

РЕШЕНИЕ

№ 62

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 № 20223001000532 по описа за 2022 година

за да се произнесе с решение, съобрази следното:

Производството е по реда на чл. 258 ГПК.

Образувано е по въззивна жалба, подадена от „ВГ – 2“ ЕООД, София, чрез адв.Р.М., срещу решение №161/28.04.2022г., постановено по т.д.№796/2021г. по описа на ВОС, с което са отхвърлени предявените от ВГ-2 ЕООД, ЕИК 124710508, със седалище и адрес на управление: бул.България № 51Б, ет. 4, п.к.1404, гр.София, искове 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 ВГ-2 ЕООД следните суми: 1) сума в размер 82 735,51 лв., дължима от Енерго-Про Продажби АД като цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018г., както и сума в размер 24 521,76 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на сумата 82 735,51 лв., за периода от 16.12.2018г. до датата на предявяване на иска на 18.11.2021г., ведно със законната лихва върху горепосочената главница от подаване на иск а до окончателното плащане; 2) сума в размер 165 335,85 лв., дължима от Енерго-Про Продажби АД, цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец ноември 2018г., както и сума в размер 49

003,83 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на главницата от 165 335,85 лв., за периода от 16.12.2018г. до предявяване на иска, ведно със законната лихва върху горепосочената главница 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. Претендира се 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- 5/28.3.2019год. на КЕВР.

В жалбата се сочи, че обжалваното решението е постановено в нарушение на чл.229 ал.1 т.4 от ГПК при наличие на преюдициален спор предвид висящо производство по проверка законосъобразността на Решение СП-5 от 28.03.2019г. на КЕВР и че първоинстанционният съд е следвало да спре делото до окончателното влизане на решението на КЕВР в сила. Изложени са подробни твърдения за това, че постановеното решение е издадено в нарушение на материалния закон и е необосновано. Въззивникът счита, че първоинстанционният съд въобще не е анализирал ефекта на измененията в ЗЕВИ от м.юли 2015г. върху механизма на заплащане то на производители на ел.енергия от ВяЕЦ. Оспорва 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 и че е приложима 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.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, предвидени в приложимия акт на КЕВР/решението/*. 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 производители 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 механизми или нова регламентация на пазара за изкупуване, още по-малко са преуредени по какъвто и да било начин съществуващите договорни и пазарни практики. Ето защо счита, че преференциалните цени, определени в т.8 и т.9 от Решение Ц-10/2011г. 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 Решението. Твърди, че съдът не е изложил аргументи относно приложението само на т.8 от Решение № Ц-10/2011г., съответно Решение СП-5/2019г., в отношенията между страните. Сочи че в решението не е разгледан въпроса кои точки от Решение СП-1 са относими към ВЯЕЦ на жалбоподателя. Твърди се, 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-10/2011г. 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 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. Въззивникът счита, че съдът не е изследвал ефектите и на решение № СП-5, което е обявено за нищожно с решение на административния съд и не е изследвал дали това решение има обвързваща сила и ефект. Позовава се на решения на административен съд, с които е отменено решение СП-1/2015г. 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, че е възможно юридически ВЯЕЦ на жалбоподателя да попада в двете групи производители на електрическа енергия, работещи в рамките на една календарна година, като това разбиране е било ясно и между страните, като са уговорили в чл.18 ал.4 от договора изрично 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 едната или другата група производители, то неговата теза е основателна. Твърди също така, че с отмяната на решение №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 преференциални цени. Твърди че първоинстанционният съд е следвало да се произнесе по валидността на Решение № СП-5 по реда на чл.17 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 -10/2011г., не е обсъдил че отказът на насрещната страна за плащане е обоснован само и единствено с тълкуването, дадено от НЕК, което не е относимо към задълженията на ответника да закупува определени количества електрическа енергия по преференциални цени.

Въз основа на изложеното в жалбата моли съда да отмени обжалваното решение изцяло и да постанови ново, с което предявените от него осъдителни искове да бъдат уважени. Претендира направените по делото разноски.

В срока по чл.263 ГПК е постъпил отговор на насрещната страна Енерго про Продажби АД, чрез адв.Агл.Т. за оспорване основателността на въззивната жалба както и становище на третото лице – помагач НЕК ЕАД, чрез ю.к.М., с подробно изложени 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 правни 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/ 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-5/2019г. Твърди, че оплакванията за материална незаконосъобразност на съдебното решение са неоснователни като съдът е приложил разпоредбите съобразно целите на закона като е съобразил и последиците от отмяната на т.1.7 от решение СП-1/2015г. на КЕВР. 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. Страната 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 съдебно заседание въззивникът се представлява от адв.П, който поддържа жалбата, не оспорва изготвения доклад по делото и не прави допълнителни процесуални искания, освен искане за разноските до размера на платената такса по жалбата.

Въззиваемата страна, представлявана от адв.В.И поддържа отговора на жалбата и нейната неоснователност, не оспорва доклада по същата и не прави други искания извън тези за присъждане на сторените разноски за производството.

Третото лице помагач не се представлява, с писмена молба моли за отхвърляне на жалбата.

За да се произнесе по спора съдът съобрази, че производството е образувано пред ВОС по искова молба на въззивника ВГ-2 ЕООД срещу Енерго про продажби АД, с която са предявени обективно съединени икове за осъждане на ответника да заплати на ищеца сумите: 82 735,51 лв., дължима от Енерго-Про Продажби АД като цена за произведена и доставена, но

неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018г., както и сума в размер 24 521,76 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на сумата 82 735,51 лв., за периода от 16.12.2018г. до датата на предявяване на иска на 18.11.2021г., ведно със законната лихва върху горепосочената главница от подаване на иска до окончателното плащане; 2) сума в размер 165 335,85 лв., дължима от Енерго-Про Продажби АД, цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец ноември 2018г., както и сума в размер 49 003,83 лв., представляваща обезщетение за забава за плащане на главницата от 165 335,85 лв., за периода от 16.12.2018г. до предявяване на иска, ведно със законната лихва върху горепосочената главница 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.

В исковата молба ищецът твърди, че е собственик на вятърна ел.централа /ВяЕЦ/, състояща се от два ветрогенератора с обща инсталирана мощност от 4 МВт, наеходяща се в гр.Каварна. Твърди сключен договор за изкупуване на ел.енергия №89/17.02.2010г., по силата на който ответникът се задължил да изкупува ежемесечно, на база издадени от производителя фактури, произведената от първия ел.енергия на преференциални цени, определени от КЕВР, в случая с решение Ц-10/30.03.2011г., съобразно разпоредбите на ЗЕВИ и Наредба №1/2017г. за регулиране цените на ел.енергия. С исковата молба се въвеждат твърдения за произведена и доставена на ответника електроенергия в общ размер от 1005.610 ВМч, за която била издадена фактура на 01.10.2018г. на стойност от 138171.95 лева с ДДС, при продажна цена за количество от 611.521 МВч била 188.29 лева/МВч /по т.8 от цит.решение №10/2011г./ Твърди се, че тези количества били произведени преди централата да надхвърли 2000 кВч НСПЕ от инсталирана 1 кВ мощност. Не се спори, че тази фактура била изцяло заплатена от ответника. Твърди се обаче, че през същия месец на 2018г. централата произвела 394.089 ВМч електроенергия, за които била издадена втора фактура №132 от 12.11.2018г. на стойност 6308.11 лева с ДДС, продажна цена по 13.33 лева /цена за излишък на балансиращия пазар/, тъй като към този момент централата била прехвърлила прага от 2000 кВч, но без да достигне 2250 ефективни часа и без достигане до 2300 кВч НСПЕ от инсталирана 1кВ мощност. Тази фактура също била заплатена. Твърди се още, че през м.10.2018г. ВяЕЦ на ищеца работила под 2250 часа и без да надхвърля прага

от 2300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност. Затова след като през месец ноември 2018 ВЯЕЦ достигнала 2300 kWh НСПЕ, ищецът издал дебитно известие № 133/30.11.2018г. към фактура №132 за допълнително сумата 82 735,51 лв. с ДДС, с което коригирал продажната цена за излишък от балансиращия пазар до размера на преференциалната цена, дължима по т.1.7 от Решение СП-1/2015г. (на цена 188,29 лв./MWh) за количеството електроенергия, произведено през месец октомври 2018г. Твърди се, че цялото количество произведена електрическа енергия през м.октомври подлежи на изкупуване по преференциалната цена дължима по т.1.7 от Решение СП-1 (188,29 лв./MWh), респ. по т.8 от Решение Ц-010. Твърди се, че ответникът не заплатил сумата по дебитно известие №133, поради което и същата е предмет на предявения иск. Върху нея се претендира и обезщетение за забава в размер на 24 521,76 лв., считано от 16.12.2018г. до подаване на исковата молба съгласно чл. 86 от ЗЗД.

На следващо място ищецът твърди, че през месец ноември 2018г. притежаваната от него В я Е Ц произвела и доставил на ответника електроенергия в размер на 805,911 MWh, за която издал фактура №134/30.11.2018г., на стойност 178 412,39 лв. с ДДС, като продажната цена за количеството от 605,911 MWh била 188,29 лв./MWh (преференциалната цена по т.8) преди достигане на 2250 ефективни часа. Продажната цена за количеството 200 MWh била 172,95 лв./MWh (преференциалната цена, дължима по т.9 от същото решение), след достигане на 2250 ефективни часа. Ищецът издал фактурата по тази цена, тъй като през месец ноември количеството електроенергия от 605,911 MWh било произведено, докато централата работила при надхвърлен праг от 2 000 kWh НСПЕ от инсталиран 1 kW мощност, и преди да е достигнала 2250 ефективни часа и без да е достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ от инсталиран 1 KW мощност. За количеството 200 MWh, произведено през същия месец ноември 2018г., централата вече била надхвърлила с тези количества 2 250 ефективни часа, но без да е достигнала прага от 2 300 kWh НСПЕ. Така количеството произведена електрическа енергия през месец ноември 2018г. в общ размер на 805,911 MWh (605,911 MWh при работа на централата до 2250 ефективни часа и 200 MWh при работа на централата над 2250 ефективни часа), подлежи на изкупуване според ищеца, последователно по две 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.

Тъй като ответникът бил заплатил на ищеца единствено част от сумата по Фактура №134, до размера от 13 076,54 лв., ищецът претендира оставащата дължима и незаплатена сума в размер на 165 335,85 лв. с ДДС както и обезщетение за забавено плащане върху същата, в размер на лихвата 49 003,83 лв., считано от 16.12.2018г. до подаване на исковата молба съгласно чл.86 от ЗЗД.

Ищецът излага още, че договор №89 от 17.02.2010г. се е изпълнявал в процесния период и до влизане в сила на промените в ЗЕ (ДВ бр. 38 от 08.05.2018г.), вследствие на които считано от 01.10.2019г. действието му е прекратено, като процесните количества електроенергия за м.октомври и м.ноември 2018г. са произведени и доставени при условията на договора. Ищецът сочи, че към момента на сключване на договора за изкупуване и за 15 години напред се прилага преференциалната цена, определена в Решение №Ц 10/30.03.2011г. на ДКЕВР. Твърди, че след приемане на това решение на ДКЕВР следвало да се прилага определена в последното преференциална цена относно цялото произведено от ищеца и изкупено от ответника количество електроенергия. Твърди, че с влизане в сила на ЗЕВИ на 03.05.2011г. тази цена остава в сила съгласно договора между страните, който запазва действието си. Твърди се още, че при определяне на преференциалните цени по Решение № 10/30.03.2011г., ДКЕВР е въвела специален критерий по отношение на производителите на електроенергия от вятърни електроцентрали, а 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 производители 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 часа е достигнала съответната ВятЕЦ. 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. Поради това ищецът поддържа, че следвало да фактурира произведената ел. енергия по преференциална цена по т.8 от Решение Ц-10 до достигане на 2 250

ефективни годишни часове работа на единица инсталирана мощност, я след достигане 2 250 ефективни годишни часове – по преференциална цена, определ. в т. 9 от Решение Ц-10 за единица инсталирана мощност. Изтъква, че такава била и трайната практиката в отношенията между ищеца и ответника, продължила години, както и в отношенията между други производители на електрическа енергия от вятър.

В срока за отговор 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, присъединена към електроразпределителната мрежа на „Електроразпределение Север“ АД по сочения договор. Не оспорва, че между него и ищеца е сключен процесния договор за изкупуване на ел.енергия №89/2010г. като съгласно чл.18 от договора, цената на изкупуваната ел. енергия е регулирана и се определя от КЕВР. Сочи, че между страните за процесния период е приложима преференциална цена, определ. с Решение № Ц-10/30.03.2011г. на ДКЕВР, която се дължи за количествата енергия до размера на нетното специфично производство /НСПЕ/, въз основа на което са определени преференциалните цени, а количествата надхвърлящи това производство – по цена 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. Излага, че с писмо изх. № 184/24.01.2018 г. „Енерго-Про Продажби“ АД е уведомило производителите от ВяЕЦ и ищеца, че „НЕК“ оспорват издадените за месец септември, октомври и ноември 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. Поради отказ на „НЕК“ ЕАД да заплати фактурираната от производителя електрическа енергия по преференциална цена след достигане на НСП, „Енерго-Про Продажби“ АД и изискала ищецът да издаде съответните кредитни известия, с което ищецът „ВГ-2“ ЕООД не се е съобразил. Сочи, че е налице изменение в нормативната уредба касаеща процесните отношения - Закона за изменение и допълнение на ЗЕВИ (ДВ бр.56 от 24.07.2015г.), съобразно което обществения доставчик, съотв. крайните снабдители са задължени да изкупуват произведената

ел.енергия по преференциална цена до достигане размера на нетното специфично производство, въз основа на което са определени преференциалните цени в съответните решения на КЕВР, а за количествата надхвърлящи това производство – по цени за излишък, като в пар.1, т.29 от ДР на ЗЕВИ е дадена легална дефиниция на понятието НСП. Оспорва твърдението, че с Решение №Ц-10/30.03.2011г. на ДКЕВР и с Решение СП-1 от 31.07.2015г. на КЕВР са определени 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.

Сочи, че решение №СП-1/2015г. на КЕВР, в частта му по т.1.7 е отменено като незаконосъобразно с Решение №1177 от 23.02.2018 г. по адм.д. №8522/2015 г. на Административен съд - София град. С Решение №1115 от 28.01.2019 г. по адм.д. №5284/2018 г. ВАС е потвърдил Решение №1177 от 23.02.2018 г. по адм.д. №8522/2015г. на АССГ в частта, с което е отменена т.1.7 от Решение СП-1 и е обезсилил решението в частта, с която е отменена т.1.8 от Решение № СП-1. Твърди се, че поради окончателната отмяна на т.1.7. от Решение №СП-1, КЕВР е приела ново Решение СП-5/28.03.2019г., с което на основание §17 от ПЗР на Закона за изменение и допълнение на Закона за енергетиката, считано от 31.07.2015г., нетно специфично производство е в размер на 2000 КВтч, въз основа на което е определ. преференциална цена за вятърни електрически централи, работещи до 2 250 часа по т.8 от Решение Ц10/30.03.2011 г. на КЕВР. Поддържа, че достигане на НСП при всички случаи съставлява прага, до който се дължи преференциална 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 2 250 часа. Претендира се отхвърляне на исквете изцяло.

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.

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 електроенергия от 2010г. 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 електроенергия 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 изкупуване цялото количество електроенергия, произведена 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 определ.та средногодишна продължителност на работа, определ. 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 решението 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 определ. 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 още с определение от закрито заседание с рег. №821/13.12.2022г., 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 2250 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 кВт 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 централя, 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. Признаването на новоприетите решения на КЕВР за незаконосъобразно/нищожни и следващото от това незачитане 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 разноси за въззивното производство се следват на въззиваемата страна Енерго про Продажби АД до установения по делото размер. Съгласно представения списък на разноските /л.56/, страната

претендира сумата от 11400 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. Приложена е фактура №24181/08.08.2022г. за заплащане на идентично по размер възнаграждение на пълномощника. /плюс преводно нареждане/ Възражението за прекомерност е неоснователно предвид минималните размери на адв.възнаграждения, установени в чл.7, ал.2 от Наредба №1/2004Г. за МПРАВ, 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 №161/28.04.2022г., постановено по т.дело №796/2021г. по описа на ВОС.

ОСЪЖДА ВГ-2 ЕООД, ЕИК 124710508, София да заплати на ЕНЕРГО ПРО ПРОДАЖБИ АД, ЕИК 103533691, Варна, сторените във въззивното производство разноси в размер на 11 400 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. _____