П Р О Т О К О Л

гр. Монтана, 24 МАРТ 2011 г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – гр. Монтана – **ПЕТИ СЪДЕБЕН СЪСТАВ**, в открито съдебно заседание на двадесет и четвърти март две хиляди и единадесета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ОГНЯН ЕВГЕНИЕВ

при секретар А. Л.

Изслуша докладваното от съдията **ОГНЯН ЕВГЕНИЕВ**

по адм. дело № 137/2011 г. по описа на Административен съд - Монтана

На повторното поименно повикване в 10,20 часа в съдебната зала се явиха:

ОСПОРВАЩ:

ОБЛАСТЕН УПРАВИТЕЛ НА ОБЛАСТ МОНТАНА, редовно призован, не се явява и не се представлява.

ОТВЕТНИК:

ОБЩИНСКИ СЪВЕТ – БЕРКОВИЦА, редовно призовани, явява се адв. Т*** с пълномощно от днес.

Явява се прокурор Анна Иванова и заявява, че желае да встъпи като страна в производството, предвид което

На основание чл. 16 от АПК,

СЪДЪТ

О П Р Е Д Е Л И :

КОНСТИТУИРА КАТО СТРАНА В ПРОИЗВОДСТВОТО Окръжна прокуратура гр. Монтана, представлявана от прокурор Анна Иванова, командирована със Заповед № 605/20.09.2010 г. на административния ръководител на Апелативна прокуратура гр. София.

По даване ход на делото:

АДВ. ТОСКОВА: Да се даде ход на делото.

ПРОКУРОР: Моля да не давате ход на делото и прекратите производството по делото. Считам жалбата за недопустима съгласно чл. 83 от Закона за концесиите. Въпросното решение – предмет на настоящото дело, следва да се атакува пред Комисията за защита на конкуренцията.

СЪДЪТ като съобрази становището на страните и като направи преценка на приложимата материално-правна разпоредба, намира за установено следното:

Производството по настоящото дело е образувано във връзка с оспорване, инициирано със Заповед № РД-13-15 от 02.03.2011 г. на Областния управител на област Монтана, с което се оспорва Решение № 985 от Протокол № 52 от 18.02.2011 г. на Общински съвет Берковица, с което на основание чл. 39, ал. 1 и ал. 2 от Закона за концесиите, чл. 18, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за концесиите и чл. 21, ал. 1, т. 8 от ЗМСМА е открита процедура по предоставяне на концесия за обект Я*** „М*** ", находящ се в м. „М*** " в землището на гр. Берковица, област Монтана, актуван с Акт за публична общинска собственост № 211 от 08.09.2009 г.

НАСТОЯЩАТА СЪДЕБНА ИНСТАНЦИЯ счита, че с оспореното Решение № 985, взето с Протокол № 52 от 18.02.2011 г. на Общински съвет Берковица на основание Закона за концесиите е открита процедура за предоставяне на концесия, която е подробно описана. В случая, по разбиране на съда, оспорването се явява процесуално недопустимо предвид това, че разпоредбата на чл. 83, ал. 1 от Закона за концесиите предвижда, че на обжалване по реда на Глава XI от Закона за концесиите подлежи всяко решение на органите така, както са описани по Закона за концесиите, както и решенията на комисията за провеждане на процедурата по чл. 48, ал. 1, т. 2 и т. 3 от Закона за концесиите като решенията се обжалват пред Комисията за защита на конкуренцията относно тяхната законосъобразност, включително относно наличието на дискриминационни изисквания, относно критериите за подбор или други дискриминационни технически, икономически или финансови условия в обявлението, документацията за участие или във всеки друг документ свързан с процедурата за предоставяне на концесията.

Предвид обстоятелството, че с оспореното решение е открита процедура за предоставяне на концесия и при съобразяване разпоредбите на чл. 83, ал. 1 от Закона за концесиите, следва да се приеме, че Административен съд гр. Монтана не е компетентен да се произнесе по оспорването, инициирано със Заповед РД-13-15 от 02.03.2011 г. на Областния управител на област Монтана.

Пълнотата изисква да се отбележи, че разпоредбата на чл. 45, ал. 4 от ЗМСМА изрично е предвидила, че областния управител упражнява контрол за законосъобразност на актовете на Общинския съвет, освен ако в закон е предвидено друго, т.е. този ред се прилага само при оспорване на актове на Общинския съвет, за които не е предвиден друг ред в специален закон, а в случая при съобразяване на разпоредбата на чл. 83, ал. 1 от Закона за концесиите, специален текст, както по отношение на чл. 45 от ЗМСМА, така и по отношение на общата разпоредба на чл. 32 от Закона за администрацията, следва да се приеме, че компетентен орган да се произнесе по оспорването е Комисията за защита на конкуренцията (в тази насока константна практика на ВАС – напр. Определение № 1032 от 26.01.2009 г. по адм. дело № 15688 от 2008 г. на ВАС, IV-то отделение).

Предвид гореизложеното и на основание чл. 130, ал. 4 от АПК,

ПЕТИ СЪСТАВ НА АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД ГР. МОНТАНА

О П Р Е Д Е Л И :

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ ОСПОРВАНЕТО, инициирано със Заповед № РД-13-15 от 02.03.2011 г. на Областния управител на област Монтана, с което е оспорено Решение № 985 от Протокол № 52 от 18.02.2011 г. на Общински съвет Берковица, с което на основание чл. 39, ал. 1 и ал. 2 от Закона за концесиите, чл. 18, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за концесиите и чл. 21, ал. 1, т. 8 от ЗМСМА е открита процедура по предоставяне на концесия за обект язовир „М*** ", находящ се в м. „М*** " в землището на гр. Берковица, актуван с Акт за публична общинска собственост № 211 от 08.09.2009 г.

ПРЕКРАТЯВА ПРОИЗВОДСТВОТО по адм. дело № 137/2011 г. по описа на Административен съд гр. Монтана.

ИЗПРАЩА на Комисията за защита на конкуренцията по компетентност за произнасяне по чл. 83, ал. 1 от Закона за концесиите Заповед № РД-13-15 от 02.03.2011 г. на Областния управител на област Монтана, с която е оспорено Решение № 985 от Протокол № 52 от 18.02.2011 г. на Общински съвет Берковица, с което на основание чл. 39, ал. 1 и ал. 2 от Закона за концесиите, чл. 18, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за концесиите и чл. 21, ал. 1, т. 8 от ЗМСМА е открита процедура по предоставяне на концесия за обект язовир „М*** ", находящ се в м. „М*** " в землището на гр. Берковица, актуван с Акт за публична общинска собственост № 211 от 08.09.2009 г.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО подлежи на обжалване с частна жалба пред Върховен административен съд в седемдневен срок от съобщаването му на оспорващия и на компетентния административен орган – Комисията за защита на конкуренцията и в седемдневен срок от днешно съдебно заседание – за ответника по жалбата и за прокурора.

Протоколът е изготвен в съдебно заседание, което приключи в 10,25 часа.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

СЕКРЕТАР:

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 6294
София, 09.05.2011

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в закрито заседание в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:НИНА ДОКТОРОВА
ЧЛЕНОВЕ:ГАЛИНА КАРАГЬОЗОВА
ДОБРИНКА АНДРЕЕВА

при секретар и с участието
на прокурора изслуша докладваното
от съдията ГАЛИНА КАРАГЬОЗОВА
по адм. дело № 5483/2011.

Производството е по чл. 229, ал. 1, т. 2, във вр. с чл. 130, ал. 4 от АПК.
Образувано е по частна жалба, подадена от областния управител на област с административен център гр. Монтана против протоколно определение от 24.03.2011 г., постановено по адм. дело № 137/2011 г. по описа на Административен съд - Монтана, с което е оставено без разглеждане оспорването, инициирано със заповед № РД-13-15 от 02.03.2011 г. на областния управител, против решение № 985 по протокол № 52 от 18.02.2011 г. на Общинския съвет - Берковица, с което на основание чл. 39, ал. 1 и 2 от Закона за концесиите (ЗК) е открита процедура по предоставяне на концесия за обект язовир "Мишковец", находящ се в м. "Мишковец" в землището на гр. Берковица - Акт за публична общинска собственост № 211 от 08.09.2011 г., прекратено е производството по делото и същото като преписка е изпратено по подведомственост на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по компетенстност за произнасяне по чл. 83 от ЗК по оспорването.
В частната жалба са развити доводи за неправилност на определението, поради необоснованост на изводите на съда, съответно неправилно приложение на материалния закон. Твърди се, че в случая оспореното решение на Общинския съвет Берковица, не е такова по чл. 40, ал. 1 от ЗК, а е решение по чл. 39, ал. 1 от ЗК, т. е. такова, с което не се открива концесията, който е първият акт, подлежащ на оспорване, след приключване на подготвителните действия за процедурата, а е решение, с което се дава принципно съгласие за откриване на такава. Решението по чл. 39, ал. 1 от ЗК не се обнародва, а на обнародване подлежи само решението по чл. 40, ал. 1 от ЗК, което изрично е предвидено, че може да се обжалва по реда на глава единадесета от закона. Различният характер на актовете определя и различния ред за оспорване - всички актове след решението по чл. 40, ал. 1 от ЗК подлежат на оспорване пред КЗК по реда на специалния закон - чл. 83 и сл. от ЗК, като правен интерес да ги оспорват имат само заинтересованите лица, по смисъла на § 1, т. 5а от ДР на ЗК, докато в случая става дума за решение от категорията на тези, посочени в чл. 104 от ЗК, по отношение които областният управител има правомощие да упражнява контрол. Същото правомощие следва да бъде упражнено по общия ред - чл. 45 от ЗМСМА, съответно компетентен да се произнесе е съответният административен съд. По тези съображения се иска отмяна на определението и делото да бъде върнато за продължаване на съдопроизводствените действия.
Ответникът - Общинският съвет Берковица, чрез пълномощника си адв. Тоскова, в писмен отговор изразява становище за неоснователност на подадената частна жалба и моли да бъде отхвърлена.
Върховният административен съд, четвърто отделение, след като прецени данните по делото и доводите на страните, приема за установено следното:

Частната жалба е подадена от надлежна страна и в срока по чл. 230 от АПК, поради което е процесуално допустима. Разгледана по същество е неоснователна.
За да постанови оспореното определение, съдът е приел, че в случая е приложим реда за оспорване по чл. 83 от ЗК, тъй като става дума за решение на орган по този закон, съответно за решение, с което е открита процеудура по предоставяне на концесия, по законосъобразността на който акт е компетентна да се произнесе КЗК. Съгласно чл. 45, ал. 4 от ЗМСМА, областният управител упражнява конкторл върху актовете на общинските съвети, но само ако в специален закон не е предвидено друго.
Така постановеното определение е правилно и следва да бъде оставено в сила.
Производството пред Административен съд - Монтана е образувано по оспорване от областния управител на цитираното решение на Общинския съвет гр. Берковица, с което на основание чл. 39, ал. 1 от ЗК е решено да бъде открита процедура по предоставяне на концесия на описания обект, за който органът по чл. 19, ал. 2 е извършил подготвителните действия по смисъла на чл. 19 и сл. от ЗК, съответно е внесъл предложението по смисъла на чл. 38 от ЗК. В решението са посочени предметът и обектът на концесията, стопанските дейности, които могат да се осъществяват, срокът на концесията, началната й дата, условията за осъществяването й, основните права и задължения на концесионера и концедента, видът и размерът на гаранциите, условията и формата на концесионно плащане, всички други изисквания, определен е начинът за предоставяне на концесията - чрез открита процедура, утвърдени са критериите за комплексната оценка и относителната им тежест, посочен е редът за получаване на документацията, както и е възложено на кмета на общината да организира и проведе процедурата, т. е. решението съдържа реквизитите, визирани в чл. 39, ал. 2 от ЗК.
Съгласно чл. 83 от ЗК, в приложимата рекация от ДВ, бр. 52/2010 г., на обжалване по реда на глава на единадесета от ЗК подлежи всяко решение на органите по този закон, както и решенията на комисията за провеждане на процедурата по чл. 48, ал. 1, т. 2 и 3, като решенията се обжалват пред КЗК относно тяхната законосъобразност, включително относно наличието на дискриминационни изисквания относно критериите за подбор или други дискриминационни технически, икономически или финансови условия в обявлението, в документацията за участие или във всеки друг документ, свързан с процедурата за предоставяне на концесията.
В случая безспорно става дума за оспорване на решение на орган по ЗК, като е приложим специалния ред на оспорване по ЗК, включително и по отношение компетентността по оспорването да се произнесе специализирания орган - КЗК, натоварен с това правомощие от специалния закон.
Не може да се възприеме възражението в частната жалба, че с оспореното решение не се слага началото на процедурата, която започвала с решението по чл. 40 от ЗК, което бележи "същинското" начало на процедурата. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗК, предоставянето на концесия включва: извършване на подготвителни действия, провеждане на процедура за предоставяне на концесия и сключване на концесионен договор, а съгласно ал. 2 на същия текст процедурата за предоставяне на концесия включва: приемане на решение за откриване на процедура за предоставяне на концесия, провеждане на открита процедура и определяне на концесионер. Следователно оспореното решение има характер на такова по чл. 9, ал. 2 от ЗК, със същото се поставя началото на процедурата за предоставяне на концесия, съответно същото подлежи на оспорване по реда на чл. 83 от ЗК.
Предвидения специален ред по чл. 83 от ЗК, дерогира общия ред за оспорване, в това число и реда по чл. 45 от ЗМСМА, по който се упражнява правомощието на областния управител за оспорване на решенията на общинските съвети. Изрично в чл. 45, ал. 4 от ЗМСМА е посочено, че областният управител упражнява контрол за законосъобразност на актовете на общинските съвети, освен ако в закон е предвидено друго. В случая в специалния закон е предвидено "друго", като изрично е уреден специален ред и компетентен орган, пред който могат да се оспорват цитираната категория актове.
Що се касае до нормата на чл. 104 от ЗК, същата е относима към правомощието на областния

управител да оспорва актовете па ЗК, доколкото същият няма качеството на заинтересовано лице по смисъла на § 1, т. 5а от ДР на ЗК.
Съдът правилно е преценил данните по делото, правилно е издирил приложимите правни норми и ги е приложил. Спорът е подведомствен на КЗК, като правилно съдебното производство е прекратено и делото е изпратено на компетентния орган за произнасяне, в това число по характера на акта, допустимостта и основателността на жалбата на областния управител, обективирана в цитираната заповед за оспорване.
Определението не страда от сочените пороци и следва да бъде потвърдено.
Ето защо и на основание чл. 236, във вр. с чл. 221, ал. 2, предл. първо от АПК, Върховният административен съд, четвърто отделение

ОПРЕДЕЛИ:

ОСТАВЯ В СИЛА протоколно определение от 24.03.2011 г., постановено по адм. дело № 137/2011 г. по описа на Административен съд - Монтана.
Определението е окончателно.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Нина Докторова
ЧЛЕНОВЕ:/п/ Галина Карагъозова
/п/ Добринка Андреева

Г.К.