

Sygn. akt *XVI GC 805/17*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVI Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący	SSO Marian Kociołek
Protokolant	sekretarz sądowy Wojciech Napierkowski

po rozpoznaniu 6 czerwca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) Spółce Akcyjnej w W.

o ustalenie

1. oddała powództwo;
2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w G. na rzecz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) Spółki Akcyjnej w W. po 50.000 (pięćdziesiąt tysięcy) złotych na rzecz każdego z pozwanych tytułem zwrotu kosztów procesu.

SSO Marian Kociołek

Sygn. akt XVI GC 805/17

UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. w G. ((...) (...)) w dniu 11 września 2017 roku wniosła pozew przeciwko (...) Sp. z o.o. w W. ((...)) oraz (...) S.A. w W. ((...)) o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego. Powód żąda ustalenia nieistnienia stosunku zobowiązaniowego mającego wynikać z Ramowej umowy sprzedaży Praw Majątkowych wynikających ze Świadectw Pochodzenia (CPA) - umowy podpisanej przez przedstawicieli powoda i pozwanego (...) w dniu 12 kwietnia 2010 r. Umowy weszły w życie z dniem 5 stycznia 2012 roku [k. 18], jednak z dniem 11 września 2017 roku powód zaprzestał wykonywania umów [k. 22]. Powód twierdzi, że w dniu zawarcia CPA posiadał (i nadal posiada) status tzw. zamawiającego sektorowego zobowiązanego do stosowania u.p.z.p. na podstawie art. 3 ust 1 pkt 4 u.p.z.p. w zw. z art. 132 ust 1 pkt 3 u.p.z.p., a stwierdzeniem kluczowym dla powoda jest stwierdzenie, że obrót energią elektryczną wchodził w zakres w 132 ust 1 pkt 3 u.p.z.p. pojęcia dostarczania energii elektrycznej do sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej [k. 27]. Powód też twierdzi, że w czasie, kiedy została zawarta CPA oraz w okresie jej wykonywania – aż do 3 maja 2015 r. powód był zobowiązany do stosowania upzp przy nabywaniu praw majątkowych, gdyż spełnione były przesłanki: (i) powód był i nadal jest podmiotem pozostającym pod dominującym wpływem SP, (ii) wykonywującym działalność sektorowa, którą jest obrót energią elektryczną, (iii) nabywanie praw majątkowych przez powoda dokonywane

było w celu prowadzenia działalności sektorowej, (iv) brak było wyłączenia przedmiotowego dot. nabywania praw majątkowych (v) zawarta CPA zobowiązywała do udzielania zamówień o wartości przekraczającej tzw. progi unijne.

Powód żądanie ustalenia nieistnienia stosunku prawnego, mającego wynikać z CPA, uzasadnia bezwzględna nieważnością CPA. Jako zasadniczą podstawę żądania powód przedstawia sprzeczność treści CPA z ustawą (art. 353¹ k.c.). Sprzeczność ta ma polegać na tym, że treścią CPA jest zobowiązanie stron do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych z pominięciem u.p.z.p. Powód twierdzi, że zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 13 u.p.z.p. jest nie CPA, ale transakcja pozasesyjna, dokonywana w wykonaniu CPA. CPA nie jest umową odpłatną, a taką właśnie umową jest transakcja pozasesyjna zawierana w wykonaniu CPA. Zdaniem powoda, treść CPA wskazuje jednoznacznie, że realizacja zobowiązań wynikających z tej umowy - czyli zawieranie umów wykonawczych (transakcji pozasesyjnych) nie mogła się odbywać w sposób przewidziany w u.p.z.p. Zatem sprzeczność treści CPA z prawem skutkująca nieważnością CPA polega na tym, że CPA zobowiązywała do zawierania umów wykonawczych z pominięciem wymogów przewidzianych w u.p.z.p., mimo że powód był zobowiązany do stosowania u.p.z.p. przy zawieraniu umów wykonawczych. Zdaniem powoda CPA jest bezwzględnie nieważna na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z 58 § 1 k.c., w zw. z art. 7 ust. 3 u.p.z.p. i art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.). Nieważność ta ma mieć charakter pierwotny oraz definitywny. Alternatywna podstawa żądania, zgłoszona przez powoda, bazuje na tym, że to CPA jest umową o udzielenie zamówienia publicznego (a nie transakcje pozasesyjne). Sprzeczność z prawem tej umowy powód wywodzi z naruszenia reguł konstruujących czynność prawną, a wyrażonych w przepisach u.p.z.p., w zw. z art. 7 ust. 3 u.p.z.p. i art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. W sytuacji, gdy w ogóle przy zawieraniu CPA nie zastosowano przepisów u.p.z.p., zdaniem powoda, nie znajdzie zastosowania sankcja wyrażona w art. 146 u.p.z.p., gdyż w przepisie tym przewidziano sankcję w przypadku określonych wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem w przedmiotowej sprawie CPA została zawarta w ogóle z pominięciem u.p.z.p. CPA nie została zawarta w żadnym z trybów przewidzianych w u.p.z.p. Ocena pominięcia stosowania u.p.z.p. powinna być zatem dokonywana nadal na gruncie art. 58 k.c., a nie art. 146 u.p.z.p. Ze złożonej w sprawie opinii prof. M. G. wynika, że powód uważa, iż umowa może być uznana za nieważną z uwagi na niemożność świadczenia w rozumieniu art. 387 KC.

Sąd Okręgowy ustalił:

Powód (...) (...) zajmuje się obrotem energią elektryczną. Kupuje ją od wytwórców a następnie sprzedaje na rynku hurtowym (innym spółkom obrotu) i rynku detalicznym (odbiorcom indywidualnym, w tym końcowym). Powód zajmuje się także obrotem Prawami Majątkowymi ze Świadectw Pochodzenia — kupuje je od wytwórców energii z OZE, częściowo „na własny użytek” (w celu przedstawienia ich do umorzenia), a w części — dokonując odsprzedaży nabytych Praw Majątkowych.

Pozwany (...), jest właścicielem instalacji wytwórczej, której budowa została sfinansowana przez pozwanego (...) (i innych kredytodawców), wytwarza energię elektryczną ze źródeł odnawialnych, którą sprzedaje — niezależnie od Praw Majątkowych – powodowi (...) (...) na podstawie odrębnej Umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w OZE nr (...), datowanej 12.04.2010 r. (k. 124-161). Pozwany (...) wytwarza energię za pomocą generatorów napędzanych siłą wiatru (czyli na tzw. „farmie wiatrowej”). Jako wytwórca „zielonej energii”, otrzymuje od Prezesa URE Świadectwa Pochodzenia, będące źródłem Praw Majątkowych, które sprzedaje, obok wytwarzanej energii.

