

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№ 31

гр. София, 05.01.2011 г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 7
състав, в закрито заседание на 06.12.2010 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Маруся Йорданова

като разгледа дело номер **3552** по описа за **2010** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 40 от Закон за достъп до обществена информация (ЗДОИ) във вр. с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на „Институт за зелена политика“, представляван от Петко Костадинов Ковачев - изпълнителен директор, подадена чрез адв. Терзийски против писмо изх. №04-14-81/1/ от 31.03.2010г. на НЕК ЕАД, с което е отказан достъп до обществена информация по заявления с вх. №№ 33-00-47/04.03.2010 г.; Намира оспорвания отказ за незаконосъобразен. Моли отказът да бъде отменен и да му се предостави исканата информация по съображения подробно изложени в депозираните по делото писмени бележки.

Ответникът – „НЕК“ ЕАД, редовно призован не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Жалбоподателят е подал заявление за достъп до информации, с вх. № 33-00-47/04.03.2010 г., с което е поискал информация относно проекта „АЕЦ – Белене“ от Министъра на икономиката, енергетиката и туризма. С писмо изх. № 33-00-47/18.03.2010 г. посочените заявления на основание чл. 32, ал.1 от ЗДОИ са изпратени от МИЕТ на „Български енергиен холдинг“ ЕАД и „НЕК“ ЕАД. С писмо изх. № 04-14-81/1/ от 31.03.2010г. е уведомен заявителя, че „НЕК“ ЕАД не е задължено лице по смисъла на чл. 3 от ЗДОИ и чл. 21, ал.3 от ЗООС и исканата информация представлява производствена или търговска тайна по смисъла на §1, т.7 от Закона за защита на конкуренцията и чл. 20, ал.1 от ЗООС. Това писмо е получено от заявителя на 21.04.2010 г. видно от приложеното по делото известие за доставяне /лист 42/.

По допустимостта на жалбата:

По силата на чл. 2, ал. 1 ЗДОИ обществена информация е всяка информация, свързана с обществения живот в Република България и даваща възможност на гражданите да си съставят собствено мнение относно дейността на задължените по закон субекти. Съгласно разпоредбата на чл. 3 ЗДОИ този закон се прилага за достъп до обществена информация, която се създава или се съхранява от държавните органи, техните териториални звена и органите на местното самоуправление в Република България. В приложното поле на закона се

включват и физически и юридически лица, но само относно извършвана от тях дейност, финансирана със средства от консолидирания държавен бюджет и средствата за масова информация, ако исканата информация е свързана с прозрачността на тяхната дейност (чл. 3, ал. 2, т. 2 ЗДОИ) или дружеството е публичноправна организация по смисъла на §1, т.4 от ДР във връзка с чл. 3, ал.2, т.1 от ЗДОИ.Съгласно посочения текст задължени субекти са и публичноправните организации.

В този смисъл,като съобрази дадената чл. 3, ал. 2 от ЗДОИ, вр. § 1, т. 4 от Допълнителната разпоредба на ЗДОИ дефиниция,съдът намира,че „НЕК“ ЕАД не е задължено лице по ЗДОИ по следните съображения:

Задължените субекти по ЗДОИ са изчерпателно изброени в чл. 3, от Закона,като съгл. ал. 1 на цитираната разпоредба,този закон се прилага за достъп до обществената информация, която се създава или се съхранява от държавните органи, техните териториални звена и органите на местното самоуправление в Република България, наричани по-нататък "органите".

Ответникът „НЕК“ ЕАД не е държавен орган, не е териториално звено на държавен орган, нито пък орган на местното самоуправление,което налага в конкретния случай да се осъществи преценката дали посоченото търговско дружество не попада сред някои от субектите по чл. 3, ал. 2 от ЗДОИ. Според разпоредбата на чл. 3, ал. 2, т. 2 от ЗДОИ,този закон се прилага и за достъп до обществена информация, която се създава и съхранява от физически и юридически лица само относно извършвана от тях дейност, финансирана със средства от консолидирания държавен бюджет и средства от фондове на Европейския съюз или предоставени от Европейския съюз по проекти и програми.Видно от доказателствата по делото, обаче „НЕК ЕАД не е и сред кръга от субекти по чл. 3, ал. 2, т. 2 от ЗДОИ,тъй като дейността на търговското дружество не се финансира със средства от консолидирания държавен бюджет, нито пък със средства от фондове на Европейския съюз или пък предоставени от Европейския съюз по проекти и програми. Финансиране със средства от консолидирания държавен бюджет по отношение на „НЕК“ ЕАД не се предвижда в нито един от Законите за държавния бюджет на Република България за 2000 г.,2001г.,2002г.,2003г., 2004г.,2005г.,2006г.,2007г.,2008г.,2009г. и 2010г.Единствено в приложение № 9 към Закона за държавния бюджет на Република България за 2008 г./ списък на държавните инвестиционни заеми и държавни гаранции по външни кредитни споразумения през 2008 г./, е предвидена и посочена държавна гаранция за изграждане на АЕЦ на площадка „Белене“, но същата не представлява финансиране със средства от консолидирания държавен бюджет.Следователно, посоченото търговско дружество не може да бъде определено и като задължен субект сред тези по чл. 3, ал. 2, т. 2 от ЗДОИ.

Следва да се изследват и предпоставките за задължен субект по смисъла на чл. 3, ал. 2, т. 1 от ЗДОИ.

Понятието „публичноправна организация“ е дефинирано в §1, т.4 от ДР на ЗДОИ, като по същия начин дефиницията е дадена и в §1, т.21 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Съгласно §1, т. 4 от допълнителната разпоредба от ЗДОИ публичноправна организация" е юридическо лице, което независимо от неговия търговски или

производствен характер е създадено с цел задоволяване на обществени интереси и за което е изпълнено някое от следните условия: а) повече от половината от приходите му за предходната бюджетна година се финансират от държавния бюджет, от бюджетите на държавното обществено осигуряване или на Националната здравноосигурителна каса, от общинските бюджети или от възложители по чл. 7, т. 1 или 3 от Закона за обществените поръчки; б) повече от половината от членовете на неговия управителен или контролен орган се определят от възложители по чл. 7, т. 1 или 3 от Закона за обществените поръчки; в) обект е на управленски контрол от страна на възложители по чл. 7, т. 1 или 3 от Закона за обществените поръчки; управленски контрол е налице, когато едно лице може по какъвто и да е начин да упражнява доминиращо влияние върху дейността на друго лице. Приложимостта на текста предполага абсолютното наличие на едно обстоятелство – юридическото лице да е създадено с цел задоволяване на обществени интереси и абсолютното наличие също така на някое от условията по б. „а“, „б“ или „в“. В тази връзка приложимостта на текста изисква изследването на въпроса дали по отношение на търговското дружество „НЕК“ ЕАД е налице една от предпоставките по б. „а“, „б“ или пък „в“. Използваният подход се налага с оглед на обстоятелството, че дори и да се приеме, че посоченото търговско дружество е създадено с цел задоволяване на обществени интереси, то наличието само на това единствено условие е абсолютно недостатъчно, за да го определени като публичноправна организация по смисъла на § 1, т. 4 от Допълнителната разпоредба на ЗДОИ. По отношение на „НЕК“ ЕАД не е налице условието по б. „а“, а именно повече от половината от приходите му за предходната бюджетна година да се финансират от държавния бюджет, от бюджетите на държавното обществено осигуряване или на Националната здравноосигурителна каса, от общинските бюджети или от възложители по чл. 7, т. 1 или 3 от Закона за обществените поръчки.

Видно от изложеното по-горе законите за държавните бюджети на Република България за периода 2000 г. – 2010 г. не предвиждат финансиране от държавния бюджет за „НЕК“ ЕАД. Подобно финансиране не се предвижда и от бюджетите на държавното обществено осигуряване и на Националната здравноосигурителна каса (разпоредби в този смисъл не се съдържат в Закона за бюджета на държавното обществено осигуряване за периода от 2000 г. до 2010 г. вкл. Липсва финансиране и на дейността на „НЕК“ ЕАД от бюджета на НЗОК, тъй като видно от Закона за бюджета на Националната здравноосигурителна каса за периода 2000 г.-2010 г. не се съдържат разпоредби, установяващи финансиране в този смисъл.

Наличието на последния критерий по б. „а“, а именно финансиране от възложители по чл. 7, т. или т. 3 от Закона за обществените поръчки ще се разгледа едновременно с наличието на предпоставките по б. „б“ и б. „в“, доколкото всичките тези предпоставки изискват определянето на това дали „Български енергиен холдинг“ ЕАД е възложител по смисъла на Закона за обществените поръчки. Този извод на съда се обосновава с обстоятелството, че възложителите по т. 1 от чл. 7 от Закона за обществените поръчки са органите на държавна власт и приходите на дружеството не се финансират от органи на държавната власт, както

беше посочено по-горе, членовете на неговия управителен орган не се определят от органите на държавна власт – едноличен собственик на капитала на „НЕК“ ЕАД и „Български енергиен холдинг“ ЕАД и органите му на управление се определят именно от „Български енергиен холдинг“ ЕАД (обстоятелство, което се потвърждава както от публичния регистър на Агенцията по вписванията, така и не се отрича от самото търговско дружество), а „Български енергиен холдинг“ ЕАД не е орган на държавна власт. Не е налице и управленски контрол от страна на органи на държавна власт по отношение на „НЕК“ ЕАД – едноличен собственик на капитала на същото е „Български енергиен Холдинг“ ЕАД, членовете на органите му на управление се определят от същото това търговско дружество. Следователно, за съда остава да изследва наличието на обстоятелствата по б. „б.“ и „в“ в частта им дали членовете на управителния орган на „НЕК“ ЕАД се определят от възложители по чл. 7, т. 3 от Закона за обществените поръчки и дали е налице обект на управленски контрол от страна на тези възложители. С оглед на обстоятелството, че едноличен собственик на капитала на „НЕК“ ЕАД е „Български енергиен холдинг“ и с оглед на това, че това дружество определя органите за управление на „НЕК“ ЕАД, то предметът на изследване се ограничава до въпроса дали в конкретния случай „Български енергиен холдинг“ ЕАД може да се определи като възложител по смисъла на чл. 7, т. 3 на Закона за обществените поръчки. Съгласно посочения текст възложители на обществени поръчки са публичноправните организации.

Посоченият текст също предполага наличието на една абсолютна предпоставка, която следва да е налице, а именно юридическото лице да бъде създадено с цел задоволяване на обществени потребности и наличието на една от предпоставките по б. „а“, „б“ или „в“, която трябва да е налице едновременно с абсолютната предпоставка. Видно от устава на дружеството, едноличен собственик на капитала на същото е държавата, като правата на едноличен собственик на капитала се упражняват от министъра на икономиката, енергетиката и туризма. В правомощията на едноличния собственик на капитала на дружеството е избирането и освобождаването на членовете на съвета на директорите – следователно по отношение на посоченото търговско дружество е налице предпоставката по б. „а“. В тази хипотеза остава изследването на обстоятелството дали посоченото търговско дружество е създадено с цел за задоволяване на обществени интереси, които нямат производствен или търговски характер. Дефиниция на посочено понятие „обществени интереси“ не се съдържа нито в българското законодателство, нито пък в останалото европейско законодателство. В тази връзка следва да имат предвид разпоредбите на чл. 2, параграф 1, буква а, втора алинея от директива 2004/17 и чл. 1, параграф 9, втора алинея от директива 2004/18, в които определят като възлагащ орган на обществени поръчки и всеки орган, който е създаден със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер. Следователно, условията са две – задоволяването на нужди от обществен интерес и второто условие, което е отнесено именно към тези нужди, а не към самото дружество – тези нужди да нямат търговски или промишлен характер. На първо място, що се отнася до целта на

създаването на въпросния субект – обективен критерий в тази насока би могъл да бъде учредителния акт за създаване на дружеството, а именно неговият устав. Съгласно чл. 6 от същия предметът на дружеството включва придобиване, управление, оценка и продажба на участия в търговски дружества, осъществяващи стопанска дейност в областта на производството, добива, преноса, транзита, съхранението, управлението, разпределението, продажбата и/или изкупуването на природен газ, електрическа енергия, топлоенергия, въглища, както и всякакви видове енергия и суровини за производството ѝ, участие в управлението на такива дружества, финансирането им, придобиване, оценка, емитиране и продажба на облигации, придобиване, оценка и продажба на патенти, отстъпване на лицензи за използване на патенти на горепосочените дружества, както и извършване на собствена производствена или търговска дейност. Действително, предметът на дейност на дружеството е определен твърде широко и в тази връзка, би могло да се приеме, че дори една от дейностите да представляваше дейност в обществен интерес, то би могло и да се приеме, че дружеството е създадено със специфичната цел за задоволяване на определен обществен интерес. Нито една, обаче от така формулираните дейности не би могла да се определи като такава и да обоснове създаването на посоченото търговско дружество с цел за задоволяване на обществен интерес. Посочените дейности биха могли да се осъществяват и от други търговски дружества, следователно е налице и конкуренция в тази насока, което пък обстоятелство на наличието на конкуренция е показателно за това, че дейността на дружеството не е насочена към задоволяване на нужди от обществен интерес. Не е налице и второто подусловие, а именно тези нужди да нямат производствен или търговски характер. Следователно, в процесния случай не става дума за нужди, които по съображения от обществен интерес държавата или регионален или пък местен орган са избрали като цяло да задоволят сами или по отношение на които възнамеряват да запазят определящо влияние (в този смисъл решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding, C-360, точки 44, 47, 51 и 53, както и решение от 10 май 2001 г. по дело Agora у Excelsior, C-223/99 и C-260/99, точки 37, 38 и 41). На следващо място, с цел да се провери дали задоволяваните нужди имат характер, който не е промишлен или търговски следва да се отчете съвкупността от релевантните юридически и фактически елементи, каквито са обстоятелствата ръководили създаването на процесното търговско дружество и условията, при които то упражнява дейността си или в това отношение е важно да се провери дали търговското дружество упражнява своите дейности при условия на конкуренция (в този смисъл решение от 22 май 2003 г. по делото Korhonen и др, C-18/01, точки 48 и 49). Като се има предвид предмета на дейност на посоченото търговско дружество не може да се приеме, че същото осъществява дейност, която не би могла да се осъществява и от други стопански субекти. С оглед на изложеното, не би могло да се приеме, че целта, за която е създадено търговското дружество и която то задоволява няма търговски или производствен характер. Следователно, не може да се приеме, че „Български енергиен холдинг“ ЕАД е възложител по смисъла на чл. 7, т. 3 от Закона за обществените поръчки, което обуславя и липсата на качеството на

задължен субект по ЗДОИ на „НЕК“ ЕАД.

С оглед горното, след като „НЕК„ ЕАД не е задължен субект по смисъла на чл. 3 от ЗДОИ, то не е налице и подлежащ на обжалване изричен отказ по заявлението на изпълнителния директор на „Институт за зелена политика“, който да подлежи на оспорване по реда на административния процес, поради което следва да се отмени дадения ход на устните състезания, жалбата да се остави без разглеждане като недопустима, а производството по делото да се прекрати.

По изложените съображения и на основание чл. 159, т. 1 от АПК, Административният съд София-град, I отделение, 7-ми състав

ОПРЕДЕЛИ

ОТМЕНЯ дадения ход на устните състезания от 06.12.200г. по същество по адм. д. № 3552/2010г. по описа на Административния съд София-град.

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ жалбата от на „Институт за зелена политика“, представляван от Петко Костадинов Ковачев - изпълнителен директор, подадена чрез адв. Терзийски против писмо изх. №04-14-81/1/ от 31.03.2010г. на НЕК ЕАД, с което е отказан достъп до обществена информация по заявления с вх. №№ 33-00-47/04.03.2010 г. като недопустима.

ПРЕКРАТЯВА производството по адм.д. № 3552/2010г. по описа на Административния съд София-град, I отделение, 7 състав.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд с частна жалба в 7-дневен срок от съобщаването му по реда на чл. 138 от АПК.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: