

РЕШЕНИЕ

№ 1194

гр. София, 31.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

СОФИЙСКИ ГРАДСКИ СЪД, ТО VI-23, в публично заседание на двадесет и девети септември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Анна Ненова

при участието на секретаря Димитринка Анг. Иванова
като разгледа докладваното от Анна Ненова Търговско дело №
20211100901978 по описа за 2021 година

и за да се произнесе, взе предвид следното:

Предявени са иски с правно основание чл. 124, ал. 1 от ГПК, евентуално чл. 55, ал. 1 и чл. 86, ал. 1 от ЗЗД.

Ищецът „ВиК“ ЕООД, гр. Петрич, твърди, че на 29.01.2021г. между страните е бил сключен договор за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на нетна активна електрическа енергия и координатор на балансираща група за нуждите на „ВиК“ ЕООД, гр. Петрич“, със срок на действие на договора 12 месеца от датата на регистрация на първия регистриран график за доставка – първата доставка на електрическа енергия.

Съгласно раздел IV, т. 1 от договора възложителят – ищец е заплащал доставената енергия в лева, съгласно оферирана в ценово предложение цена на нетна активна електрическа енергия – 98.00 лв/MWh без ДДС. Според приетата между страните клауза в чл. 3, раздел IV от договора по време на действието му оферираната в ценовото предложение на изпълнителя цена на нетна активна електрическа енергия не се променя.

С писмо до ищеца с вх. № 101 от 25.06.2021г. изпълнителният директор на ответното дружество е изложил твърдения, че от началото на 2021г. се отчитало съществено увеличение на цената на електрическата енергия на българската и на европейската електроенергийна борса. Излагайки аргументи в тази посока, ведно с писмото е бил изпратен проект за допълнително споразумение за подпис за изменение на цената по договора, като е предложено тя да се определи на 169. 07 лв/MWh, считано от 01.06.2021г. Ищецът е отговорил, че не са налице законови основания за промяна на договора, както и че той следва да се прилага съгласно приетите клаузи и по начина, по който е подписан.

С ново писмо от 17.08.2021г. ищецът е бил информиран, че за гарантиране доставките на електрическа енергия е необходимо фактурирането да се извършва два пъти месечно, а с писмо вх. № 123 от 20.08.2021г. отново са били изложени аргументи за необходимостта от сключване на допълнително споразумение, при „непредвидени обстоятелства“, и при цена, считано от 01.08.2021г., от 250 лв/MWh. Предложението е било с валидност 3 дни и в случай, че същото не е било прието, договорът е трябвало да се счита развален по право на основание чл. 89 от ЗЗД. В отговор ищецът е отрекъл да се касае за непредвидено и непредвидимо обстоятелство.

С уведомление за прехвърляне към доставчик последна инстанция от 30.08.2021г. ищецът е бил уведомен от „ЧЕЗ Разпределение България“ ЕАД, че обектите на дружеството са били заявени да прехвърляне към доставчик от последна инстанция, считано от 01.09.2021г.

Междувременно от ответника е била изпратена фактура № 6000004238/01.09.2021г. за заплащане на сума за доставка на електрическа енергия в размер на 106 030. 30 лева с ДДС в частта доставка на електрическа енергия, включваща активна енергия, прогнозиране, балансиране за периода от 01.08.2021г. до 23.08.2021г. и от 24.08.2021г. до 31.08.2021г., включително акциз по чл. 20, ал. 2, т. 17 от ЗА. Ответникът е отказал да коригира фактурата, считайки договора между страните развален на 23.08.2021г. Поискано е било ново коригиране. Завишената сума не е била платена. Цената на изразходваната електрическа енергия в общ размер от 541.02300 MWh е следвало да се изчисли на базата на договорената от страните цена от 98 лева за MWh – 53 020. 25 лева, или 64 922. 76 лева с акциз и ДДС, която е

била и платена.

При изложеното ищецът иска да бъде установено, че не дължи сума от 41 107. 54 лева за твърдяна консумирана и незаплатена електрическа енергия по фактура № 6000004238/01.09.2021г.

Евентуално се иска да бъде осъден ответникът да върне сумата от 41 107. 54 лева като платена без основание, със законната лихва от датата на исковата молба (07.10.2021г.).

В исковата молба са развити подробни съображения, че договорът за обществена поръчка е особен вид договор, в който свободата на договаряне е нормативно ограничена в услуга на обществения интерес, при позоваване на чл. 1 от ЗОП. Изпълнителят сам подава предложение за цената. И съгласно общото правило на чл.20а, ал. 2 от ЗЗД цената по договор може да се промени само по взаимна договорка между страните, каквато липсва. Страните изрично са се споразумели цената, посочена в ценовото предложение, да не бъде изменяна по време на действие на договора, но дори и такъв текст да е липсвал, то забраната за произволна промяна на цената е задължителна за страните (императивната разпоредба на чл. 116 от ЗОП). В константната съдебна практика е разяснено, че изменението на договора за обществена поръчка не може да нарушава параметрите на обществената поръчка. (Решение № 82/19.02.2011г. по т.д. № 658/2010г. на ВКС, ТК, I т.о., Решение № 43/02.08.2017г. по т.д. № 61341/2016г. на ВКС, ГК, I т.о.). Самият ответник сочи, че от самото начало на 2021г. се е отчитало съществено увеличение на цената на електрическата енергия. Той е трябвало да отрази тази тенденция в ценовото си предложение. Изпълнителят се е опитал да заобиколи ЗОП, за което ищецът също сочи съдебна практика. Съгласно чл. 203 от ТЗ длъжникът по сделка, която за него е търговска, трябва да полага грижата на добър търговец. Липсват „непредвидени обстоятелства“, налагащи изменение на договора по чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП или непреодолима сила по чл. 306 от ТЗ. Последното отправено предложение за изменение на договора от страна на изпълнителя неколкратно надвишава цената по договора. Липсва уведомяване по чл. 306, ал. 3 от ТЗ.

Ищецът претендира направените по делото разноски.

Още с първоначалния си отговор ответникът „М.Е.“ АД оспорва исквете.

Не възразява по сключването на договора за обществена поръчка и разменената кореспонденция между страните. Допълва, че на ищеца са били предоставени официални статистически данни на „Б.Н.Е.Б.“ ЕАД за нивата на борсовите цени на електрическа енергия на пазарен сегмент „Ден напред“ за периода месеците май-август 2021г., при средна цена базов товар 218.17 лева за 1 МВт/ч през месец август 2021г. и с най-висока достигната цена в месеца 407.05 лева за 1 МВт/ч. Имало е и недостатъчно предлагане на количества електрическа енергия.

Ответникът е заявил официално на ищеца – възложител, че за дружеството не съществува фактическа и правна възможност да закупува електрическа енергия по цени, различни от борсовите и че това обстоятелство, съотнесено към ценовите условия на договора, води до обективна невъзможност за по-нататъшното му изпълнение. На възложителя е било предложено да се измени договорената цена поради съществено изменените икономически условия. Разпоредбата на чл. 116 от ЗОП не предвижда забрана страните да променят съществените параметри на договора. Това е при „непредвидени обстоятелства“. От друга страна, разпоредбата на чл. 118, ал. 1, т. 1 от ЗОП постановява, че възложителят прекратява договора за обществена поръчка или рамковото споразумение, когато е необходимо съществено изменение на поръчката, което не позволява договорът или споразумението да бъдат изменени на основание чл. 116, ал. 1 от ЗОП. При отказа на ищеца да приеме предложението за изменение на договорената цена въпреки наличието на изрична законова хипотеза, както и при отказ да се прекрати договорът на основание чл. 118, ал. 1, т. 1 от ЗОП, е приложима разпоредбата на чл. 89 от ЗЗД, вр. чл. 120 от ЗОП. Налице е невъзможност за изпълнение и договорът се разваля по право. Тази разпоредба попада в хипотезата на чл. VIII.2 от договора. В хипотезата на обективна невъзможност страната се освобождава от отговорност за обезщетяване. Такова е основанияето по чл. IX.1.3 от договора.

Фактурата от 01.09.2021г. не е на завишени цени. Фактурата е разделена на периоди, тъй като на 23.08.2021г. е настъпил ефектът на разваляне на договора с оглед изявлението на ответника по чл. 89 от ЗЗД. От

24.08.2022г. дружеството е извършило фактуриране в съответствие с актуалните борсови цени, предвид липсата на обвързаност с условията на разваления договор. В калкулираната цена 119.47 лева/MWh за периода от 01.08.2021г. до 23.08.2021г. са били включени компонентите активна енергия, прогнозиране и балансиране, както и нормативно определената такса „задължение към обществото“.

По отношение на предявения при условията на евентуалност осъдителен иск ответникът възразява, че липсва плащане – искът е предявен преждевременно.

Ответникът също претендира направените разноски.

С допълнителната искова молба ищецът поддържа исковете. Потвърждава, че не са били налице „непредвидени обстоятелства“, съответно основание за прилагане на разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП. Страната се позовава на чл. 72, б. „в“ от Директива № 2014/24/ЕС относно изменение на договора за обществена поръчка – увеличението на цената не трябва да превишава с повече от 50% стойността на първоначалния договор. В случая при последното отправено предложение от ответника цената е била неколkokратно надвишена. Не е ясно на коя разпоредба се позовава ответникът – за изменение или прекратяване на договора. Ищецът отново отрича разваляне на договора за обществена поръчка по чл. 89 от ЗЗД. Изпълнителят не е положил дължимата грижа. Ищецът не е бил уведомен за опасността от повишаване на цените. Изпълнителят е можел дори да закупи електрическа енергия за 12 месеца напред, за да обезпечи и гарантира добросъвестното и точно изпълнение на договора за обществена поръчка.

Ищецът оспорва фактурирането с актуалните борсови цени, както и елементите, формирали цената по фактурата, както те се сочат от ответника. Не са дължими сумите след 23.08.2021г., тъй като договорът е бил незаконосъобразно прекратен.

Поддържа се и вторият предявен при условия на евентуалност иск.

В открито съдебно заседание на 19.04.2022г. от страна на ищеца е

уточнено, че произнасяне от съда по втората група искове се иска, ако производството по първия иск бъде прекратено като недопустимо, което ще бъде при плащане от страна на ищеца.

С подаден допълнителен отговор ответникът отговаря на допълнителната искова молба, като поддържа изцяло оспорванията, възраженията и правните си доводи.

Конституираното като подпомагаща страна на ищеца дружество З.А.Д. „Д.Б.Ж.И З.“ АД изразява становище за неоснователност на исковете.

След приключване на устните състезания по делото от главните страни са представени писмени защиты.

По предявените искове:

Съдът като съобрази фактите и доказателствата по делото, поотделно и в тяхната съвкупност, възприема от фактическа страна следното:

Ищецът е търговско дружество с предмет на дейност строителство и експлоатация на водопроводи и канализационни мрежи, съоръжения, помпени станции и други, с едноличен собственик на капитала община Петрич, а ответникът - лицензиран търговец на електрическа енергия и координатор на стандартна балансираща група, в какъвто смисъл са вписванията в търговския регистър при Агенция по вписванията по партидите на страните, както и писмените доказателства по делото.

След провеждане на открита процедура за възлагане на обществена поръчка № 0145192020-0001 и определяне на изпълнител, на основание чл. 183, вр. чл. 112 от ЗОП, между страните е бил сключен Договор от 29.01.2021г. за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на нетна активна електрическа енергия и координатор на балансираща група за

нуждите на „ВиК“ ЕООД, гр. Петрич“.

Съгласно договора ответникът е приел да извършва срещу възнаграждение доставка и балансиране на определени количества нетна активна електрическа енергия за 20 обекта на ищеца. Предметът на поръчката е включвал и администриране на сумите за нормативно определените такси, мрежови услуги и акциз, при което договорът е имал характер на комбинирани услуги по смисъла на чл. 11, т. 10 и при условията на чл. 20 от ПТТЕ. Дейностите на ответника по договора са били в съответствие с представените от него Техническа спецификация, Техническото предложение и Ценово предложение, неразделна част от договора (клаузата на чл. 1, Раздел I).

Срокът на договора е бил уговорен на 12 месеца, считано от датата на регистрация на първия регистриран график за доставка – първата доставка на електрическа енергия (чл. 2, Раздел I).

Съгласно раздел IV от договора възложителят (ищецът) е заплащал доставената енергия в лева, съгласно оферирана в Ценово предложение цена на нетна активна електрическа енергия – 98.00 лв/MWh без ДДС. В цената се е включвала цената за доставка на нетна активна енергия и разходите, свързани с качествено изпълнение на поръчката. Не са се плащали такси за балансираща група, а небалансите са били за сметка на изпълнителя – ответник. По време на действие на договора оферираната в Ценовото предложение на изпълнителя цена на нетна активна електрическа енергия не се е променяла (чл. 3).

Плащането на доставката се е извършвало от възложителя чрез банков превод по сметка на изпълнителя в срок до 30 календарни дни от представянето на официалната фактура, съгласно изискванията на чл. 303а, ал. 2 от ТЗ (чл. 4 от договора).

Пределната стойност на договора е била 590 000 лева без ДДС, като възложителят е заплащал действително изразходваната активна електрическа енергия, отчетена по измервателните уреди на съответните измервателни точки.

Прехвърлянето на правото на собственост върху доставените количества електрическа енергия се е осъществявало в момента на постъпване на количествата в мястото на доставка (Раздел VI, чл. 1).

Договорът се е прекратявал с едномесечно предизвестие от възложителя (раздел II, чл. 4, вр. Раздел VIII, чл. 4), както и при изрично уговорените начини, посочени в Раздел IX - с изпълнение на задълженията от страните, по взаимно съгласие, при настъпване на обективна невъзможност за изпълнение на възложената доставка, при прекратяване на дейността на една от страните (чл. 1). Възложителят е можел да прекрати договора, ако в резултат на обстоятелства, възникнали след сключването му, не е бил в състояние да изпълни задълженията (чл. 2). Също съгласно клаузата на чл. 4 от Раздел IX страните по договора не са можели да го изменят, освен в хипотезите по чл. 116 от ЗОП.

Съгласно Раздел X – Други условия, всички допълнително възникнали въпроси след подписване на договора и свързани с неговото изпълнение е трябвало да се решават от двете страни в дух на добра воля с двустранни писмени споразумения, които не е можело да променят или допълват елементите на договора в нарушение на чл. 116 от ЗОП (чл. 7), като за неуредените в договори въпроси са се прилагали разпоредбите на ТЗ и ЗЗД (чл. 8).

При едностранно прекратяване на договора от страна на изпълнителя по независещи от възложителя причини обезщетението се е изчислявало като разлика между цената на електрическата енергия от доставчик на последна инстанция и цената по договора, сключен между страните (Раздел VIII, чл. 2). Отговорност не се е дължала при случай на наличие на непреодолима сила, дефиниция за която страните са се съгласявали да се счита тази, определена от законодателя в чл. 306 от ТЗ (чл. 3, Раздел VIII).

Сключването на договора от 29.01.2021г. и неговото съдържание не е спорно между страните по делото.

Ценовото предложение на ответника в процедурата по открита обществена поръчка е било от 28.10.2020г., видно от представения по делото документ - предложение.

За времето от 29.01.2021г. до 31.08.2021г. ответникът е извършвал доставки и балансиране на нетна активна електрическа енергия за обектите на ищеца. В периода от 01.08.2021г. до 31.08.2021г. е била доставена електрическа енергия от 541. 023 MWh, съответно за времето от 01.08.2021г. до 23.08.2021г. - 407. 41923 MWh, и от 24.08.2021г. до 31.08.2021г. -

133.60380 MWh. Обстоятелствата са потвърдени и от допълнителната съдебно-счетоводна експертиза.

Междувременно от началото на второто тримесечие на 2021г. в рамките на Европейския съюз е започнало покачване на цените на електрическа енергия, като от края на месец юли и началото на месец август 2021г. са се отчели рекордни цени на борсовия ток. По-същество се е касаело за глобален характер на скока в цените. Той е продължил и след това и между декември 2020г. и декември 2021г. цената на вноса на енергия в еврозоната се е увеличила повече от два пъти. Увеличението е било безпрецедентно, тъй като цените на енергията, макар и нестабилни, по правило не са се променяли повече от 30% в рамките на една година. Това е било и за цените на либерализирания за небитовите потребители пазар в България – среднопретеглената цена на електрическата енергия, търгувана на сегмент „Ден напред“ на Българската независима енергийна борса за месец януари 2021г. е била 107. 88 лева/MWh, за април 2021г. – 121. 94 лева/ MWh, за месец май 2021г. – 119. 42 лева/MWh, за месец юни – 152. 87 лева/ MWh, за месец юли 2021г. – 187. 49 лева/MWh и за месец август 221. 02 лева/MWh.

За цените на електрическата енергия на „Б.Н.Е.Б.“ ЕАД са представени множество доказателства от ответника по делото, включително писмо от „Б.Н.Е.Б.“ ЕАД изх. № И-77 от 15.04.2022г., въз основа на издадено от съда съдебно удостоверение. В този смисъл са и данните по допълнителната съдебно-счетоводна експертиза.

Обстоятелствата могат да бъдат приети и за общоизвестни. Те са били съобразени от КЕВР, видно от мотивите към Решение № Ц-27 на КЕВР от 01.07.2021г., с което са били утвърдени цени в Сектор „Енергетика“, в рамките на правомощията на тази комисия по ЗЕ. Предприети са били действия от страна на европейските институции, видно от официалния уебсайт на ЕС - по искане на държави членки от септември 2021г. е започнал анализ на покачването на цените на енергията и на 13.10. 2021г. от Европейската комисия е било направено съобщение във връзка с въвеждането на мерки за смекчаване последиците от поскъпването. Аналогични действия са били предприети от институции в страната (Министерски съвет).

Като причини за високите цени на електроенергията в рамките на целия Европейски съюз се приемат, най-общо, различни съвпадащи по време

фактори - високото търсене на енергия в световен план, свързано с глобалното икономическо възстановяване от COVID-19; високите цени на квоти за вредни емисии; преходът към по-зелена икономика; поскъпването на природния газ за Европа, тъй като ЕС внася голяма част от своята енергия, независимо че има и вътрешни промишлени цени на производителите, освен вносните цени и др.

За увеличението на цената на борсовия ток ответникът изрично е уведомил ищеца в разменена между страните кореспонденция от месец юни 2021г. и следващите месеци.

По-конкретно с писмо от ответника до ищеца вх. № 101 от 25.06.2021г., представено по делото, като се е позовал на промяна на средната месечна цена на базов товар в пазарен сегмент „Ден напред“ на Българската енергийна борса за месеците април, май и юни 2021г., решения на регулаторния орган КЕВР и данните от европейските електроенергийни борсови пазари, ответникът е поискал сключването на споразумение на промяна в цената на доставяната енергия. Посочил е, че е бил задължен, съгласно чл. 100, ал. 1 от ЗЕ, да извършва покупка на електрическа енергия единствено чрез „Б.Н.Е.Б.“ ЕАД. С писмото е бил изпратен проект за допълнително споразумение - за изменение на цената по договора на 169.07 лв/MWh, считано от 01.06.2021г., по реда на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП.

Ищецът е отказал сключването на споразумение (писмо от 28.06.2021г.).

С писмо изх. № МЕ-7382/ 17.08.2021г. ответникът отново е посочил, че е налице възходяща тенденция на цената на електрическата енергия, която е устойчива и необратима (с позоваване на цените на европейските електроенергийни борси в сегмента „пазар ден напред“). Поискано е било фактурирането по договора между страните да се извършва два пъти в месеца на 15-то и на последно число.

Съгласно писмо изх. № МЕ-7391/19.08.2021г., получено от ищеца на 20.08.2021г., ответникът отново е посочил, че цената, която дружеството закупува на свободния пазар, е повече от два пъти по-висока от цената по договора между страните. Обоснована е била обективна невъзможност за изпълнение на договора от страна на ответника и приложимост на чл. 89 от ЗЗД – разваляне на договора по право. Ищецът е бил уведомен, че ако не бъде подписано допълнително споразумение за изменение на цената на

доставяната електрическа енергия в срок от 3 дни, на основание чл. 89 от ЗЗД, договорът ще се счита развален по право, като дружеството ще предприеме действия за прехвърлянето на ищеца на доставчик от последна инстанция за доставка на електроенергия.

С отговор от 23.08.2021г. ищецът отново е заявил, че договорът остава да се прилага по начина, по който е подписан.

От 01.09.2021г. и до края на уговорения 12-месечен срок на договора между страните ответникът е преустановил доставката на нетна активна електрическа енергия, като ищцовото дружество е било прехвърлено на доставчик от последна инстанция за доставка на електроенергия. За това от ответника е била направено уведомление по чл. 62, ал. 6 и чл. 104е, ал. 1 от ПТЕЕ.

За направената доставка на електрическа енергия през месец август 2021г. от ответника е била издадена данъчна фактура № 6000004238/01.09.2021г., която е била осчетоводена и включена в Дневника за продажбите по ЗДДС. В този смисъл е заключението на съдебно-счетоводната експертиза (основно). В частта на удостоверената продажба на електрическа енергия по приложения (извън частта разпределение на електрическа енергия по приложение ЧЕЗ) като доставени са били удостоверени 541. 023 MWh и доставката на електрическа енергия, включваща активна енергия, прогнозиране, балансиране и ЗО за времето от 01.08.2021г. до 23.08.2021г. (407. 41923 MWh) е била остойностена на цена по 119. 47 лева/ MWh (98 лева уговорена цена плюс 21. 47 лева задължения към обществото), така както са били издаваните до тогава фактури, общо 48 674. 38 лева, а за времето от 24.08.2021г. до 31.08.2021г., за 133.60380 MWh, електрическата енергия е била остойностена по 288. 93 лева/MWh, включително задължения към обществото, общо 38 602. 15 лева. Или цялата стойност доставка на електрическа енергия по фактурата от 01.09.2021г. ведно с такса задължения към обществото е била 87 276. 53 лева, плюс акциз по чл. 20, ал. 2, т. 17 от ЗАДС от 1 082. 05 лева - общо 88 358. 58 лева без ДДС (106 030. 30 лева с ДДС).

С електронно съобщение от 13.09.2021г. ищецът е поискал коригиране на фактурата за периода 24.08.2021г. - 31.08.2021г. по цени, съгласно сключения договор.

С отговор от същата дата ответникът е посочил, че договорът между страните е бил развален на 23.08.2021г. и за посочения период цената е определена съгласно методика, публично достъпна на интернет страницата на ответното дружество.

С писмо от 14.09.2021г. ищецът е заявил отказ издадената фактура да се приеме и да бъде осчетоводена във вида, в който е издадена, съответно платена.

От ищеца е била платена сума от 64 922. 76 лева по доставката - 541. 023 MWh по 98 лева/MWh без ДДС с акциза от 1 082. 05 лева без ДДС, съответно общо 64 922. 76 лева с ДДС. Отделно е била платена и сумата от 5 687. 42 лева по фактурата от 01.09.2021г. разпределение на електрическа енергия по приложение ЧЕЗ. Плащането за общо 70 610. 18 лева е било по банков път, по авизо за издадено преводно нареждане за кредитен превод от 28.09.2021г. Обстоятелството е потвърдено и от заключението на съдебно-счетоводната експертиза (основно).

Останали са неплатени 41 107. 54 лева от частта на фактурата относно продажба на електрическа енергия по приложение, както се посочи, цялата за 106 030. 30 лева с ДДС.

И до приключване на устните състезания по делото пред настоящата инстанция сумата от 41 107. 54 лева не е платена от ищеца.

Съгласно Решение № Ц-27 от 01.07.2021г. на КЕВР за утвърждаване на цени в Сектор „Електроенергетика“ за периода от 01.07.2021г. до 30.06.2022г., считано от 01.07.2021г. цената за задължения към обществото е била утвърдена в размер на 7. 18 лева/MWh без ДДС. Утвърдената до тогава цена е била 21. 47 лева/MWh без ДДС (Решение № Ц-29 от 01.07.2020г.).

Не се установява по делото към момента на сключване на договора за обществена поръчка между страните и до второто тримесечие на 2021г. ответникът да е можел да закупи електрическа енергия на по-ниска цена чрез дългосрочни договори. По делото няма събрани доказателства за такива обстоятелства, включително поясненията на вещото лице по допълнителната съдебно-счетоводна експертиза в открито заседание на 14.06.2022г., съответно констатацията относно данните за предлаганите обеми електрическа енергия на платформата „двустранни договори“, поддържана от „Б.Н.Е.Б.“ ЕАД.

При така установеното от фактическа страна, от правна страна съдът намира следното:

Страните по делото са обвързани от договора за обществена поръчка от 29.01.2021г., сключен в сектора на водоснабдяването, в който осъществява дейността си ищецът – възложител и с оглед нуждите за дейността му - доставка на количества нетна активна електрическа енергия и балансирането ѝ (сетълмент) като установен начин за постигането на сигурност на доставките, свързан с ефективното функциониране на пазара на електроенергия. Сключването на договора е било след определянето по административен ред, в открита процедура, на ответника, лицензиран търговец на електрическа енергия и координатор на стандартна балансираща група, за изпълнител на поръчката, която е на ниска стойност.

Договорът между страните има правна уредба в действалия към датата на откриване на процедурата ЗОП и е бил сключен по реда на този закон – като възмезден писмен договор между възложителя и изпълнителя с обект доставка на стока/предоставяне на услуги за секторна дейност, при ниска стойност на поръчката (§ 2, т. 4 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, вр. чл.18, ал. 1, чл. 3, ал. 1 и чл. 183, вр. чл. 112 от ЗОП).

За всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договора са приложими разпоредбите на ТЗ и ЗЗД (чл. 120 от ЗОП).

С оглед законоустановената цел на обществените поръчки, включително да осигуряват ефективност при разходването на средства, свързани с определени секторни дейности (възлагане въз основа на икономически най-изгодната оферта), съгласно чл. 1, ал. 1, вр. чл. 70, ал. 1, вр. чл. 177 от ЗОП, в ЗОП е установена относителна неизменност на договорите за обществени поръчки, освен другото, относно уговорената цена, която, като част от същественото съдържание на договора, може да бъде изменяна само на конкретно посочени основания (чл. 116 от ЗОП). Основанията за изменение на договора са сходни с тези по чл. 89 от Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26.02.2014г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските

услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО, при транспонирането на която, освен другото, е бил приет действащият ЗОП.

Съгласно чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, вр. чл. 184, ал. 1 от ЗЗД, договорът за обществена поръчка може да бъде изменен, когато, поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора. По аргумент от чл. 116, ал. 2 от ЗОП такава промяна може да бъде и увеличение на цената на договора с предмет доставка/предоставяне на услуга, като към секторните възложители няма ограничение увеличението да не надхвърля с 50 на сто стойността на договора (чл. 116, ал. 6 от ЗОП).

Предприемането на действия по промяна на цената (увеличение) чрез изменение на договора за обществена поръчка, когато са настъпили обстоятелства, при които запазването на договора при първоначалните условия би противоречало на справедливостта и добросъвестността, е израз на добросъвестно поведение от страна на възложителя. Такова поведение той дължи на основание чл. 196а от ЗОП, вр. чл. 57 от Конституцията, а ако е търговец – и съгласно чл. 289 от ТЗ.

Ако изменение на договора от страна на секторния възложител се отказва и са настъпили обстоятелства, които не само възложителят, но и двете страни по договора не са могли и не са били длъжни да предвидят, а запазването на договора противоречи на справедливостта и добросъвестността, изпълнителят може да поиска от съда да измени договора, включително относно цената, по реда на чл. 307 от ТЗ, вр. чл. 124, ал. 3 от ГПК, упражнявайки установеното в тази разпоредба преобразуващо право чрез иск. Както се посочи, съгласно чл. 120 от ЗОП е предвидена приложимост на разпоредбите на ТЗ и ЗЗД за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договора за обществена поръчка, при което няма основание да се изключи и приложение на чл. 307 от ТЗ, при съобразяване на съдебната практика по прилагането му (напр. Решение № 242 от 10.02.2017г. по т.д. № 3389/2015г. на ВКС, ТК, I т.о., Определение № 60363 от 20.10.2021г. по ч.т.д. № 1260/2021г. на ВКС, ТК, I т.о., Решение № 183 от 21.11.2018г. по т.д. № 542/2018г. на ВКС, ТК, I т.о. и др.).

В случая спорът между страните е относно цената на доставената от ответника електрическа енергия за месец август 2021г., съответно дали цената на нетната активна електрическа енергия е била 98.00 лв/ MWh без ДДС, както страните са уговорили в договора от 29.01.2021г.

В договора за обществена поръчка между страните относно възможността за изменението му е било отправено към разпоредбите на чл. 116 от ЗОП, с изрична уговорка промените да се правят посредством сключване на допълнително споразумение. Безспорно такова допълнително споразумение относно цената не е било сключвано. Ищецът е отказал изрично сключването му, въпреки исканията на ответника още от месец юни 2021г., така както се изложи от фактическа страна. Също съгласно установеното по делото, не е имало воден иск от страна на ответника за изменение на договора по реда на чл. 307 от ТЗ, вр. чл. 120 от ЗОП, с постановяване на съдебно решение за изменението, при което договорът в частта на уговорената цена да се счита изменен и цената – определена със съдебно решение. Това е и в настоящото производство. Не се установява още прекратяване, разваляне или отмяна на договора. Съгласно чл. 20а, ал. 2 от ЗЗД, вр. чл. 120 от ЗОП договорите могат да бъдат изменени, прекратени, разваляни или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона, а в случая такива обстоятелства няма.

При това положение налагащият се извод е, че през месец август 2021г. сключеният между страните договор за обществена поръчка е бил действащ, а цената на доставката на електрическа енергия по договора е останала в размера, в който е била първоначално уговорена - 98.00 лв/MWh. Не е имало основание от 24.08.2022г. ответното дружество да извършва фактуриране в съответствие с тогавашните борсови цени при липса на обвързаност с условията на развален договор, така както възразява ответникът.

Възприетите от фактическа страна обстоятелства за отчетени поне от началото на месец август 2021г. рекордни цени на борсовия ток в рамките на Европейския съюз, включително на Българската независима енергийна борса, откъдето е купувал електрическа енергия ответникът (чл. 100, ал. 1 от ЗЕ), могат да се приемат такива по чл. 307 от ТЗ.

Въз основа на Закона за енергетиката, във връзка с Директива (ЕС) 2019/944 на Европейския парламент и на Съвета от 05.06.2019г. относно

общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и за изменение на Директива 2012/27/ЕС, в периода по делото вече е била установена либерализация на пазара на електрическа енергия за небитови потребители в страната. Цените на електрическата енергия на този пазар, а и на целия европейски енергиен пазар след сключване на процесния договор, са станали рекордно високи по причина на съвкупност от фактори, което е било извън пазарните очаквания по отношение на енергийните стоки, т.е. нещо, което страните по процесния договор не са могли и не са били длъжни да предвидят (офертата на ответника е била от октомври 2020г., а процесният договор – сключен януари 2021г.), като при разликата в цените (в пъти между уговорената доставна цена по договора и тази, на която е купувал електрическа енергия ответникът през месец август 2021г., за да я достави на ищеца), запазването на цената по договора за този месец е противоречало на справедливостта и добросъвестността. Също съгласно възприетото от фактическа страна не се установява ответникът да е можел да се възползва от предлагане на дългосрочни продукти на пазара на електрическа енергия до второто тримесечие на 2021г. (откогато е започнало повишението), при което е без значение, че по правило производителите и доставчиците на електрическа енергия търгуват и на форуърдни пазари, което позволява да се намалят рисковете от краткосрочни движения в цените на енергията.

Въпреки тези обстоятелства по чл. 307 от ТЗ, на които се позовава по същество ответникът, той не е упражнил правото си да иска изменение на договора по съдебен ред с иск, включително в настоящото производство, при което обстоятелствата не са съдебно установени и промяна в договора между страните с определена нова цена не е постановявана. Изменение на договора по реда на чл. 307 от ТЗ няма.

Напротив, преди образуване на настоящото дело ответникът е поискал единствено изменение на договора от 29.01.2021г. със споразумение между страните (писмо вх. № 101 от 25.06.2021г.), фактуриране на доставната цена два пъти месечно (писмо изх. № МЕ-7382/ 17.08.2021г.), а съгласно писмо изх. № МЕ-7391/19.08.2021г. е приел, че договорът е развален по право, на основание чл. 89 от ЗЗД, считано от 24.03.2021г., и е преустановил изобщо изпълнение на задълженията си (от 01.09.2021г.), когато са били предприети действия за прехвърляне на ищеца към доставчик от последна инстанция.

В договора за обществена поръчка между страните не е предвиждана възможност ответникът да го прекратява едностранно, нито да преустановява изпълнението му. Единствено в клаузата на чл. 2, Раздел VIII е било предвидено прекратяване на договора от страна на изпълнителя по независещи от възложителя причини, но това е било при заплащане на обезщетение, изчислявано като разлика между цената на електрическата енергия от доставчик на последна инстанция и цената по договора, сключен между страните, каквото заплащане по делото не се установява.

Не може да се приеме разваляне на договора по чл. 89 от ЗЗД, чл. 120 от ЗОП по право, въпреки че страните по договора са отправили изрично към тази хипотеза като приложима в договора си (чл. 1, Раздел IX). Това е в случай че задължението на едната страна се погаси поради невъзможност за изпълнение. Липсва невъзможност за ответника да изпълнява задължението за доставка на електрическа енергия. Въпреки безпрецедентното увеличаване на цените на електрическата енергия на Българската независима енергийна борса, както и изобщо на либерализирания пазар на електрическа енергия в целия Европейски съюз, категорично от началото на месец август 2021г., търговията с електрическа енергия не е била преустановявана. Вътрешният пазар на електроенергия, както и изобщо свързаният европейски пазар на електрическа енергия, е функционирал. Ответникът не е бил в невъзможност да закупи и достави на ищеца електрическа енергия, независимо от нейната цена. По правило липсата на парични средства не освобождава длъжника от изпълнение на задълженията му (чл. 81, ал. 2 от ЗЗД). Без значение за хипотезата по чл. 89 от ЗЗД е дали самият ищец е дал съгласие за изменение на договора, съответно дали е можел или е бил длъжен да направи това, съответно дали е могъл или е бил длъжен да прекрати договора. Доводите на ищеца за неприложимост на чл. 89 от ЗЗД в случая са основателни.

В хода на настоящото дело ответникът изцяло е потвърдил обстоятелствата по разменената между страните кореспонденция и направените от него изявления, включително че процесната фактура от 01.09.2021г. не е на завишени цени, като е разделена на периоди, тъй като на 23.08.2021г. е настъпил ефектът на разваляне на договора с оглед изявлението на ответника по чл. 89 от ЗЗД. Посочил е допълнително и разпоредбата на чл. 118, ал. 1, т. 1 от ЗОП - че възложителят прекратява договора за обществена

поръчка или рамковото споразумение, когато е необходимо съществено изменение на поръчката, което не позволява договора или споразумението да бъдат изменени на основание чл. 116, ал. 1 от ЗОП. По делото обаче лисват установени обстоятелства за прекратяване на договора между страните на това основание.

Или, както се посочи, цената на доставката на електрическа енергия по договора за месец август 2021г. е останала в размера, в който е била първоначално уговорена - 98.00 лв/MWh.

Максимално такава сума по процесния договор за обществена поръчка е можела да бъде платена от ищеца като възнаграждение, при начисляване на цена задължения към обществото по чл. 30, ал. 1, т. 17, вр. чл. 35а от ЗЕ (цена, чрез която всички крайни клиенти, присъединени към електроенергийната система, участват в компенсиране на разходите по чл. 34 и чл. 35 от ЗЕ), съответно за месец август 2021г., съгласно Решение № Ц-27 от 01.07.2021г. на КЕВР от 7.18 лева/ MWh без ДДС, акциз по чл. 20, ал. 2, т. 17 от ЗАДС - 2 лева, и 20 на сто ДДС по ЗДДС за облагаема доставка на стока/услуга. Изрично в договора между страните е било посочено, че предметът на поръчката е включвал и администриране на сумите за нормативно определените такси, мрежови услуги и акциз, при което от ищеца, съответно на договора, са дължими и сумите за посочените данъци (ДДС) и такси (акциз и такса задължения към обществото).

При доставени за времето от 01.08.2021г. до 31.08.2021г. (месец август 2021г.) 541. 023 MWh, остойностени на цена по 98 лева/MWh, от ищеца са били дължими 53 020. 25 лева, плюс 7.18 лева/MWh задължения към обществото - 3 884. 55 лева, и акциз по чл. 20, ал. 2, т. 17 от ЗАДС - 1 082. 05 лева, общо 57 986. 85 лева, с 11 597. 37 лева ДДС, общо 69 584. 22 лева. Сумата по издадената от ответника фактура за същия месец е била 106 030. 30 лева, при което недължими се явяват 36 446. 08 лева. Не се установява основание, на което ищецът да дължи на ответника сума в такъв размер, така както сумата е част от фактура № 6000004238/01.09.2021г.

Искът на ищеца по чл. 124, ал. 1 от ГПК да бъде установена недължимост на сума от 36 446. 08 лева по издадената от ответника данъчна фактура № 6000004238/01.09.2021г. с получател ищецът е основателен.

В останалата част над размера от 36 446. 08 лева и до пълния предявен

размер от 41 107. 54 лева, предявеният от ищеца отрицателен установителен иск следва да бъде отхвърлен.

Както се посочи, в дължимата от ищеца сума за доставените 541. 023 MWh електрическа енергия следва да бъде включена таксата задължение към обществото - в случая 4 661. 46 лева с ДДС. Оспорването на ищеца на дължимостта на тази сума е неоснователно. Тя е дължима въз основа на договора между страните. Ответникът не е изчислявал сума за балансиране или небаланси, така както също е било уговорено в договора за обществена поръчка, и оспорванията на ищеца в този смисъл също са неоснователни.

Тъй като първият от предявените искове по чл. 124, ал. 1 от ГПК е разгледан по същество (и към датата на приключване на устните състезания отрицателният установителен иск е допустим при липсата на плащане на сумата от 41 107. 54 лева от ищеца), исковите по чл. 55, ал. 1 и чл. 86, ал. 1 от ЗЗД на ищеца, предявени при условията на евентуалност не се разглеждат.

По разноските

Ищецът е поискал присъждане на направените по делото разноски по списък по чл. 80 от ГПК.

Установява разноски за платена държавна такса по исковата молба от 3 288. 60 лева (по 1644. 30 лева за главния иск и евентуалните искове), 600 лева разноски за вещо лице и 3 000 лева разноски за адвокат с ДДС с уговорено възнаграждение относно главния отрицателен установителен иск.

С оглед изхода на делото, на основание чл. 78, ал. 1 от ГПК, от тези разноски са дължими 1 457. 84 лева за държавна такса по главния иск, 531. 96 лева за вещо лице, относимо към главния иск, и 2 659. 81 лева разноски за адвокат по главния иск – общо 4 649. 61 лева.

Ответникът също е поискал присъждане на направените по делото разноски, за което е представен списък по чл. 80 от ГПК.

Установява като относими към главния иск разноски – 1 400 лева за вещо лице, 2 115. 60 лева разноски за адвокат с ДДС и 96 разноски по издадено съдебно удостоверение – общо 3 611. 60 лева. С оглед изхода на делото, на основание чл. 78, ал. 3 от ГПК, са дължими разноски от 409. 54

лева.

Не се установяват разноси по евентуалните искове и такива на страната по чл. 78, ал. 4 от ГПК не се присъждат.

Воден от горното съдът

РЕШИ:

ПРИЗНАВА за установено, по предявен по реда на чл. 124, ал. 1 от ГПК иск на „ВиК“ ЕООД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. Петрич, ул. „*****“, срещу „М.Е.“ АД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. София, район „Витоша“, бул. „*****“, че „ВиК“ ЕООД не дължи на „М.Е.“ АД сума до размера от 36 446. 08 лева (тридесет и шест хиляд четиристотин четиридесет и шест лева и осем стотинки) по данъчна фактура Л 6000004238/01.09.2021г., като **ОТХВЪРЛЯ** предявения иск по чл. 124, ал. 1 от ГПК в останалата част до пълния предявен размер - за сумата над 36 446. 0 лева до 41 107. 54 лева като недължима по същата фактура.

ОСТАВЯ без разглеждане предявените при условията на евентуалност искове с правно основание чл. 55, ал. 1 и чл. 86, ал. 1 от ЗЗД на „ВиК“ ЕООД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. Петрич, ул. „*****“

срещу „М.Е.“ АД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. София, район „Витоша“, бул.*****.

ОСЪЖДА „М.Е.“ АД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. София, район „Витоша“, бул.*****, да заплати на „ВиК ЕООД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. Петрич ул.“*****, сумата от 4 649. 61 лева (четири хиляди шестстотин четиридесет и девет лева и шестдесет и една стотинки) разноси по делото, на основание чл. 78, ал. 1 от ГПК, а „ВиК“ ЕООД да заплати на „М.Е.“ АД сумата от 409. 54 лев (четиристотин и девет лева и петдесет и четири стотинки) разноси по делото на основание чл. 78, ал. 3 от ГПК.

Решението е постановено при участието на “З.А.Д. Д.Б.Ж.И З.“ АД, с ЕИК ***** и със седалище и адрес на управление гр. София, район „Изгрев“ ж.к.“Д.“ бул.“*****“, като подпомагаща страна на ищеца „ВиК“ ЕООД.

Решението подлежи на обжалване пред Апелативен съд – гр. София в двуседмичен срок от връчването му на страните.

Съдия при Софийски градски съд: _____