Pozwany (...) i powód (...) (...) zawarli Ramową umowę sprzedaży Praw Majątkowych wynikających ze Świadectw Pochodzenia Nr (...), datowaną na dzień 12.04.2010 r. (CPA) (k. 163-194). W dniu zawarcia CPA jedynym akcjonariuszem Powoda była (...) S.A. Ówczesnie udział Skarbu Państwa w kapitale zakładowym (...) S.A. przekraczał (...). (KRS- k. 64-85). Przedmiotem CPA miało być „określenie warunków sprzedaży wszystkich Praw Majątkowych wynikających ze Świadectw Pochodzenia Energii Elektrycznej na (...)” (art. 3 CPA), przy czym pojęcia pisane z wielkiej litery („Prawa Majątkowe”, „Świadectwa Pochodzenia”, „Energia Elektryczna”, „Farma Wiatrowa”) zostały zdefiniowane w treści CPA (art. 2). Zasadniczym obowiązkiem powoda (...) (...), przewidzianym w treści CPA, było „nabywanie Praw Majątkowych poprzez Transakcje Pozasesyjne” zawierane z pozwanym (...) (art. 4 ust. 2 lit. b CPA), a obowiązkiem pozwanego (...)dokonywanie sprzedaży” tych praw „poprzez Transakcje Pozasesyjne” zawierane z powodem (art. 4 ust. 1 lit. b CPA). Podpisana przez powoda (...) i pozwanego (...) (...) CPA miała obowiązywać przez

czas oznaczony, tj. przez okres 15 lat od daty wejścia w życie CPA (art. 15 CPA). Moment wejścia w życie CPA został ustalony jako dzień wejścia w życie PPA (art. 15 ust. 1 i 2 CPA), który został z kolei powiązany z dniem otrzymania przez pozwanego (...) koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii oraz powiadomieniem powoda (...) (...) o tym fakcie w odpowiedni sposób (art. 18 PPA). Wejście CPA w życie nastąpiło w dniu 5.01.2012 r. (art. 18 ust. 1 PPA w brzmieniu nadanym aneksem nr (...) z dnia 16.04.2012 r.).

Cel gospodarczy CPA w całości zależny był od funkcjonowania w Polsce systemu wsparcia wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii opartego na świadectwach pochodzenia. Koszt wytworzenia energii odnawialnej jest bowiem wyższy, niż koszt wytworzenia energii ze źródeł konwencjonalnych. Podmioty inwestujące w sektorze OZE - bez odpowiedniego wsparcia ze strony państwa - nie byłyby w stanie uzyskać zwrotu poniesionych nakładów inwestycyjnych. Aby spełnić zobowiązania wobec Unii Europejskiej dotyczące zwiększania udziału energii odnawialnej w łącznej ilości energii zużywanej w kraju nowelą prawa energetycznego z dnia 4.03.2005 roku został wprowadzony system wsparcia wytwórców OZE, który zapewniał im dwa źródła (strumienie) przychodów:

- ze sprzedaży energii elektrycznej podmiotom zobowiązanym do jej zakupu (po średniej cenie rynkowej weryfikowanej przez Prezesa URE); oraz
- ze sprzedaży na giełdzie towarowej Praw Majątkowych ze Świadcstw Pochodzenia (wydawanych przez Prezes URE na wniosek wytwórcy).

System Świadcstw Pochodzenia od początku funkcjonował w oparciu o zasadę, wedle której obrót Prawami Majątkowymi dokonywany jest wyłącznie za pośrednictwem i przy wykorzystaniu mechanizmów giełdy towarowej - na (...). Poddanie obrotu Prawami Majątkowymi reżimowi giełdowemu zapewniało z jednej strony przejrzystość systemu (w tym ceny) a z drugiej - sprzyjało efektywnej kontroli rynku Świadcstw Pochodzenia przez państwo, w tym Prezesa URE jako regulatora rynku energetycznego.

Świadcstwa pochodzenia wydawane były na wniosek wytwórców energii elektrycznej z OZE przez Prezesa URE. Za każdą wytworzoną MWh energii elektrycznej z OZE wytwórca otrzymuje jedno świadectwo pochodzenia. Świadcstwa pochodzenia podlegają wpisowi do rejestru prowadzonego przez (...). Prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia są przedmiotem obrotu na (...). Transakcje na (...) zawierane są na sesji lub poza sesją giełdową, przy czym zgodnie z wewnętrznymi regulacjami (...) transakcje giełdowe są rozumiane jako umowy sprzedaży, a składane zlecenia, odpowiednio, jako oferta kupna lub sprzedaży. W transakcjach pozasesyjnych ceny praw majątkowych ustalane są indywidualnie przez strony umowy.

Podstawową zasadą systemu wsparcia jest umożliwienie wytwórcom energii elektrycznej z OZE uzyskania świadectw pochodzenia. Sprzedaż praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia stanowi - obok sprzedaży energii elektrycznej - dodatkowe źródło przychodu dla wytwórców energii elektrycznej z OZE, mające dla nich istotne znaczenie w sensie ekonomicznym. Popyt na prawa majątkowe generowany jest poprzez nałożenie na grupę podmiotów obowiązku uzyskania i przedstawienia Prezesowi URE do umorzenia określonej ilości świadectw pochodzenia w określonym terminie. Z obowiązku przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia zobowiązany podmiot może się zwolnić poprzez zapłatę opłaty zastępczej. Niewykonanie obowiązków w zakresie przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia (uiszczenia opłaty zastępczej) sankcjonowane jest administracyjną karą pieniężną. Znaczącą grupę podmiotów zobowiązanych do uzyskiwania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia stanowią przedsiębiorstwa energetyczne, w tym przedsiębiorstwa prowadzące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną (art. 52 ust. 1 u.o.z.e.) - takim przedsiębiorcą był i jest powód (...). Z kolei, pozwany (...) był i jest wytwórcą energii elektrycznej z OZE, uprawnionym do uzyskiwania świadectw pochodzenia.

CPA przewidywała w szczególności:

1. obowiązek pozwanego (...) sprzedaży wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej na farmie wiatrowej znajdującej się w J. i J. - poprzez zawieranie transakcji

pozasesyjnych, poprzedzonych uzgodnieniem i podpisaniem porozumienia transakcyjnego (art. 4 ust. 1 lit. a i b CPA oraz art. 5 ust. 2 CPA),

2. obowiązek powoda (...) (...) zakupu od pozwanego (...) praw majątkowych (art. 4 ust. 2 lit. a CPA),

3. ustalenie ceny nabycia praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia na poziomie (...) zł netto (za świadectwa w ilości odpowiadającej 1 MWh energii elektrycznej wytworzonej na farmie wiatrowej), która to cena miała podlegać corocznej indeksacji (art. 6 ust. 1 i 2 CPA); łączna cena praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia, należna za dany okres rozliczeniowy, wyznaczana była zatem przez liczbę praw majątkowych sprzedanych powodowi w transakcjach pozasesyjnych na podstawie zawartych porozumień transakcyjnych (art. 6 ust. 3 CPA),

4. obowiązki zapłaty kar umownych, m.in. w przypadku niezakupienia przez powoda, z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność, wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia wydanych pozwanemu (...) przez Prezesa URE i zaoferowanych powodowi zgodnie z CPA (art. 8 ust. 3 CPA),

5. podstawą do ustalenia warunków CPA miały być m.in. wewnętrzne regulacje (...) dot. obrotu prawami majątkowymi.

W latach 2007 - 2013 powód (...) (...) zawierał z innymi kontrahentami podobne do CPA umowy, tj. umowy ramowe mające obowiązywać na czas oznaczony, zobowiązujące powoda do nabywania wszystkich praw majątkowych uzyskiwanych przez danego kontrahenta - wytwórcę energii elektrycznej z OZE w związku z wytwarzaniem tej energii w instalacji wskazanej w umowie, a kontrahenta do sprzedaży całości tych praw powodowi.

Zawierając CPA oraz wykonując CPA - tj. zawierając umowy sprzedaży praw majątkowych (transakcje pozasesyjne na (...)), powód (...) (...) nie stosował żadnego trybu udzielenia zamówienia publicznego przewidzianego w u.p.z.p. Treść CPA została przez strony ustalona w drodze negocjacji, a umowy wykonawcze zawierane były na warunkach określonych w CPA, wykluczających zawieranie umów wykonawczych w trybie przewidzianym w u.p.z.p. Również w przypadku zawarcia innych umów ramowych, zobowiązujących powoda do nabywania praw majątkowych oraz wykonywania tych umów, tj. w przypadku zawierania na ich podstawie umów wykonawczych, powód nie stosował żadnego trybu udzielenia zamówienia publicznego przewidzianego w u.p.z.p. (niesporne).

Zgodnie z treścią CPA, powód zobowiązał się do nabywania praw majątkowych dotyczących energii elektrycznej wytwarzanej „na (...)” (art. 3 CPA), przy czym przez (...) należy rozumieć instalację o mocy całkowitej 27,5 MW (por. art. 2 ust. 1 lit. a CPA). Zawierając CPA, powód (...) (...), przy uwzględnieniu typu źródła energii odnawialnej przewidywał, iż wskazana w (...) będzie wytwarzać ok. 58.000 MWh energii elektrycznej rocznie. W konsekwencji, biorąc pod uwagę sposób określenia ceny jednostkowej praw majątkowych w CPA, Powód przewidywał, iż roczna wartość netto nabywanych na podstawie CPA praw majątkowych będzie wynosiła co najmniej (...) zł. a w całym okresie obowiązywania CPA (...) zł.

Dnia 5 stycznia 2011 r. pozwany (...) zawarł Umowę Kredytu w celu sfinansowania budowy farmy wiatrowej. (...) jest agentem kredytu i agentem zabezpieczenia: jako jeden z Kredytodawców działa na rzecz całego konsorcjum. Umowa Kredytu przewidywała finansowanie typu project finance (finansowanie projektów inwestycyjnych), w którym kredyt finansujący inwestycję jest następnie spłacany z przychodów, jakie ta inwestycja przyniesie. W stanie sprawy inwestycją była farma wiatrowa, z której pozwany (...) miał uzyskiwać „zieloną energię” i Świadectwa Pochodzenia. Przychody ze sprzedaży (...) (...) zielonej energii (na podstawie PPA) i Świadectw Pochodzenia (na podstawie CPA) miały być przeznaczone (w części) na spłatę kredytów.

Finansowanie inwestycji pozwanemu (...) Kredytodawcy uzależnili od zawarcia nie tylko długoterminowych umów CPA oraz PPA, ale także trójstronnej Umowy Bezpośredniej między powodem a pozwanym (...) i pozwanym (...) (jako agentem zabezpieczenia wiarygodności Kredytodawców do (...)). Umowa Bezpośrednia miała gwarantować stabilność i trwałość stosunków prawnych pomiędzy E. (...) a (...) wynikających z CPA oraz PPA, z przyczyn

wskazanych powyżej. Już na wstępie tej umowy powód zapewnił (...), że zawarł z pozwanym (...). Zobowiązał się też do nierozwiązywania oraz niewypowiadania CPA (oraz PPA) bez uprzedniego zawiadomienia (...) i obiecał nie podejmować żadnych czynności przeciwko pozwanemu (...) bez uprzedniego zawiadomienia (...) (pkt (b) umowy); oraz przyrzekł informować (...) o każdym naruszeniu CPA lub PPA (pkt (f) umowy). Wierzytelności Kredytobiorców z Umowy Kredytu zabezpieczała m.in. Umowa Cesji na Zabezpieczenie. W ramach tej umowy pozwany (...) przejął tytułem zabezpieczenia na (...) (jako agenta) wszelkie prawa i roszczenia przysługujące mu na podstawie m.in. CPA oraz PPA. Powód został zawiadomiony o zawarciu Umowa Cesji na Zabezpieczenie i potwierdził ją w skierowanym do (...) Potwierdzeniu Cesji. Jego treść wskazuje, że powód uważał CPA za ważną i skuteczną. W pkt (b) dokumentu powód zobowiązał się bowiem do informowania (...) o wszelkich faktach, wydarzeniach oraz okolicznościach, w świetle których CPA może stać się nieważna, nieskuteczna lub niewykonalna w inny sposób. Powód nigdy nie powiadomił (...) o nieważności CPA, której stwierdzenia żąda w pozwie.

Do dnia 11 września 2017 roku powód (...) kupował od pozwanego (...) prawa majątkowe, zgodnie z regulacjami wewnętrznymi (...) w ramach transakcji pozasesyjnych. Po tym dniu zaprzestał wykonywania umów, zaś przekonanie o bezwzględnej nieważności umów opierał w znacznej mierze na motywach wyroku NSA z 10 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 2299/15 [k. 22]. W dniu 12 września 2017 roku powód (...) (...) złożył do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie wniosek o zawiązanie do próby ugodowej pozwanego (...). Wezwał tam obowiązanego do rozwiązania sporu o zapłatę na jego rzecz kwoty 35.908.401 zł. tytułem zwrotu świadczeń pieniężnych uiszczonych nienależnie (w rozumieniu art. 410 §2 KC) przez wzywającego w okresie od dnia 12 września 2014 roku do 11 września 2017 roku. Wzywający argumentował, iż ma roszczenie o zwrot różnicy pomiędzy wartością rynkową świadectw pochodzenia (określając je na kwotę (...) zł wg notowań (...)) a wartością zakupu (które ocenił na kwotę (...) zł.) [k. 892-895].

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów zgromadzonych w aktach sprawy oraz zeznaniach świadków, jak i stron. W zasadniczej mierze ustalony stan faktyczny jest niesporny.

Sąd Okręgowy zważył.

Powód złożył pozew przeciwko pozwanym, wnosząc o ustalenie, w oparciu o przepis art. 189 KPC, że umowa z dnia 12 kwietnia 2010 r. nie wiąże go, z powodu nieważności. Przed wniesieniem pozwu zaprzestał realizacji umowy, bowiem z dniem 11 września 2017 roku zaprzestał dokonywać zakupów od pozwanego (...). Ujawnił też, poprzez złożenie w dniu 12 września 2017 roku wniosku o próbę ugodową, iż zamierza dochodzić od pozwanego (...) roszczeń o zwrot nienależnego świadczenia z uwagi na dokonanie zawyżonych płatności w okresie od 12 września 2014 roku do 11 września 2017 roku. Kwestią sporną stało się zatem to, czy powód ma interes prawny w ustaleniu w rozumieniu art. 189 KPC. Zdaniem Sądu Okręgowego powód ma interes w ustaleniu w zakresie wskazanym w pozwie. W orzecznictwie wskazuje się, że w zasadzie powództwo o ustalenie jest niedopuszczalne, gdy istnieje możliwość wytoczenia powództwa o świadczenie. W takiej sytuacji brak jest bowiem interesu prawnego, gdyż ustalenie jest tylko przesłanką do uwzględnienia roszczenia o świadczenie. Interes prawny w ustaleniu stosunku prawnego będzie istniał wyjątkowo obok możliwości dochodzenia świadczenia wówczas, gdy ze spornego stosunku wynikają jeszcze dalsze skutki, których dochodzenie powództwem o świadczenie nie jest możliwe lub na razie nie jest aktualne (wyrok SN z 11.9.1953 r., I C 581/53, Legalis nr 666547; wyrok SN z 2.6.2006 r., I PK 250/05, Legalis nr 76249). Uwzględniając powyższe, roszczenia powoda o zwrot przez pozwanego (...) kwot jemu zapłaconych nie wyczerpują w pełni zagadnienia czy powód jest związany umową na przyszłość. Takie ujęcie sprawy pozwala na stwierdzenie, że powód ma interes w ustaleniu, czy umowa jest ważna.

Roszczenie powoda opiera się na zasadniczej tezie, że w przedmiocie owego kupna świadectw pochodzenia energii należało stosować tryby zamówień określone w ustawie o zamówieniach publicznych – czego nie uczyniono w stosownym czasie. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że nie było potrzeby stosowania procedur zamówień publicznych w niniejszym przypadku i to z kilku powodów. Kwestia pierwsza. W czasie kiedy zawarta została CPA oraz w okresie jej wykonania, aż do 3 maja 2015 roku powód byłby zobowiązany do stosowania u.p.z.p. przy nabywaniu praw majątkowych, o ile spełnione byłyby przesłanki, tj gdy: (i) powód był podmiotem pozostającym pod

dominującym wpływem Skarbu Państwa; (ii) wykonującym działalność sektorową, którą jest m.in. obrót energią elektryczną; (iii) nabywanie praw majątkowych przez powoda dokonywane było w celu prowadzenia działalności sektorowej; (iv) brak było wyłączenia przedmiotowego dotyczącego nabywania praw majątkowych; (v) zawarta CPA zobowiązywała do udzielenia zamówień o wartości przekraczające tzw. progi unijne. Ważne jest to, że tylko łączne spełnienie przesłanek pozwala na stwierdzenie istnienia obowiązku po stronie powoda nabywania praw majątkowych w trybie procedur konkurencyjnych przewidzianych u.p.z.p. W takiej sytuacji zasadniczym zagadnieniem spornym jest to czy powód w istocie posiadał status tzw. zamawiającego sektorowego, zobowiązanego do stosowania u.p.z.p. na podstawie art. 3 ust 1 pkt 4 u.p.z.p. w zw. z art. 132 ust 1 pkt 3 u.p.z.p. Przepis art. 3 ust 1 pkt 4 u.p.z.p. stanowił, że „Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej "zamówieniami", przez: (...) inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego”. Z kolei przepis art. 132 ust 1 pkt 3 u.p.z.p. stanowił, iż „Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej "zamówieniami sektorowymi", z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności (...) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami.”

Zasadnicze znaczenie - dla określenia obowiązku stosowania przez powoda (...) (...) regulacji zawartej w u.p.z.p, w dniu zawarcia umowy CPA - ma interpretacja art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Kluczowa jest kwestia, czy działalność spółek obrotu w dniu zawarcia umowy CPA mieściła się w hipotezie normy zawartej w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy, a więc czy mogła stanowić „tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami”. Znaczenie tych pojęć zdefiniowane jest w prawie energetycznym, w tym stanie interpretacja pojęć powinna odbywać się poprzez odwołanie tych definicji. Termin „produkcja” użyty w art. 132 ust. 1 pkt 3 należy utożsamiać z pojęciem „wytwarzanie” używanym na gruncie Prawa energetycznego. Z kolei pojęcie „wytwarzanie” łączy się z definicją procesu energetycznego, tj. technicznym procesem w zakresie wytwarzania, przetwarzania, przesyłania, magazynowania, dystrybucji oraz użytkowania paliw lub energii, o którym mowa w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo energetyczne. Z kolei, stosownie do art. 3 pkt 4 ustawy Prawo energetyczne „przesyłanie” to transport: a) paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych, b) paliw ciekłych siecią rurociągów, c) ciepła siecią ciepłowniczą do odbiorców przyłączonych do tej sieci - z wyłączeniem sprzedaży tych paliw lub energii. Następnie, „Dystrybucja”, w dniu zawarcia umowy CPA, powinna być rozumiana stosownie art. 3 pkt 5 ustawy Prawo energetyczne jako: a) transport paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu ich dostarczenia odbiorcom, b) rozdział paliw ciekłych do odbiorców przyłączonych do sieci rurociągów, c) rozdział ciepła do odbiorców przyłączonych do sieci ciepłowniczej - z wyłączeniem sprzedaży tych paliw lub energii. Przepis art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo energetyczne stanowił, że „obrotem” jest działalność gospodarcza polegająca na handlu hurtowym albo detalicznym paliwami lub energią. W doktrynie prawa zamówień publicznych wyrażony został pogląd, zgodnie z którym przepis art. 132 ust. 1 pkt. 3 wyraźnie odsyłał do publicznych usług związanych z "produkcją", "przesyłaniem" lub "dystrybucją" energii elektrycznej. Działalność obrotowa w ogóle nie została wskazana w tym przepisie. Podkreślić też należy, że w u.p.z.p. pojawia się pojęcie „dostarczanie”, energii elektrycznej, gazu lub ciepła „do sieci”, a nie „dostarczanie do odbiorców końcowych”. Wobec tego dostarczaniem energii elektrycznej, gazu lub ciepła, w rozumieniu u.p.z.p. zajmują się ich wytwórcy. Spółki obrotu faktycznie ani prawnie nie „dostarczają”

energii, gazu ani ciepła do sieci - obracają one jedynie (sprzedają) energię dostarczoną do sieci przez inne podmioty (wytwórców, ew. spółki przesyłowe) Wyjątkiem jest sytuacja, gdy obrotem zajmuje się wytwórca energii elektrycznej, ciepła lub gazu. Wytwórca, w rozumieniu Prawa energetycznego, który jednocześnie handluje wytwarzanym dobrem, dostarcza to dobro do sieci, w związku z czym prowadzi działalność sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3. Powyższa interpretacja literalna zapisów prowadzi do wniosku, iż działalność spółek obrotu, prowadzących działalność gospodarczą polegającą na handlu hurtowym albo detalicznym paliwami lub energią nie była w dniu zawarcia umowy CPA działalnością objętą hipotezą art. 132 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działalność prowadzona przez (...) (...) nie mieściła się zatem w pojęciu działalności sektorowej, a co za tym idzie (...) (...) w dniu zawierania umowy CPA nie była zobowiązana do stosowania u.p.z.p.

