

РЕШЕНИЕ

№ 149/06.04.2022г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД- МОНТАНА ,III състав , в ОТКРИТО съдебно заседание на четвърти април, през две хиляди двадесет и втора година в състав:

Председател : БИСЕРКА БОЙЧЕВА

при секретаря Димитрана Димитрова и с участието на прокурор Галя Александрова ,като разгледа докладваното от съдия БОЙЧЕВА ,административно дело№525/2021г. по описа на съда и за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на 149,ал.5 от АПК във вр. 145 и сл.от АПК , във вр. чл.45, ал.5 от Закон за местното самоуправление и местната администрация /ЗМСМА/.

Делото е образувано първоначално по жалба от Община Берковица ,представявана от Кмета на общината Д*** З*** К*** срещу Решение № 845 по Протокол №39/ 29.10.2021г. на Общински съвет –Берковица, с което на основание чл.21,ал.1,т.23 във вр. с т.8 от ЗМСМА ,е взето решение да се създаде временна комисия за ревизия на проекта „Реконструкция на част от площад „Й*** Р*** “ , като е възложено на Кмета на общината със заповед да определи двама представители на общинска администрация –Берковица ,избран е Председател на временната комисия , възложено е на комисията на 15.11.2021г. да започне работа и до 15.12.2021г. да извърши техническа и финансова проверка на проекта и да изготви подробен доклад за сесията през месец декември ,комисията да покани външни експерти за извършване на проверка и определи тяхното възнаграждение ,възложено е на Кмета в срок до 1 месец от приключване работата на комисията да заплати на експертите за извършената работа за сметка на бюджета на общинска администрация.

С определение №555/29.12.2021г.по описа на съда, настоящият състав е оставил жалбата без разглеждане и е прекратил производството по делото ,като е приел ,че оспореното решение на ОС-Берковица не подлежи на съдебен контрол ,като акт по чл.21,ал.1,т.1 ЗМСМА ,който е с вътрешно служебен характер и доколкото с него не се засягат права ,свободи и законни интереси на жалбоподателя.Определението е обжалвано пред ВАС с частна жалба,като с определение по адм.д.№1095/2022г.ВАС е отменил определението на АС-Монтана и е върнал делото на същия състав за продължаване на съдопроизводствените действия.Указал е също на съда да даде указания досежно процесуалната легитимация на жалбоподателя да подаде жалба срещу решение на ОС-Берковица.

С Разпореждане от 21.02.2022г. съдът е дал указания за отстраняване нередовностите по жалбата в съответствие с указанията на ВАС ,като с Писмо – допълнение към жалбата от Кмета на Община Берковица са отстранени нередовностите по жалбата ,като е уточнено ,че жалбата следва да се счита за подадена от Кмета на Община Берковица.

В жалбата си кмета на община Берковица моли съда да отмени оспореното решение на ОС-Берковица ,като незаконосъобразно ,респ.да го прогласи за нищожно,поради неспазване изискването за форма-липса на фактически и правни основания за издаването му и материална незаконосъобразност-основания за отмяна по чл.146,т.2 и т.4 АПК.

В съдебно заседание, не се явява ,не изпраща процесуален представител,но по делото е постъпило писмено становище ,вх.№685/29.03.2022г. от адв.В*** ,като процесуален представител на жалбоподателя с подробни съображения за отмяна ,респ. обявяване нищожност на оспореното решение.Претендира разноски за адвокат.

Ответникът- Общински съвет -Берковица ,чрез председателя не се явява в съдебно заседание ,но от общинския съветник М*** Ж*** е постъпило писмено становище ,вх.№707/31.03.2022г.с доводи за потвърждаване на оспореното решение.

Окръжна прокуратура ,гр.Монтана, чрез прокурор Галя Александрова дава становище в съдебно заседание ,подкрепено и в писмено заключение ,че оспореното решение следва да се обяви за нищожно.

Съдът приема, че се оспорва индивидуален административен акт по по смисъла на чл.21,ал.1 от АПК ,с който се засягат права и задължения на кмета на общината,при което за него е налице правен интерес от обжалване ,по указания на ВАС в отменителното определение ,при което жалбата му е допустима за разглеждане по реда на чл.145 и сл. АПК. **Разгледана по същество е и основателна.**

Настоящият състав на Административен съд Монтана, като взе в предвид оплакванията в жалбата, доводите на страните, събраните по делото писмени доказателства и приложимата нормативна уредба ,намира за установено следното:

Предмет на спора е обявяване на нищожността ,респ. незаконосъобразността на Решение № 845 по Протокол №39/ 29.10.2021г. на Общински съвет –Берковица, с което на основание чл.21,ал.1,т.23 във вр. с т.8 от ЗМСМА ,е взето решение да се създаде временна комисия за ревизия на проекта „Реконструкция на част от площад „Й*** Р*** “ , като е възложено на Кмета на общината със заповед да определи двама представители на общинска администрация –Берковица ,избран е Председател на временната комисия , възложено е на комисията на 15.11.2021г. да започне работа и до 15.12.2021г. да извърши техническа и финансова проверка на проекта и да изготви подробен

доклад за сесията през месец декември ,комисията да покани външни експерти за извършване на проверка и определи тяхното възнаграждение ,възложено е на Кмета в срок до 1 месец от приключване работата на комисията да заплати на експертите за извършената работа за сметка на бюджета на общинска администрация. За да е нищожен един административен акт същият следва да е постановен при липса на материална или териториална компетентност,липса на форма на акта ,при допуснати особено съществени нарушения на процесуалния и материалния закон.

Установено от административната преписка ,че оспореното решение е прието по докладна записка от М*** Ж*** –общински съветник в ОС-Берковица. На свое заседание по Протокол №39/29.10.2021г. ОС-Берковица ,с оспореното в настоящето производство Решение №845 ,на основание чл.21,ал.1,т.23 във вр. с т.8 от ЗМСМА ,е взел решение да се създаде временна комисия за ревизия на проекта „Реконструкция на част от площад „Й*** Р*** “ , като е възложено на Кмета на общината със заповед да определи двама представители на общинска администрация –Берковица ,избран е Председател на временната комисия , възложено е на комисията на 15.11.2021г. да започне работа и до 15.12.2021г. да извърши техническа и финансова проверка на проекта и да изготви подробен доклад за сесията през месец декември ,комисията да покани външни експерти за извършване на проверка и определи тяхното възнаграждение ,възложено е на Кмета в срок до 1 месец от приключване работата на комисията да заплати на експертите за свършената работа за сметка на бюджета на общинска администрация.

Решение № 845 по Протокол № 39 от 29.10.2021 г. на Общински съвет – Берковица е изпратено със Съпроводително писмо с изх.№ РД-92-00-1403 от 04.11.2021 г., и получено от Община Берковица , с вх.№РК 0800-119 от 04.11.2021 г./л.4/.

С Докладна записка , изх.№ РК 0800-122/1/ от 11.11.2021 г.от Г*** Ц*** - зам-кмет на община Берковица, получена с вх.№ РД-92-00-1416/1 / от 11.11.2021 г. в Общински съвет -гр.Берковица, в законния 7-дневен срок от получаването му по чл.45, ал.6 от ЗМСМА, е върнато за ново обсъждане Решение № 845 от Протокол 39 от 29.10.2021г. на Общински съвет - Берковица, поради незаконосъобразност и нецелесъобразност на акта с подробно изложени мотиви, с молба - на основание чл. 45, ал.9 от ЗМСМА, Общински съвет - Берковица да постановите Решение, с което - да отмени, върнатият за ново обсъждане акт.Съгласно чл.45, ал.7 ЗМСМА, върнатият за ново обсъждане акт не влиза в сила и се разглежда от общинския съвет в 14-дневен срок от получаването му - т.е. в срока - до 25.11.2021 г.На извънредна сесия на Общински съвет - Берковица, проведена на 22.11.2021 г., Докладната записка по оспорване на Решение № 845 по Протокол № 39 от 29.10.2021 г. на Общински съвет - Берковица е включена в дневния ред под т.2 - за ново разглеждане и за отмяна, но направеното предложение да се приеме за включване в дневния ред, след

гласуване, не е прието и отхвърлено за разглеждане, отразено в Протокол № 41 от 22.11.2021 г. от извънредната сесия на Общински съвет - Берковица. Протоколът е изпратен от Общински съвет - Берковица със Съпроводително писмо с изх.№ РД-92-00-1450 от 24.11.2021 г., получено от Община Берковица,с вх.№ РК 0800-125 от 24.11.2021 г.

Именно поради фактът ,че Общински съвет - Берковица е отказал да разгледа, върнатият за ново обсъждане акт в законния 14-дневния срок от получаването му, съгласно чл.45, ал.7 от ЗМСМА, за кмета е налице правен интерес да го оспори ,на основание чл.45,ал.8 ЗМСМА.Решението на Общински съвет -Берковица, е постановено от колективен административен орган, който разполага с правомощия, които са строго и изчерпателно регламентирани в разпоредбата на чл. 21 ЗМСМА. Относно процесуалната легитимация на кмета на общината да оспори решението на Общинския съвет - Берковица е приетото в мотивите на Тълкувателно решение № 2 от 16.04.2013 г., постановено по тълк. д. № 4/2011 г. на Общото събрание на колегиите на Върховния административен съд, че решенията на общинските съвети, взети в изпълнение на правомощията по чл. 21, ал. 1 ЗМСМА, по своето същество са властнически волеизявления на орган на местно самоуправление. Решението на общинския съвет е завършен административен акт. Той има свой предмет и поражда административно правоотношение. Тъй като кметът на общината има за задължение да изпълнява решенията на общинския съвет, е създаден механизмът на чл. 45 ЗМСМА за оспорване на актове на общинския съвет от страна на кмета пред административния съд, като пред съда може да се оспори само законосъобразността им.

Жалбата е допустима ,а разгледана по същество и основателна.

По въпроса за материалната компетентност на ОС да приеме решението:

Обжалваното Решение № 845 по Протокол № 39 от 29.10.2021 г. на Общински съвет - Берковица, по своето предметно съдържание е насочено към извършване на ревизия, техническа и финансова проверка както на проекта, така и на неговата реализация /изпълнението/, включване в състава на комисията на външни експерти и вменяване на задължения на кмета да им заплаща възнаграждение за извършена работа, както и упражняване на контролни функции по реализация на обекта, предмет на обществена поръчка на проекта „ Реконструкция на част от площад „Й*** Р***“,с което се засягат правомощията на кмета на общината в качеството му на публичен възложител на обществени поръчки по см. на чл. 5, ал. 2, т. 9 от ЗОП, а именно - правомощията му по чл.5, ал.1 от ЗОП - „Възложителите отговарят за правилното прогнозиране, планиране, провеждане, приключване и отчитане за резултатите от обществените поръчки".Незаконсъобразно и недопустимо е предвид обстоятелството, че материята по обществените поръчки е уредена в специален закон - ЗОП, на кмета по възлагане от общинския съвет, да се възлага да определя свои служители в комисия от неправооспособни лица, да допуска канене и участие на външни

експерти в нея на които да заплаща, и чрез която комисия да се прави ревизия, техническа и финансова проверка и да се осъществяват контролни функции на обществена поръчка в процес на изпълнение, извън и паралелно с оправомощените за това органи по специалния закон - ЗОП.

Освен това, последваща ревизия на одобрен от компетентните органи по реда на ЗУТ проект, по който се реализира и изпълнява обществена поръчка, от паралелна комисия определена от общинския съвет е нормативно незаконосъобразно и недопустимо, съгласно разпоредбите на ЗОП и ЗУТ. Предметното съдържание на оспореното решение и за неговата нищожност, ясно личи и от мотивите залегнали в докладната записка по повод, на която е взето решението: - Докладна записка от Ж*** М*** - общински съветник, с вх. № 92-00-1382/22.10.2021 г./л.6/ в Общински съвет - Берковица /".Цялостна проверка на документацията по проекта и пълна ревизия на изпълнението на проекта с включени всички необходими експертизи" - в заглавието на докладната; естетически съображения на този общински съветник за нехаресване на проекта и за цялостна ревизия на изпълнението на проекта с включване всички необходими експертизи .

Общинският съвет няма материално -правната компетентност да взема решение ,свързано с материята по обществените поръчки. Той не попада сред субектите по този специален закон - ЗОП, поради което не може въз основа на обща норма, каквата е тази в чл. 21, ал. 1, т. 23 във връзка с точка 8 от ЗМСМА да вземе подобно решение. Решение взето извън правомощията на органа по местно самоуправление винаги страда от най-тежкия порок -нищожност.

Обжалваното решение разширява и допълва по недопустим начин правомощията на общинския съвет, каквито се съдържат в общите норми на чл.21, ал.1, т.23 и т.8 от ЗМСМА.В ЗОП, императивно и изчерпателно са уредени субектите на обществените поръчки и това са лицата по чл. 6 от закона, между които са и възложителите. Кръгът на възложителите също е уреден изчерпателно и сред тях е и кметът на общината, в качеството си орган на изпълнителната власт. Също така са уредени органите, имащи компетентност по отношение провеждането на обществени поръчки, в това число и тези осъществяващи контролни функции /ЗОП - Глава - Тридесет и първа „Контрол": Раздел I. Външен контрол, осъществяван от Агенцията по обществени поръчки - чл.232 и сл.; Раздел II. Последващ външен контрол, осъществяван от Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция - чл.238 и сл./.

На Общинския съвет не са предоставени и същият не разполага с никаква компетентност по отношение обществените поръчки, в това число и контролна, още по-малко такава компетентност може да бъде предоставена на неговите помощни органи, каквито са временните му комисии.В част VI на ЗОП „Отстраняване на нарушения в процедурите" са уредени производствата,

основанията, способите и средствата за осъществяване на предварителния, текущия и последващия контрол върху законосъобразното възлагане и изпълнение на обществените поръчки. Налице е и трайно установена съдебна практика, съгласно която на Общинския съвет не са предоставени и същият не разполага с никаква компетентност по отношение обществените поръчки, в това число и контролна. /В т.см .Р. № 15716 от 20.12.2010 г. по адм.д.№ 7098/2010 г., IV отд на ВАС; Р.№ 5163 от 08.05.2008г. по адм.д. № 831/2008 г., IV отд на ВАС; Р. № 2265 от 18.02.2019 по адм. дело № 1939/2018 г. III отделение на ВАС; Р. № 8879 от 26.06.2014 г по адм.д. № 16682/2013 г., III отд. на ВАС; Р.№ 5192 от 13.04.2011 г. По адм.д. № 14597/2010 г., III отд. на ВАС; Р. № 12962 от 28.11.2008 г по адм.д.№ 7475/2008 г., IV отд на ВАС/.

В заключение, налице е неспазване на изискването за форма - чл.146, т.2 във вр. с чл.59, ал.2, т.4 от АПК и противоречие с материалноправните разпоредби - чл.146, т.4 от АПК, което прави решението незаконосъобразно. В процесния случай, оспорения акт не съдържа фактически и правни основания, свързани с приложимия Закон за обществените поръчки /ЗОП/ и Закона за устройство на територията /ЗУТ/. Нормата на чл. 21, ал. 1, т. 23 във вр. с т.8 от ЗМСМА не може да се приеме за правно основание, предвид това, че същата се отнася до общата компетентност на общинските съвети, а и препраща изрично към условията и реда на специалните закони. В заключение, налице е неспазване на изискването за форма - чл.146, т.2 във вр. с чл.59, ал.2, т.4 от АПК и противоречие с материалноправните разпоредби - чл.146, т.4 от АПК, на което основание оспореното решение страда от най-тежкия порок-нищожност.

Водим от гореизложеното, настоящият съдебен състав счита, че оспореното Решение, като прието от орган без материална компетентност и при допуснати особено съществени нарушения на материалния закон, следва да се прогласи за нищожно.

При този изход на делото, и при направено искане за присъждане на разноски от оспорващия, чрез неговия процесуален представител адв.В***, съгласно чл. 143, ал. 1 от АПК, във вр. с чл.8, ал.3 от Наредба №1 от 2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, на същия се дължат претендираните разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 500лв.

Мотивиран от гореизложеното и на основание чл.172, ал.2 от АПК, Административен съд Монтана

Р Е Ш И:

ПРОГЛАСЯВА нищожността на Решение № 845 по Протокол №39/29.10.2021г. на Общински съвет –Берковица.

ОСЪЖДА Общински съвет -Берковица да заплати на Кмета на Община Берковица , разноси по делото в размер на 500,00 лева /петстотин лв./за адвокат.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба, чрез Административен съд - Монтана пред Върховен административен съд в 14 - дневен срок от съобщението до страните.

Препис от решението да се изпрати на страните,на основание чл.138, ал.1 от АПК по реда на чл.137АПК.

Административен

съдия: