

3.
Вр. №: КФН

„КОМИСИЯ ЗА ФИНАНСОВ НАДЗОР“	
Вх. №	91-01-176
Дата	14.03.2014

ДО
ВЪРХОВЕН АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД

ЧРЕЗ
ЗАМ. – ПРЕДСЕДАТЕЛЯ НА КФН, РЪКОВОДЕЩ УПРАВЛЕНИЕ
„НАДЗОР НА ИНВЕСТИЦИОННАТА ДЕЙНОСТ“

ЖАЛБА

от

„ЕНЕРГОНИ“ АД, ЕИК 200124320, със седалище и адрес на управление: гр. София, 1784, район „Младост“, „Цариградско шосе“ No. 115Г, ет. 4, представлявано от Изпълнителния директор Михаил Кирякос Георгопадакос

ЧРЕЗ
“АДВОКАТСКО ДРУЖЕСТВО КАМБУРОВ И СЪДРУЖНИЦИ”, регистрирано по ф. д. № 4193/ 2007 г. по описа на Софийски градски съд, Фирмено отделение, със седалище и адрес: гр. София, ул. "Проф. Фритьоф Нансен" №37А, ет. 5, ЕИК по БУЛСТАТ 175253221, представлявано от Управляващия съдружник - Явор Недев Камбуров, чрез **адв. Тодор Тодоров** и **адв. Маргарита Стоянова**, преупълномощени от Явор Камбуров

СРЕЩУ

Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност“

Правно основание: чл. 145 и сл. от АПК във връзка с чл. 15, ал. 4 от Закона за Комисията за финансов надзор (ЗКФН)

ИСКАНЕ по чл. 166, ал.3 от АПК за спиране на допуснато предварително изпълнение на Решение №226-ПД/26.02.2014 г.

УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

С настоящата жалба от името на „Енергони“ АД, оспорваме изцяло и в срок Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност“ („Решение/то“). С цитираното решение „Енергони“ АД е задължено:

1. „в срок от 5 работни дни от получаване на Решението, да сключи договор с „Консултантска къща Амрита“ ООД, ЕИК 130565483, със седалище и адрес на управление: гр. София, ул. „Страцин“, бл. 19, ет. Партер, ап. Офис 1, за извършване на оценка към 31.03.2013 г. на нематериален актив, представляващ право върху индустриална собственост - Патент №64239 от 24.07.2004 г. - „Метод за изграждане на вятърни електроцентрали“, издаден от Патентното ведомство на Република България.
2. в еднодневен срок от сключването на договора за извършване на оценка към 31.03.2013 г. на нематериален актив, представляващ право върху индустриална собственост - Патент № 64239 от 24.07.2004 г. - „Метод за изграждане на вятърни електроцентрали“, издаден от Патентното ведомство на Република България, да оповести пред КФН и обществеността по реда на чл. 100т от ЗППЦК информация, относно сключване на договор за оценителски услуги с „Консултантска къща Амрита“ ООД за извършване на оценка на нематериален актив, представляващ право върху индустриална собственост - Патент № 64239 от 24.07.2004 г. - „Метод за изграждане на вятърни електроцентрали“;
3. да оказва пълно съдействие във връзка с извършваната оценка като предоставя цялата необходима информация и документи в сроковете, посочени в исканията на оценителя;
4. да плати дължимото възнаграждение в размер и срок, съгласно уговореното в договора за извършване на оценката.
5. в двудневен срок от получаване на изготвената оценка да предостави заверено копие от нея в КФН.“

В законоустановения в чл. 149, ал. 1 от Административно-процесуалния кодекс (АПК) 14-дневен срок, оспорваме изцяло посоченото Решение, като считаме, че същото е незаконосъобразно поради противоречие с материалния закон и несъответствие с неговата цел, постановено при допуснати нарушения на административнопроизводствените правила и в нарушение на изискваната форма – отменителни основания по чл.146, т.2, т.3, т.4 и т.5 от АПК. по смисъла на действащото в страната публично законодателство. Съображенията ни за това са следните:

I. Ред и срок за обжалване на Решението

Съгласно разпоредбата на чл. 15, ал. 4 от ЗКФН, индивидуалните административни актове на Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност“, подлежат на обжалване пред Върховния административен съд. В самото оспорвано решение също е отбелязано, че същото може да бъде обжалвано пред ВАС в 14 – дневен срок от съобщаването му, съответно от произнасянето/изтичането на срока за произнасяне на КФН. Следователно актовете от вида на оспорвания подлежат на директно съдебно обжалване, без да е

необходимо административният ред да е изчерпан, съответно разпоредбите и редът на чл. 149 и сл. от АПК намират безспорно приложение в настоящата хипотеза.

II. Основания за незаконосъобразност на Решението.

Съгласно чл. 59, ал. 1 от АПК всички административни актове следва да са мотивирани. В конкретния случай оспорваното решение съдържа фактически твърдения, които в по-голямата си степен не кореспондират на обстоятелствата от обективната действителност, но независимо от това правните изводи и мотиви на административния орган ¹ са обусловени в решаващата си степен от тях. Излагането на формални мотиви (без същите да кореспондират с конкретната фактическа обстановка) на практика приравнява Решението до акт, издаден при липсата на мотиви ².

1. Така например, в Писмо изх. No. РГ-05-1490-2/17.02.2014 г. по описа на КФН, с което се инициира производството по налагане на ПАМ, не са изложени каквито и да било съображения какви са били критериите за избор на оценител. В резултат от наведеното възражение от страна на „Енергони“ АД в тази насока, на стр. 13 от Решението, е посочено, че първото изискване е оценителят да е юридическо лице, оповестило публично финансовите си отчети в Търговския регистър, от които да е видна дейността му.

1.1. На първо място, извършилото оценката на Патент с номер 64239 от **05.07.2004 г.** ³ дружество "БИ ЕР АКАУНТ" ЕООД, ЕИК 200759864 е *юридическо лице, обявило всичките си ГФО* (включително за 2013 г. и то към датата на постановяване на Решението), поради което изложените от органа критерии за избор на нов оценител не могат да бъдат възприети като мотиви на Решението в тази му част.

1.2. На следващо място, непосредствено след формулирането изискването за публичност на отчетите за дейността ⁴, административният орган определя за оценител юридическо лице, предоставило за обявяване, **но не обявен**, ГФО за 2012 г.⁵ Видно от партидата на „Консултантска къща Амрита“ ООД в Търговския регистър към Агенция по вписванията, с мотивиран отказ № 20130612102644-2/26.09.2013г. длъжностното лице по

¹ Зам. – Председателят на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност“

² Както правната теория, така и трайната съдебна практика, приемат липсата на мотиви или формалните такива за безусловен и абсолютен порок на издадения акт – 1/„Когато индивидуалният административен акт се издава в писмена форма, трябва и да съдържа „фактически и правни основания за издаване на акта“, т.е. мотиви. ... Те трябва да бъдат не някакви общи разсъждения, а конкретни съображения. За този именно административен акт, съставна част от който са те и чието издаване трябва да обосновават. ... В мотивите си административният орган следва да прецени всички доказателства, които са от съществено значение за въпроса, чието разрешаване се цели с издаването на административния акт. Когато недостатъчността, неточността, нелогичността или вътрешната противоречивост на мотивите водят до невъзможност да се разбере от какви съображения се е ръководил административният орган, за да издаде такъв именно акт, съдилищата не се колебаят да приемат, че всъщност липсват мотиви.“ – *така, Проф. д-р Кино Лазаров, Доц. Д-р Иван Тодоров – „Административен процес“, стр. 253. 2/ в този смисъл и Решение № 4396/02.04.2009 г. по адм. дело № 6163/2008 г. на ВАС;*

³ Която е правилната дата на регистрацията на патента, а не посочената в Решението **24.07.2004 г.**

⁴ Виж стр. 14 от Решението

⁵ Отделен е въпросът, че ГФО за 2013 г. дори не е „представен за обявяване“.

регистрация е отказало вписване (обявяване) на ГФО поради съображения, че същият не е приет по надлежния ред от органите на дружеството. Доколкото разпоредбата на чл. 23, ал. 4 от Закона за търговския регистър (ЗТР) задължава държавните органи ⁶ да приемат за доказани обявените (а не представените за обявяване) актове, то очевидно определяният от органа оценител не отговаря на формулираните от самия него критерии. Последното навежда на мисълта, че чрез формулирания критерий се цели единствено формално постигане на законовото изискване за мотивираност на акта, което на практика го прави незаконосъобразен.

2. Доколкото фактическите констатации на органа са неверни, то няма как да бъдат верни и обусловените от тях (доколкото такива са изложени) правни изводи.

2.1. Считаме, че липсва предмет на оценителската експертиза, която „Енергони“ АД е задължено да направи, поради липса (не притежаване) от негова страна на патент с посочената в Решението дата. По-конкретно: В Решението се предвижда оценка на Патент с номер 64239 от 24.07.2004 г., а притежаваният от „Енергони“ АД и оценен по-рано патент има същият номер, но е вписан на друга дата - 05.07.2004 г. Посочената разлика в датите на издаване на патента, определен за принудителна оценка, не се дължи на техническа грешка, тъй като на административния орган служебно е известно, че става въпрос за различни патентни. Така в Решение № 184/26.03.2010 г., издадено от зам. председателя на КФН, в което е поискана оценка на нематериалния актив на „Енергони“ АД изрично е записано, че подлежащият на оценка патент е с № 64239 от 05.07.2004 г. В допълнение, притежаваният от „Енергони“ АД Патент с номер 64239 от 05.07.2004 г. е упоменат в чл. 13, ал. 1 от Договор за вливане от 14.10.2009 г., одобрен с Решение № 972-ПД/30.11.2009 г. на зам. Председателя, ръководещ Управление „Надзор над инвестиционната дейност“. Следователно на зам. председателя служебно е било известно кой е притежаваният от „Енергони“ АД патент, но независимо от това е назначил оценка на друг патент, какъвто „Енергони“ АД не притежава и който не е възможно да бъде предоставен за оценка. Наличието на невъзможен предмет несъмнено води и до липса на предмет на ПАМ.

Отделно от това, датата 24.07.2004 г. се споменава 7 пъти в Решението (три пъти в диспозитива и четири пъти в доказателствената част), което изключва възможността да се касае за случайна техническа грешка.

2.2. Невярно е и твърдението ⁷, че пазарната оценка е извършена на 31.03.2013 г. от „Би Ер Акаунт“ ЕООД, поради което към тази дата следвало да се извърши и новата оценка на патента.

Договорът между „Енергони“ АД и „Би Ер Акаунт“ ЕООД е сключен на 01.04.2013 г., като „Би Ер Акаунт“ ЕООД е предало съкратения оценителски доклад на 15.04.2013 г. Следователно пазарната оценка е изготвена в периода от 01.04.2013 г. до 15.04.2013 г., но не и на 31.03.2013 г., както се твърди в Решението. Последното несъмнено води до

⁶ В случая КФН чрез Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност“

⁷ Виж стр. 1, ред 36 от Решението

немотивираност на Решението в частта относно датата, към която евентуално би следвало да се извърши оценката.

2.3. Превратно, в противоречие с обективно съществуващите във връзка с преписката доказателства⁸ и вероятно с цел да бъде обоснована липсата на експертност⁹ в Решението се цитират само 2/3 от предмета на дейност на „Би Ер Акаунт“ ЕООД¹⁰. Пропуснато е да се отбележи, че в предмета на дейност на дружеството се включват „сделки с обекти на интелектуалната собственост“ и „предоставяне на други дейности и услуги, незабранени от закона, както и на всички останали дейности и услуги, изискващи воденето им по търговски начин“. Ноторно известен факт е, че **„интелектуалната собственост“** се дели на 2 големи области: индустриална собственост и художествена собственост, както и че индустриалната собственост се отнася основно към патентите за изобретения. Несъмнено твърденият предмет на оценка - патент „Метод за изграждане на вятърни електроцентрали“, представлява интелектуална собственост, което е част от експертизата на извършилото оценката „Би Ер Акаунт“ ЕООД. Изложените в Решението твърдения за липса на достатъчна компетентност и експертиза на оценителите от „Би Ер Акаунт“ ЕООД не са подкрепени от абсолютно никакви доказателства. Отделен е въпросът, че в Решението дори не са изложени твърдения, че конкретни лица (експерти) от определената „Консултантска къща Амрита“ ООД разполагат с необходимите знания и експертиза в посочените в Решението области на знания.

Твърденията, че счетоводната преоценка на патента се налага при „анализ на финансовия отчет на „Енергони“ АД“¹¹ са абсолютно немотивирани, тъй като не става ясно къде се намира този документ, кой го е съставил, какво образование и квалификация притежава, сертифициран ли е да извършва такъв анализ и т.н., все обстоятелства, изключващи възможността да се направи преценка на неговата достоверност.

2.4. Изцяло неверни са и твърденията, че достоверността на извършената оценка се оборва от следните факти и обстоятелства. По-конкретно:

2.4.1. Твърдението, че „... 2 498,5 MW, значително надхвърля производствения капацитет на 5 и 6 енергоблок на атомната централа...“¹². Никъде в Решението НЕ е представена официална информация за „производствения капацитет на 5 и 6 енергоблок на атомната централа“, съответно не е ясно с каква стойност се сравняват описаните „2 498,5 MW“. Представена е единствено информация, че „към 14:34 часа на 09.12.2013 г. общо мощностите на ядрената електроцентрала на Р. България са работили с общ капацитет на мощностите в размер на 2 049 MW“. Налице е съществена разлика между мощността, постигната към определен момент от 5 и 6 енергоблок на атомната централа и производственият капацитет на същите съоръжения, който описва максимално количество електроенергия, което могат да произведат 5 и 6 енергоблок на атомната

⁸ Виж приложената разпечатка от партидата на „Би Ер Акаунт“ ЕООД в Търговския регистър;

⁹ Абсолютно немотивирано се твърди **„че дружеството е специализирано по-скоро в предоставяне на счетоводни услуги, отколкото в изготвянето на оценки на нематериални активи“.**

¹⁰ Виж стр.2, абзац трети от Решението

¹¹ Стр.1, абзац 4 от Решението

¹² Стр. 4, абзац 1 от Решението

централа. Следва да се има предвид, че максималната мощност на двата енергоблока, което е производственият капацитет на тези съоръжения, е по-голяма от цитираните 2 049 MW, което създава основателно предположение, че се цели въвеждане в заблуждение на инвеститорите (настоящи и бъдещи) относно достоверността на предоставяната от „Енергони“ АД посредством оценители информация.

2.4.2. Неточно са представени и данните за производствения капацитет на ветроенергийни мощности в България към края на месец ноември 2013 г. Пропуснато е да се отбележи, че данните от графиката на БГВЕА „са приблизителни“. Не е установено и кой е източникът на тези обобщени данни, достоверен ли е той и дали има мощности, които не попадат в тази статистическа извадка поради производство под определен минимум. Не е представена и съседната графика от същата интернет страница, от която е видно, че само в рамките на една година (2009 г.) е реализиран годишен ръст на ветроенергийни мощности в България в размер на 222.4 MW, което се равнява на 1/3 от описания в Решението производствен капацитет към края на ноември 2013 г. в размер на 677 MW. Посочената избирателност при представяне на фактите, обуславящи налагането на посочената в Решението ПАМ отново води до извода, че липсват действителни мотиви за издаване на Решението.

2.4.3. Невярно е и твърдението, че патентът „е бил оценяван три пъти, всеки път с по-висока стойност.....“¹³. Видно от партидите на дружествата в Търговския регистър, патентът на „Енергони“ АД е оценяван повече от три пъти, като не всеки път е бил с по-висока стойност. Извършвани са оценки и в периода 2006 - 2009 г., като последните актуални са:

към 31.12.2010 г. патентът е в размер от 549 121 хил. лв. (КФН е уведомена за тази стойност с Писмо Вх. № 10-05-7023/30.03.2011 г.).

към 31.12.2011 г. патентът е в размер от 509 000 хил. лв. (КФН е уведомена за тази стойност с Писмо Вх. № 10-05-73 /30.03.2012 г.).

към 31.03.2013 г. патентът е в размер от 558 000 хил. лв. (КФН е уведомена за тази стойност с Вх. № 10-05-10373/30.04.2013 г.).

Стойността от 509 000 хил. лв. е по-ниска от 549 121 хил. лв. т.е. не е вярно твърдението, че всеки път патентът неправилно е оценяван в по-висока стойност.

2.4.4. Неправилно се твърди, че е допусната грешка при избора на метод за оценка¹⁴. Методът на дисконтираните парични потоци е включен в разрешените оценъчни методи, съгласно чл. 5, ал. 2, т. 1 от Наредба № 41 на Комисията за финансов надзор. При опит да се аргументира тезата за неправилност на метода за оценка се прави съществен пропуск, с твърдение, че според този метод „ценността на една компания“ се определя от дохода, който тя може да генерира, а всъщност е пропуснато да се отбележи, че даденото описание за метода е валидно при оценка на **КОМПАНИЯ**

¹³ Стр. 5, абзац 2 от Решението

¹⁴ Стр. 5, последен абзац от Решението

(фирма), а не, както е в конкретния случай, за оценка на нематериален актив, част от активите на дружество.

2.4.5. Невярно е и твърдението, че търговията с акции на „Енергони“ АД е възобновена на 11.08.2011 г., „като нито 90 дни след тази дата, нито към момента на издаване на решението не са предприети реални действия по изграждането и пускането в експлоатация на упоменатият в информацията парк“¹⁵. На 03.06.2010 г. от дружеството е съобщено на инвеститорите че „този проект, а и всички други проекти за изграждане на мощности от възобновяеми енергийни източници на дружеството следва да бъдат ресурсно обезпечени със съответните собствени терени“. На 01.09.2011 г. (само 21 дни след 11.08.2011 г.) дъщерните дружества на „Енергони“ АД придобиват контрол върху три компании, които притежават издадени от ДКЕВР лицензи за производство на електроенергия и имоти за изграждането на площадките (КФН е уведомена за това обстоятелство с Вх. № 10-05-20617/02.09.2011 г. и с Вх. № 10-05-23021/10.10.2011 г.).

2.4.6. Неотносимо като мотив за налагане на ПАМ е и твърдението¹⁶, че на официалната интернет страница на „Енергони“ АД, в раздел „Energy“, Подраздел Solar parks“, дружеството е оповестило, че „групата на „Енергони“ АД“ планира да достигне инсталирани мощности от 200 MW до края на 2011 г. „както към края на 2011 г., така и към настоящият момент подобни мощности не са инсталирани“. Интернет страницата на компанията е само на английски език и в нея изрично е указано, че става въпрос за територията на Гърция и България, а не само за България и то за „Energoni Energy Group“, а не за „Енергони“ АД. При липсата на данни, че са ползвани услугите на заклет преводач, считаме, че това обстоятелство по-скоро не е било известно на органа, поради което неправилно не е отчетено като положително обстоятелство в случая.

2.4.7. Твърдението, че „към настоящия момент „Енергони“ АД, както и което и да е от неговите дъщерни дружества, не са получили разрешение за пускане в експлоатация на енергийни обекти за производство на електрическа енергия“¹⁷, е невярно. Съществува практика с подаването от КФН на писма до Държавната комисия за енергийно и водно регулиране (ДКЕВР) по отношение на лицензи - собственост на „Енергони“ АД. Поради това в КФН е внесена информация с Вх. № 10-05-23021/10.10.2011 г., от която са видни номерата на лицензиите и съответно КФН е могла да направи проверка във връзка с тях в сайта на ДКЕВР без дори да е необходимо изрично запитване. Ако КФН бе отправила коректно запитване до ДКЕВР по номерата на цитираните лицензи, то тя щеше да получи правилна и вярна информация. Неизвършването на такава служебна проверка е поредна индикация, че с Решението се цели по-скоро въвеждане в заблуждение на инвеститорите (настоящи и потенциални), което във всички случаи прави Решението и нецелесъобразно. Посочените по-долу лицензии са издадени на дружествата „Болкан Солар“ АД, „София Уинд Парк“ АД и „Болкан Енерджи“ АД, които от своя страна се консолидират от дъщерното на „Енергони“ АД дружество „Електрон България“ АД (ЕИК: 175300030), както следва:

¹⁵ Стр. 8, абзац 2 от Решението

¹⁶ Стр.8, абзац 6 от Решението

¹⁷ Стр. 9, абзац 2 от Решението

а/ Лицензия № Л-258-01/04.02.2008 г. за производство на електрическа енергия, издадена от ДКЕВР. Лицензията е издадена при условията на чл. 19 от Наредбата за лицензиране на дейностите в енергетиката. С тази лицензия ДКЕВР разрешава да се извършва производство на електрическа енергия чрез нов енергиен обект – фотоволтаичен парк, след изграждането му. (същата е публикувана в публичния регистър за издадените лицензии на страницата на ДКЕВР);

б/ Лицензия № Л-240-01/2007 за производство на електрическа енергия, издадена от ДКЕВР. Лицензията е издадена при условията на чл. 19 от Наредбата за лицензиране на дейностите в енергетиката. С тази лицензия ДКЕВР разрешава да се извършва производство на електрическа енергия чрез нов енергиен обект – Вятърен парк Добрич, след изграждането му. (същата е публикувана в публичния регистър за издадените лицензии на страницата на ДКЕВР)

в/ Лицензия № Л-259-01/2008 за производство на електрическа енергия, издадена от ДКЕВР. Лицензията е издадена при условията на чл. 19 от Наредбата за лицензиране на дейностите в енергетиката. С тази лицензия ДКЕВР разрешава да се извършва производство на електрическа енергия чрез нов енергиен обект след изграждането му. (същата е публикувана в публичния регистър за издадените лицензии на страницата на ДКЕВР)

2.4.8. Твърденията, че договорът за оценка с „Би ЕР Акаунт“ ЕООД е сключен в резултат от проведената на 11.03.2013 г. среща с инспектор от 7-мо РПУ ¹⁸, е неоснователно, тъй като Решението на СД на „Енергони“ АД за извършването на новата оценка е взето още на 05.03.2013 г. Това решение е представено в КФН с писмо Вх. № РГ-05-1490-9/07.06.2013 г. и след повторно изискване и с писмо Вх. № РГ-05-1490-22/05.09.2013 г.

2.4.9. Невярно е и твърдението, че „е извършена оценка от лице, което не притежава съответната оценителска правоспособност към тази дата“. Д-р инж. Харалампи Захариев е лицензиран оценител и притежател на сертификати за оценителска правоспособност:

№ 500100164 – за оценка на търговски предприятия и вземания;

№ 300100170 – за оценка на машини и съоръжения;

№ 100100431 – за оценка на недвижими имоти;

№ 400100021 – за оценка на права на интелектуалната и индустриалната собственост и други фактически отношения, издадени на 14.12.2009 г. от КНОБ.(същите са видими на страницата на КНОБ)

Законът за независимия одит (ЗНО) създава правно-гарантирана възможност за всяко търговско дружество само да избере (състави) екип от лицензирани правоспособни лица и финансист. Изготвената от такъв екип експертна оценка може да се оспори

¹⁸ Стр. 11, четвърти и пети абзац от Решението

единствено при: 1/ наличието на основания/та по чл. 42, т.1-3 от ЗНО ¹⁹, подаден сигнал ²⁰ и пред компетентния за това орган - Комисията по професионална етика (КПЕ). **Молим да вземете предвид, че ако органът е считал, че са налице предпоставките по чл. 42 от ЗНО е следвало да упражни сигналните си правомощия пред посочената КПЕ, която единствено е компетентна да наложи санкция и то в рамките на образувано дисциплинарно производство ²¹. Последното несъмнено означава, че съответният зам. председателя на КФН не разполага със самостоятелна компетентност да прави преценка на законосъобразността/правилността на вече изготвена оценка, което води до нищожност на Решението в тази му част.**

В тази връзка считаме, че органът не разполага и с оперативна самостоятелност да определя конкретен оценител дори в случай че предпоставките на чл. 42 от ЗНО биха били налице (каквото конкретният случай не е).

2.5. Отделно от изложеното по-горе, дори да се приеме, че Зам. – Председателят на КФН, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност разполага с оперативна самостоятелност да определя конкретен изпълнител на оценката (обстоятелството, което оспорваме изцяло), то това не го освобождава от задължението да направи наложената принудителна административна мярка (ПАМ) изпълняема, т.е. строго определена по условия и срок. В конкретния случай липсват каквито и да било данни какъв е размерът на дължимото спрямо „Консултантска къща Амрита“ ООД възнаграждение, поради което описаната в пункт IV от Решението ПАМ се явява неизпълняема ²².

2.6. Твърденията ²³, че липсата на подпис от страна на представляващия „Би Ер Акаунт“ ЕООД върху Приемо-предавателния протокол от 15.04.2013 г. представлявало нарушение на чл. 6, ал.3 от ЗНО са абсолютно несъстоятелни и негодни да аргументират становище, че е необходима нова оценка.

2.6.1. На първо място, с приемо-предавателния протокол се констатира изпълнението на облигационно (мандатно правоотношение) между възложител („Енергони“ АД) и изпълнител („Би Ер Акаунт“ ЕООД), а не изпълнение на задължения по ЗНО.

2.6.2. На следващо място, ако твърдението на органа е, че приемо-предавателният протокол инкорпорира становището на експертната група, то правилно същият е

¹⁹ Нито едно от които не се твърди да е налице по отношение на изготвената оценка от „Би Ер Акаунт“ ЕООД

²⁰ Чл. 43, ал от ЗНО във връзка с чл. 119, ал.1 от АПК

²¹ Виж чл.44, ал.2 от ЗНО

²² Виж Решение № 1321/25.01.2012 г. по адм. дело № 9791/2011 г/. по описа на ВАС, IV отд, постановено по повод друго решение за налагане на ПАМ на „Енергони“ АД от страна на КФН, отменено като нищожно с решаващи мотиви, че липсата на изрично законово съдържание на ПАМ задължава компетентния административен орган по прилагането ѝ, да съобразява законовите предпоставки за прилагането. Решението е публикувано на страницата на ВАС - <http://www.sac.government.bg/court22.nsf/d038edcf49190344c2256b7600367606/72177d3bbefc5e6cc2257982004f0b5e?OpenDocument>.

²³ Виж стр. 7 от Решението

подписан от член на екипа, който го е изготвил (инж. Радованова). Не на последно място, във всички случаи на липсата на подпис (респективно представителна власт) като порок на даден документ има право да се позове само ненадлежно представляваната страна, доколкото нейните интереси биха били увредени, но не и трето лице, за което не настъпват права или задължения (в случая КФН).

2.6.3. Твърденията, че липсата на печат на „Би Ер акаунт“ ЕООД „*поставя под съмнение*“ съкратения доклад на оценителския екип е невярно с оглед съществуващата съдебна практика ²⁴, което за пореден път налага извода, че с Решението се цели по изкуствен начин да се създаде впечатление за некомпетентност (и произтичаща в резултат от нея заплахата за интересите на инвеститорите), което да наложи изготвяне на нова експертна оценка.

Видно от всичко изложено по-горе, наличието на множество фактически неверни твърдения (служебно известни на органа при издаване на Решението), обусловили издаването на Решение за налагане на ПАМ, води до извод, че Решението е издадено при липса на мотиви, което налага неговата отмяна като незаконосъобразно.

Липсата на мотиви категорично се сочи като основание за отмяна на административния акт – стр. 255. В изложената насока авторите се позовават и на, в което, наред с останалото, се сочи: **„Неузлагането на мотиви към административния акт е нарушение на формата и съставлява самостоятелно основание за отмяната му. Това нарушение е особено съществено, тъй като засяга непосредствено правото на защита ...**, в резултат на което заявителят в административното производство не може да организира защитата си при оспорване законосъобразността на акта. На следващо място това нарушение засяга не само правото на защита на адресата на административния акт, но то възпрепятства и създа да упражни контрол за законосъобразност върху акта, тъй като последният не може да установи правилни ли са съображенията на административния орган...”

В този смисъл също така: **„Непосочването при нея (формата на административния акт – бел. наша) на фактическите основания за издаването на акта... е абсолютно основание за отмяната му. Фактическите основания са юридическите факти, от които органът черпи упражненото от него публично субективно право и са необходим отграничителен белег на това право. Затова липсата им не просто не позволява индивидуализирането му, за да бъде то проверено, а сочи пряко на отсъствието му.”**²⁵

По изложения начин липсата на мотиви се възприема и от други автори: **„Съдебната практика категорично приема, че *неузлагането на мотиви е достатъчно основание за отмяна на административния акт като незаконосъобразен.* ... Липсата на мотиви е съществено нарушение на изискванията**

²⁴ Виж Определение по ТД 57/2011г. на ОС – Варна, публикувано на http://213.91.247.58/upload/SAD_AKT/2011/02/08022011/0074eb11/05720811.htm

²⁵ „Административнопроцесуален кодекс. Коментар.” – К. Пенчев, Иван Тодоров, Георги Ангелов, Богдан Йорданов, стр. 301

за законосъобразност и основание за отмяна на административния акт.”²⁶ Същите автори коментират, че липсата на мотиви би могла да се схване също и като съществено процесуално нарушение, а и като несъответствие с материалноправните разпоредби, но независимо от вида на порока наличието на основание за отмяна на акта не се поставя под съмнение, тъй като „Липсата на мотиви в обжалвания административен акт поставя съда в невъзможност да упражни своя контрол за законосъобразност, поради което съставлява „съществено нарушение на закона” и само по себе си е основание за отмяна на акта” – пак там, стр. 186.

С оглед изложеното е видно, че липсата на мотиви към административния акт представлява абсолютно основание за неговата отмяна. Подобен подход е закономерен и логичен, доколкото при отсъствието на фактическите основания за издаване на акта, неговата правилност е невъзможно да бъде преценена. Неслучайно и цитираната съдебна практика, и водещите автори в областта на доктрината разглеждат липсата на мотиви като затруднение при упражняване правото на защита и при преценката на законосъобразността на акта от съда. В този смисъл, съвсем нормално е подобна липса да се схваща като самостоятелна предпоставка за отмяната на даден административен акт.

В този смисъл считаме, че обжалваното Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност” следва да бъде отменено като издадено при отсъствието на мотиви.

III. Искане за спиране на изпълнението

Съгласно разпоредбата на чл. 166, ал. 2 от АПК при всяко положение на делото по искане на оспорващия съдът може да спре изпълнението, ако с него могат да се причинят значителни или трудно поправими вреди. Критерии относно основанията за спиране на предварителното изпълнение, макар и на друга фаза на административното производство, се съдържат и в чл. 90, ал. 3 от АПК, който предвижда, че изпълнението се спира също така, ако то не е в обществен интерес.

Смисълът на цитираните норми се изразява в това, че доколкото оспорването на административните актове по принцип спира тяхното изпълнение (макар в конкретната хипотеза специалният закон да предвижда обратното), в определени случаи е необходимо това спиране да се избегне. Именно по тази причина в своята практика по ВАС нееднократно е обозначавал обсъжданото предварително изпълнение като “обезпечителна мярка”. Необходимост от избягване на спирането, обаче, е налице единствено при опасност от настъпване на определени събития, които с изпълнението на акта биха могли да се избегнат. Следователно, определящ за приложимостта на разпоредбите относно спирането на предварителното изпълнение е главно времевият фактор, т.е. потенциалната възможност за изменение на фактическата обстановка, която да доведе до възникване на пречки за адекватното изпълнение на административния акт. В противен случай, спиране на изпълнението е необходимо и допустимо.

²⁶ Кино Лазаров, Емилия Къндева, Александър Еленков – „Коментар на Административнопроцесуалния кодекс”, стр. 184

Очевидно настоящият случай е такъв - няма обстоятелство, представляващо опасност за особено важен държавен или обществен интерес при спиране на изпълнението или от което биха могли да настъпят значителни или трудно поправими вреди за трети лица, различни от жалбоподателя и неговите съконтрагенти (инвеститори)

Аналогично е становището, изразено и в константната съдебна практика относно допускането на предварително изпълнение, макар и конкретно по актове на органите по приватизация и в частност на АП. Съгласно Определение № 10381 от 29.10.2007 г. на ВАС по адм. д. № 8707/2007 г. IV отделение: **„Да се допусне предварително изпълнение на практика означава разрешение за започване на последващи действия, свързани с провеждането на процедурата... Това, обаче, се явява недопустимо пред вид факта, че спорът е висящ и защитата на общественя, а не на частния интерес налага да се изчака във времето разрешаването на въпроса със сила на пресъдено нещо... Тоест, той ще бъде изпълнен след окончателното решаване на спора...”**

Няма данни, че от закъснението на изпълнението на оспорваното в настоящото производство решение ще настъпят значителни или трудно поправими вреди. Доколкото няма изрично определение на понятията „значителни вреди” и „трудно поправими вреди”, предполага се тези вреди да бъдат най-малкото определяеми по вид (за да бъдат трудно поправими) и размер (за да бъдат значителни). Очевидно е, че в конкретния случай такива не биха могли да настъпят от забавеното изпълнение на решението.

Следователно, не е налице необходимост от незабавното изпълнение на Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност”, доколкото опасност за държавни или обществени интереси не съществува и спирането на неговото изпълнение е напълно допустимо.

Отделен е въпросът, че разпоредбите на АПК поначало свързват възможността за предварително изпълнение, макар и в случаите на изрично допускане от административния орган, да се реализира единствено при опасност за особено съществени държавни интереси. Доколкото липсват дефиниции както за “държавен интерес”, така и за “особено съществен”, разграничението между съществен и особено съществен държавен интерес е въпрос, по който е компетентен именно държавният орган. А също така, не е необходимо и достатъчно държавният интерес да е особено съществен, той трябва да бъде и застрашен, за да се наложи, съответно, и неговата защита чрез избягване на спирането на неговото изпълнение.

Следователно, не би могло да се приеме, че съществува опасност за държавните интереси, били те особено съществени или не, която да налага необходимостта от тяхната спешна защита чрез недопускане на спиране на предварителното изпълнение. Още по-малко съществува опасност изпълнението

да бъде забавено или осуетено чрез оспорването на административния акт и влизането му в сила по предвидения в закона ред.

От друга страна, предварителното изпълнение би довело до увреждане на интересите на заинтересованото лице – жалбоподател.

Критерият за увреждане на интересите на жалбоподателя от предварителното изпълнение е посочен в разпоредбата на чл. 166, ал. 2 от АПК.

Предварителното изпълнение на Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност” не е обусловено от опасност държавни или обществени интереси да бъдат увредени; самото то, обаче, би могло да увреди интересите на широк кръг лица. При положение, че посоченото решение е незаконосъобразно, но бъде незабавно изпълнено, на практика се стопира дейността на дружеството и функционирането на неговите управителни органи. По този начин се блокира самото функциониране на жалбоподателя, като съвсем отделен е въпросът, че неговата дейност е насочена към структуроопределящ сектор на националната икономика, какъвто е енергетиката.

Отделен е въпросът, че, както беше изложено по-горе, законосъобразността на Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност” е спорна, като в детайли това беше вече обосновано и неговото предварително изпълнение би довело до съществени щети на жалбоподателя.

Поради всичко изложено считаме, че изпълнението на Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност” следва да бъде спряно до окончателното решаване на спора с влязло в сила произнасяне на съответния орган.

Поради горното,

УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

МОЛИМ:

да бъде отменено като незаконосъобразно Решение №226-ПД/26.02.2014 г., издадено от Зам. – Председателя на Комисия за финансов надзор, ръководещ Управление „Надзор на инвестиционната дейност” поради противоречието му с материалния закон и несъответствие с неговата цел, противоречие с административнопроизводствените правила и липса на законова форма, включително, ако намерите основание за това да го обявите за нищожно, като:

- решите въпроса по същество, а ако не намерите основание за решаване по същество,

- да изпратите преписката на компетентния орган със задължителни указания за прилагане на закона.

МОЛИМ:

да постановите спиране на предварителното изпълнение по обжалваното решение до окончателното произнасяне по спора от страна на съответния компетентен орган.

МОЛИМ:

на основание чл.152, ал.2 от АПК да се представи заверено копие от цялата преписка по издаването на обжалваното решение, както и

да бъдат присъдени направените разноски по делото.

ПРИЛОЖЕНИЯ:

1. Удостоверение за актуално състояние на „Енергони“ АД - *разпечатано в незаверен препис от партидата на дружеството на интернет страницата на Търговски регистър;*
2. Пълномощно в полза на адвокатско дружество „Камбуров и съдружници“ ведно с преупълномощаване;
3. Удостоверение за актуално състояние на адвокатско дружество „Камбуров и съдружници“;
4. Удостоверение за актуално състояние на „Консултантска къща „Амрита“ ООД, ЕИК 130565483 - *разпечатано в незаверен препис от партидата на дружеството на интернет страницата на Търговски регистър;*
5. Мотивиран отказ № 20130612102644-2/26.09.2013г. длъжностното лице по регистрация;
6. Удостоверение за актуално състояние на "БИ ЕР АКАУНТ" ЕООД, ЕИК 200759864 - *разпечатано в незаверен препис от партидата на дружеството на интернет страницата на Търговски регистър;*
7. Решение № 184/26.03.2010 г., издадено от Зам. председателя, ръководещ Управление „Надзор над инвестиционната дейност“;
8. Решение № 972-ПД/30.11.2009 г., издадено от Зам. председателя, ръководещ Управление „Надзор над инвестиционната дейност“;
9. Писмо Вх. № РГ-05-1490-9/07.06.2013 г.;
10. писмо Вх. № РГ-05-1490-22/05.09.2013 г.
11. Документ за платена държавна такса;
12. Препис от жалбата за КФН.

С уважение:


/адв. Тодор Тодоров/

/адв. Маргарита Стоянова/