Niezależnie od powyższej konstatacji należy rozważyć, czy nabywanie przez (...) (...) praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia w trybie art. 9a ustawy Prawo energetyczne, stanowi zamówienie udzielane "w celu" wykonywania działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 ust. 1 u.p.z.p. , a tym samym ustalenie celu, w jakim następowało nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia. Regulacja art. 132 ust. 1 u.p.z.p. miała na celu implementację do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy sektorowej [dyrektywy 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 roku w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, zastąpionej następnie dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 roku w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych]. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie kwestionuje się tego, iż decydującym dla zastosowania przepisów dyrektywy sektorowej pozostaje związek prowadzonego działania z celem, dla którego dane działania zostają podejmowane, w ramach przedmiotowych sektorów gospodarki i dla zaspokojenia zbiorowych potrzeb ludności. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości przyjęto, iż „podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych mają obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach" (wyrok C-393/06 z dnia 10 kwietnia 2008 roku sprawa I.. (...), W.- (...) przeciwko (...)). Zgodnie z zasadami logiki konstrukcja zawarta w art. 132 ust. 1 u.p.z.p. bazuje na ocenie utylitarnej przyjmującej, że jakieś działanie nadaje się do realizacji określonego celu, albo przynajmniej mu sprzyja. Jak wskazuje się w doktrynie prawa energetycznego certyfikaty tworzą jeden z elementów systemu instrumentów wspierania energetyki „niekonwencjonalnej". Przez system ten rozumie się ogół środków stosowanych w ramach systemu prawnego, który promuje energetykę niekonwencjonalną, dzięki zmniejszeniu kosztów wykorzystywania tej energetyki, zwiększeniu ceny, za którą można sprzedać energię, ciepło, paliwa z niej pochodzące, lub zwiększaniu ich nabywanej ilości. To regulacja dyrektywy 2001/77/WE określała udział energii elektrycznej z OZE w całkowitym zużyciu energii w poszczególnych krajach członkowskich, jak również nakłada obowiązek wdrożenia systemu tzw. „świadectw pochodzenia", którego celem było wspieranie rozwoju energetyki odnawialnej. Poszukując, na gruncie dyrektywy 2001/77/WE celu, z jakim związane było nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia wskazać należy na kilka czynników. W motywie 1 preambuły do dyrektywy 2001/77/WE wskazano, iż: „Wspólnota uznaje potrzebę wspierania odnawialnych źródeł energii elektrycznej za sprawę priorytetową, zwłaszcza że jej wykorzystanie niesie za sobą pozytywny wpływ na ochronę środowiska i przyczynia się do trwałego rozwoju. Ponadto może tworzyć lokalne zatrudnienie i pozytywnie wpływać na spójność społeczną, a także przyczyniać się do zabezpieczenia dostaw i celów K.. Dlatego też niezbędne jest zapewnienie lepszego wykorzystania tego potencjału w ramach wewnętrznego rynku energii elektrycznej". W sposób zatem wyraźny położone zostały fundamenty systemu opierającego się na następujących założeniach: wspieranie OZE ze względu na istnienie ważnego interesu publicznego, przejawiającego się w konieczności podjęcia działań proekologicznych. Następnie, w motywie 2 preambuły, zapisano, że „Wspieranie produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii jest dla Wspólnoty sprawą wysoce priorytetową, co znajduje odzwierciedlenie w treści białej księgi w sprawie odnawialnych źródeł energii, uzasadniającej to potrzebą lepszego zabezpieczenia i zróżnicowania dostaw energii, ochrony środowiska i zwiększenia społecznej i ekonomicznej spójności". W motywie 14 preambuły podkreślono konieczność zagwarantowania sprawnego funkcjonowania mechanizmów wsparcia z zachowaniem zaufania ze strony potencjalnych inwestorów. Znaczenie wsparcia źródeł niekonwencjonalnych zostało następnie szeroko ujęte w kolejnej dyrektywie poświęconej problematyce wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii, tj.: dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE. W motywie 1 preambuły wskazano, iż: „

Kontrola zużycia energii w Europie oraz zwiększone stosowanie energii ze źródeł odnawialnych wraz z oszczędnością energii i zwiększoną efektywnością energetyczną stanowią istotne elementy pakietu środków koniecznych do redukcji emisji gazów cieplarnianych i spełnienia postanowień Protokołu z K. do Ramowej Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, a także do wywiązania się z innych wspólnotowych i międzynarodowych zobowiązań w zakresie redukcji emisji gazów cieplarnianych, wykraczających poza rok 2012. Elementy te mają również duże znaczenie dla zwiększenia bezpieczeństwa dostaw energii, wspierania rozwoju technologicznego i innowacji, a także dla tworzenia możliwości zatrudnienia i możliwości rozwoju regionalnego, zwłaszcza na obszarach wiejskich i odizolowanych". Zgodnie zaś z motywem 17 preambuły „Poprawa efektywności energetycznej jest głównym celem Wspólnoty, a zmierza ona do osiągnięcia poprawy efektywności energetycznej o 20 % do roku 2020. Cel ten, wraz z obowiązującym prawodawstwem obejmującym dyrektywę 2002/91/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2002 roku w sprawie charakterystyki energetycznej budynków Dz.U. L 31 z 18.12.2002, s. 18, dyrektywę 2005/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 2005 roku ustanawiającą ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów wykorzystujących energię Dz.U. L 191 z 22.7.2005, s. 29. i dyrektywę 2006/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych Dz.U. L 114 z 27.4.2006, s. 64., ma do odegrania kluczową rolę w zagwarantowaniu, że cele klimatyczne i energetyczne będą osiągnięte najmniejszym kosztem, oraz może dać nowe możliwości gospodarce Unii Europejskiej. Strategie polityczne w zakresie efektywności energetycznej oraz oszczędności energii należą do najskuteczniejszych metod zwiększenia przez państwa członkowskie procentowego udziału energii ze źródeł odnawialnych, a zatem państwa członkowskie będą łatwiej osiągać krajowe cele ogólne oraz dla sektora transportu, dotyczące udziału energii ze źródeł odnawialnych, które zostały określone w niniejszej dyrektywie". Podkreślić należy, iż realizacja celów, odbywać się miała za pomocą zachęcania do działalności gospodarczej w tej branży. W tym stanie, w motywie 14 preambuły odnotowano: „Głównym celem wyznaczenia obowiązkowych krajowych celów jest zagwarantowanie pewności dla inwestorów i zachęcanie do ciągłego rozwijania technologii, które wytwarzają energię ze wszystkich rodzajów źródeł odnawialnych". W motywie 25 preambuły wskazano, iż: „Państwa członkowskie mają różny potencjał w zakresie energii odnawialnej i na szczeblu krajowym posługują się różnymi systemami wspierania energii ze źródeł odnawialnych. Większość państw członkowskich stosuje systemy wsparcia, w których korzyści wiążą się wyłącznie ze Stosowaniem energii ze źródeł odnawialnych wyprodukowanej na ich terytorium. Aby krajowe systemy wsparcia funkcjonowały właściwie, niezbędna jest możliwość kontrolowania przez państwa członkowskie skutków i kosztów krajowych systemów wsparcia w zależności od ich zróżnicowanego potencjału. Jednym z ważnych środków do osiągnięcia celu niniejszej dyrektywy jest zagwarantowanie właściwego funkcjonowania krajowych systemów wsparcia wynikających z dyrektywy 2001/77/WE, po to, by zachować zaufanie inwestorów oraz pozwolić państwom członkowskim na opracowanie skutecznych środków krajowych pozwalających osiągnąć wyznaczone cele”. Zatem uprawniona jest konkluzja, iż u podstaw wprowadzenia mechanizmów wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii leżą założenia realizacji unijnej i krajowej polityki proekologicznej, prowadzonej w celu ochrony ważnego interesu publicznego przy wykorzystaniu potencjału sektora prywatnego, a to na skutek stworzenia atmosfery zaufania i zachęcania do tworzenia OZE. Realizacja celów, o których mowa powyżej następować miała w Polsce na podstawie konstrukcji prawnej zawartej w art. 9a ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, w świetle którego „Przedsiębiorstwa energetyczne, odbiorcy końcowi oraz towarowe domy maklerskie lub domy maklerskie, o których mowa w ust. 1a, w zakresie określonym w przepisach wydanych na podstawie ust. 9, są obowiązane: 1) uzyskać i przedstawić do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectwo pochodzenia, o którym mowa w art. 9e ust. 1, lub w art. 9o ust. 1, dla energii elektrycznej wytworzonej w źródłach znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub 2) uiścić opłatę zastępczą, w terminie określonym w ust. 5, obliczoną w sposób określony w ust. 2”. Mechanizm wsparcia - wprowadzony do krajowego porządku prawnego na mocy art. 9a ustawy Prawo energetyczne - związany ze świadectwami pochodzenia polegał na tym, że wybrane podmioty miały obowiązek uzyskać i przedstawić do umorzenia Prezesowi URE świadectwa pochodzenia lub uiścić określoną w sposób administracyjny opłatę zastępczą (albo, w przypadku niewykonania żadnego z tych obowiązków - zapłacić karę pieniężną). Taka alternatywa w założeniu miała kreować popyt rynkowy na świadectwa pochodzenia, efektem czego było wsparcie finansowe tych, od których świadectwa te pochodzą, czyli wytwórców energii ze źródeł niekonwencjonalnych. Podkreślić w tym miejscu należy, iż mechanizm przyjęty przez polskiego ustawodawcę, nakładający na podmioty, określone w ustawie Prawo energetyczne obowiązki przedkładania

do umorzenia świadectw pochodzenia lub uiszczenia opłaty zastępczej kreować miał popyt na te świadectwa po stronie podmiotów zobowiązanych do działania na podstawie przepisu prawa. Tak rozumiany popyt miał zachęcać podmioty prywatne do podjęcia działań inwestycyjnych. Mechanizm wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii, w tym nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia bazowały zatem na założeniu konieczności wspierania proekologicznych rozwiązań, co leżało w ważnym interesie publicznym. Wprowadzenie obowiązku dokonywania odkupu świadectw pochodzenia, bądź uiszczania opłaty zastępczej, przez takie podmioty jak (...) (...) miało na celu zagwarantowanie producentom tzw. zielonej energii opłacalności samej decyzji co do inwestycji infrastrukturalnych, jak również dalszego prowadzenia działalności gospodarczej.

Podsumowując, uprawnione jest stwierdzenie, iż celem nabywania przez (...) (...) świadectw pochodzenia na podstawie Umowy CPA było wsparcie systemu niekonwencjonalnych źródeł energii, nie zaś wykonywanie działalności polegającej na tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami (działalności sektorowej). Prowadzi to do wniosku, że w dniu zawierania Umowy CPA, (...) (...) nie była zobowiązana do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Działalności sektorowej nie stanowiłoby również ewentualne nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia w celach komercyjnych. Bowiem już na marginesie podnieść należy, iż (...) (...) nabywała prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia także w celach komercyjnych, związanych np. z interesem pozostałych podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, w tym stanie takie nabywanie praw majątkowych również mieści się w pojęciu działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu dodać należy, że od 4 maja 2015 roku zmianie uległ przepis art. 138a ust 1 u.p.z.p., w którym wyraźnie zapisano, że stosowanie u.p.z.p. przez zamawiających sektorowych do zakupu świadectw pochodzenia jest wyłączone przedmiotowo. Oznacza to, że umowy sprzedaży praw majątkowych ze świadectw pochodzenia obecnie nie podlegają przepisom u.p.z.p. Następnie od dnia 28 lipca 2016 roku obowiązuje ust 1a w art. 132 u.p.z.p., w którym zapisano, że „Przez dystrybucję, o której mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, należy rozumieć również sprzedaż hurtową oraz detaliczną.” Zgodnie z powyższą regulacją i w kontekście art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., powód, zajmujący się obrotem energią, wykonuje szczególny rodzaj dystrybucji i z tej przyczyny może być traktowany jako zamawiający sektorowy. Zasadnie można przyjąć, że w wyniku działań racjonalnego ustawodawcy doszło do potwierdzenia prawidłowości praktyki przedsiębiorstw energetycznych mającej miejsce w latach 2005-2015, polegającej na niestosowaniu do transakcji nabywania świadectw pochodzenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Działania ustawodawcy, podjęte w wyniku nowelizacji ustawy należy interpretować jako potwierdzenie dotychczasowej praktyki i jej jednoznacznego uregulowania, a nie wprowadzenia zmian i różnicowania stanów sprzed i po dacie nowelizacji. Uznać należy zatem, iż zmiana art. 138a ustawy Prawo zamówień publicznych miała charakter doprecyzowujący, usuwając ewentualne wątpliwości co do konieczności stosowania do przedmiotowych transakcji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Druga kwestia. Postępowania w sprawie zamówień publicznych przeprowadza się wówczas, gdy zasadne jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających warunków gry bazujących na zasadzie konkurencji. Natomiast system wsparcia związany z obowiązkiem nabywania świadectw pochodzenia energii od początku opierał się na założeniu wspierania polityki ochrony środowiska. W tym celu ustawodawca stworzył system zachęt finansowych dla wytwórców energii elektrycznej z OZE i skorelowanych z nimi ustawowych obowiązków nałożonych na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne. Nabywca końcowy kupował Prawa Majątkowe ze Świadectw Pochodzenia nie w celu nabycia dóbr potrzebnych w prowadzonej działalności, ale po to, aby wypełnić ustawowy obowiązek. Nabywca dokonywał zakupu w interesie gospodarczym wytwórcy energii z OZE, ponoszącego koszty inwestycji w instalacje wytwórcze – takie, jak farmy wiatrowe. Zatem cel transakcji – kupna przez powoda Praw Majątkowych był diametralnie różny od celów, dla których prawo nakazuje udzielać zamówień sektorowych w trybach konkurencyjnych. [interpretacja funkcjonalna, celowościowa]. Konstrukcja procedury udzielania zamówień publicznych bazuje m.in. na zasadzie ochrony interesu publicznego na skutek efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tzw. zasada „Best Value for Money” oznacza konieczność takiego dokonywania zakupów, aby osiągnąć możliwie najlepszy stosunek

w relacji cena - jakość. Potwierdzeniem obowiązywania zasady w polskim porządku prawnym jest zapis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych. Zasadniczym kryterium w oparciu, o które wybierano najkorzystniejszą ofertę stanowiła zatem bezsprzecznie najniższa cena. Z kolei celem całego systemu wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii nie było obniżanie ceny zakupu lecz propagowanie jej upowszechnienia. Przeprowadzenie procedury zamówień publicznych bazuje w zasadniczej mierze na zasadzie konkurencyjności. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady przeprowadzane jest zatem tam, gdzie zasadnym jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających, warunków gry rynkowej bazującej na mechanizmach konkurencji. Na brak zasadności stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w sytuacji braku konieczności kształtowania mechanizmów konkurencyjnych zwrócił uwagę Trybunału Sprawiedliwości UE m.in.: w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 roku, C-410/14, P. P.. Trybunał stwierdził m.in., iż: „ Nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy (chodziło o Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi] system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności”. W sytuacji, gdy u podstaw kojarzenia stron transakcji nie leży mechanizm eliminacji konkurentów, lecz założenie o potrzebie nawiązania umowy z każdym wyrażającym wolę, nie ma potrzeby stosowanie procedury zamówień publicznych. Wskazać też należy, że na podstawie art. 9a ust 6 Prawa energetycznego nałożony został na sprzedawcę z urzędu obowiązek zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii przyłączonych do sieci dystrybucyjnej, zlokalizowanej na terenie działania danego sprzedawcy z urzędu. Wprowadzając tę regulację zdecydowano, że zakup energii ze źródeł odnawialnych został wyjęty z rynku konkurencyjnego nie tylko poprzez obowiązek zakupu lecz również poprzez określenie sposobu ustalania ceny zakupu. System wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii oparty został w dacie zawierania Umowy CPA na zasadach odmiennych od zasad organicznych, właściwych dla procedury udzielania zamówień publicznych. Założeniem systemu było konieczność wspierania proekologicznych rozwiązań w interesie publicznym. Wprowadzenie obowiązku dokonywania odkupu świadectw pochodzenia, bądź uiszczania opłaty zastępczej przez takie podmioty jak (...) (...) miało na celu zagwarantowanie producentom tzw. zielonej energii opłacalności samej decyzji co do inwestycji infrastrukturalnych, jak również dalszego prowadzenia działalności. Warto przywołać jeszcze inny fragment wyводу wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 2 czerwca 2016 r., C-410/14, w którym wskazał, iż: „Zamówienie nie musi bezwzględnie zostać udzielone w formie zamówienia publicznego, jeśli istnieje przewidziana prawem alternatywa, polegająca w ramach sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym zakończonej tym wyrokiem, na skorzystaniu - w tym wypadku - z koncesjonowania usług". Z powyższego wynika, że możliwe jest stosowanie przez ustawodawców krajowych określonych konstrukcji prawnych, których adresatem są podmioty zaliczane do szeroko rozumianego sektora publicznego, jeżeli konstrukcje te gwarantują osiągnięcie celów do jakich zostały powołane. W przypadku nabywania praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia racjonalny ustawodawca uznał, iż nie było koniecznym stosowanie procedury zamówień publicznych, bowiem wystarczającym okazało się być w tym wypadku stosowanie mechanizmów właściwych dla prawa cywilnego, wspartego dokonywaniem określonych transakcji na rynku regulowanym prowadzonym przez (...). Z tego m.in. powodu nie stosuje się również przepisów u.p.z.p. do transakcji nabywania papierów wartościowych.

Powód dochodzi stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o normę z art. 58 §1 KC, stając na stanowisku, że w sprawie nie znajdzie zastosowania art. 146 u.p.z.p. przewidujący roszczenie o unieważnienie umowy, ale tylko skutek żądania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Z tym stanowiskiem nie można się zgodzić.

Norma z art. 58 §1 KC znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy przyczyny nieważności odnoszą się do treści lub celu czynności prawnej. Przy czym przez treść umowy rozumie się zawartą w oświadczeniu woli stron tej czynności regulację ich sytuacji prawnej tj. ich praw i obowiązków, zaś przez cel umowy rozumie się dalszy skutek czynności prawnej – stan rzeczy, który nie jest objęty treścią umowy, a ma być realizowany w następstwie wykonania uprawnień i obowiązków wynikających z dokonanej czynności prawnej. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z żadną z takich sytuacji. W tym stanie przepis art. 58 KC nie może mieć zastosowania wprost. Jego zastosowanie wymaga

rozszerzającej wykładni, za którą przemawiać muszą doniosłe racje. Racje te obejmują porządek publiczny, interesy stron oraz proporcjonalność sankcji w stosunku do dokonanego naruszenia. W szczególności w kontekście niniejszej sprawy ważną jest przesłanka proporcjonalności. Jej istota polega na tym, by negatywne skutki naruszenia prawa dotknęły tego, kto prawo naruszył, były wystarczające dla realizacji celu naruszonej normy, ale nie były nadmierne – nie ingerowały w chronione prawnie wartości w sposób niekonieczny z punktu widzenia celu tej normy. Potrzebna jest zatem ocena, czy nieważność czynności prawnej jest niezbędna dla osiągnięcia celu naruszonej normy i czy faktycznie zapewni jego osiągnięcie; czy inne przewidziane w systemie prawa sankcje nie są wystarczające, czy zastosowanie sankcji nieważności nie narusza nadmiernie praw i słuszych interesów osób innych niż te, które naruszyły prawo oraz czy zastosowanie sankcji nieważności nie podważa zaufania podmiotów do państwa i stanowionego przez nie prawa (uchwała SN (7) z 15.09.2015 r., III CZP 107/14, OSN 2016, nr 2, poz. 16). W tym stanie należy rozważyć, czy opisany mechanizm proporcjonalności sankcji w niniejszej sprawie wyklucza mechanizm sankcji z art. 58 KC na rzecz sankcji z art. 146 u.p.z.p. – w ochronie uzasadnionego interesu pozwanego (...).

Rozwiązanie zawarte w obowiązującym art. 146 u.p.z.p. zostało wprowadzone do porządku prawnego mocą nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku, zwanej potocznie dużą nowelizacją. Nowelizacja ta weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Podstawowym jej celem była mianowicie implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z 11 listopada 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, s. 31). W znowelizowanej ustawie zrezygnowano z uprzednio obowiązującej instytucji bezwzględnej nieważności umowy, wprowadzając w jej miejsce nieważność względną, ustalaną w drodze konstytucyjnego wyroku sądu. Na skutek nowelizacji z 2009 roku umowa w sprawie zamówienia publicznego, która dotknięta jest wadami wymienionymi w art. 146 ust. 1 ustawy pozostaje ważna i wywołuje skutki prawne, aż do chwili jej unieważnienia. W celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa. W uzasadnieniu projektu nowelizacji z 2009 roku wskazano, że proponowane rozwiązanie odejścia od konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej zwiększy pewność obrotu w ramach zamówień publicznych. Stanowisko to potwierdzone zostało np. w opinii Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 21 maja 2015 roku w sprawie C-166/14 (...) Q., L. (...) E. im (...) v. B.. W opinii tej rzecznik wskazał, iż: Państwa członkowskie ustanawiając odpowiednie terminy procesowe, powinny brać pod uwagę „pewność prawa i wymogi skutecznej ochrony prawnej”, a nadto „uwzględnić rodzaj i skutki prawne danego środka prawnego oraz wchodzące w rachubę prawa i interesy wszystkich zainteresowanych”. W samym zaś wyroku w sprawie C-166/14 Trybunał Sprawiedliwości stwierdził m.in. „Uznanie za nieskuteczną umowy zawartej w następstwie postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego jest bowiem końcem istnienia i ewentualnie wykonania tej umowy, co stanowi zasadniczą interwencję organu administracyjnego lub sądowego w stosunki umowne zachodzące między podmiotami prywatnymi a organami państwa. Taka decyzja może więc wywołać poważne perturbacje i straty ekonomiczne nie tylko dla wybranego wykonawcy zamówienia publicznego, lecz również podmiotu zamawiającego i w konsekwencji dla społeczeństwa będącego beneficjentem finalnym dostawy robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot danego zamówienia publicznego”.

Należy w tym miejscu podkreślić, że jedną z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest ta określona w art. 146 ust. 1 pkt. 2, a mianowicie „Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W literaturze zamówień publicznych podnosi się, iż państwa członkowskie zostały zobowiązane do zapewnienia sankcji nieskuteczności w przypadku, gdy zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Bezprawne, bezpośrednie udzielanie zamówień zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. Ustawodawca unijny w preambule do dyrektywy 2007/66/WE wskazał, iż: „Umowa zawarta na podstawie bezprawnego, bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną”. (Por. A. Sołtyśńska: Komentarz do art.2(dj), art.2(e), art.2(jj) dyrektywy 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę roboty budowlane. Lex). Ponadto wskazać należy, iż w motywie

13 preambuły do Dyrektywy 2007/66/WE ustawodawca unijny wskazał, iż: „Aby zwalczać bezprawne bezpośrednio udzielanie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje”. Ponadto w motywie 14 preambuły ustawodawca unijny wyraźnie wskazał, iż: „Bezpośrednie udzielanie zamówień powinno w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmować wszystkie przypadki udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, co odpowiada procedurze bez uprzedniego ogłoszenia w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE”. Z powyższego wynika zatem, iż udzielenie zamówienia publicznego, bezpośrednio z pominięciem norm zamówień publicznych, zawiera się w przesłance braku ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Konkludując, działania (...) (...) polegające na zawarciu umowy z pozwanym (...) z pominięciem norm zamówień publicznych, mieszczą się w hipotezie normy zawartej w art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy u.p.z.p., zgodnie z którym „Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej”. Stosując zatem reguły wykładni prounijnej uznać należy, iż nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew takiemu obowiązkowi (niezastosowanie u.p.z.p.) wypełnia przesłankę z art. 146 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Nie ma zatem racjonalnych podstaw do sięgania w opisanym przypadku do sankcji z art. 58 KC. Sankcja nieważności bezwzględnej może mieć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy przepisy u.p.z.p. tak stanowią (art. 139 ust 2 u.p.z.p.) albo gdy umowa dotknięta jest wadliwością inną niż naruszenie reguł jej zawarcia wyrażonych w u.p.z.p. (np. art. 14 KC, art. 82-83 KC, art. 387 KC). Przyjęcie, że poza wąsko rozumianym zakresem zastosowania art. 146 u.p.z.p. stosować należy art. 58 KC prowadziłoby do sytuacji takiej, że wszelkie formalne uchybienia niemieszczące się w literalnym zapisie art. 146 u.p.z.p. prowadzą do nieważności umowy sprzeczne jest z założeniem racjonalnego prawodawcy.

Mając powyższe na względzie, roszczenie powoda o stwierdzenie nieważności CPA w oparciu o przepis art. 58 KC jest niezasadne, a w zakresie roszczenia z art. 146 u.p.z.p. powód nie ma legitymacji do wytoczenia powództwa.

Odnosząc się do zarzuconej nieważności CPA na podstawie art. 387 KC wskazać należy, iż norma z powołanego przepisu prawa ma zastosowanie, gdy niemożność świadczenia jest pierwotna, obiektywna i trwała. Jeśli chodzi o dwie ostatnie cechy to stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie nie przejawiają się. Dokonywanie transakcji pozasesyjnych w żadnej mierze nie było działaniem niemożliwym. Nie można mylić niemożliwości świadczenia ze sprzecznością działania z obowiązującymi przepisami prawa. Sprzeczność działania z przepisami prawa nie jest objęta dyspozycją art. 387 KC. Ponadto niemożność, na którą powołuje się powód nie była niemożnością obiektywną. Zastrzeżenia zgłoszone przez powoda do stosowania do transakcji pozasesyjnych przepisów u.p.z.p. nie odnoszą się do czynności jako takiej, a jedynie do tego, czy wolno było dokonać ją pewnej kategorii podmiotów, do których ustawa ta ma zastosowanie. Takia niemożność nie jest objęta dyspozycją art. 387 KC. Ponadto, zarzucana niemożność świadczenia nie miała charakteru trwałego. Umowa CPA tworzyła zobowiązanie ciągle, a nie jednorazowe, była bowiem zawarta na okres 15 lat, a ponadto, jej wejście w życie było odroczone w czasie. Tymczasem ewentualny zakaz realizacji tych umów miałby zastosowanie tylko do mniejszej części okresu wykonywania umowy i został w 2015 roku uchylony. W tym stanie, mając na względzie wolę stron umowy związania się stron umową należy przyjąć ewentualną niemożność wykonywania umowy za przypadek przejściowy, a nie trwałą niemożność. Mając powyższe na względzie, roszczenie powoda o stwierdzenie nieważności CPA w oparciu o przepis art. 387 KC jest niezasadne.

Wobec powyższego i na podstawie powołanych powyżej przepisów prawa należało orzec jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 KPC. Wynagrodzenie za czynności pełnomocników pozwanych przyjęto w podwójnej dopuszczalnej stawce, z uwagi na zawilóść sprawy.

Z/ (...)

- (...)

- (...)

(...)