

РЕШЕНИЕ

№ 3543

гр. София, 01.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 76 състав,
в публично заседание на 03.05.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Пламен Панайотов

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **1761** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 – чл.178 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ и чл.215 от ЗУТ .

Производството е образувано по жалба на „СИНКЕВИЦА“ ЕООД с ЕИК[ЕИК], представлявано от управителя Г. С. С. и жалба от „Индастриъл Кейтъринг“ ЕООД с ЕИК[ЕИК] , представлявано от управителя П. З. Д. , като двете дружества сочат съдебен адрес [населено място] , [улица],ет.5 адв. М. П. срещу Заповед №РА – 30-956 /30.11.2022г. на Главния архитект на Столична община за премахване на незаконен строеж „Смукателна вентилационна инсталация обслужваща заведение за обществено хранене – ресторант на кота – 1,70 „, находящ се в сграда в [населено място] , [улица].

Жабпоподателят „СИНКЕВИЦА“ ЕООД се представлява от адв. М. , с пълномощно по делото, изразява становище за отмяна на оспорената заповед поради опорочена процедура , а именно имота е 3 - та категория и съгласно чл.225 ЗУТ компетентен да издаде оспорената заповед е началника на ДНСК , а не кмета на Столична община или оправомощено от него лице. На следващо място , адв. М. посочва, че в случая не се изисква разрешение за строеж защото е налице „текущ ремонт“ по смисъла на &5, т.3 от ДР на ЗУТ. Претендира направени разноски и представя списък.

Жалбоподателят „Индастриъл Кейтъринг“ ЕООД се представлява от адв. М. П. , с пълномощно по делото, също изразява становище за отмяна на оспорената заповед и прогласяване на нейната нищожност. Посочва , че приетото експертно становище определя процесния строеж като трета категория , съобразно разпоредбата на

чл.137,ал.1,т.3,б.“Ж“ от ЗУТ и компетентен да издаде заповед за премахване на незаконен строеж от първа до трета категория е началника на ДНСК или оправомощено от него лице. Претендира направените разноси и представя списък. Ответникът - Главният архитект на Столична община, редовно уведомен, чрез юрк. И., изразява становище за неоснователност на жалбите, а оспорената заповед за законосъобразна и правилна . Пледира за потвърждаване на оспорената заповед. Претендира разноси и прави възражение за прекомерност на представените от адв. П. списък с разноси.

Административен съд София-град, след като обсъди релевираните доводи, прецени събраните по делото доказателства по реда на чл. 235 ГПК, вр.чл. 144 АПК и служебно, на основание чл. 168, ал. 1, вр. чл. 146 АПК, провери изцяло законосъобразността на обжалвания акт, намира за установено следното от фактическа страна:

Със Заповед № РА 30-956/30.11.2022г на Главния архитект на СО е наредено премахването на строеж „Смукателна вентилационна инсталация, обслужваща заведение за обществено хранене - ресторант на кота—1,70м” в сградата в ПИ с идентиф. 68134.1932.1493, в УПИIV-1492,1493, кв.3, м. „Манастирси ливади - запад”, [населено място], бул. „Т. К.” № 53.

Строежът е установен с Констативен акт № 2022-32 от 05.10.2022г на р-н „В.”, /лист 47 от делото/. Прието е , че строежът е V- та категория , съгласно чл.137,ал.1,т.5 , буква „Б“ от ЗУТ. Констативен акт № 2022-32 от 05.10.2022г на р-н „В.” е съобщен и на двамата жалбоподатели по реда на §4, ал.2 ,изр.2 от ДР на ЗУТ , за което са съставени съобщение№1/18.10.2022г. и съобщение №2 /18.10.2022г. , служебна бележка №01-1/18.10.2022г. и служебна бележка №02-1/18.10.2022г. Не са постъпили възражения срещу констативния акт, което е отразено в протокол от 28.10.2022г.

Към писмо с вх. № С 22-3119-06-477 от 26.08.2022г в РДНСК С. /лист 108 до 113 от делото/, са приложени снимки от монтажа на съоръжението.

Установено е , че вентилационна инсталация представлява въздуховод от ламарина с размери 1,50м x 0,70м, монтиран хоризонтално на фасадата на двует. тяло на сградата откъм вът реш- ния двор, и с размери 1,00м x 1,00м монтиран вертикално на фасадата на блок „В” откъм [улица], до покрива и, обвит с изолационен материал.

По делото е изслушана съдебно техническа експертиза , изготвена от вещото лице Г..

Видно от заключението на вещото лице сравнението на онлайн достъпен снимков материал показва разлика във вида на тръбопровода от 2012г и 2022г, която се състои във вида на материала и размерите на сечението му /Приложение 1 към експертизата/.

Проверката на техническата документация на обекта в архива на Н.-СО, съгласувана от ответника устаннови следните документи :

1. Разрешение за строеж № 506 от 07.07.2004г за П.Г.+ жил. сграда /2М +6 +А/ в УПИ IV 1492,1493, кв. 3, м. „М. ливади-запад”, на основание съгласувани на 19.05.2004г, инвестиционни проекти, /лист 90 от делото/

2. Заповед № РД-09-50-1450/21.06.2007г за изменение на одобрения проект на основание чл.154, ал.2, т.6 от ЗУТ. В Заповедта е вписана промяна на ресторант със 120 места на к. +1,70 в магазини и обособяване на Кафе-пицария на к.-1,70 със 30 места. Заповедта отразява одобрени проекти по Архитектурна и Конструктивна част. Според тази Заповед не са одобрявани проекти за вентилация по ОВ част.

3. Инвестиционни проекти по всички части :

- идеен проект

- работен /технически / проект и няколко преработки, одобрени от Н., с различни дати

Архивната документация е непълна - липсват чертежи.

За частта в която се намира Ресторанта на кота-1,70 има няколко одобрени варианта, които не са вписани в Заповед № РД-09-50-1450/21.06.2007г. Те определят помещението сега ресторант-пицарията на „Х.“. Това са проект одобрен на 27.07.2005г - МАГАЗИНИ к. -1,70 /представена в документацията на Н./ и проект одобрен на 14.11.2007г /лист 114 от делото/.

Намерените в архива проекти за вентилация по ОВ част, в идейна и работна фаза /приложение към експертизата/ са за ниво +1,70. Там е предвидена вентилационна система, за климатизация на магазините, с въздуховод до покрива. Не се намери чертеж по ОВ част за ниво -1,70. Магазините на ниво +1,70 и тези на ниво -1,70 са еднакво големи и изискват вентилация. Експертизата счита че за ниво -1,70 също е предвидена вентилационна система, както за ниво + 1,70.

Проектът за сграда - П.Г.+ жил. сграда /2М +6 +АІ в УПИІV 1492,1493, кв. 3, м. „М. ливади-запад“, [улица], в частта му за ниво -1,70, е преработен и съгласуван от органа, издал Разрешение за строеж № 506/07.07.2004г, на 14.11. 2007г, което се установява от чертежа на лист 114 от делото. Чертежът представя преработка на ниво -1,70, при която помещенията за магазин от северната страна на сградата, към [улица], се предвижда за ресторант/заведение за обществено хранене/, с площ 508,83 М2.

В този вид за обекта е издадено Разрешение за ползване № ДК-07-572/10.12. 2007г, в което предназначението на помещенията е описано като „помещения за питейно заведение“ и „помещения за кафе-пицария“.

За същите помещения на ниво -1,70 са одобрени /според приложенията от Н./:

- екзекутив - на 27.07.2005г, според който магазините към [улица]

са разделени на по-малки магазини с номера от 1 до 19 и

- преработка на проекта, която показва същото разделяне от 14.11.2007г

Разрешението за ползване № ДК-07-572/10.12.2007г и съгласуваната на

14.11.2007г преработка за ресторант, са основание за ползване на помещението като заведение за обществено хранене.

Обектът „Заведение за обществено хранене - ресторант на кота -1,70м“ в сградата в ПИ с идентиф. 68134.1932.1493, в УПИ ІV-1492,1493, кв.3, м. „Ма - настирси ливади - запад“, [населено място], [улица] въведен в експлоатация с Разрешение за ползване № ДК-07-572/10.12. 2007г., издадено от Столична регионална дирекция за национален строителен контрол. Удостоверението е приложено към делото —лист№ 76.

Архивната проектна документация показва предвидена вентилационна система за първоначалния проект, когато помещенията на ресторанта са били за магазини. В Заповед № РД-09-50-1450/21.06.2007г за изменение на одобрения проект на основание чл.154, ал.2, т.6 от ЗУТ, е вписана промяна на ресторант със 120 м²ета на к. +1,70 в магазини и обособяване на Кафе-пицария на к. -1,70 със 30 места. Заповедта отразява одобрени проекти по Архитектурна и К.- рукована част. С нея, не са одобрявани проекти за вентилация по ОВ част. На това основание, в сградата е изградена, и е издадено Разрешение за ползване с първоначално предвидената вентилационна сиситема.

Наличието на вентилационна система към 2012г се вижда в онлайн достъпен снимков материал /Приложение 1 към експертизата/. Той показва разлика между вида на

тръбопровода през 2012г и през 2022г, по отношение вида на материала, броя на тръбопроводите и размерите на сечението им.

Констатираните строително монтажни работи представляват частична замяна на вентилационна инсталация, с което се цели да се подобри експлоатационната и годност. Констатираните СМР отговарят на т. 42 от § 5 от ДР на ЗУТ за основен ремонт и увеличение капацитета на инсталацията, и на т. 43 от § 5 от ДР на ЗУТ за замяна на съоръжения или инсталации, с които се увеличава носимоспособността, устойчивостта и трайността на строежите.

Според категоризацията на строежите по чл. 137, ал.1 от ЗУТ, строежът попада в точка „ж” на ал.1 - трета категория - реконструкция и основен ремонт на строежите от трета категория.

Предвид установената по-горе фактическа обстановка, настоящият съдебен състав достига до следните правни изводи:

Съдът приема, че жалбата е процесуално допустима – подадена в законоустановения срок от субект, носител на правен интерес от оспорването предвид засегнатите със заповедта негови субективни права.

Предявяват се доводи за нищожност на процесната заповед, както и за липса на компетентност на издателя на акта по отношение на съответната категория строеж по смисъла на чл.225 от ЗУТ. Жалбата е насочена срещу индивидуален административен акт, подлежащ на пряк съдебен контрол за законосъобразност.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Основно, оплакването е за нищожност на оспорената заповед, и като такова оплакване, съдът е длъжен да провери основателно или не е това оплакване.

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 изначалното наличие на такъв сериозен недостатък, водещ до недействителност на волята на органа, се приема, че нищожният акт никога не е съществувал в правната действителност. В административното право, за разлика от гражданското право, липсва специален законов текст, който да регламентира кога съответния акт е нищожен и в кой случаи е унищожаем. Подходът при разграничаването им е конкретен за всеки отделен случай в зависимост от допуснатото нарушение. Съгласно безпротиворечивата константна съдебна практика, липсата на компетентност на органа при издаване на акта и неспазването на предписаната от закона форма, винаги сочат на нищожност на акта, докато нарушението на административно-производствените правила и материалния закон, както и неспазването на целта на закона, следва да се преценяват във всеки конкретен случай, относно това по какъв начин се отразяват на волеизявлението на административния орган. Прието е, че нищожни са тези административни актове, които поради радикални, основни и тежки, непоправими недостатъци, се дисквалифицират като административни актове и въобще като юридически актове и се третират от правото като несъществуващи, поради което не пораждаат правни последици. Основанията за прогласяване на нищожност на административните актове са: липса на компетентност; липса на форма; пълна липса на правно основание; невъзможен предмет; несъществуващ адресат и др.

Нищожността е форма на незаконосъобразност на административния акт. В

зависимост от степента на допуснатия от административния орган порок, актът се преценява или като нищожен, или като незаконосъобразен и в първия случай се обявява неговата нищожност, а в другия-административният акт се отменя като незаконосъобразен, на някои от основанията, посочени в чл. 146 АПК. Доколкото в АПК не съществуват изрично формулирани основания за нищожност на административните актове, теорията и съдебната практика са възприели критерия, че такива са петте основания за незаконосъобразност по чл. 146 АПК, но тогава, когато нарушенията им са особено съществени-т. е. порокът трябва да е толкова тежък, че да прави невъзможно и недопустимо оставането на административния акт в правната действителност. Нищожен е само този акт, който е засегнат от толкова съществен порок, че актът изначално, от момента на издаването му не поражда правните последици, към които е насочен и за да не създава правна привидност, че съществува, при констатиране на основание за нищожност, съдът следва да го отстранява от правния мир чрез прогласяване неговата нищожност. Съобразно това и с оглед на всеки един от възможните пороци на административните актове, теорията е изградила критерии, кога един порок води до нищожност и кога същия води до унищожаемост:

Всяка некомпетентност винаги е основание за нищожност на акта;

Съществените нарушения на административно производствените правила са основания за нищожност също само, ако са толкова сериозни, че нарушението е довело до липса на волеизявление(например-поради липсва на кворум) Според правната теория нарушението на административно производствените правила е съществено, когато е повлияло или е могло да повлия върху съдържанието на акта; когато, ако не беше допуснато, би могло да се стигне и до друго решение на поставения пред административния орган въпрос.

Нарушенията на материалния закон касаят правилността на административния акт, а не неговата валидност, поради което нищожен би бил на посоченото основание само този акт, който изцяло е лишен от законова опора т. е. не е издаден на основание нито една правна норма и същевременно засяга по отрицателен начин своя адресат. Само пълната липса на условията или предпоставките, предвидени в приложимата материално правна 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. Т. е. нищожност на административния акт при наличие на материална незаконосъобразност е налице, когато напълно липсват материалноправните предпоставки, визирани в хипотезата на приложимата материално правна норма; когато актът е лишен изцяло от законово основание; когато акт със същото съдържание не може да бъде издаден въз основа на никакъв закон, от нито един орган. Тоест, административния акт е нищожен поради противоречие с материалния закон тогава, когато разпоредените правни последици са противоположни или съществено различаващи се от предвидените в правната норма така, че се явяват нетърпими от гледна точка на правния ред. Само при описаните случаи порокът материална незаконосъобразност води до нищожност на административния акт, а във всички останали до неговата унищожаемост; Превратното упражняване на власт също 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.

Жалбоподател твърди липса на компетентност на органа при издаването на предписанието. В случая процесната заповед е издадена от некомпетентен орган.

Същевременно настоящата съдебна инстанция намира, че оспореният административен акт е издаден при особено съществено нарушение на материалните разпоредби на закона поради следните съображения:

Констатираните строително монтажни работи представляват частична замяна на вентилационна инсталация, с което се цели да се подобри експлоатационната ѝ годност. Констатираните СМР отговарят на т. 42 от § 5 от ДР на ЗУТ за основен ремонт и увеличение капацитета на инсталацията, и на т. 43 от § 5 от ДР на ЗУТ за замяна на съоръжения или инсталации, с които се увеличава носимоспособността, устойчивостта и трайността на строежите.

Според категоризацията на строежите по чл. 137, ал.1 от ЗУТ, строежът попада в точка „ж” на ал.1 - трета категория - реконструкция и основен ремонт на строежите от трета категория.

Според § 5 т. 42. От ЗУТ (нова -ДВ, бр. 65 от 2003 г.) "Основен ремонт" на строеж е частично възстановяване и/ши частична замяна на конструктивни елементи, основни части, съоръжения ши инсталации на строежа, както и строително-монтажните работи, с които първона-чално вложени, но износени материали, конструкции и конструктивни елементи се заменят с други видове ши се извършват нови видове работи, с които се възстановява експлоатаци-онната им годност, подобрява се ши се удължава срокът на тяхната експлоатация.

Чл. 137 от ЗУТ (Изм.- ДВ, бр. 65 от 2003 г.) (1) В зависимост от характеристиките, значимостта, сложността и рисковете при експлоатация строежите се категоризират, както следва:

3. трета категория:

в) жилищни и смесени сгради с високо застрояване; сгради и съоръжения за обществено обслужване с разгъната застроена площ над 5000 кв.м или с капацитет от 200 до 1000 места за посетители;

ж) (изм. - ДВ, бр. 82 от 2012 г., в ста от 26.11.2012 г.) реконструкция и основен ремонт на строежите от тази категория;

Оспорваната подмяна на външните въздуховоди на вентилационната система, за ресторанта на [улица], е ремонт.

Вещото лице посочва , че няма данни за друг ремонт.

Съдът кредитира заключението на вещото лице според което извършения основен ремонт е трета категория. Съгласно разпоредбата на чл.225 от ЗУТ началникът на Дирекцията за национален строителен контрол или упълномощено от него длъжностно лице издава заповед за премахване на незаконни строежи от първа, втора и трета категория или на части от тях. В случая Заповед №РА – 30-956 /30.11.2022г. на Главния архитект на Столична община за премахване на незаконен строеж „Смукателна вентилационна инсталация обслужваща заведение за обществено хранене – ресторант на кота – 1,70 „, находящ се в сграда в [населено място] , [улица] издадена от некомпетентен орган. Съдът приема становището на вещото лице , че приложената архивна проектна документация показва предвидена вентилационна система в първоначалния проект и е издадено

разрешение за ползване с първоначално предвидената вентилационна система. В този смисъл приема за неоснователно твърдението на процесуалния представител на ответника, че вентилацията не е предвидена в одобрения инвестиционен проект.

По изложените съображения, така издадената заповед се явява нищожна, като издадена на ненадлежно правно основание и при липса на компетентност на издателя. Съдът намира, че са налице достатъчно основания – липса на компетентност и грубо нарушение на материалния закон, които налагат прогласяване нищожност на оспорваното предписание.

Налице е такова нарушение на материалния закон, което касае правилността на административния акт, поради което издаването му е лишено от законова опора - т. е. същият е издаден при липса на условията, предвидени в приложимите материалноправни норми, а именно на законосъобразно определяне на категорията на извършения ремонт, представляващи основна и задължителна предпоставка за издаването му. В случая са нарушени разпоредбите на чл. 137, ал. 1, б. „ж“ и чл. 225, ал. 1 от ЗУТ, което обуславя наличието на особено съществен порок на оспорения административен акт, обосноваващ неговата незаконосъобразност до степен на нищожност, поради което съдът намира подадените жалби за основателни.

При този изход на делото и с оглед своевременно предявеното искане от представителите на жалбоподателите, на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, ответникът следва да заплати на всеки от жалбоподателите направените разноски за държавна такса в размер на 50 лева за всеки, платен депозит за изготвяне на съдебно техническа експертиза в размер на 600. 00 лева или по 300 лева за всеки.

По отношение на претенцията за заплатените адвокатски възнаграждения съдът счита, че претендираното адвокатско възнаграждение от „Индастриъл Кейтъринг“ ЕООД с ЕИК[ЕИК] е прекомерно и следва да бъде уважено частично. Заплатеното от „Индастриъл Кейтъринг“ ЕООД възнаграждение за адвокат е прекомерно съобразно действителната правна и фактическа сложност на делото. В този случай съдът може по искане на насрещната страна да присъди по-нисък размер на разноските в тази им част, но не по-малко от минимално определения размер съобразно чл. 36 от Закона за адвокатурата. От съдържанието на тази разпоредба е видно, че предпоставка за намаляване на размера на претендираното адвокатско възнаграждение освен посочените обективни предпоставки - прекомерност, съобразно действителната правна и фактическа сложност на делото, е наличие на искане в тази насока от

на срещната страна. В съдебно заседание юрк. И. е направила възражение за прекомерност на разноските. В Тълкувателно решение № 1/15.03.2017г. по т. дело № 2/2016г. на ОСС на ВАС на РБ е прието, че съдът, спазвайки принципа на справедливостта и съразмерността, следва да присъди само и единствено такъв размер на обезщетение, който да отговаря на критериите на чл.36 ал.2 от ЗА, а именно: да е обоснован и справедлив, което означава да е съразмерен на извършената правна защита и съдействие и да обезщети страната за действително понесените от нея вреди от причиненото ѝ от държавния орган непозволено увреждане. В разпоредбата на чл.36 ал.2 ЗА е посочено, освен, че размерът на договореното адвокатско възнаграждение следва да е обоснован и справедлив, също и че не може да е по-нисък от предвидения в наредбата на Висшия адвокатски съвет размер за съответния вид работа съгласно чл. 18 ал.2 от Наредба № 1/09.07.2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. Предвидените по Наредбата размери са само минимални такива, под които адвокатите не могат да договорят възнаграждение за оказаната от тях правна помощ, а самият размер се определя по свободно усмотрение въз основа на писмен договор с възложителя на работата. Това означава, че въпросният минимален размер не е равнозначен на обоснован и справедлив размер по смисъл на чл.36 ал.2 ЗА, а определянето на размера на възнаграждението като обоснован и справедлив е в зависимост от характеристиките и обема на реално и действително оказаната правна помощ и във връзка със спецификите, сложността, продължителността и предмета на конкретното производство. Съгласно чл.8, ал.2, т.1 от Наредба № 1/09.07.2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения минималното възнаграждение за административни дела по ЗУТ е 1250 лева.

Уговореният и заплатен размер на хонорара за осъществената правна защита и съдействие пет пъти надвишава минималния. Затова и настоящата инстанция приема, че присъждане на възнаграждение в претендирания пълен размер от 5000.00 лева, респ. 6000.00 лева с ДДС не е съответно на принципа на справедливостта и следва да бъде редуцирано до двоен размер на предвиденото минимално възнаграждение, което в случая е 2400.00 лева с ДДС.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, 76 -ти състав

РЕШИ:

ПРОГЛАСЯВА НИЩОЖНОСТТА на Заповед №РА – 30-956

/30.11.2022г. на Главния архитект на Столична община за премахване на незаконен строеж „Смукателна вентилационна инсталация обслужваща заведение за обществено хранене – ресторант на кота – 1,70 „, находящ се в сграда в [населено място] , [улица].

ОСЪЖДА Столична община да заплати на „СИНКЕВИЦА“ ЕООД с ЕИК[ЕИК], представлявано от управителя Г. С. С. направените съдебни разноси по делото в размер на 1850 лева от които 50 лева за държавна такса , 300 лева възнаграждение за вещо лице и 1500 лева платено адвокатско възнаграждение.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на „Индастриъл Кейтъринг“ ЕООД с ЕИК[ЕИК] , представлявано от управителя П. З. Д. направените съдебни разноси по делото в размер на 2750 лева от които 50 лева за държавна такса , 300 лева възнаграждение за вещо лице и 2400 лева уважената част от платено адвокатско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред ВАС на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: