

РЕШЕНИЕ

№ 6222

гр. София, 23.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,
в публично заседание на 05.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Немска

при участието на секретаря Цонка Вретенарова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **6186** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 13, ал. 9 от Закона за енергетиката /ЗЕ/.

Образувано е по жалба вх.№ Е-15-57-19/12.06.2023г. по описа на КЕВР от „Овергаз Мрежи“ АД с ЕИК[ЕИК] със седалище и адрес на управление – [населено място] [улица], ет.5 представлявано от изпълнителния директор К. М. чрез адвокат Б. Д. със съдебен адрес –гр.С., [улица], ет.1 срещу Решение Ц-10/29.05.2023г. на КЕВР.

В жалбата се излагат аргументи за нищожност на оспореното решение, като издадено в противоречие с влязло в сила съдебно решение № 5338/08.09.2021г. по адм.дело № 2135/2020г. на АССГ, оставено в сила с Решение № 7440/26.07.2022г. на ВАС по адм.дело № 11206/2021г., с което е отменено Решение № Ц-5/30.01.2020г. и преписката се връща на КЕВР за ново произнасяне при спазване на задължителните указания по тълкуване и прилагане на закона. Алтернативно се поддържат твърдения за незаконосъобразност на административния акт, като постановен при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, при противоречие с материалния закон и неговата цел.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител адв. Б. Д. поддържа жалбата на изложените в нея основания. Излага подробни съображения, включително и в писмени бележки. Претендира присъждане на сторените съдебни разноски по представения в съдебно заседание списък.

Ответникът - Комисията за енергийно и водно регулиране чрез процесуалния

представител юрк. Р. Б. оспорва жалбата. Представят писмени бележки. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура - редовно уведомена, не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Съдът, като прецени поотделно и в съвкупност събраните по делото доказателства, становищата на страните и съобрази приложимия закон, намира за установено от фактическа страна следното :

„Овергаз Мрежи” АД е подало заявление с вх. № Е-15-57-32 от 30.09.2019г. за утвърждаване на цени за пренос на природен газ, за снабдяване с природен газ от краен снабдител и за присъединяване на клиенти към газоразпределителните мрежи на лицензионните територии на дружеството за периода 2020 - 2024 г. С Решение № Ц-5 от 30.01.2020г., в частта по т. I, КЕВР е утвърдила на „Овергаз мрежи“ АД, считано от 01.02.2020г. цени за пренос на природен газ през газоразпределителната мрежа, цени за продажба на природен газ от краен снабдител и цени за присъединяване на клиенти към газоразпределителната мрежа на следните лицензирани територии: Столична община (в т.ч. СОР Б.) и [община], „И.“, „Запад“, „Север“ и „Юг“ за регулаторен период 2020 - 2024 г.

Решение № Ц-5 от 30.01.2020 г. на КЕВР, в частта по т. I, е отменено с Решение № 5338 от 08.09.2021 г. по адм. дело № 2135 от 2020 г. по описа на АССГ (оставено в сила с Решение № 7440 от 26.07.2022 г. на Върховния административен съд по адм. дело № 11206 от 2021 г.), като административната преписка е върната на КЕВР за ново произнасяне, при спазване на дадените в решението указания по тълкуването и прилагането на закона.

В цитираното съдебно решение, АССГ е посочил, че в нарушение на императивните норми от Закона за нормативните актове (ЗНА) КЕВР е приела, че при липса на законова регламентация по кой ред се довършват започнали производства, същите следва да бъдат довършени като бъдат приложени новите разпоредби на Наредба № 2 от 19.03.2013 г. за регулиране на цените на природния газ (НРЦПГ). В тази връзка, съдът е установил, че „Овергаз мрежи“ АД е подало заявление за утвърждаване на цени на 30.09.2019 г., като към момента на подаване на това заявление нормата на чл. 13, ал. 5 от НРЦПГ не е съществувала, тъй като същата е влязла в сила на 03.12.2019г., т.е. преди произнасянето на КЕВР с решение, но след подаване на заявлението от Овергаз мрежи“ АД.

В допълнение към горното, АССГ е отбелязал, че дори и да се приеме, че правилно КЕВР е приложила новата норма на чл. 13, ал. 5 от НРЦПГ, то е налице несъответствие на използваните от КЕВР данни с изискуемите съобразно тази разпоредба. Първоинстанционният съд е приел, че КЕВР при определяне на нормата на възвръщаемост на собствения капитал на „Овергаз мрежи“ АД е използвала данни за пазарните величини, като е отчетла безлостовия коефициент в за Европа, обща пазарна рискова премия за страната, както и безрисковата норма на възвръщаемост. Нормата на възвръщаемост на собствения капитал на дружеството е изчислена въз основа на безлостов коефициент в подгрупа „Oil/Gas distribution“ за страните от Европа в размер на 0,67 за 2019 г. по данни от интернет страницата на А. Д.. При преобразуването на безлостовия коефициент в лостов, същият е определен в размер на 0,71 като е отчетена капиталовата структура на дружеството. Общата пазарна рискова премия за Република България е 8,60%, формирана като сума от базовата рискова

премия за развити пазари - 5,96%, и премията за специфичния за държавата риск - 2,64%, по данни от м. януари 2019 г. от интернет страницата на А. Д.. Премията е в размер на 0,6330%, изчислена като средна стойност на дългосрочния лихвен процент (ДЛП) за 12-месечния период м. август 2018 - м. юли 2019 г. по данни на Българската народна банка (БНБ). Въз основа на тези параметри, нормата на възвръщаемост на собствения капитал на „Овергаз мрежи“ АД е изчислена в размер на 6,72%. Среднопретеглената норма на възвръщаемост на капитала е определена на 7,34%, изчислена при използване на 94,7% собствен капитал с норма на възвръщаемост на собствения капитал от 6,72%, както и 5,3% привлечен капитал с възвръщаемост от 5% и при отчитане на данъчните задължения.

АССГ е приел, че използваните параметри при изчисленията съвпадат, с изключение на коефициента в „Овергаз мрежи“ АД е използвало коефициент в за развиващи се пазари, а КЕВР - коефициент в за страните от З. Европа от интернет страницата на А. Д.. Коефициент в за страните от Европа като общо не е публикуван на интернет страницата на А. Д., както и няма коефициент само за страните от Европейския съюз. Публикуваните данни в интернет страницата са за С. щати, Европа (З. Европа), Я., развиващи се пазари и в световен мащаб, но не и такъв за страните –членки на Европейския съюз. Установено е, че използваният от КЕВР международно признат източник на информация не е единствения наличен, въз основа на което е изложен извод, че административният орган на е бил възпрепятстван при определяне нормата на възвръщаемост на капитала за регулаторния период да използва такъв, който да отговаря на предвидения в закона критерий.

АССГ е приел, че съгласно интернет страницата на А. Д. Р България спада към група Източна Европа и Русия като общата рискова премия за страната към 01.01.2019г. е 8,60%, формирана от рискова премия за развит пазар от 5,96% и странови риск от 2,64%, а в доклада на Международния валутен фонд от м. октомври 2019 г., към м. януари 2019 г.

Р България е в групата на развиващите се пазари, възникващи и развиващи се в Европа. По данни от същата интернет страница стойността на безлостовата в за подгрупа „Oil/Oas distribution“ за развитите пазари (З. Европа) е била 0,62%, а за развиващите се пазари 0,78%.

С влязлото в сила съдебно решение, АССГ е установил, че в използвания от КЕВР международно признат източник на информация - интернет страницата на А. Д., не фигурира безлостов коефициент в за страните от Европейския съюз, нито за Европа като цяло. Според АССГ неправилно в оспореното решение при определянето на нормата на възвръщаемост на собствения капитал на „Овергаз мрежи“ АД е взет предвид отрасловият коефициент в за Европа в размер на 0,67% за 2019 г. по данни от интернет страницата на А. Д.. Използваният от КЕВР безлостов коефициент в е този за З. Европа, като същият е неприложим по отношение на „Овергаз мрежи“ АД, тъй като България е поставена в групата на развиващите се пазари - Източна Европа и Русия.

АССГ посочва, че използваният от КЕВР източник на информация не е единственият международно признат източник относно остойността на елементите от Метод за оценка за капиталовите активи (МОКА). Според АССГ, Комисията е следвало да подбере международно признат източник, съдържащ предвидения коефициент в само за страните от Европейския съюз, за да е налице съответствие на използваните данни с нормата на чл. 13. ал. 5 от НРЦПГ.

Въз основа на дадените указания, КЕВР е приела Решение № Ц-10 от 29.05.2023 г., предмет на оспорване в настоящото съдебно производство.

Въз основа на установената по делото фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима, подадена от лице с правен интерес, срещу подлежащ на оспорване и контрол за законосъобразност административен акт, в законоустановения преклузивен срок.

Разгледана по същество жалбата е основателна поради следните съображения:

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

Процесното решение е прието от компетентния административен орган в рамките на предоставените му правомощия на основание чл. 21, ал. 1, т. 8 във връзка с чл. 30, ал. 1, т. 8, т. 11 и т. 12 от Закона за енергетиката (ЗЕ), чл. 2, т. 2, т. 3 и т. 5, чл. 5, ал. 2, чл. 19, чл. 19а, чл. 20 и чл. 24, ал. от НРЦПГ и чл. 173, ал. 2 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), в състав и мнозинство съгласно изискванията на чл. 13, ал. 2 и ал. 3 от ЗЕ и след изпълнение на предвидената за това процедура.

Решението отговаря на изискванията за писмена форма по общата норма на чл. 59 ал.1 от АПК, като съдържа всички реквизити по чл. 59 ал.2 от АПК, вкл. фактически и правни основания. Решението съдържа мотиви и фактически установявания на органа-издател. Решението е издадено с посочено правно основание – чл.21 ал.1 т.8 във връзка с чл.30 ал.1 т.8, 11 и 12 от Закона за енергетиката, чл.2 т.2, т.3 и т.5, чл.5 ал.2, чл.19, чл.19а, чл.20 и чл.24 ал.1 от Наредба №2 от 19.03.2013г. за регулиране на цените на природния газ, чл.173 ал.2 от АПК и в изпълнение на задължителните указания по тълкуването и прилагането на закона, дадени с Решение № 5338 от 08.09.2021г. на АССГ по адм.дело № 2135 от 08.09.2021г. , оставено в сила с Решение № 7440 от 26.07.2022г. на ВАС по адм. дело № 11206 от 2021г.

Във връзка с цитираните съдебни решения е изготвен доклад вх.№ Е-ДК-669/25.05.2023г. по случая от работна група, определена съгласно Заповед № З-Е-1194 от 06.10.2022г. от служители на Дирекция „Правна“ и Дирекция „Природен газ“, с който е предложен на Комисията за приеме доклада и да приеме решение за утвърждаване на цени на „Овергаз Мрежи“ АД за пренос на природен газ през газоразпределителната мрежа, за продажба на природен газ от краен снабдител и за присъединяване на клиенти към газоразпределителната мрежа на лицензионните територии на дружеството, за регулаторен период 2020-2024г.

На 29.05.2023г. е проведено закрито заседание на КЕВР в състав „Енергетика“, ръководено от председателя И. И., на което е приет доклад № Е-ДК -669/25.05.2023г. , относно влязлото в сила съдебно решение на АССГ и ВАС и са утвърдени цени, считано от 01.01.2020г. на „Овергаз Мрежи“ АД с Решение № Ц-10/29.05.2023г. Решението е взето с три гласа „за“, от които два гласа на членовете на комисията със стаж в енергетиката.

Изложеното мотивира съда да приеме, че процесното решение е постановено от компетентен държавен орган в рамките на очертаната му от Закона за енергетиката /ЗЕ/ материална компетентност, при спазване на установените процесуални правила,

но при неправилно приложение на материалноправните разпоредби.

Както вече бе посочено, оспореното решение на КЕВР е прието въз основа и в изпълнение на влязло в сила Решение № 5338 от 08.09.2021 г. по адм. дело № 2135 от 2020 г. по описа на АССГ (оставено в сила с Решение № 7440 от 26.07.2022 г. на Върховния административен съд по адм. дело № 11206 от 2021 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 13, ал. 5 от Наредба № 2 от 19.03.2013 за регулиране на цените на природния газ (НРЦПГ) (Нова - ДВ, бр. 95 от 2019 г., в сила от 03.12.2019 г.), на която се основава оспореното пред съда решение, Комисията определя нормата на възвръщаемост на капитала чрез модела за оценка на капиталовите активи и въз основа на данни от: международно признати източници на информация относно отраслов безлостов коефициент в за страните - членки на Европейския съюз, обща пазарна рискова премия за Република България, формирана като сума от базовата рискова премия за развити пазари и премията за специфичния за държавата риск; данни на Българската народна банка относно безрисковата норма на възвръщаемост при използване на дългосрочния лихвен процент за оценка степента на конвергенция като средна стойност за 12-месечен период преди месеца на оповестяване на предложението за цени.

В цитираните съдебни решения, съдът е постановил и е указал на КЕВР, че не е съобразила законовото изискване да бъдат използвани данни от международно признати източници на информация, относно безлостов коефициент в за страните –членки на ЕС, а са приложени такива да стратине от З. Европа, използвайки сайта на проф. Д., в който са публикувани безлостови коефициенти за различни региони в световен мащаб – САЩ, З. Европа, Източна Европа и Русия, Я., но не и такъв за страните –членки на ЕС.

В процесното решение, КЕВР отново се позовава на данни от същия сайт на А. Д., който според мотивите на съда няма информация относно коефициента в само за страните от ЕС.Този сайт поддържа информация за коефициент в за отрасъл Петролна /газова дистрибуция само за страните от З. Европа и за развиващи се пазари. В развиващи се пазари са включени страните от Източна Европа и Русия, включително и България. Настоящият съдебен състав, не би могъл да приеме, че задължителните съдебни указания са изпълнени, с констатацията на КЕВР, че „страните от Развита Европа имат сходен икономически риск с България, тъй като България от 25 години е във валутен борд“, съответно в групата развита Европа от сайта на А. Д., има включени много страни – членки на ЕС, а в групата Развиващи се пазари от същия сайт, в която изрично е посочена България – са включени страни от различни части на света.

С така направените констатации, несъмнено КЕВР не е съобразила законовото изискване да бъдат използвани данни от международно признати източници на информация относно безлостов коефициент в за страните-членки на Европейския съюз, както и съдебните указания, а е приложила такъв за страните от З. Европа използвайки сайта на проф. Д., в който са публикувани безлостови коефициенти за различни региони в световен мащаб - С. щати, З. Европа, Източна Европа и Русия, Я., но не и такъв за страните - членки на Европейския съюз. С влязлото в сила съдебно решение, безусловно е установено, че използваният от КЕВР международно признат източник на информация не е единствения наличен, въз основа на което следва да се направи извод, че административният орган не е бил възпрепятстван при определяне на нормата на възвръщаемост на капитала за регулаторния период да използва такъв,

който да отговаря на предвидения в закона критерий.

С обжалваното решение на КЕВР № Ц-10 от 29.05.2023 г. е пренебрегнато произнасянето на съда по оспорването на предходното решение на регулаторния орган и не е спазено нито едно от задължителните указания, дадени със съдебното решение, вместо което последните са били превратно приложени от КЕВР. Не става ясно на какво основание, при липсата на настъпили нови факти и обстоятелства и представяне на нови документи по преписката, КЕВР е направила изводи, които не са в съответствие с указанията, дадени в съдебното решение. В този смисъл и предвид констатираното изпълнение от страна на КЕВР са налице основанията на чл.177 ал.2 от АПК. Според цитираната разпоредба актове и действия на административния орган, извършени в противоречие с влязло в сила решение на съда, са нищожни.

Посочената разпоредба на чл. 177, ал. 2, изр. първо АПК, установява специфично основание за обявяване нищожността на административен акт. Приложението на тази разпоредба е предпоставено от наличието на влязло в сила решение и противоречието на издадения, след връщане на преписката акт с това съдебно решение при идентитет на обстоятелствата, при които е издаден актът след връщане на преписката.

В цитираните съдебни решения не само има задължителни указания за произнасянето от страна на КЕВР по спорния въпрос, но и ясно е посочено с какво трябва да се съобрази Комисията и какво конкретно следва да извърши.

Несъмнено Решение № Ц-10/29.05.2023г. на КЕВР, противоречи на влязлото в сила съдебно решение № 5338 от 08.09.2021 г. по адм. д. № 2135/2020 г. на АССГ, потвърдено с Решение на ВАС № 7440 от 26.07.2022г. по адм д. № 11206/2021 г. В цитираното решение на ВАС ясно е посочено, че КЕВР не е съобщила законово изискване да бъдат използвани от КЕВР данни от международно признати източници на информация относно безлостовия коефициент В за страните –членки на ЕС, а е приложил такъв за страните от З. Европа, използвайки сайта на проф.Д., като едновременно с това е установено, че използваният от КЕВР международно признат източник не е единственият наличен, поради което административният орган не е бил възпрепятстван при определяне нормата на възвръщаемост на капитала за регулаторния период да използва такъв източник, който да отговаря на предвидения в закона критерий. Прилагането на противоречиве критерии, според ВАС не отговаря на законово изискване на чл.13 ал.5 от НРЦПГ.

Относно представените от процесуалния представител на ответника съдебни решения на тричленен и петчленен състав на ВАС – съответно Решение № 9776/02.11.2022г. по адм.дело № 4040/2021г. и Решение № 4669/03.05.2023г. по адм.дело № 11556/2022г., категорично е посочено, че прилагането на правилото на чл.13 ал.5 от Наредба №2/19.03.2013г. за регулиране на цените на природния газ при конкретно определяне на конкретни цени и компоненти е въпрос извън предмета на съдебния спор, а настоящото съдебно производство е с предмет решение на КЕВР за определяне на конкретни цени. От мотивите на посочените решения на ВАС, обаче категорично се потвърждават констатациите на предходните съдебни инстанции, че сайта на проф.Д. не класифицира България като държава с развит пазар, каквито са страните от З.

Европа, а според Световната банка и МВФ, България е държава с развиващ се пазар въз основа на данни във връзка с брутния вътрешен продукт на глава от населението. Следователно са приложими данните за изчислени стойности на отрасловия безлостов коефициент **В** за развиващи се пазари, а не за развити пазари, които е приложила Комисията.

Съдът намира, за относима към настоящия случай разпоредбата на чл.173, ал.2 от АПК, съгласно която, извън случаите по ал. 1, както и когато актът е нищожен поради некомпетентност или естеството му не позволява решаването на въпроса по същество, съдът изпраща преписката на съответния компетентен административен орган със задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона. Тази разпоредба сочи на задължително изпълнение на указанията на съда от страна на административния орган, който, обаче в настоящия случай не се е съобразил и не е изпълнил дадените му от страна на съда указания. Това като последица води до извод в настоящия съдебен състав за нищожност на акта, която следва да бъде обявена със съдебното решение.

От фактическа и материалноправна страна, в предходното производство съдът е изяснил спора и е дал точни указания на административния орган, които не са изпълнени от последния, поради което и постановения от него акт е нищожен в съответствие с чл.177, ал.2 от АПК.

По отношение на задължителните указания, които административния орган следва да съблюдава при новото произнасяне, съдът намира за относима съдебната практика на ВАС, обобщена в Определение № 15293 от 10.12.2020г. по адм.дело № 9052/2020 г., 5 чл.състав на ВАС, съгласно която административният орган при предходното си произнасяне е бил обвързан с указанията на съда под страх от нищожност на повторно издадения акт: „В хипотезата по чл. 173, ал. 2 АПК - на връщане на преписката на административния орган за ново произнасяне, диспозитивът на решението не притежава самостоятелен регулативен ефект. Той трябва да бъде разглеждан в единство с указанията до органа, а те се съдържат именно в мотивите към съдебния акт. Доколкото указанията са задължителни, те предопределят и новото произнасяне на органа, който под страх от нищожност на повторно издадения акт - чл. 177, ал. 2 АПК, е обвързан от тях при разрешаването на въпроса."

Така, при новото разглеждане на жалбата от страна на административния орган, последния следва да съобрази следните обстоятелства, предмет на предходно развитото се съдебно производство, а именно при определяне на безлостовия коефициент **В** да подбере международно признат източник, съдържащ предвиденият коефициент само за страните от Европейския съюз, за да е налице съответствие на използваните данни с нормата на чл.13 ал.5 от НРЦПГ. КЕВР следва да съобрази и указанието на съда, че използваният от административния орган международно признат източник не е единственият международно признат източник относно остойносттаването на елементите от МОКА.

С оглед изхода на спора и предвид направеното в съдебното производство искане, на жалбоподателя следва да бъдат присъдени разноси, които са заявени по представен списък от адв. Д. и са в общ размер на 3650, от които 50 лв. за държавна такса и 3600 лв. адвокатско възнаграждение за процесуално представителство пред всички съдебни инстанции до приключване на делото с окончателен съдебен акт, заплатени по банков път.

Направеното от процесуалния представител на ответника възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение е неоснователно. От една страна делото представлява фактическа и правна сложност надхвърляща обичайната за този вид дела, а от друга страна съдът съобрази и обстоятелството, че в сферата на свободно договаряне между клиент и адвокат, съдът следва да се намеси единствено и само, когато размера на договореното противоречи на нормативни изисквания или добросъвестността.

С тези мотиви и на основание чл.172 ал.1 и ал.2 пр.1 от АПК, съдът

РЕШИ:

ОБЯВЯВА за НИЦОЖНО Решение № Ц-10/29.05.2023 г. на Комисия за енергийно и водно регулиране.

ВРЪЩА преписката за ново произнасяне, при съобразяване с указанията по тълкуване и прилагане на закона, съдържащи се в мотивите на съдебното решение.

ОСЪЖДА Комисия за енергийно и водно регулиране да заплати на „Овергаз Мрежи“ АД с ЕИК[ЕИК] със седалище и аدرس – [населено място], [улица], представлявано от изпълнителния директор К. М. сумата от 3650 лв. /три хиляди шестстотин и петдесет лева/. разноси в производството.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: