**Р  Е  Ш  Е  Н  И  Е**

**№.......................................**

**........................................г., Варна**

**В ИМЕТО НА НАРОДА**

**Варненският  административен съд - Второ отделение,  Деветнадесети състав**в открито съдебно заседание на  дванадесети септември две хиляди и тринадесета година в състав:

                       **АДМИНИСТРАТИВЕН  СЪДИЯ:**МАРИЯНА БАХЧЕВАН

при секретар  **Р.М.**изслуша докладваното от съдията  **административно дело № 849/2013г.**

Производството е по чл. 126 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.215 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/.

Образувано е по жалба на Кмета на община Варна срещу заповед №ДК-02-СИР-01/03.01.2012г. на Началника на РДНСК – Североизточен район, с която е наредено да бъде премахнат незаконен строеж „Игрище”, находящ се в имот пл.№9 в кв.659 по плана на 6м.р. на гр.Варна с адрес: ул.”\*\*\*” №\*\*, извършен от Община Варна.

В жалбата се сочи, че оспореният индивидуален административен акт  е немотивиран, като с него неправилно е обсъдена фактическата обстановка. Административният орган неправилно е възприел коя година е изграден процесният строеж като за установяване на това обстоятелство, имащо съществено значение за преценката относно търпимостта на строежа, не е проявил достатъчна процесуална активност да събере нужните доказателства за да установи фактическата обстановка по спора. Така изложените оплаквания се квалифицират от съда като основание за оспорване на акта по смисъла на чл. 146 т. 3 АПК вр. чл. 219 ал. 1 ЗУТ.

С решение №2476/16.10.2012г. по административно дело №255/2012г., ХV състав, заповед №ДК-02-СИР-01/03.01.2012г. на Началника на РДНСК – Североизточен район е била отменена. Това решение е било отменено от Върховния административен съд с решение №2561/21-03.2013г. по административно дело №14975/2012г. и делото е било върнато за ново разглеждане. Даде ни са указания за дъбиране на доказателства за времето на изграждане на процесния строеж и за собствеността му.

В писмо вх.№7867/10.04.2013г. жалбоподателя чрез юрисконсулт К. е изразил становище за търпимост на игрището, тъй като същото е било изградено преди 1987г., поради което и не подлежи на премахване. В друго тяхно писмо вх.№9177/26.04.2013г. са заявили, че собственик на обекта и земята, върху която е изграден е „Дружба стил” АД гр.Варна. Смятат, че неправилно Община Варна е била посочена като адресат на заповедта за премахване.

Ответната страна - Началника на РДНСК – Североизточен район чрез процесуалния си представител оспорва жалбата като неоснователна и иска да бъде отхвърлена.

Заинтересованите страни „Дружба Стил” АД и „Дружба актив” ЕАД в отговори по жалбата, съответно  с вх.№15606/30.07.2013г. и вх.№16875/26.08.2013г.искат отмяна на оспорената заповед, тъй като съгласно §127 ал.1 от ПЗР на ЗИД на ЗУТ /ДВ бр.82 от 2012г., в сила от 26.11.2012г./ процесния строеж е търпим, защото е изграден преди 31.03.2001г. бил е допустим по разпоредбите, които са действали по времето, когато е бил изградени е допустим и по сега десйтващите разпоредби на ЗУТ, поради което не подлежи на премахване.  „Дружба актив” ЕАД не е извършител на строежа-игрище.

Двете заинтересовани дружества в писмените си защити с вх.№18312/20.09.2012г. и вх.№18313/20.09.2013г. посочват, че Община Варна макар, че е посочена като извършител и съответно адресат на заповедта за премахване не е нито извършител, нито собственик на строежа. „Дружба Стил” АД също не е извършител на въпросното игрище. Самият строеж е търпим и по смисъла на §127 ал.1 от ПЗР на ЗИД на ЗУТ /ДВ бр.82 от 2012г., в сила от 26.11.2012г./ не подлежи на премахване, защото е бил изграден през 1997/1998г. от Сдружение „Гаврош” с дарителски средства. Игрището е било допустимо, както по разпоредбите, действали по време на изграждането му, така и по сега действащите разпоредби на ЗУТ. Искат отмяна на оспорения административен акт.

Община Варна е била уведомена за заповедта по чл.225 ал.1 от ЗУТ на 04.01.2012г. Жалбата срещу нея е била изпратена чрез куриерска фирма на 17.01.2012г., което е в рамките на срока по чл.215 ал.4 от ЗУТ. Следователно, оспорването е процесуално допустимо, като е направено в законоустановения срок от лице с активна процесуална легитимация по смисъла на чл.147 ал.1 от АПК срещу акт подлежащ на оспорване пред надлежен съд.

От изложените в жалбата твърдения, представените и събрани  доказателства и изявленията на страните съдът намира за установено следното от фактическа страна:

Оспорената заповед № ДК-02-СИР-01/03.01.2012 г. е издадена от Началника на РДНСК-Североизточен район в качеството му на материално компетентен орган, съгласно делегираните му от началника на ДНСК с т. 3 от заповед № РД-13-297/14.12.2011 г. правомощия по чл. 222 ал. 1 т. 10 ЗУТ. При упражняването им в конкретния случай,  Началникът на РДНСК-Североизточен район е заместен, на основание чл. 84 ал. 1 и ал.2 Закона за държавния служител, от началника на отдел „Координация и контрол” при РДНСК-Североизточен район, съгласно заповед за заместване № РД-13-300/14.12.2011 г. В съответствие с чл. 225 ал. 3 ЗУТ заповедта за премахване е издадена въз основа на съставен от длъжностни лица в сектор Варна към РДНСК- Североизточен район КА № 153/06.12.2011 г., с който е установен извършения без строителни книжа строеж „игрище” в ПИ пл. № 9 в кв. 659 по плана на 6-ти м. р. на гр. Варна с адм. адрес ул. „Войнишка” № 3а. Посочено е, че ПИ пл. № 9 в кв. 659 по плана на 6-ти м. р. е собственост на Община Варна въз основа на акт за частна общинска собственост № 68/22.11.1996 г., а самият строеж е реализиран също от община Варна преди около 10 години по устни данни на лицето Н.В.Ц., по чиято жалба с вх. № 1307/20.07.2011г. до началника на РДНСК е инициирана проверката. Съгласно изискването на чл. 225 ал. 3 ЗУТ, КА № 153/06.12.2011 г. е съобщен с писмо изх. № РП-981-02-945/09.12.2011 г. на кмета на община Варна в качеството му на представляващ общината, на основание чл. 44 ал.1 т. 15 ЗМСМА. В съответствие с чл. 225 ал. 3 ЗУТ с писмото изрично му е указано, че възражения срещу акта могат да се подадат в сектор Варна на РДНСК- Североизточен район в седемдневен срок от получаването му. Уведомлението е получено редовно от кмета на община Варна на датата 12.12.2011 г., за което по делото е приложено оформеното известие за доставяне. По преписката не е приложено коментираното от административния орган в мотивите на заповедта по чл. 225 ал. 1 ЗУТ възражение срещу констативния акт, предявено от директора на Дирекция „Общинска собственост” при община Варна, според което процесният строеж се намира в процедура по издаване на удостоверение за търпимост при условията на пар. 16 ал. 1 ПР ЗУТ. Възприемайки изцяло констатациите по КА № 153/06.12.2011 г., началникът на РДНСК-Североизточен район е издал оспорения с жалбата ИАА по чл. 225 ал. 1 ЗУТ. В решаващите си мотиви, освен че се позовава на факта на изграждане на игрището без строителни книжа, административният орган изцяло отрича възможността за прилагане на твърдяната във възражението по чл. 225 ал. 3 ЗУТ хипотеза на пар. 16 ал. 1 ПР ЗУТ, позовавайки се от една страна на устните данни на лицето Н.В.Ц., според които игрището е изградено едва преди около 10 години /ще рече около 2002 г./, а от друга страна - на съставения акт за частна общинска собственост № 68/22.11.1996 г., в описателната част на който игрището не фигурира. Оттук е направил решаващ фактически извод, че е невъзможно то да е изградено преди 1996 г., поради което хипотезата на пар. 16 ал. 1 ПР ЗУТ, относима единствено към изградените до 07.04.1987 г. незаконни строежи, се явява изцяло неприложима. С останалите две хипотези на пар. 16 /ал. 2 и ал. 3/, началникът на РДНСК изобщо не се е занимал вероятно поради безкритичното възприемане на сведенията от третото неучастващо в административното производство лице Н.В.Ц. относно времето на изграждане на игрището. В тази връзка съдът намира за уместно да отбележи, че факта на подаване до компетентните административни органи на жалба срещу незаконния строеж не придава на лицето Н.В.Ц. качеството на заинтересувана страна в производството по чл. 225 ЗУТ, което поначало се образува и протича по служебен почин на контролните органи по строителството като пряк израз на дискреционната им власт. С правен интерес в това производство са само непосредствено засегнатите от финализиращия го ИАА субекти – това са извършителите и възложителите на незаконното строителство, които се явяват и адресати на задължението за премахването му. Ето защо, формирането на каквито и да било фактически изводи единствено въз основа на получени данни от неучастващо в производството лице без те да са подкрепени по преписката с каквито и да било убедителни доказателства представлява нарушение на процесуалните правила, а за това доколко то е съществено е от значение факта дали е повлияло на крайния изход на спора.

Със заповед №Р-286/14.07.1995г. на Кмета на община Варна е било одобрено отреждане на площадка – парцели ІІ и ІІІ за „Дружба-Стил” по плана на 6м.л. на гр.Варна. От представената извадка от действащата кадастрална карта става ясно, че имот с пл.№9 е нанесен с идентификатор 10135.2558.109 в собственост на „Дружба Стил” АД. Отреждането му е за детски дом.

По силата на решение №765/19.04.2012г. по гр.д.№954/2010г. на Варненски окръжен съд /влязло в законна сила на 11.05.2013г./ е отхвърлен иска на Община Варна срещу „Дружба Стил” АД за предаване владението върху недвижим имот с идентификатор 10135.2558.109 с площ 2417кв.м, находящ се в гр.Варна, ул.”\*\*\*” №\*\*, идентичен с УПИ ІІІ-за детска градина, бивш имот пл.№9 в кв.659 по плана на 6м.р. на гр.Варна. същият този имот е вписан в капитала на „Дружба Актив” ЕАД, съгласно представеното удостоверение за актуално състояние. Същото обстоятелство се твърди и от изпълнителния директор на „Дружба Стил” АД, а именно: капиталът на „Дружба Актив” ЕАД е бил формиран изцяло с непарична вноска /апорт/ на „Дружба Стил” АД, чийто предмет е урегулиран поземлен имот №9 в кв.659 по плана на 6м.р. на гр.Варна, върху който е изградено процесното игрище с административен адрес: гр.Варна, ул.”\*\*\*” №\*\*. На основание чл.73 ал.4 от Търговския закон, собственик на апортирания недвижим имот е „Дружба Актив” ЕАД. Апортирането на имота, съгласно изискванията на Закона за собствеността и Правилника за вписванията е било вписано в Имотния регистър към Агенцията по вписванията.

В настоящото производство бяха повторно изслушани и приети заключенията на арх.Ю. К. с вх.№12474/21.06.2012г. и №15841/17.08.2012г., приети при първоначалното разглеждане на спора. Съгласно точка първа от първоначалното заключение на съдебно-техническата експертиза, прието в съда със с. д. № 12474/21.06.2012 г., игрището е ситуирано в североизточната част на ПИ стар пл. № 9 в кв. 659 по плана на 6-ти м.р. на гр. Варна, с нов идентификатор на имота по КККР 10135.2558.109, като е разположено на 0, 90 м. от сградата на намиращия се в имота детски дом и е долепено до регулационната граница към дъното на имота. Размерите му са 24, 00 м. на 10, 25 м. Покрито е с асфалтова настилка и е оградено с телена ограда с височина 2, 70 м., опъната на метални колонки, които по късата му страна са 4 броя, а по дългата – 6 броя. Металните колонки са забетонирани в опасващ цялото игрище бетонов фундамент с ширина 0, 20м. На място са монтирани два броя баскетболни коша и две малки футболни врати. Така индивидуализирано, игрището отговаря на понятието за строеж по смисъла на пар. 5 т. 38 ДР ЗУТ в хипотезата на спортно съоръжение. Отново в точка първа от първоначалното заключение вещото лице е посочило, че строежът е от пета категория по смисъла на чл. 10 ал. 1 б. „а” т. 6 от Наредба № 1/2003 г. на МРРБ за номенклатурата на видовете строежи. За детското заведение, построено в ПИ пл. № 9, където се намира и процесното игрище, е съставен акт за частна общинска собственост № 68/22.11.1996 г.  В частта „вид и описание на актувания имот” игрището не фигурира. Същевременно в същата част като година на строеж на сградата, съставляваща ОДЗ № 2, е посочена 1950 г. От отговора на въпрос четвърти на първоначалното заключение  се установява, че ПИ с идентификатор 10135.2558.109=стар пл. № 9 е записан в КККР на ”Дружба стил” АД на основание нот. акт № 66, т. LXII, рег. № 18596, дело № 14060/27.05.2002 г.  От представените от пълномощника на жалбоподателя в с. з. на 25.04.2012 г. писмени доказателства  може да се отсъди, че въпросът за преустройството на съществуващата в района на ДИП „Дружба” /понастоящем „Дружба стил” АД/ сграда за детски дом за нуждите на работещите в предприятието е поставен на обсъждане от ИК на ГНС-Варна в периода 1961/1962 г., като със свое решение № 19 от заседание на 15.08.1962 г., протоколирано с протокол № 11/1962 г., ИК на ГНС-Варна е одобрил проекта на ръководството на ДИП „Дружба” за преустройство на съществуващата в района на предприятието сграда в детски дом. В отговора си на въпрос втори от първоначалното заключение, вещото лице е посочило, че в архива на район „Приморски”, на територията на който се намира детския дом, както и в архива на община Варна, няма абсолютно никакви строителни книжа за изграждане на игрището в ПИ пл. № 9. По смисъла на пар. 5 т. 36 ДР ЗУТ „строителни книжа” са всички необходими одобрени инвестиционни проекти за извършване или за узаконяване на строежа, разрешението за строеж или актът за узаконяване, както и протоколите за определяне на строителна линия и ниво. Видно отново от точка втора на първоначалното заключение, при проучванията си вещото лице е установило /макар и в устен разговор с изпълнителния директор на „Сдружение Гаврош”, настоящ ползвател на детския дом/, че в периода 1997/98 г. от сдружението е извършен ремонт на детския дом, при който ремонт по негови твърдения е изградено и процесното игрище. При допълнителните изследвания на вещото лице, резултатите от които са обективирани в ново заключение на съдебно-техническата експертиза с. д. № 15841/17.08.2012 г., се установява, че строителни книжа за изграждането на детския дом и на игрището към него няма запазени, както в община Варна и в район „Приморски”, така и в архива на предприятие „Дружба стил” АД, за чиито нужди навремето е изграден дома. Установява се също и пълна липса на строителни книжа за извършения по сведения на изпълнителния директор на „Сдружение Гаврош” през 1997/98 г. ремонт на детския дом, съответно и за игрището към него. Същевременно, видно от отговора на въпрос трети на първоначалното заключение, площадка за детска градина в кв. 659 по плана на VІ-ти м. р. на гр. Варна е била отредена едва със заповед № Р-37/06.02.1997 г. на кмета на община Варна. От нейната графична част става ясно, че тя е относима именно към детския дом в процесния ПИ пл. № 9 в кв. 659. При първоначалното изслушване,  вещото лице е посочило, че няма друг подробен устройствен план за процесния ПИ пл. № 9, предшестващ одобрения с приложената към заключението му заповед № Р-37/06.02.1997 г. Преди този момент е налице само общ градоустройствен план, одобрен с решение № ТСУ-7/31.12.1982г. на Комитета за териториално и селищно устройство при МС, според който, видно отново от точка трета на първоначалното заключение, ПИ пл. № 9 попада в територия „жилищни терени над три етажа” с конкретно отреждане за ПИ пл. № 9 със сигнатура „обслужващи терени”. Това са терени, в които могат да се разполагат сгради с обслужващо предназначение като училища, детски градини, обекти на здравеопазването и други подобни. Видно отново от точка трета на първоначалното заключение, със заповед № РД-02-14-395/13.11.1987 г. на председателя на Комитета за териториално и селищно устройство при МС са утвърдени Норми за проектиране на детски и учебновъзпитателни заведения, според чл. 10 ал. 1 т. 2 на които към всички детски и учебновъзпитателни заведения задължително се предвижда изграждане на физкултурна площадка, чиято площ следва да е от порядъка на 150 кв.м. до 300 кв. м. За сравнение – вещото лице е посочило, че площта на процесното игрище в ПИ пл. № 9 е в размер на 246 кв.м., следователно отговаря на нормативноустановените изисквания.

В съдебното заседание на 12.09.2013г. арх.Ю.К. отново подчертава, че строежът е бил допустим, както към 1987г., когато е действал ОУП на гр.Варна, така и в периода 1997-1998г. Той е допустим и по смисъла на §127 от ПЗР на ЗИД на ЗУТ, като изграден до 2001г. Парцелът е бил отреден за детски дом, в който е можело да има игрище, съгласно нормите за проектиране на детски и учебно-възпитателни заведения от 1997г., утвърдени със заповед №РД-02-14-395/13.11.1987г. на Председателя на Комитета за ТСУ. В чл.8 ал.2 от тези норми се казва, че към терена за детско или учебно-възпитателно заведение се предвижда физкултурна площадка, опитно поле, стопанска зона и др. Следователно, било е допустимо към детския дом да се изгражда игрище. Съгласно сегадействащия ОУП на гр.Варна зоната е жилищна и в нея могат да се изграждат училища, детски заведения и спортни площадки. Този урегулиран поземлен имот, където се намира игрището е отреден за детска градина. Наредбата за видовете устройствени зони предвижда като задължително условие да има игрище към детските заведения.

Нямало е изискване в ЗТСУ, действал по време на изграждане на игрището, няма изискване и в сегадействащия ЗУТ на какво разстояние да отстои детска градина от жилищни блокове. Към момента на изграждане на детското заведение през 1962г., районът е бил за комплексно жилищно застрояване. При новото отреждане със заповед от 1997г. за детска градина е действала Наредба №5/1995г. Според чл.17 от същата разстоянието между детска градина до жилищна сграда трябва да бъде 10м при сгради с височина до 15м. Това разстояние трябва да бъде 14м при сгради с височина до 21м и повече. В нашия случай, разстоянието трябва да бъде най-малко 10м, тъй като жилищната сграда е на 3 етажа, т.е. до 15м. В действителност, разстоянието между детската градина в имота до най-близкия жилищен блок е 30м. Разстоянието между самото игрище /детска площадка на детското заведение/ до жилищния блок в източна посока е почти 19м, а до жилищния блок в северна посока – 20м. Няма норматив за отстояние на игрище към детска градина до жилищен блок. В чл.9 ал.1 т.2 от посочената по-горе наредба е казано, че сградата на детското учебно заведение трябва да отстои най-малко на 15м от уличната линия или съседен парцел и за самата детска градина на не по-малко от 8м до други нейни помещения като физкултурен салон,  столова и др. В случая тези отстояния са спазени, дори са много по-големи от нормативно допустимите.

Съдът споделя доказателствените изводи на арх.К., защото те съотвотстват на целия доказателствен материал.

В настоящото производство беше разпитана като свидетелка П. Й. С., която работи като изпълнителен директор на Сдружение „Гаврош” от 1995г., т.е. от самото му ечредяване. Въпросното игрище е детска площадка към сградата на детския дом, който е приют и дневен център за деца в неравностойно положение „Гаврош”. Предмет на дейността на сдружението  е подкрепа и закрила на деца в риск, които са изоставени или са преживяли насилие, също така и бездомни деца. Според свидетелката, изграждането на игрището е започнало през есента на 1997г. и е завършило през лятото на 1998г. То е било построено от Сдружение „Гаврош”, за да има къде  децата от  приюта да играят безопасно. Към момента на започване на строителството терена е бил в собственост на Община Варна, от където е било дадено устно съгласие за изграждането на игрището, представляващо детска площадка към дома за деца в неравностойно положение.

Също така, беше разпитана и свидетелката М. И. В., която е главен счетоводител в „Дружба Стил” АД от ноември 1983г. Имотът на ул.”\*\*\*” №\*\* се ползва от Сдружение „Гаврош” и от 1997г. /след касовата приватизация на „Дружба Стил” през 1996г./ в него има игрище за децата, настанени в приюта. Строителството не е извършено от „Дружба Стил”, тъй като в счетоводните регистри не са отразявани разходи по повод строителството на игрището. „Дружба стил”  е едноличен собственик на капитала на „Дружба Актив”, което е създадено през 2010г., много след построяване на игрището.  Към настоящия момент собственик на имота е „Дружба Актив”.

От събраните по делото писмени и гласни доказателства се установява, че имот с пл.№9 е нанесен в действащата кадастрална карта и кадастрални регистри с идентификатор 10135.2558.109 в собственост на „Дружба Стил” АД. Отреждането му е за детски дом. Игрището – предмет на заповедта за премахване е детска площадка към Дом „Гаврош”, стопанисван от Сдружение „Гаврош”, в който се приютяват бездомни деца и деца в неравностойно положение. Процесното игрище е било построено в периода 1997-1998г. от Сдружение „Гаврош”. Понастоящем целия недвижим имот ведно с игрището в него е внесен в капитала на „Дружба Актив” ЕАД като апортна вноска от страна на „Дружба Стил” АД, което е негов едноличен собственик на капитала. Строежът е бил допустим по разпоредбите, които са действали по времето, когато е бил извършен, т.е. през 1997-1998г. Допустим е и по действащите разпоредби  на ЗУТ.

Варненският административен съд, ІІ-ро отделение, ХІХ състав въз основа на приетите за установени факти и след служебна проверка на оспорения акт по реда на чл.168 ал.1 от АПК на всички основания по чл.146 от АПК прави следните правни изводи:

Обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган, по аргумент на чл.225 ал.1 от ЗУТ. Спазена е установената от закона форма и цел.

Разгледана по същество жалбата е  ОСНОВАТЕЛНА.

Административният орган не е спазил изискването по чл.35 от АПК, като не са били изяснени всички факти и обстоятелства от значение за спора. Не са поискани обяснения и сведения от пряко заинтересованите лица, а констатациите на Началника на РДНСК-СИР почиват на голословни твърдения на лице, което не е сред кръга на заинтересованите лица по чл.149 от ЗУТ. Това представлява съществено нарушение на административнопроизводствените правила, защото ако не беше допуснато административният орган би направил друго воляизявление. То от своя страна е довело до неправилно приложение на материалния закон. И двете представляват основания за отмена на обжалваната заповед като незаконосъобразна.

Игрището, находящо се в имот пл.№9 в кв.659 по плана на 6м.р. на гр.Варна с адрес: ул.”\*\*\*” №\*\* е търпим строеж  и не подлежи на премахване или забрана за ползване по силата на §127 ал.1 от ПЗР на ЗИД на ЗУТ /ДВ бр. 82 от 2012 г., в сила от  26.11.2012 г./.

Заповед №ДК-02-СИР-01/03.01.2012г. на Началника на РДНСК – Североизточен район, с която е наредено да бъде премахнат като незаконен строеж „Игрище”, находящ се в имот пл.№9 в кв.659 по плана на 6м.р. на гр.Варна с адрес: ул.”\*\*\*” №\*\*, е незаконосъобразна и като такава трябва да бъде отменена.

С оглед изхода на делото, не беше поискано присъждане на съдебни разноски от страна  от правоимащите лица.

Административният орган е определил строежа като пета категория, което е потвърдено и от вещото лице, поради което настоящото решение подлежи на касационен контрол въз основа на чл.215 ал.7 от ЗУТ.

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

**Р  Е  Ш  И :**

**ОТМЕНЯ**заповед №ДК-02-СИР-01/03.01.2012г. на Началника на РДНСК – Североизточен район.

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

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:**