

РЕШЕНИЕ

№ 61

гр. Варна, 27.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ВАРНА, III СЪСТАВ, в публично заседание на първи февруари през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Георги Йовчев

Членове: Николина П. Дамянова
Даниела Ил. Писарова

при участието на секретаря Ели К. Т.
като разгледа докладваното от Даниела Ил. Писарова Въззивно търговско дело № 20223001000531 по описа за 2022 година

за да се произнесе с решение, съобрази следното:

Производството е по реда на чл. 258 ГПК.

Производството е образувано по въззивна жалба, подадена от КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ ЕООД – София, чрез адв.М., срещу решение №159/28.04.2022 год., постановено по т.д.№ 784/2021 год. по описа на ВОС, с което са ОТХВЪРЛЕНИ предявените иски от Кей Енд Ес Енерджи ЕООД, ЕИК 124663019, със седалище и адрес на управление: гр.София, бул.България № 51 Б, ет. 4, п.к. 1404, за осъждане на „Енерго-Про Продажби“АД, ЕИК 103533691, със седалище и адрес на управление: гр.Варна, бул. „Вл.Варненчик“ № 258, Варна Тауърс -Г, да заплати на дружеството ищец Кей Енд Ес Енерджи ЕООД следните суми: 1) сума в размер 12 588,44 лв., представляваща дължима от Енерго-Про Продажби АД, цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец септември 2018г. както и сума в размер 3 832,43 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на главницата от 12 588,44 лв., начислена за периода 16.11.2018г. до предявяване на иска ведно със законната лихва върху горепосочената главница от подаване на настоящия иск до окончателното плащане; 2) сума в размер 104 331,46 лв., представляваща дължимата от Енерго- Про Продажби

АД, цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018г., както и сума в размер 31 763,14 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на сумата от 104 331,46 лв., начислена за периода от 16.11.2018г. до датата на предявяване на иска, ведно със законната лихва върху горепосочените главници от подаване на настоящия иск до окончателното плащане, на основание чл.79, ал.1 ЗЗД,вр. чл.31, ал. 1 и ал. 5 ЗЕВИ и чл. 86, ал. 1 ЗЗД.

Предявената въззивна жалба е основана на твърдения за недопустимост, евентуално - неправилност на постановения съдебен акт, като постановен при съществени нарушения на съдопроизводствените правила както и в противоречие на тълкувателно решение №1/2017г. от 09.07.2019г. по тълк.дело №1/2017г. на ОСГТК на ВКС. С жалбата се претендира спиране на производството, на основание чл.229, ал.1, т.4 ГПК до окончателното разрешаване на спора по висящи административни дела относно законосъобразността на Решение № СП -5/28.3.2019 год. на КЕВР. Сочи се, че обжалваното решението е постановено в нарушение на чл.229 ал.1, т.4 от ГПК при наличие на преюдициален спор предвид висящото производство по проверка на законосъобразността на Решение СП-5 от 28.03.2019г. на КЕВР и че първоинстанционният съд е следвало да спре делото до окончателното влизането на решението в сила.

Изложени са подробни твърдения за това, че постановеното решение е издадено в нарушение на материалния закон и е необосновано. Твърди се, че първоинстанционният съд въобще не е анализирал ефекта на измененията в ЗЕВИ от м.юли 2015г. върху механизма на заплащане на производителите от ВяЕЦ. Оспорва се извода на съда, че количеството произведена ел.енергия се изкупува до размера на НСПЕ както е определено последователно в решения № СП-1/2015г. и № СП-5/2019г. и че приложима е цената само по т.8 от Решение № Ц-10/2011г. на КЕВР, без да е извършван какъвто и да било анализ на отношенията между страните преди измененията на чл.35, ал.5 от ЗЕВИ. Твърди, че с изменението на чл.чл.31 ал.5 от ЗЕВИ, в сила от 24.07.2015г., количествата електрическа енергия, подлежащи на изкупуване по преференциални цени, се определят чрез въвеждане на допълнителен критерий, а именно НСПЕ, *но без да се променят преференциалните цени.* Твърди, че нито в текста на закона, нито в съответните подготвителни документи са налични данни законодателят да е възнамерявал да промени

структурата, размера и/или досега прилаганата методология по отношение на приложимите преференциални цени към производителите на енергия от възобновяем източник по какъвто и да било начин.

Излага, че с въпросните изменения на ЗЕВИ са ограничени количествата електрическа енергия, които да се изкупуват - до размера на НСПЕ, но не са предвидени каквито и да било нови пазарни механизми или нова регламентация на пазара, още по-малко са преуредени по какъвто и да било начин съществуващите договори и пазарни практики. Ето защо счита, че преференциалните цени, определени в т.8 и т.9 от Решение Ц-10 остават непроменени и се прилагат, както са се прилагали преди измененията в ЗЕВИ, като единствените промени, въведени с измененията на ЗЕВИ са максималните количества електрическа енергия, които следва да бъдат изкупени по преференциалните цени на Решение Ц-10. Излага твърдения за това, че съдът не е изложил аргументи относно приложението само на т.8 от Решение № Ц-10, съответно Решение СП-5, в отношенията между страните. Сочи че в решението не е разгледан въпроса кои точки от Решение СП-1/2015г. са относими към ВЯЕЦ на жалбоподателя. Твърди, че поради липса на анализ на последиците от измененията на ЗЕВИ, съдът е достигнал до неправилния и необоснован извод че по отношение на жалбоподателя са приложими само преференциалните цени по т.8 от Решение № Ц-10. Твърди, че първоинстанционният съд неправилно е приложил последствията от отмяната на решение № СП-1/31.07.2015г. с влязло в сила решение на административния съд. Сочи че съдът само е констатирал отмяната без да направи анализ по какъв начин това се отразява на отношенията между страните по делото.

Твърди, че т.1.7 от Решение СП-1 /2015г. е окончателно отменена с обратна сила спрямо всички. Сочи че съдът не е зачел и обратното действие на решението на ВАС, включително и обратното действие на отмяната на Решение СП-1. Дали и как новото решение № СП-5 на КЕВР се отразява на тези отношения също не е анализирано. Съдът не е изследвал ефекта и на решение №СП-5/2019г., което е обявено за нищожно с решение на административния съд и не е изследвал дали това решение има обвързваща сила и ефект. Пзовава се на решения на административен съд, с които е отменено решение СП -1 на КЕВР в частта по т.2.7 и т.2.8, за определяне на

НСПЕ. Твърди че в решения на ВАС № 3312 от 04.03.2020г. по адм.дело №14112/18г., №9209 от 09.07.2020г. по адм.дело №4146/19г. е даден положителен отговор на материално-правния въпрос, касаещ основателността на претенцията.

Твърди се в обобщение, че е възможно юридически ВяЕЦ на жалбоподателя да попада под двете групи производители на електрическа енергия, работещи в рамките на една календарна година, като това разбиране е било ясно между страните съобразно уговореното в чл.18 ал.4 от договора, където изрично е предвидена тази възможност и приложението на двете преференциални цени за изкупуване на електрическа енергия в рамките на една календарна година. Твърди, че след като липсва нормативен акт или нормативен административен акт, определящ индивидуализиращ критерий, по който всеки от енергийните източници може да бъде условно отнесен към една или друга група производители, то неговата теза е основателна. Твърди също така, че с отмяната на СП-1 в приложимия към настоящия казус раздел втори, с обратна сила са отпаднали праговете на нетно специфично производство на електроенергия, което води до извод, че не съществува императивно ограничение да продава произведената електрическа енергия по преференциалните цени.

Твърди, че първоинстанционният съд е следвало да се произнесе по валидността на Решение № СП-5/2019г. по реда на чл.17, ал.2 от ГПК, което не е сторено. Намира още първоинстанционното решение за необосновано, тъй като първоинстанционният съд не е разгледал нито един от аргументите и твърденията на жалбоподателя: не е разгледал съществуващата до момента на промените практика между страните и не е споменат факта, че между дружествата са прилагани и двете точки на Решение Ц-10; не е обсъдил че отказът на насрещната страна за плащане е обоснован само и единствено с тълкуване, дадено от НЕК, което не е относимо към задълженията на ответника да закупува определени количества електрическа енергия по преференциални цени.

Моли съда да отмени обжалваното решение изцяло и да постанови ново, с което предявените от него осъдителни искиове да бъдат уважени изцяло. Претендира направените по делото разноски.

В срока по чл.263 ГПК основателността на предявената въззивна жалба

се оспорва в писмен отговор на насрещната страна Енерго про Продажби АД, чрез адв.Агл.Т.. Постъпило е и становище на третото лице –помагач НЕК ЕАД, чрез ю.к.Ел.М., с подробно изложени в писмен вид аргументи, с искане същата да бъде оставена без уважение.

Въззиваемата страна сочи, че съдът правилно е извел фактите по делото, въз основа на които е достигнал до верни и обосновани изводи. Соци, че административното производство по обжалване на Решение СП-5/2019г. не е от преюдициално значение към спора, поради което не е налице противоречие на съдебния акт с ТР №1/2017г. на ОСГТК на ВКС. /цит.съдебна практика, вкл.решение по т.дело №1184/2020г. на Първо т.о., ВКС; определение по т.дело 2114/2020г. на Второ т.о., ВКС; определение по т.дело 1628/2018г. на Второ т.о./ Съобразно това, въззиваемата страна счита, че не е налице основание за спиране на производството по делото на основание чл.229, т.4 ГПК до окончателното произнасяне на ВАС по адм.дело №1719/2021г. относно законосъобразността на решение СП-5. Твърди, че оплакванията за материална незаконосъобразност на съдебното решение са неоснователни, тъй като съдът е приложил разпоредбите съобразно целта на закона като е съобразил и последиците от отмяната на т.1.7 от решение СП-1/2015г. на КЕВР. Поддържа, че правото на производителя да използва нормативно създадения преференциален режим на продажба е ограничено със закона съгласно чл.31, ал.5 ЗЕВИ /24.07.2015г./ Неоснователно се твърди, че е оплакването за процесуално нарушение на закона, тъй като съдът не осъществил косвен контрол за законосъобразност на решение СП-5/2019г., на основание чл.17, ал.2 ГПК. Соци, че валидността и законосъобразността на решение СП-5/2019г. е потвърдена с влязло в сила решение на ВАС – адм.дело №1629/2022г., с решение №5849/15.06.22г., с което е потвърдено решение по адм.дело №6210/2021г. на АССГ, с което е потвърдена валидността и законосъобразността на решението на КЕВР. Твърди се, че предходни решения по адм.производства, с които се прогласява нищожност на решението на КЕВР /цит. във въззивна жалба/, са вече отменени от ВАС и върнати на АССГ за произнасяне по законосъобразността на административния акт.

Претендира се отхвърляне на жалбата като неоснователна ведно с присъждане на разноски.

В аналогичен смисъл е и становището на третото лице –помагач НЕК ЕАД.

В открито заседание жалбата се поддържа от въззивника чрез адв.П.. Претендират се разноси за двете инстанции.

Въззиваемата страна, представлявана от адв.В. И. поддържа отговора и становището за неоснователност на жалбата и направените с нея искания.

Не се явява представител на третото лице-помагач на въззиваемото дружество.

За да се произнесе по жалбата съдът съобрази, че производството е образувано по обективно съединени иски на "Кей Енд Ес Енерджи" ЕООД срещу „Енерго-Про продажби” АД, с правно основание чл. 79, ал.1 ЗЗД вр. чл. 31, ал. 1 и ал. 5 от ЗЕВИ, и чл. 86, ал. 1 ЗЗД, за осъждане на ответника да заплати на ищеца: сума в размер 12 588,44 лв., дължима от "Енерго-Про Продажби" АД като цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец септември 2018г., на основание чл.79, ал. 1, предл. 1 от ЗЗД, както и сума в размер 3 832,43 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на главницата, за периода от 16.11.2018 г. до предявяване на иска както и законна лихва върху горепосочената главница от подаване на настоящия иск до окончателното плащане; (2) сума в размер 104 331,46 лв., дължима от "Енерго-Про Продажби" АД като цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018 г. на основание чл. 79, ал. 1, предл. 1 от ЗЗД, както и сума в размер 31 763,14 лв., представляваща обезщетение за забава за периода от 16.11.2018 г. до предявяване на иска, както и законната лихва върху горепосочената главница от подаване на настоящия иск до окончателното плащане. Претендират се съдебно-деловодни разноси.

Ищецът твърди в исковата молба, че е собственик на вятърна електрическа централа - ВяЕЦ "ВГ16" с обща инсталирана мощност 2000 kW (две хиляди киловата), състояща се от един ветрогенератор тип VESTAS V90, находящ се в поземлен имот в землището на гр.Каварна, община Каварна, област Добрич. За изкупуване на произведената енергия бил сключен с ответника Договор за изкупуване на електрическа енергия №83 от 11.05.2009 г., по силата на който последният се е задължил да изкупува ежемесечно, на база издадени от производителя фактури, произведената електрическа

енергия на преференциална цена, определ. от КЕВР с Решение № Ц-010/30.03.2011 г., и съобразно разпоредбите на ЗЕВИ и Наредба №1 от 14.03.2017г. за регулиране цените на електрическата енергия. Твърди се, че през м. септември 2018 г. ищецът произвел и доставил на ответника енергия в размер на 447,774 MWh, за която издал Фактура № 233/30.09.2018г. на стойност 87 575,64 лв. с ДДС, като продажната цена за количеството 387,592 МВч е 188,29 лв./МВч (а именно, съответно приложимата преференциална цена по т.8 от Решение Ц-010). Ищецът издал фактура по тази цена, тъй като съответните количества електроенергия са произведени, докато централата е работила преди да надхвърли праг от 2000 kVч нетно специфично производство на електроенергия ("НСП") от инсталиран 1 kV мощност. Твърди се, че фактурата била изцяло платена от ответника. Впоследствие, през същия месец септември 2018г. ВяЕЦ произвела електроенергия в размер на 60,182 МВч, за която ищецът издал Фактура № 234/11.10.2018г., на стойност 1 009,56 лв. с ДДС, като продажната цена за количеството 60,182 MWh била 13,97 лв. - приложимата цена за излишък на балансиращия пазар, тъй като към този момент ВяЕЦ била работила при прехвърляне прага от 2000 kWh, но без да е достигнала 2250 ефективни часа и без да е достигнала прага от 2 300 MWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Тази фактура също била заплатена от ответника изцяло.

Твърди, че през целия месец септември ВяЕЦ работила под 2250 часа и без да надхвърля прага от 2000 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Затова след като през месец октомври ВяЕЦ достигнал 2300 kWh НСПЕ, ищецът издал на ответника дебитно известие № 235/31.10.2018г. към Фактура №234, за сумата от 12 588,44 лв. с ДДС, с което коригирал продажната цена за излишък на балансиращ пазар до размера на преференциалната цена, дължима по т.1.7 от Решение СП-1/2015г. (цена 188,29 лв./MWh) за количеството електроенергия, произведено през месец септември 2018г. Твърди се, че ВяЕЦ на ищеца била работила над 2000 НСПЕ, но преди достигането на 2250 ефективни часа работа, също така не била достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Поради това цялото количество произведена електрическа енергия през м. септември подлежало на изкупуване по преференциалната цена, дължима по т.1.7 от Решение СП-1, респ. по т.8 от Решение Ц-010.

Твърди се, че ответникът не е заплатил тази разлика в размер на 12

588,44 лв. с ДДС, поради което се предявява с иска по чл.79 ЗЗД. Освен това ответникът дължал на ищеца и обезщетение за забава в размер на 3 832,43 лв. върху сумата от 12 588,44 лв., считано от 16.11.2018 г. – датата на която е изпаднал в забава до датата на подаване на исковата молба.

На следващо място ищецът излага, че през месец октомври 2018г. произвел чрез ВЯЕЦ и доставил на ответника електроенергия в размер на 499,76 MWh, за която е издал фактура № 108/31.10.2017 г., на стойност 111 816,36 лв. с ДДС, като продажната цена за количеството 439,181 MWh била 188,29 лв./MWh (приложимата преференциалната цена, дължима по т. 8 от Решение Ц-010), преди достигане на 2250 ефективни часа. Продажната цена за количеството 59,942 MWh била 172,95 лв./MWh (приложимата преференциалната цена, дължима по т.9 от Решение Ц-010), след достигане на 2 250 ефективни часа. Ищецът издал фактурата по тази цена, тъй като през месец октомври количеството електроенергия 439,181 MWh било произведено докато централата е работила над прага от 2 000 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност и преди да е достигнала 2250 ефективни часа, без да е достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. За количеството електроенергия от 59,942 MWh произведено през същия месец октомври 2018 г. централата вече била надхвърлила с тези количества 2 250 ефективни часа, но без да е достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Така количеството произведена електрическа енергия през месец октомври 2018г. в общ размер на 499,76 MWh (439,181 MWh при работа на централата до 2250 ефективни часа и 59,942 MWh при работа на централата над 2250 ефективни часа), подлежало на изкупуване последователно по двете преференциални цени по т.8 и т.9 от Решение Ц-010, и с оглед НСПЕ по т.1.7. и т.1.8. от Решение СП-1, защото през целия месец октомври централата не била достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Към настоящия момент ответникът бил заплатил на ищеца единствено част от сумата по фактура № 236 в размер на 7 484,90 лв., като към настоящия момент оставала дължима и незаплатена сумата в размер на 104 331,46 лв. с ДДС. Върху тази главница ищецът претендира и обезщетение за забава в размер на 31 763,14 лв., изчислено от 16.11.2018 г. – датата на която ответникът е изпаднал в забава, до датата на подаване на исковата молба. Ищецът излага още, че договор №83/11.05.2009 г. се е изпълнявал в процесния период и до влизане в сила на промените в ЗЕ през

май 2018г., вследствие на които считано от 01.10.2019 г. действието на договора е прекратено, като процесните количества електроенергия за м. септември 2018 г. и месец октомври 2018 г. са произведени и доставени при условията на сключения между страните договор. Ищецът сочи, че към момента на сключване на договор и за 15 години напред се прилага преференциалната цена, определена в Решение № Ц-10/31.03.2010г. на ДКЕВР. След приемане на Решение № Ц-10/30.03.2011 г. на ДКЕВР следвало да се прилага определена в последното преференциална цена относно цялото произведено от ищеца и изкупено от ответника количество електроенергия. С влизане в сила на ЗЕВИ на 03.05.2011 г. тази цена остава в сила съгласно договора. Поддържа, че при определяне на преференциални цени по Решение № Ц-10/2011г., ДКЕВР е въвела специален критерий по отношение на производителите на електроенергия от вятърни електроцентрали, па именно: „наличен ресурс на първичния енергиен източник при пълни ефективни годишни часове за работа на ветровите генератори – до 2 250 часа вкл. и над 2 250 часа годишни часове“. Въз основа на това за производителите на електрическа енергия от вятърни електрически централи били определени две различни преференциални цени за изкупуване на електрическа енергия, които се прилагали в зависимост колко работни часове е достигнала съответната вятърната електрическа централа. Така в т.8 на Решение Ц-10 била определена цена от 188,29 лв./MWh за вятърни електрически централи, работили до 2 250 часа, и в т. 9 на Решение Ц-10 била определена цена от 172.95 лв./MWh за вятърни електрически централи, работили над 2 250 часа. В този смисъл, по силата на Решение Ц-10 производителите на електрическа енергия от вятърни електрически централи, включително ищецът, следвало да фактурират произведената от тях електрическа енергия по преференциалната цена, определена в т. 8 от Решение Ц-10 до достигане на 2 250 ефективни годишни часове работа на единица инсталирана мощност, а след достигането им /2 250 ефективни годишни часове/ – по преференциална цена, определена в т. 9 от Решение Ц-10 за единица инсталирана мощност. Изтъква се, че такава била и трайната практиката в отношенията между ищеца и ответника. Претендира се уважаване на осъдителните иски за реално изпълнение на договора.

В срока по чл.367 ГПК, ответникът „Енерго–Про Продажби“ АД оспорва предявените иски като неоснователни. Не оспорва, че ответникът е производител на ел. енергия чрез обект ВяЕЦ с обща инсталирана мощност

2000 kW, присъединена към електроразпределителната мрежа на „Електроразпределение Север“ АД по силата на визирания от ищеца договор. Не оспорва, че между него и ищеца е сключен договор за изкупуване на ел.енергия №83/11.05.2009г., като съгласно чл.18 от договора цената на изкупуваната енергия е регулирана и се определя от КЕВР. Сочи, че между страните за процесния период е приложима преференциалната цена, определ. с Решение № Ц-10/30.03.2011г. на ДКЕВР, която счита че се дължи за количествата до размера на нетното специфично производство, въз основа на което са определени преференциалните цени, а за количествата надхвърлящи това производство – по цени на излишък на балансиращия пазар съгласно чл.31, ал.5 от ЗЕВИ.

Твърди, че цялото количество произведена през процесните месеци електрическа енергия след достигане на нетно специфичното производство от 2 000 KWh е платена от ответното дружество по съответната цена за излишък на балансиращия пазар, определ. от „ЕСО“ ЕАД, като за месец септември 2018г. „Кей енд Ес Енерджи“ ЕООД е получило плащане в размер на 87 575,64 лв. с ДДС за произведените 447,774 MWh и 1009,56 лв. с ДДС за произведените 60,182 MWh, а за месец октомври 2018 г. — 7 484,90 лв. с ДДС за произведените 499,76 MWh, като сумата е платена с три отделни плащания на 26.10.2018г. за 87 575,64лв., на 30.10.2018 г. за 1009,56 лв. и на 29.11.2018г. за 7484,90 лв. Поддържа, че с писмо изх.№185/24.01.2019г. „Енерго -Про Продажби“ АД е уведомило производителите от ВяЕЦ, вкл.ищеца, че „НЕК“ЕАД оспорват издадените за месец септември и октомври на 2018г. счетоводни документи за закупена от крайния снабдител електрическа енергия, тъй като производителите са фактурирали продадената електрическа енергия над лимита по чл.31 от ЗЕВИ. Твърди се, че ищецът не се е съобразил със становището на крайния снабдител – ответника и НЕК ЕАД – обществен доставчик и не е извършил корекция на цената по издадените счетоводни документи – от преференциална цена на цена за излишък на балансиращия пазар, съответна на часа на производство. Вместо да коригира счетоводните документи, „Кей енд Ес Енерджи“ ЕООД е завело искове, с които претендира неоснователно заплащане на преференциална цена за произведените през месец септември и октомври 2018г. количества ел.енергия над нетно специфично производство от 2 000 KWh за 1 KW инсталирана мощност по преференциалната цена по т.8 от Решение

Ц10/30.03.2011г. на КЕВР. Оспорва твърдението на ищеца, че с Решение № Ц-10/30.03.2011 г. на ДКЕВР и с Решение СП-1 от 31.07.2015 г. на КЕВР се определят две различни преференциални цени, които се прилагат за една и съща ВяЕЦ в рамките на едногодишен период в зависимост от достигането на 2250 работни часа, тъй като това твърдение противоречи на чл.31, ал.5 ЗЕВИ.

Ответникът поддържа, че достигането на НСП при всички случаи съставлява прага, до който се дължи преференциалната цена. Количествата на произведената и продадена електрическа енергия след достигане на НСП от 2000 кВтч за 1 кВт инсталирана мощност следва да се заплащат по цена за излишък, тъй като ищецът с поведението си, предхождащо процесния период е демонстрирал принадлежността си към групата ВяЕЦ, работещи до 2250 часа. Ответникът твърди, че е изправна страна по договора, поради което неоснователни се явяват и акцесорните искове.

В допълнителната размяна на книжа не са изведени нови твърдения и доводи на страните. Исковете се поддържат на изложеното основание, съответно ответното дружество оспорва същите поради изменена правна регламентация на отношенията във връзка с изкупуване на произведената от ВИ ел.енергия.

Третото лице -помагач на страната на ответника „Национална Електрическа Компания“ ЕАД също оспорва основателността на исковата претенция. Излага подробна аргументация, която поддържа в нарочно представено становище по същество на спора.

В съдебно заседание процесуалните представители на страните поддържат изложените твърдения и претендират присъждане на разноски.

Съдът, съобразно правомощията си като въззивна инстанция, след преценка на твърденията и доводите на страните, съобразно приетите доказателства, намира за установено следното от фактическа и правна страна:

Жалбата е подадена в срок от надлежна страна в процеса и срещу подлежащ на обжалване съдебен акт, поради което е процесуално допустима и подлежи на разглеждане по същество. Жалбата и отговорите са надлежно администрирани.

Същата не съдържа нови доказателствени искания.

Съгласно чл.269 ГПК, въззивният съд се произнася служебно по валидността на решението, а по неговата допустимост – в обжалваната част;

по правилността на съдебното решение съдът е обвързан от посоченото в жалбата оплакване.

Решението на първата инстанция се обжалва изцяло като предмета на въззивното производство съвпада с този на първоинстанционното, тъй като направените оплаквания са за неправилност, дължаща се на погрешни правни изводи на съда. Фактите по делото не са спорни между страните.

Основният спорен между страните въпрос се свежда до цената за изкупуване на произведените от ищеца чрез ВяЕЦ количества електроенергия – дали това да е предвидената преференциална цена, определена с решение Ц-10 на КЕВР или цената за излишък на балансиращия пазар, определена от ЕСО ЕАД по реда на ПТЕЕ. В тази връзка въззивният състав съобрази следното: Договорът за изкупуване на ел.енергия от 2009г. е сключен по време на действието на ЗЕВИАЕИБ /ЗАКОН за възобновяемите и алтернативните енергийни източници и биогоривата/, който предвиждал в срок от 15 години изкупуване на цялото произведено количество ел.енергия от възобновяеми източници по преференциални цени, формирани от 80% от средните на пазара с добавка за стимулиране на този вид производство, определяни периодично от ДКЕВР по критерии в зависимост от вида на първичния енергиен източник. На 03.05.2011г. е влязъл в сила ЗЕВИ, пар.7, ал.1 от ПЗР на който определя, че дългосрочните договори за изкупуване на енергия от ВИ /възобновяеми източници/ запазват действието си, с преференциална цена за изкупуване действаща към датата на влизане в сила на закона. В случая това е цената, определена с решение Ц-10/2011г.

След влизане в сила на ЗЕВИ, по тази преференциална цена е изкупувано цялото количество ел.енергия, произведено от ищеца до изменението на чл.31, ал.5 ЗЕВИ /ДВ, бр.109/2013г., в сила от 01.01.2014г./, според което крайният снабдител има задължението за изкупуване на произведената от ВИ енергия по преференциална цена за количествата до размера на определена сродногодишна продължителност на работа, определена от енергийния регулатор за конкретния производител, а за надхвърлящите произведени количества – по утвърдени цени за крайните снабдители и електроразпределителните дружества. Със следващо изменение на ЗЕВИ /обн.ДВ, бр.56 от 24.07.2015г./ се въвежда принципна промяна в регламентацията на пазара на произведената от ВИ ел.енергия като

законодателят ограничава преференциално изкупуваното количество не само като цени, но и като обем и въвежда праг /нето специфично производство - НСП/, до който крайния снабдител е задължен да изкупи по вече замразените за този производител преференциални цени, а съответният остатък от производството, доколкото не е договорена за свободна доставка на други клиенти, може също да бъде изкупено от крайния снабдител и доставено на обществения доставчик, но на много по-ниски цени за излишък на балансиращия пазар. Тъй като критерият за обема на преференциално производство, определен в пар.1, т.29 от ДР на ЗЕВИ, е бил въведен именно с това изменение, до този момент не е бил прилаган в отношенията между участниците на пазара на произвеждана от ВИ ел.енергия.

Съгласно легалната дефиниция в пар.1, т.29, нетно специфично производство /НСП/ е средногодишното производство на ел.енергия от 1 КВ инсталирана мощност съгласно решение на КЕВР за определяне на преференциални цени след приспадане на собствените нужди.

В пар.17 от ПЗР на ЗИД на ЗЕ е предвидено, че в срок до 31.07.2015г., в съответствие със ЗЕВИ Комисията за енергийно и водно регулиране /КЕВР/ приема решение, с което установява НСП на ел.енергия в съответните решения на комисията, приети до влизане на изменението в сила. В изпълнение на това законово задължение, с решение СП -1/31.07.2015г. КЕВР определя НСПЕ като критерият е работа до и над 2 250 годишни часове на ветровите генератори. Произведената и продадена ел.енергия над така определените в решение СП -1 нетни количества се изкупува по цена за излишък. Разпоредбата на чл.31, ал.5 ЗЕВИ на общо основание намира приложение както към бъдещи производители, така и към заварените, които имат вече сключени договори за изкупуване на ел.енергия от ВИ, въпреки дългосрочния характер на договорите. Настоящият състав споделя наложилото се в съдебната практика разбиране, че ако се допусне един и същи производител да може да промени началното си планиране като преминава от една към друга тарифа в рамките на една и съща година, това би довело до получаване на приход от този производител над заложената за съответната група централи норма на възвращаемост на разходите и би обезсмислило новата регулация, целяща са ограничи приходи над нормирана обща възвращаемост от инвестиция в полза на обществото. Или, дори да се приеме, че при първоначалното си договаряне страните по спора са уговорили

заплащане на изкупената ел.енергия от ВИ чрез ВяЕЦ по две преференциални цени, то след влизане в сила на изменението в чл.31, ал.5 ЗЕВИ, т.е. след 25.07.15г., тази договореност не може да намери приложение, тъй като противоречи на въведеното със закон ограничение. В този смисъл и в мотивите към законопроекта на чл.31, ал.5 ЗЕВИ изрично е разписано, че замяната на понятието средногодишна продължителност на работа с нетно специфично производство на ел.енергия изрично, цели да създаде условия по преференциални цени да бъдат изкупувани само онези количества ел.енергия, които осигуряват приходи на производителите от ВИ, съответстващи на заложената норма на възвращаемост в определените преференциални цени със съответните решения на КЕВР. Целта на изменението на закона е постигане на баланс между разходите на обществения доставчик и нормата на възвращаемост на производителите, заложена в определените преференциални цени по начин, който изключва възможността за неоснователно обогатяване на последните. Горното налага извод, че липсва законова възможност произведената и продадена от ищеца ел.енергия да бъде изкупена по две преференциални цени.

Другият спорен между страните въпрос касае правните последици от отмяната на решение СП -1/2015г. на КЕВР, в частта му по т.1.7 с решение №1115/28.01.2019г. на ВАС по адм.дело №5284/2018г. С оглед тази отмяна, която действа с обратна сила и спрямо всички, въззивникът твърди, че към момента на постановяване на обжалваното решение не е съществувало НСП, въз основа на което ответникът да откаже да извърши плащане на дължимите суми за произведената ел.енергия, в пълен размер. Действително, решение СП -1/2015г. в частта по т.1.7 е отменено с влязъл в сила акт като незаконосъобразно с решение №1177/23.02.2018г. по адм.дело №8522/2015г. на АССГ. С решение №1115/28.01.2019г. по адм.дело №5284/2018г. на ВАС е потвърдено цитираното решение на АССГ като е обезсилено решението в частта, с която е отменена т.1.8 от решение СП -1. С оглед на това КЕВР е приела решение СП -5/28.03.2019г., с което на основание пар.17 от ПЗР на ЗИД на ЗЕ /ДВ, бр.56/2015г./установява, считано от 31.07.2015г. НСПЕ в размер на 2000 КВч, въз основа на което е определена преференциална цена за ВяЕЦ, работещи до 2250 часа по т.8 от решение Ц-10/2011г. на КЕВР. Новото решение е прието въз основа на закона, поради което твърдението на въззивника, че със свое решение №1115/2019г. ВАС не връща делото на

КЕВР за ново произнасяне и не дава на регулатора задължителни указания в тази връзка, е ирелевантно. Твърдението, че липсва НСПЕ, което да бъде изкупувано по преференциална цена се явява неоснователно.

Оплакването в жалбата, че решението на ВОС е постановено в противоречие с ТР №1/2017г. от 09.07.2019г. по т.дело №1/2017г. а ОСГТК на ВКС, тъй като е постановено в нарушение на чл.229, т.4 ГПК, а именно –при наличие на преюдициален спор предвид висящо производство по проверка на законосъобразността на решение СП -5/2019г., е неоснователно. С решение №60130/31.01.2022г. по т.дело №1681/2020г. на второ т.о. на ВКС, ТК, което настоящият състав споделя, касационната инстанция приема, че преценено във връзка с предпоставките на чл.229, т.4 ГПК и предмета на конкретния правен спор, обжалването пред административен съд на приетото от КЕВР повторно решение СП -5, след отмяната на първоначално приетото, не обосновава необходимост от спиране на производството по предявени осъдителни иски за парични вземания за цена на произведена от ВИ ел.енергия. Поради особената значимост на обществените отношения, регулирани с приетите решения на КЕВР, законодателят е допуснал отклонение от общите правила на чл.166 и чл.167 АПК относно обжалването и спирането на изпълнението на индивидуални административни актове и със специална законова разпоредба – чл.13, ал.9 ЗЕ е предвидил незабавно изпълнение на решенията на регулатора, приети въз основа на пар.17 от ПЗР на ЗИД на ЗЕ. И тъй като обжалването на тези решения не спира изпълнението им, искането за спиране на изпълнението от съда, е недопустимо. В този смисъл и въззивният съд се е произнесъл по направеното с жалбата искане за спиране на производството още в разпоредително заседание с рег.№822/13.12.2022г., постановено по настоящото въззивно дело.

Нещо повече, с оглед препращането към вече приети от регулаторния орган решения за определяне на преференциални цени последващите решения на енергийния регулатор имат само констативен характер и установената от закона тяхна предварителна изпълняемост налага при разрешаването на гажданскоправния спор между страните да бъдат зачетени породените от момента на приемането им правни последици, независимо от обжалването им по административен ред. А тези последици се свеждат до установяване на НСП като един от компонентите за формиране на преференциални цени за изкупуване на ел.енергия от ВИ, определени в

приети по-рано и влезли в сила решения на КЕВР. Евентуалната последваща отмяна на обжалваните решения ще заличи последиците от допуснатото предварително изпълнение като в този случай административният орган ще следва да определи възстановителни мерки по смисъла на чл.301 АПК.

За пълнота на изложеното следва да бъде отбелязано, че към момента на постановяване на обжалваното решение на ВОС, валидността и законосъобразността на решение СП-5/2019г. на КЕВР са потвърдени с влязло в сила решение №5849/15.06.2022г. по адм.дело №1629/2022г. на ВАС.

Неоснователно е оплакването в жалбата и за допуснато нарушение на материалния закон при постановяване на решението на ВОС предвид липсата на анализ от съда на ефекта на измененията на ЗЕВИ от юли 2015г. върху механизма на заплащане на производителите на ел.енергия от ВИ – ВяЕЦ. Както бе посочено по-горе, с изменението на чл.31, ал.5 ЗЕВИ, в сила от 25.07.15г., общественият доставчик, съответно крайният снабдител, са задължени да изкупуват произведената ел.енергия от ВИ до определен размер – НСПЕ, въз основа на което са определени преференциални цени в решенията на КЕВР, а за количествата над този размер, енергията се изкупува по цена за излишък на балансиращия пазар. В тези решения годишната производителност е поставена в зависимост от прогнозните пълни ефективни часове на работа на ветровите генератори, което предполага различно средногодишно производство за двете ветрови зони и на тази база производителите се категоризират като попадащи или в едната, или в другата ветрова зона, но не и в двете едновременно.

Настоящият състав споделя изцяло правните изводи, формирани от първата инстанция и препраща към същите на основание чл.272 ГПК. В случая, ищецът сам е определил оперираната от него ВяЕЦ като работеща до 2 250 часа, тъй като цената на изкупуване на електроенергията към момента на сключване на договора е определ. за електроцентрали, попадащи именно в тази ветрова зона. /вж.чл.18 от договора за изкупуване/ Този извод следва непосредствено от твърденията още в исковата молба. Фактурираната и получавана преференциална цена от 188.29 лева/МВтч, съгласно т.8 от решение №Ц-10 се отнася за ВяЕЦ, чието НСП е до 2000 кВтч от 1 кВт инсталирана мощност, определено в т.1.7 от решение СП -1/2015г. на КЕВР. Логиката и правната уредба на режима на заплащане на ел.енергия от ВИ

сочи, че съответното категоризиране на производителите се извършва към един предходен момент, към датата на сключване на договорите, а не в края на съответната година както и не подлежи на промяна за срока им на действие.

Искането, подновено и с жалбата, за осъществяване на косвен съдебен контрол по отношение на решение СП -5/2019г. на КЕВР, по реда на чл.17, ал.2 от ГПК, съдът намира за лишено от интерес. Основният според по делото въпрос, съобразно изложеното по-горе, е дали по отношение не една и съща електроцентраля, в рамките на една календарна година, са приложими и двете тарифи за изкупуване на произведена ел.енергия от ВИ по преференциални цени или спрямо една централа, в рамките на една календарна година е приложима само едната тарифа при достигане на размера, след който разликата подлежи на заплащане по цени за излишък. Признаване на новоприетите решения на КЕВР за незаконосъобразни/нищожни и следващото от това незначително на правните им последици, не би допринесло за разрешаването на поставения по делото въпрос. Дори тези решения да бъдат обявени за нищожни, действащият законово определен лимит за изкупуване на ел.енергия от ВИ, няма да отпадне. Поради това, искането за косвен съдебен контрол от страна на решаващия въззивен състав е без значение за конкретния спор.

Въз основа на изложеното, въззивният съд достига до извод за неоснователност както на главните, така и на акцесорните искове с правно основание чл.86 ЗЗД.

Поради пълно съвпадане на правните изводи по спора, решението на първата инстанция следва да бъде потвърдено.

С оглед изхода от спора разноски за въззивното производство се следват на въззиваемата страна Енерго про Продажби АД до установения по делото размер. Съгласно представения списък на разноските /л.61/, страната претендира сумата от 6 348 лева адв.възнаграждение с ДДС. Към списъка е приложен договор за правна помощ от август 2022г., в който е постигнато съгласие относно размера на дължимия хонорар по делото пред въззивна инстанция. Приложена е фактура №24180/08.08.2022г. за заплащане на идентично по размер възнаграждение на пълномощника. /както и преводно нареждане от 18.08.22г./ Възражението за прекомерност е неоснователно

предвид минималните размери на адв.възнаграждения, установени в чл.7, ал.2 от Наредба №1/2004Г. за МРАВ, в редакцията към процесния случай ДВ, бр.68/31.07.2020г./с оглед датата на договора за правна помощ/.

Съобразно изложеното, съдът

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА изцяло решение №159/28.04.2022г., постановено по т.дело №784/2021г. по описа на ВОС.

ОСЪЖДА КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ ЕООД, ЕИК 124663019, гр.София да заплати на ЕНЕРГО ПРО ПРОДАЖБИ АД, ЕИК 103533691, Варна, сторените във въззивното производство разноски в размер на 6 348 лева с ДДС, на основание чл.78, ал.3 ГПК.

РЕШЕНИЕТО е постановено при участие на НЕК ЕАД, София, в качеството му на трето лице-помагач на въззиваемата страна.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в едномесечен срок от съобщаването му с касационна жалба пред ВКС.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____