключените договори с изпълнители, издадените фактури и подписаните приемо-предавателни протоколи.

Общата балансова стойност на активите, посочени във финансовия отчет на ЗС за 2022г., е 836 787хил.лв. Общата стойност на активите, свързани с услугата достъп до канална мрежа, е посочена на ред 13 от модела в приложения диск на л. 179 от делото (търговска тайна). От нея се приспада процента напълно амортизирана мрежа на ред 29 и се получава балансовата стойност на тези активи (търговска тайна). Среднопретеглената цена на капитала, определена от независим оценител, преди

данъци за фиксиран бизнес е 8,8%. В модела, приет от ответника, същата е 7,6% преди данъци, като тази стойност е определена от КРС в решение № 550/20.10.2016г. за фиксирани услуги.

Произведението между среднопретеглената цена на капитала и определената балансова стойност на активите в ред 13, необходими за предоставянето на услугата, е търговска тайна. Цената на капитала на 1 км канална тръба се определя по формула на ред 28 от модела (търговска тайна). Цените за канална тръба по т.2.1. от ценовата листа служат за основа за определяне на крайните цени за защитна тръба/кабел. При определяне на крайната цена се отчита ефективно заетата площ, определена по формула, приета от КРС с решение № 246 от 22.02.2011г. Използвайки тази формула и на база предоставените данни за разходи в приложение №2, вещото лице е направило калкулация на цената на услугата, която съвпада с посочената в основното заключение. В приложение №4 вещото лице е представило информация за изходните параметри и счетоводни документи, на базата на които са остойностени разходите по изградената канална мрежа през 2022г., като са посочени конкретните параметри, цитирани и в основното заключение, и е направено разграничение на разходите за ползване на канална мрежа с и без положени защитни тръби. При сравняване на цените на услугата по т.2 от ценовата листа, действала преди и след 31.08.2023г. вещото лице потвърждава разликата от 18%, която е по-малка от действителния размер на разходите през 2022г., изчислен по чл.5 от Методиката и по решение № 246 от 22.02.2011г. на КРС.

При така изложената фактическа обстановка, съдът достига до следните правни изводи:

Жалбата е допустима – насочена е срещу подлежащ на оспорване пред съд индивидуален административен акт, по арг. от чл.85, ал.6 ЗЕСМФИ, от лице – страна в административното производство по издаването му, в преклузивния 14-дневен срок за оспорване. Не се спори по делото, че жалбоподателят е оператор на електронна съобщителна мрежа по смисъла на § 1, т.4 от ДР на ЗЕСМФИ като предприятие, предоставящо или което има право да предоставя обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, а Виваком представлява мрежови оператор по см. на § 1, т.3 и 10 от ДР на ЗЕСМФИ като лице, което предоставя или което има право да предоставя обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги, както и лице, разполагащо със или предоставящо техническа, в това число физическа инфраструктура, предназначена за разполагане на други елементи от мрежа, без самият той да се превръща в активен елемент от мрежата, като тръбопроводи, мачти, канали, инспекционни шахти, шахти, разпределителни кутии, сгради или подстъпи към сгради, антенни съоръжения, кули и стълбове. Разгледана по същество, жалбата е основателна по изложените по-долу съображения.

Съгласно разпоредбата на чл.81, ал.1 ЗЕСМФИ Комисията решава спорове по този закон във връзка с предоставяне на достъп до и/или съвместно ползване на физическа инфраструктура, включително прилагането на условия и цени за достъп в съответствие с този закон и подзаконовите актове по неговото прилагане; разполагане на електронни съобщителни мрежи; координиране на дейности по глава пета, раздел II; предоставяне на

информация относено съществуваща физическа инфраструктура и планирани строежи; огледи на място на конкретно определена част от физическа инфраструктура и предоставяне на достъп до физическа инфраструктура в сграда. Според разпоредбата на чл.82, ал.1 ЗЕСМФИ Комисията решава спорове по този закон по искане на мрежов оператор, като дава задължителни указания по искане на някоя от засегнатите страни.

В настоящия случай оспореното решение е постановено от компетентен орган съгласно посочените разпоредби, вкл. съгласно разпоредбата на чл.85 ЗЕСМФИ и чл.30, т.25 от Закона за електронните съобщения /ЗЕС/, регламентиращ правомощията на КРС по ЗЕСМФИ. Решението е взето на заседание, проведено на 02.11.2023г. и е обективизирано в Протокол № 51 от същата дата /л.115 и сл. по делото/. На заседанието на комисията са присъствали и петимата ѝ членове /чл.22, ал.1 ЗЕС/ като решението е прието с единодушие /арг. чл.35, ал.5 ЗЕС/, съответно е подписано от тях.

Съдът намира, че при постановяване на решението са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които мотивират отмяната на акта само на това основание. Неразглеждането на искането на жалбоподателя заедно с искането на „А1 България“ ЕАД не е съществено процесуално нарушение, тъй като обединяването на производствата е право, но не и задължение на административния орган. С използване на материалите, събрани по преписката, по която е постановено решение № 265 от 31.08.2023г., обаче е нарушено правото на защита на жалбоподателя. Законът не предвижда възможност в постановленията 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. Същото се отнася и до използвания модел за определяне на разходите, приет от КРС с решения № 87/2021г. и № 70/2022г. Същите са постановени по инициатива на други мрежови оператори, като спорът между страните в производството по постановяването им е бил от различно естество, въпреки че е отново на плоскостта на достъпа до каналната мрежа. Така цитираните от самия административен орган негови предходни произнасяния нямат отношение, нито обвързваща сила спрямо жалбоподателя в настоящото производство.

Административният орган дължи собствени фактически констатации във всеки административен акт, който постановява, които са част от мотивите на акта. Препращането към мотивите за издаването на друг акт не изпълнява изискванията за форма, и прави актът необоснован, тъй като по преписката не са събрани доказателствата, водещи до крайния извод. Това, че същите са събрани по преписката, въз основа на която е постановен друг акт, не освобождава административния орган да ги събере и приобщи и към преписката по издаване на процесното решение. Още повече, че нито решение № 265 от 31.08.2023г., нито решения № 87/2021г. и № 70/2022г. на КРС имат характера на преюдициални към настоящия спор, което би дало възможност същите да бъдат използвани в настоящото производство. Следователно процесното решение противоречи на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК, и като такова е постановено при неспазване на установената форма.

Нещо повече, липсата на конкретно изложени съображения, които да мотивират издаването на процесното решение и да подлежат на проверка за законосъобразност, възпрепятстват осъществяването на такава от страна на съда в настоящия процес. 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 законосъобразността на акта. Поради това съдът не кредитира изслушаните и приети по делото основно и допълнителни заключения на съдебно-икономически експертизи, доколкото с тях за първи път в хода на съдебния процес се установяват факти от значение за спора, като например какви и колко са разходите за амортизация на активите през 2022г., какви и колко са разходите, подпомагащи функционалното обезпечаване на услугата, как е изчислена балансовата стойност на активите, и как въз основа на тези данни и среднопретеглената цена на капитала, е изчислена цената на 1 км канална тръба.

Именно от заключението на вещото лице, а не от процесното решение, става ясно как е определена крайната цена на услугата при отчитане на ефективно заетата площ, определена по формула, приета от КРС с решение № 246 от 22.02.2011г. Последното също няма отношение към настоящия спор, постановено е при действието на различна нормативна уредба от действащата към момента на постановяване на процесното решение и не е съобразено с изискванията на НАРЕДБА № 34 от 24.10.2018 г. за определяне на Методика 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. Липсата на фактически установявания от страна на ответника в процесното решение относно посочените по-горе обстоятелства и данните по чл.5 от посочената методика не може да се санира в съдебното производство. Горното би противоречало на 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.

На следващо място, с Решение № 161 от 01.06.23г. са дадени изрични указания до „Виваком България“ „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. На решението е допуснато предварително изпълнение, което няма данни да е отменено по съответния ред. Следователно, заинтересованата страна в настоящото производство е била длъжна да допълни модела с този механизъм. В мотивите на административния акт от друга страна е следвало да се съдържа ясен

коментар относно този механизъм, т.е. дали в изпълнение на дадените указания проверяването дружество е предложило такъв и дали той съответства на инфлацията в страната за съответния период. По делото няма данни такава проверка да е извършена от страна на ответника. Това дава допълнително основание на съда да приеме, че направеният от ответника извод, обусловил като краен резултат отхвърляне искането на жалбоподателя, е необоснован и немотивиран.

Съдът намира, че неправилно е приложен и материалният закон. Съгласно § 2 от Допълнителните разпоредби на ЗЕСМФИ със закона се въвеждат изискванията на Директива 2014/61/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 15 май 2014г. относно мерките за намаляване на разходите за разгръщане на високоскоростни електронни съобщителни мрежи (ОВ, L 155/1 от 23 май 2014 г.). Според директивата нейната цел е да улесни и стимулира разгръщането на високоскоростни електронни съобщителни мрежи чрез насърчаване на съвместното използване на съществуващата физическа инфраструктура и чрез създаване на условия за по-ефикасно разгръщане на нова физическа инфраструктура, така че тези мрежи да могат да се разгръщат на по-ниска цена. Такива са и целите, разписани в чл.2 ЗЕСМФИ.

На следващо място с директивата се установяват минимални изисквания по отношение на строежите и физическата инфраструктура с цел сближаване на определени аспекти на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки в тези области като държавите членки могат да запазват или въвеждат мерки в съответствие с правото на Съюза, които надхвърлят установените с настоящата директива минимални изисквания, с оглед на по-успешното постигане на целта, посочена в параграф 1. /чл.1, параграф 2 и 3/. Съответно чл.3, параграф 1 и параграф 2 от директивата предвиждат, че държавите членки гарантират, че всеки мрежов оператор има право да предлага на предприятията, които предоставят или които имат право да предоставят електронни съобщителни мрежи, достъп до своята физическа инфраструктура с оглед разполагане на елементи на високоскоростни електронни съобщителни мрежи.

Реципрочно държавите членки могат да предвидят за операторите на обществени съобщителни мрежи правото да предлагат достъп до физическата си инфраструктура за целите на разгръщането на мрежи, различни от електронни съобщителни мрежи. Държавите членки гарантират, че при писмено искане от страна на предприятие, което предоставя или което има право да предоставя обществени съобщителни мрежи, всеки мрежов оператор е задължен да удовлетворява всички разумни искания за достъп до неговата физическа инфраструктура при справедливи и разумни условия, включително цена, с оглед разполагане на елементи на високоскоростни електронни съобщителни мрежи.

Съответно ЗЕСМФИ в чл.15 предвижда задължение за мрежовите оператори да предоставят на операторите на електронни съобщителни мрежи достъп до и/или съвместно ползване на физическата си инфраструктура, включително до нейните елементи и/или съоръжения, с оглед на разполагане и използване на електронни съобщителни мрежи, при наличие на обосновано искане и при условията на този раздел и актовете по прилагането на закона /ал.1/. Според

ал.2 на с.р. мрежовите оператори предоставят достъп до и/или съвместно ползване на физическата си инфраструктура с писмен договор при предварително оповестени на интернет страницата си прозрачни, пропорционални и справедливи общи условия, включително цена. Минималното съдържание на общите условия е разписано в ал.3 на чл.15 ЗЕСМФИ. Разпоредбата на чл.15 от закона има за цел регламентирането на условията, при които мрежовият оператор ще предоставя за ползване инфраструктурата си, по прозрачен и достъпен начин, съответно разпоредбата е гаранция за равнопоставеност на всички участници в процеса при наличието на ясни правила.

В случая цените не се определят произволно, а в рамките на разпоредбите на ЗЕСМФИ и методиката по чл.3, ал.5 от него. Чл.3, ал.4 от закона изрично предвижда, че 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, отразяват всички разходи, които са свързани със съответната дейност. Съответно ал.5 постановява, че мрежовите оператори на физическа инфраструктура определят цени за предоставяне на достъп до и за съвместно ползване и на право на преминаване съгласно методика, определена с наредба, издадена от министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията. Методиката по ал.5 определя начина за разпределянето на разходите към определената услуга, като разпределянето трябва да е представено по начин, който гарантира спазването на принципите на прозрачност, равнопоставеност и липса на антиконкурентно крос-субсидиране – ал.6. Посочената регламентация съответства на директивата – освен на целите ѝ, и на разписаните в нея разпоредби. Прилагането на модел за определяне на разходите, различен от посочената методика, е в противоречие с тези разпоредби.

Съгласно чл.5, ал.1-3 от МЕТОДИКА 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, приета с НАРЕДБА № 34 от 24.10.2018 г., разходите за предоставяне на услугите за достъп до и съвместно ползване на физическа инфраструктура включват: разходи за амортизация на активите, присъщи за остойностяваната услуга, пропорционално на използвания от получателя на достъпа капацитет; разходи, подпомагащи функционалното обезпечаване на услугата, без които е невъзможно предоставянето ѝ, като например разходи за поддръжка и експлоатация на съответните активи на физическа инфраструктура – разходи за материали, разходи за труд, разходи за допълнителни услуги, като охрана, транспортни разходи, административни; компонент, изчислен като произведение между сбора от балансовата стойност на активите, необходими за предоставянето на услугата, и среднопретеглената цена на капитала (WACC). Определянето на разходите по ал. 1, т. 2 се извършва на базата на документално обоснован размер на разходите на съответния мрежов оператор за последната приключила финансова година. За целите на изчислението на компонента по ал. 1, т. 3 се вземат балансовите стойности на

активите към края на последната приключила финансова година.

Среднопретеглената цена на капитала по ал. 1, т. 3 се определя въз основа на цената на дълговия капитал и цената на собствения капитал, отчитайки ефекта от данъчното облагане, съгласно приложимото законодателство. Мрежовите оператори могат да ползват определената за регулаторни цели стойност на среднопретеглената цена на капитала. В случая ответникът е приел заявените от заинтересованата страна показатели по всеки един от цитираните в чл.5 от методиката параметри, без да извърши проверка доколко същите са свързани с конкретната дейност. По този въпрос съдът не кредитира и заключенията на вещото лице, които са противоречиви, като се позовават на различни данни от приложенияте по делото (виж диск на л. 179, означен като вх. № 10-01-68-3 от 11.08.2023г.).

Посочените във файла Duct Cost Model_Notes данни за общ размер на инвестицията за поддържане на каналната мрежа и процента на напълно амортизирана мрежа не съответстват на посочените от вещото лице в доклада от 10.05.2024г. Оттам не е ясно как е определена балансовата стойност на активите, свързани с предоставяне на услугата, респ. стойността на компонента по чл. 5, ал.1, т.3 от методиката. Липсва и формулата, по която се смята цената на капитала за 1 км канална тръба, като не е ясно откъде вещото лице е взело формулата, посочена в този доклад. Както се посочи по-горе, същата не е посочена и в процесното решение. Не е посочена и формулата, по която е изчислена крайната цена на услугата. По отношение на нея вещото лице е използвало данни за ефективно заетата площ, изчислена по модел, определен с решение на КРС № 246 от 22.02.2011г. Както бе посочено по-горе, този модел е преди модела, заложен в Методиката, приета с приета с НАРЕДБА № 34 от 24.10.2018 г. Освен това този модел е приет поради липса на надеждна информация относно дължината и броя на тръбите в подземната канална мрежа – фактор, който към момента не е налице. Поради това същият не следва да се кредитира.

На последно място, процесното решение не съответства и на целта на закона. Вярно е, че улесняването и стимулирането на разгръщането на високоскоростни електронни съобщителни мрежи чрез съвместно ползване на съществуващата инфраструктура не следва да бъде за сметка на ограничаване на възможността на съответния мрежови оператор да възстанови разходите си за предоставяния достъп до тази инфраструктура. За целта обаче размерът на тези разходи следва да бъде безспорно установен и доказан в хода на административното производство, като същият бъде съобразен с Методиката, и бъде проследима връзката между този размер и определената крайна цена на услугата. В случая такава проследимост липсва, поради което е нарушен принципа на прозрачност, заложен в чл. 3, ал.6 от ЗЕСМФИ.

Предвид изложените съображения, следва оспореното по делото решение на КРС да бъде отменено, като преписката бъде върната на КРС за ново произнасяне по искането на „Цетин България“ ЕАД за даване на задължителни указания на „Виваком България“ ЕАД, 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.

При този изход на спора жалбоподателят претендира разноски на основание чл. 143, ал. 1 от АПК за внесената държавна такса от 50 лв., възнаграждения на вл в размер на 1800лв., и адвокатско възнаграждение за един адвокат от 21 518,43лв., платено по банков път съгласно отчети по сметка на адвокатско дружество „Д., П. и ко“ на л. 1329 и 1331. Основателно е възражението за неговата прекомерност, тъй като делото се отличава с фактическа и правна сложност и обем на материалите над 500 страници, като са проведени четири съдебни заседания, с изслушване на 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 трима 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 3000лв. 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 4850 лева, която КРС да заплати на дружеството- жалбоподател.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд София-град, Второ отделение, 41-ви състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение 317 от 02.11.2023г. на Комисията за регулиране на съобщенията.

ВРЪЩА преписката на Комисията за регулиране на съобщенията за ново произнасяне по подаденото искане от „Цетин България“ ЕАД, с вх. № 10-00-1066 от 25.08.2023г., 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 „Цетин България“ ЕАД, сумата от 4850 лв. разноски по делото.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба в 14 - дневен срок от съобщаването му чрез Административен съд София - град пред Върховния административен съд.

Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на препис от него по реда на чл.137 АПК.

Съдия: