

РЕШЕНИЕ

№ 3130

гр. София, 24.06.2011 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 31 състав, в публично заседание на 06.06.2011 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мария Попова

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **2305** по описа за **2011** 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) вр. с чл.21, ал.3 от Наредбата за категоризиране на средствата за подслон, местата за настаняване и заведенията за хранене и развлечения (Наредбата) и е образувано по жалба на „ Д. 90” О.- Г., ЕИК *”, представлявано от управителя Й Ц И. Предмет на оспорване е заповед N РД-09-06-4 от 26.01.2011г. на К. на Столична община, с която е отказано определянето на категория на обект „ Хотел”, находящ се в Г., У.” Самоковско шосе”, N 137, стопанисван от дружеството.

В жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност на оспорената заповед поради допуснати съществени процесуални нарушения и неправилно приложение на материалния закон.

В с.з., „ Д. 90” О. се представлява от А.И., която поддържа жалбата по изложените в нея съображения и претендира сторените по делото разноски. Представени са писмени бележки .

Ответникът- кметът на СО се представлява от А.И и А.У, които оспорват жалбата и изразяват становище за нейната неоснователност. Претендират разноски. Представени са писмени бележки.

Съдът, като прецени доказателствата по делото, обсъди доводите на страните и извърши проверка по реда на чл.168, ал.1 вр. с чл.146 от АПК, намира за установено следното:

Жалбата е процесуално допустима като подадена в срок / заповедта е връчена на 23.02.2011г. и жалбата срещу нея е подадена на 09.03.2011г./ и от активнолегитимирана

страна.

Разгледана по същество, жалбата е и основателна, предвид следното:

Със заявление с вх. N 9762 от 16.09.2010г., ЙЦ И от името на управляваното от него дружество е заявил за категоризация обект хотел "Д.", находящ се в Г., У." Самоковско шосе", N 137, стопанисван от „Д. 90” О.. Към заявлението са приложени изискуемите се документи, включително справка за професионална и езикова квалификация на заетите лица в обекта. Управител на обекта е Й И, който в качеството си на управител на дружеството е декларирал съобразно изискването на чл.50, ал.3, т.2 от Закона за туризма, че същото не е в производство по несъстоятелност или ликвидация. Лицето Д Й И. е вписана в приложената справка като „ръководител на рецепция”, като за установяване на езиковата й квалификация е представена диплома за средно образование, профил- английски език.

По повод подаденото заявление за категоризация и на осн.чл.11, ал.9 от Наредбата, предвиждащ проверките на място да се извършват от експертните работни групи за проверка на място на туристическите обекти по чл. 2, ал. 2 за изпълнение на изискванията по приложение № 1 и на минималните задължителни изисквания към съответния туристически обект, определени в приложения № 2, 3 и 4 съобразно заявената категория, **на 26.10.2010г. в процесния обект е извършена проверка** от експертна работна група, създадена от Експертната комисия по категоризация на туристически обекти с решение, взето с мнозинство от две трети от състава й, присъстващ на заседанието. За проверката е съставен констативен протокол N 9762 от 16.09.2010г./ л.34/, в който са отразени констатации, касаещи изисквания към изграждането, обзавеждането и оборудването на обекта, въз основа на които е дадено заключение, че обектът не отговаря на горните изисквания. Експертната работна група/ЕРГ/ е направила предложение за отказ за определяне на категория на туристическия обект.

Протоколът е подписан от лицето Д И., която го е подписала като „управител”.

Неразделна част от този протокол е съставеният на същата дата, със същия номер и от същата експертна работна група протокол/ л.38/, в който се съдържат дадените задължителни предписания. **Този протокол е подписан единствено от членовете на експертната група.**

Д И. е подала заявление от същата дата- 26.10.2010г. до директора на ОП” Туристическо обслужване”, в двумесечен срок да бъде назначена повторна проверка на туристическия обект във връзка с изпълнение на дадените в протокола предписания. В подаденото заявление изрично е отразено, че управител на фирмата, стопанисваща проверявания обект е Й Ц И.

Изготвен е доклад с дата 19.11.2010г. от старши експерт в ОП” Туристическо обслужване” относно подаденото заявление за категоризация под N 9762/16.09.2010г. от управителя на „Д. 90” О. за процесния обект, като в доклада са отразени констатациите от цитирания протокол и е дадено заключение, че за по-голямата част от констатираните несъответствия с изискванията за заявената категория „една звезда”, вид ХОТЕЛ, не се допускат предписания. Отражено е, че членовете на ЕРГ са с единно мнение по направените констатации. Към доклада са приложени КП N 9762 от 16.09.2010г./два броя/ и снимков материал.

На проведено на 24.11.2010г. заседание на ОЕKK е присъствал управителят на „Д. 90”, О. и в негово присъствие членовете на ОЕKK са обсъдили изискващите се съгласно действащата нормативна уредба условия за вид” Хотел”- „една звезда”. Комисията му

е предложила видът на обекта да се преобразува в пансион, категория „една звезда“, като управителят има задължението да оборудва кухненско помещение- трапезария, изискващо се за този вид в срок до 20.12.2010г.

На 07.01.2011г., ЕРГ отново е извършила проверка в обекта, за което е съставен КП N 9762/ л.67/, неясно защо с посочена дата за съставянето му- 16.09.2010г., в който е отразено, че в обекта все още липсва оборудвано кухненско помещение и кът за хранене или трапезария. **Този протокол също е подписан от Д И. в качеството ѝ на „управител“.**

Съгласно решение от проведено на 12.01.2011г. заседание на Общинска експертна комисия по категоризация, назначена със заповед N РД-09-58822/19.09.2008г. на К. на СО, обективизирано в протокол N 341/ 12.01.2011г., т.4 , двумесечният срок е изтекъл, но обектът не е преустроен. Няма оборудвано помещение- кухня и трапезария , поради което комисията е взела решение на осн.чл.54, ал.1 от Закона за туризма да се откаже определянето на категория на обекта.

Въз основа на това решение на ОЕKK и на осн.чл.54, ал.1 от Закона за туризма и чл.21, ал.1, т.5 от Наредбата, кметът на СО е издал оспорената заповед N РД-09-06-4/26.01.2011г., с която е отказал да определи категория на процесния обект.

При така установените факти, съдът извежда следните правни изводи за основателност на жалбата:

Съгласно предписанието на чл. 52, ал. 1 , т.2 от ЗТ и чл. 16, т. 2 от Наредбата за категоризиране на средствата за подслон, местата за настаняване и заведенията за хранене и развлечения (НКСПМНЗХР/Наредбата, приета с ПМС № 357 от 27.12.2004 г., обн., ДВ, бр. 2 от 7.01.2005 г.), **компетентен орган във връзка с категоризацията на заведения за подслон и прилежащите към тях заведения за хранене и развлечения с категория "една звезда" е кметът на съответната община, чиито правомощия са в условията на обвързана компетентност.** Последният, съгласно чл. 52, ал. 1 ЗТ (чл. 16, т. 2 Наредбата), може да определи заявената от търговеца категория, или да откаже въобще такава при хипотезите на чл. 54, ал. 1 ЗТ (респ. - чл. 21 Наредбата).

Следователно, **оспорената заповед е издадена от компетентен орган.**

Редът за определяне на категорията на туристическия обект е определен в Наредбата за категоризиране на средствата за подслон, местата за настаняване и заведенията за хранене и развлечения, съгласно член 6 ал. 1 от която лицето, което ще извършва или извършва хотелиерство или ресторантьорство, или упълномощено от него лице подава заявление за категоризиране или за промяна на категорията на туристическия обект до съответния категоризиращ орган по чл. 2 ал. 1, по образец.

В съответствие с чл. 45, ал. 1 от Закона за туризма чл. 5, т. 1 от Наредбата, предвижда, че хотелиерство или ресторантьорство се извършва от лице, което е търговец по смисъла на ТЗ или е юридическо лице, което има право по силата на друг закон да извършва стопанска дейност.

В конкретния случай, управителят на дружеството, стопанисващо обект хотел ” Д.”, находящ се в Г., У.” Самоковско шосе”, N 137 е подал заявление за категоризация с вх.N 9762 от 16.09.2010г. **Няма спор , че управител и представител на дружеството е лицето Й Ц И. Няма спор и относно липсата на представителна власт в полза на лицето Д И..** От приетите доказателства се установява единствено, че тя е „ръководител на рецепция” , като за установяване на езиковата ѝ квалификация е представена диплома за средно образование , профил- английски език.

Така посочените факти сочат на допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила: Недопустимо е подписването на КП от членовете на комисията в качеството им на проверяващи и свидетели на установени от тях несъответствия в отсъствието на заявителя- управител на дружеството. Това е нарушение на чл. 11, ал. 10, т. 7 от Наредбата. Присъствието на упълномощен представител на дружеството е гаранция за достоверността на констатациите от проверката. В случай на отсъствие, Наредбата предвижда подписването на КП от свидетели (т. е. трети, незаинтересовани от резултатите от проверката лица), на които се посочват имената и точните адреси.

Съдът не възприема възражението на ответника, че след като съставения констативен протокол, който е официален документ, съставен от длъжностни лица при и по повод изпълнение на служебните им задължения, не е оспорен по реда на чл.193 от ГПК, то този протокол е доказателство за извършените от длъжностните лица действия и за истинността на направените от тях констатации. Дори и да е така, това обстоятелство не освобождава същите тези длъжностни лица от задължението им изначалното да уведомят жалбоподателя за започване на административното производство по смисъла на чл.26 от АПК, в това число и за деня и часа на извършване на огледа. **Констативният протокол не е подписан от заявителя или на упълномощеното от него лице, няма данни и за изслушването му, както и за обяснения и/или възражения на заявителя или на изрично упълномощено от него лице.**

Съгласно чл.11, ал.13 от Наредбата, обясненията и/или възраженията на заявителя по констативния протокол по ал. 6 се отразяват при подписването му на място след приключване на проверката или се отправят писмено до съответната комисия по чл. 8 и 9 в 3-дневен срок от приключване на проверката.

Следователно е допуснато нарушение както на чл.26 от АПК, така и на разпоредбата на чл.34,ал.3 от АПК вр. с чл.11, ал.10 от Наредбата, тъй като в хода на административното производство на жалбоподателя не е осигурена възможност да участва активно като изразява становища по събраните доказателства, прави писмени възражения в 7-дневен срок и пр.

Съгласно ал.4 от чл.34 от АПК, административният орган може да не приложи ал.1, 2 и 3 само в случай, че решаването на въпроса не търпи отлагане, за да се осигури животът или здравето на гражданите или да се защитят важни държавни или обществени интереси. Безспорно, процесният случай не попада в предвидените изключения.

„ Д. 90” О. е самостоятелен правен субект с управител Й И и именно дружеството е заявител за категоризация на описания обект. Следователно, фактът, че трето лице се е подписало като „управител” по никакъв начин не би могъл да го идентифицира с това дружество. Изводът, че констативния протокол е съставен в отсъствие на упълномощено от дружеството лице и че не е подписан от такова лице не се променя от факта, че Д И. е подала заявление от 26.10.2010г. за извършване на повторна проверка, нито от факта, че нейната диплома е представена от самото дружество като доказателство за образователна и езикова квалификация.

В тази връзка, ЕРГ за проверка на място в туристическите обекти очевидно не е изпълнила задължението си” да събере всички необходими данни за вида и състоянието на обекта”, което е довело до незаконосъобразно решение на ОЕКК, взето в нарушение на чл.35 от АПК. **Нарушението за изясняване на всички относими факти и обстоятелства е съществено и тъй като оспорената заповед е издадена именно въз основа на това решение, същата се явява незаконосъобразна.**

Административният орган носи тежестта да докаже наличието на всички предпоставки за законност на оспорения административен акт (Арг.: чл. 170, ал. 1 от АПК), вкл. и за спазване на предвидената процедура. В тази връзка, органът не може да се позовава на факта, че при явяването си пред ОЕКК, управителят на дружеството не е направил възражение, че констатациите не са достигнали до знанието му. Липсата на подобно възражение не санира допуснатия пропуск и освен това, в хода на проведеното съдебно производство, доводите в тази насока сочат на незаконосъобразност на заповедта именно на осн.чл.146,т.3 от АПК.

Липсва представено пълномощно, по силата на което подписалото протоколите лице да се е легитимирало пред членовете на ЕРГ като упълномощено лице от управителя на дружеството. Следователно, тези протоколи не са връчени по надлежния, установен от закона ред.

Основателно е възражението, че по същата логика, след като върху протоколите липсва подпис на управителя на дружеството или на изрично упълномощено от него лице, а липсват и подписи на свидетели, следва да се приеме, че дружеството не е уведомявано за нередовности, които следва да бъдат отстранени в определен от ЕРГ срок, а е постановен директно отказ за категоризация. По този начин е опорочена цялата процедура по категоризация на обекта.

Нарушена е целта на чл. 11, ал. 13 от Наредбата. За да се изпълни тази разпоредба при отсъствието на заявителя и/или упълномощено от него лице в момента на съставянето му, ЕРГ е била длъжна да изпрати копия от КП на неговия заявен адрес по реда на чл. 22 от Наредбата, което не е направено. Това е особено важно в случаи като настоящия, когато са налице необорени твърдения на жалбоподателя за липса на уведомяване за времето на извършване на проверката, нарушено право на активно участие в производството и пр.

На следващо място, съгласно чл.9, ал.1 от Наредбата, Общинската експертна комисия по категоризация разглежда заявлението по чл. 6 или 7 за туристическите обекти по чл. 2, ал. 3 в 14-дневен срок от постъпването му и след като констатира, че представените документи съответстват на изискванията на чл. 6 или 7, предлага на К. на общината да открие процедурата по категоризиране на туристическия обект и да издаде временно удостоверение за откритата процедура, валидно за срок два месеца.

Временното удостоверение за откритата процедура се изпраща до заявителя на адреса на обекта или на друг адрес, посочен от него, в 7-дневен срок от издаване на заповедта за откриване на процедурата по категоризиране.

Съгласно чл.10, ал.1, в случай че съответната комисия по чл. 8 и 9 констатира нередовности в представените документи по чл. 6 или 7, заявителят следва да ги отстрани в 14-дневен срок от уведомяването му за тях.

Правомощията на Експертната комисия по категоризация на туристически обекти за проверка на място на туристическите обекти по чл. 2, ал. 2 за изпълнение на изискванията по приложение № 1 и на минималните задължителни изисквания към съответния туристически обект, определени в приложения № 2, 3 и 4 съобразно заявената категория са регламентирани в чл.11, ал.1 от Наредбата.

Съгласно чл.21, ал.1, категоризиращият орган по предложение на съответната комисия по чл. 8 и 9 издава заповед за отказ за определяне на категория, когато:

1. не се отстранят нередовностите по заявлението и приложените към него документи в сроковете по чл. 10, ал. 1 и 3;
2. не са изпълнени минималните задължителни изисквания за вид и категория на

туристическия обект, определени в съответното приложение;

3. е налице обективна невъзможност експертната работна група да извърши проверка на място в обекта по вина на проверяваното лице;

4. при проверка по документи или на място се установи, че компетентен да определи категорията на съответния туристически обект е друг орган;

5. при открита процедура за категоризиране се констатира промяна на лицето, което извършва или ще извършва хотелиерство или ресторантьорство, или реконструкция или разширение на туристическия обект;

6. при открита процедура за категоризиране се констатира, че лицето не отговаря на изискванията на чл. 5, т. 3.

Следователно, основателно е възражението на жалбоподателя, че единствената възможност за административния орган след като ЕРГ констатира, че представените документи съответстват на изискванията на чл. 6 или 7 е да издаде временно удостоверение за открита процедура, валидно за срок два месеца. Процедурата по проверка на място на туристическите обекти по чл. 2, ал. 2 за изпълнение на изискванията по приложение № 1 и на минималните задължителни изисквания към съответния туристически обект е последваща.

По делото не е спорно, че такова удостоверение не е издадено.

Категорията на туристическия обект се определя на базата на съответствие с минималните задължителни изисквания към обекта за изграждане, обзавеждане и оборудване, обслужване, предлагани услуги в средствата за подслон и в местата за настаняване, професионална и езикова квалификация на персонала (чл. 50, ал. 5 от ЗТ), а нормата на чл. 21, ал. 1, т. 2 от Наредбата, посочена като едно от основанията за отказа, е необходимо да са налице кумулативно определени изисквания. **При констатиране на несъответствие дори и на едно от изискванията, за които не се издават предписания, категоризиращият орган, по предложение на съответната комисия, е длъжен да постанови отказ, което е и сторено в случая. Същевременно обаче, в оспорената заповед е цитирано решение на ОЕКК по протокол N 341/12.01.2011г. , съгласно което жалбоподателят не е оборудвал в определения му двумесечен срок кухненско оборудване- кухня и трапезария, т.е органът е смесил предпоставките, при наличието на които може да постанови отказ.**

От друга страна, след като по изложените по-горе съображения, съдът приема, че в случая не са дадени конкретни предписания , то двумесечният срок за отстраняване на констатираните несъответствия с горните изисквания не е изтекъл, респект.не се доказва соченото в решение на ОЕКК по протокол N 341/12.01.2011г. фактическо основание, т.е. заповедта се явява и материално незаконосъобразна.

По изложените съображения, съдът намира, че оспорената заповед следва да бъде отменена като незаконосъобразна, а преписката изпратена на административния орган за ново произнасяне при спазване на указанията, дадени в мотивите на решението.

С оглед изхода на спора, Столична община следва да бъде осъдена да заплати на жалбоподателя съдебни разноски в размер на 500лв., от които- 50лв. държавна такса за образуване на делото и 450 лв. адвокатски хонорар съгласно приложения договор за правна помощ.

Водим от горното и на осн.чл.172, ал.2 от АПК, съдът

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на „ Д. 90” О.- Г., ЕИК * заповед N РД-09-06-4 от 26.01.2011г. на К. на Столична община, с която е отказано определянето на категория на обект „ Хотел”, находящ се в Г., , стопанисван от дружеството.

ИЗПРАЩА преписката на К. на Столична община за ново произнасяне в 1-месечен срок от влизане на решението в сила, със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона съобразно изложените по-горе мотиви.

ОСЪЖДА СТОЛИЧНА ОБЩИНА да заплати на „ Д. 90” О.- Г., ЕИК *, с управител Й Ц И разносните по делото в размер на 500/петстотин/ лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните чрез връчване на преписи.

СЪДИЯ :