

Sygn. akt VII AGa 1998/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 lipca 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Jolanta de Heij-Kaplińska

Sędziowie: SA Maciej Dobrzyński (spr.)

SO del. Maciej Kruszyński

Protokolant: Anna Boreczek

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w G.

przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w W.

o ustalenie

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt XVI GC 805/17

1. oddala apelację,

2. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 18 750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym,

3. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 18 750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Maciej Dobrzyński Jolanta de Heij-Kaplińska Maciej Kruszyński

VII AGa 1998/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 11 września 2017 r., skierowanym przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w W., powód - (...) S.A. z siedzibą w G. wniósł o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego - stosunku zobowiązaniowego mającego wynikać z Ramowej Umowy Sprzedaży Praw Majątkowych Wynikających ze Świadczeń Pochodzenia ((...)), podpisanej przez przedstawicieli powoda i pozwanego - (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 12 kwietnia 2010 r.

W odpowiedzi na pozew z dnia 16 listopada 2017 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 16 listopada 2017 r. (...) S.A. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (pkt 1) oraz zasądził od (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 50 000 zł na rzecz każdego z pozwanych tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 2).

Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych oraz rozważaniach prawnych:

(...) S.A. z siedzibą w G. (dalej jako E. (...)) 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 (odnawialne źródła energii), częściowo na własny użytek (w celu przedstawienia ich do umorzenia), a w części dokonując odsprzedaży nabytych praw majątkowych.

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) lub pozwany ad. 1) jest właścicielem instalacji wytwórczej, której budowa została sfinansowana m.in. przez (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej jako Bank lub pozwany ad. 2). Wytwarza energię elektryczną ze źródeł odnawialnych, którą sprzedaje - niezależnie od praw majątkowych - powodowi na podstawie odrębnej Umowy Sprzedaży Energii Elektrycznej Wytwarzanej w OZE nr (...) (dalej jako (...)), datowanej na 12 kwietnia 2010 r. Pozwany ad. 1 wytwarza energię za pomocą generatorów napędzanych siłą wiatru (czyli na farmie wiatrowej). Jako wytwórca „zielonej energii” otrzymuje od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (URE) świadectwa pochodzenia, będące źródłem praw majątkowych, które sprzedaje, obok wytwarzanej energii.

(...) oraz E. (...) zawarły Ramową Umowę Sprzedaży Praw Majątkowych Wynikających ze Świadectw Pochodzenia Nr (...) (dalej jako (...)), datowaną na 12 kwietnia 2010 r. W dniu zawarcia (...) jedynym akcjonariuszem powoda była (...) S.A. Ówczesnie udział Skarbu Państwa w kapitale zakładowym (...) S.A. przekraczał 50%. Przedmiotem (...) miało być „określenie warunków sprzedaży wszystkich Praw Majątkowych Wynikających ze Świadectw Pochodzenia Energii Elektrycznej na (...)” (art. 3 (...)), przy czym pojęcia pisane z wielkiej litery ((...), (...), (...), (...)) zostały zdefiniowane w (...) (art. 2 (...)). Zasadniczym obowiązkiem powoda przewidzianym w treści (...), było „nabywanie Praw Majątkowych poprzez Transakcje Pozasesyjne” zawierane z pozwanym ad. 1 (art. 4 ust. 2 lit. b (...)), a obowiązkiem (...) dokonywanie sprzedaży” tych praw „poprzez Transakcje Pozasesyjne” zawierane z powodem (art. 4 ust. 1 lit. b (...)). Podpisana przez (...) i E. (...) (...) miała obowiązywać przez czas oznaczony, tj. przez okres 15 lat od daty wejścia w życie (...) (art. 15 (...)). Moment wejścia w życie (...) został ustalony jako dzień wejścia w życie (...) (art. 15 ust. 1 i 2 (...)), który został z kolei powiązany z dniem otrzymania przez (...) koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii oraz powiadomieniem powoda o tym fakcie w odpowiedni sposób (art. 18 (...)). Wejście (...) w życie nastąpiło 5 stycznia 2012 r. (art. 18 ust. 1 (...) w brzmieniu nadanym aneksem nr (...) z 16 kwietnia 2012 r.).

Cel gospodarczy (...) 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 do ustawy Prawo energetyczne z dnia 4 marca 2005 r. został wprowadzony system wsparcia wytwórców OZE, który zapewniał im dwa źródła (strumienie) przychodów: (i) ze sprzedaży energii elektrycznej podmiotom zobowiązanym do jej zakupu (po średniej cenie

rynkowej weryfikowanej przez Prezesa URE), oraz (ii) ze sprzedaży na giełdzie towarowej praw majątkowych ze świadectw pochodzenia (wydawanych przez Prezesa URE na wniosek wytwórcy). System świadectw 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 świadectw pochodzenia przez państwo, w tym Prezesa URE jako regulatora rynku energetycznego. Świadectwa 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. Świadectwa 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 ustawy o odnawialnych źródłach energii; dalej jako u.o.z.e.) - takim przedsiębiorcą był i jest powód. Z kolei pozwany ad. 1 był i jest wytwórcą energii elektrycznej z OZE, uprawnionym do uzyskiwania świadectw pochodzenia.

(...) przewidywała w szczególności: (i) obowiązek (...) 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 (...) oraz art. 5 ust. 2 (...)); (ii) obowiązek powoda zakupu od (...) praw majątkowych (art. 4 ust. 2 lit. a (...)); (iii) ustalenie ceny nabycia praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia na poziomie 220 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 (...)), 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 (...)) (iv) 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 ad. 1 przez Prezesa URE i zaoferowanych powodowi zgodnie z (...) (art. 8 ust. 3 (...)); (v) podstawą do ustalenia warunków (...) miały być m.in. wewnętrzne regulacje (...) dotyczące obrotu prawami majątkowymi.

W latach 2007-2013 E. (...) zawierała z innymi kontrahentami podobne do (...) 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 (...) oraz wykonując (...), tj. zawierając umowy sprzedaży praw majątkowych (transakcje pozasesyjne na (...)), powód nie stosował żadnego trybu udzielenia zamówienia publicznego przewidzianego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako u.p.z.p.). Treść (...) została przez strony ustalona w drodze negocjacji, a umowy wykonawcze zawierane były na warunkach określonych w (...), 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.

Zgodnie z treścią (...) powód zobowiązał się do nabywania praw majątkowych dotyczących energii elektrycznej wytwarzanej „na (...)” (art. 3 (...)), przy czym przez (...) należy rozumieć instalację o mocy całkowitej 27,5 MW (por. art. 2 ust. 1 lit. a (...)). Zawierając (...), E. (...), przy uwzględnieniu typu źródła energii odnawialnej, przewidywała, że wskazana w (...) będzie wytwarzać ok. 58 000 MWh energii elektrycznej rocznie. W konsekwencji, biorąc pod uwagę sposób określenia ceny jednostkowej praw majątkowych w (...), powód przewidywał, że roczna wartość netto nabywanych na podstawie (...) praw majątkowych będzie wynosiła co najmniej 12 mln zł, a w całym okresie obowiązywania (...) 190 mln zł.

Dnia 5 stycznia 2011 r. (...) zawarł umowę kredytu w celu sfinansowania budowy farmy wiatrowej. Bank 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 ad. 1 miał uzyskiwać „zieloną energię” i świadectwa pochodzenia. Przychody ze sprzedaży E. (...) „zielonej energii” (na podstawie (...)) i świadectw pochodzenia (na podstawie (...)) miały być przeznaczone (w części) na spłatę kredytów. Finansowanie inwestycji (...) kredytodawcy uzależnili od zawarcia nie tylko długoterminowych umów (...) oraz (...), ale także trójstronnej Umowy Bezpośredniej między powodem a pozwanymi ad. 1 i ad. 2 (jako agentem zabezpieczenia wiarygodności kredytodawców do (...)). Umowa Bezpośrednia miała gwarantować stabilność i trwałość stosunków prawnych pomiędzy E. (...) a (...) wynikających z (...) oraz (...). Już na wstępie tej umowy powód zapewnił Bank, że zawarł z pozwanym ad. 1 umowę (...). Zobowiązał się też do nierozwiązywania oraz niewypowiadania (...) (oraz (...)) bez uprzedniego zawiadomienia Banku i obiecał nie podejmować żadnych czynności przeciwko (...) bez uprzedniego zawiadomienia Banku (pkt b umowy); oraz przyrzekł informować Bank o każdym naruszeniu (...) lub (...) (pkt f umowy). Wiarygodności kredytobiorców z umowy kredytu zabezpieczała m.in. umowa cesji na zabezpieczenie. W ramach tej umowy (...) przełał tytułem zabezpieczenia na Bank (jako agenta) wszelkie prawa i roszczenia przysługujące mu na podstawie m.in. (...) oraz (...). Powód został zawiadomiony o zawarciu umowy cesji na zabezpieczenie i potwierdził ją w skierowanym do Banku potwierdzeniu cesji. Jego treść wskazuje, że powód uważał (...) za ważną i skuteczną. W pkt b dokumentu powód zobowiązał się bowiem do informowania Banku o wszelkich faktach, wydarzeniach oraz okolicznościach, w świetle których (...) może stać się nieważna, nieskuteczna lub niewykonalna w inny sposób. Powód nigdy nie powiadomił Banku o nieważności (...), której stwierdzenia żąda w pozwie.

Do dnia 11 września 2017 r. E. (...) kupowała od (...) prawa majątkowe, zgodnie z regulacjami wewnętrznymi (...) w ramach transakcji pozasesyjnych. Po tym dniu zaprzestała wykonywania umów, zaś przekonanie o bezwzględnej nieważności umów opierała w znacznej mierze na motywach wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 2299/15. W dniu 12 września 2017 r. E. (...) złożyła do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie wniosek o zawiązanie (...) do próby ugodowej. Wezwała 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 k.c.) przez wzywającego w okresie od 12 września 2014 r. do 11 września 2017 r. Wzywający argumentował, że ma roszczenie o zwrot różnicy pomiędzy wartością rynkową świadectw pochodzenia (określając je na kwotę 21 330 369 zł wg notowań (...)) a wartością zakupu (które ocenił na kwotę 57 238 770 zł).

Powyższy stan faktyczny Sąd I instancji ustalił na podstawie dowodów zgromadzonych w aktach sprawy oraz zeznaniach świadków, jak i stron. W zasadniczej mierze ustalony stan faktyczny był niesporny.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód złożył pozew przeciwko pozwanym wnosząc o ustalenie, w oparciu o art. 189 k.p.c., że umowa z 12 kwietnia 2010 r. nie wiąże go z powodu nieważności. Przed wniesieniem pozwu zaprzestał realizacji umowy, bowiem od 11 września 2017 r. zaprzestał dokonywać zakupów od pozwanego ad. 1. Ujawnił też, poprzez złożenie 12 września 2017 r. wniosku o próbę ugodową, że zamierza dochodzić od (...) roszczeń o zwrot nienależnego

świadczenia z uwagi na dokonanie zawyżonych płatności w okresie od 12 września 2014 r. do 11 września 2017 r. Kwestią sporną stało się zatem to, czy powód ma interes prawny w ustaleniu w rozumieniu art. 189 k.p.c. 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. Uwzględniając powyższe, roszczenia powoda o zwrot przez (...) kwot jemu zapłaconych nie wyczerpują w pełni zagadnienia czy powód jest związany umową na przyszłość. Takie ujęcie sprawy pozwalało na stwierdzenie, że powód ma interes w ustaleniu, czy umowa jest ważna.

Roszczenie powoda opierało się na zasadniczej tezie, że w przedmiocie kupna świadectw pochodzenia energii należało stosować tryby zamówień określone w ustawie o zamówieniach publicznych, czego nie uczyniono w stosownym czasie. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że nie było potrzeby stosowania procedur zamówień publicznych w niniejszym przypadku i to z kilku powodów.

Pierwszą kwestią było to, że w czasie kiedy zawarta została (...) oraz w okresie jej wykonania, aż do 3 maja 2015 r., powód byłby zobowiązany do stosowania u.p.z.p. przy nabywaniu praw majątkowych, o ile spełnione byłyby następujące przesłanki: (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 (...) zobowiązywała do udzielenia zamówień o wartości przekraczające tzw. progi unijne. Ważne było to, że tylko łączne spełnienie przesłanek pozwalało na stwierdzenie istnienia obowiązku po stronie powoda nabywania praw majątkowych w trybie procedur konkurencyjnych przewidzianych w u.p.z.p. W takiej sytuacji zasadniczym zagadnieniem spornym było 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, że: „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 (...) miała interpretacja art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Kluczowa była kwestia, czy działalność spółek obrotu w dniu zawarcia umowy (...) 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 do tych definicji. Termin „produkcja” użyty w art. 132 ust. 1 pkt 3 należy utożsamiać z pojęciem „wytwarzanie” używanym na gruncie ustawy Prawo energetyczne. 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 (...), 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. Art. 3 pkt 6 ustawy Prawo energetyczne stanowi, 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 u.p.z.p. wyraźnie odsyłał do publicznych usług związanych z „produkcją”, „przesyłaniem” lub „dystrybucją” energii elektrycznej. Działalność obrotowa w ogóle nie została wskazana w tym przepisie. Sąd I instancji podkreślił, 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 u.p.z.p. Powyższa interpretacja literalna zapisów prowadziła do wniosku, że działalność spółek obrotu, prowadzących działalność gospodarczą polegającą na handlu hurtowym albo detalicznym paliwami lub energią, nie była w dniu zawarcia umowy (...) działalnością objętą hipotezą art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Działalność prowadzona przez E. (...) nie mieściła się zatem w pojęciu działalności sektorowej, a co za tym idzie powód w dniu zawierania umowy (...) nie był zobowiązany do stosowania u.p.z.p.

Niezależnie od powyższej konstatacji Sąd Okręgowy rozważył, czy nabywanie przez E. (...) praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia w trybie art. 9a ustawy Prawo energetyczne stanowiło 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 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. 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 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie kwestionuje się tego, że 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 r. w sprawie Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH). 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 nakładała 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, Sąd Okręgowy wskazał na kilka czynników, w tym te ujęte w motywach preambuły do dyrektywy 2001/77/WE (motyw 1, motyw 2, motyw 14). 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 (vide motywy 1, 14, 17, 25 preambuły). Za uprawnioną w tych okolicznościach uznał Sąd Okręgowy konkluzję, że 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. 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 uiszczenia opłaty zastępczej, przez takie podmioty jak E. (...) miało na celu zagwarantowanie producentom „zielonej energii” opłacalności samej decyzji co do inwestycji infrastrukturalnych, jak również dalszego prowadzenia działalności gospodarczej.

Podsumowując powyższe rozważania Sąd Okręgowy wskazał, że uprawnione było uznanie, iż celem nabywania przez E. (...) świadectw pochodzenia na podstawie (...) 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). Prowadziło to do wniosku, że w dniu zawierania (...), powód nie był zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Działalności sektorowej nie stanowiłoby również ewentualne nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia w celach komercyjnych. Na marginesie Sąd I instancji zauważył, że E. (...) 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 mieściło się w pojęciu działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.

Od 4 maja 2015 r. 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. Oznaczało to, że umowy sprzedaży praw majątkowych ze świadectw pochodzenia obecnie nie podlegają przepisom u.p.z.p. Następnie, od 28 lipca 2016 r. 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 było 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 należało interpretować jako potwierdzenie dotychczasowej praktyki i jej jednoznacznego uregulowania, a nie wprowadzenia zmian i różnicowania stanów sprzed i po dacie nowelizacji. Uznać należało zatem, że zmiana art. 138a u.p.z.p. miała charakter doprecyzowujący, usuwając ewentualne wątpliwości co do konieczności stosowania do przedmiotowych transakcji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Drugą kwestią, na którą wskazał Sąd Okręgowy było to, że postępowanie 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 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 - kupno 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. 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 r. o finansach publicznych. Zasadniczym kryterium, w oparciu o które wybierano najkorzystniejszą ofertę, była 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 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) m.in. w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., C-410/14, Phalk Pharma. 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 stosowania procedury zamówień publicznych. Sąd I instancji wskazał też, iż 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 (...) na zasadach odmiennych od zasad organicznych, właściwych dla procedury udzielania zamówień publicznych. Założeniem systemu była konieczność wspierania proekologicznych rozwiązań w interesie publicznym. Wprowadzenie obowiązku dokonywania odkupu świadectw pochodzenia, bądź uiszczania opłaty zastępczej przez takie podmioty jak E. (...), miało na celu zagwarantowanie producentom „zielonej energii” opłacalności samej decyzji co do inwestycji infrastrukturalnych, jak również dalszego prowadzenia działalności. Z orzecznictwa TSUE wynika również, iż 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 Towarową Giełdę Energii. Z tego m.in. powodu nie stosuje się również przepisów u.p.z.p. do transakcji nabywania papierów wartościowych.

Powód dochodził stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o art. 58 § 1 k.c., 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 Sąd I instancji nie zgodził się. Norma z art. 58 § 1 k.c. znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy przyczyny nieważności odnoszą się do treści lub celu czynności prawnej. 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 miała miejsca żadna z takich sytuacji. W tym stanie przepis art. 58 k.c. nie mógł mieć zastosowania wprost. Jego zastosowanie wymagało 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, ważna była przesłanka proporcjonalności. Jej istota polega na tym, aby 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 podważy zaufania podmiotów do państwa i stanowionego przez nie prawa (por. uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 15 września 2015 r., III CZP 107/14, OSNC 2016/2/16). W tym stanie - zdaniem Sądu Okręgowego - należało rozważyć, czy opisany mechanizm proporcjonalności sankcji w niniejszej sprawie wyklucza mechanizm sankcji z art. 58 k.c. na rzecz sankcji z art. 146 u.p.z.p. - w ochronie uzasadnionego interesu pozwanego ad. 1. Rozwiązanie zawarte w obowiązującym art. 146 u.p.z.p. zostało wprowadzone do porządku prawnego mocą ustawy nowelizującej z dnia 2 grudnia 2009 r. (tzw. duża nowelizacja). Nowelizacja ta weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. Podstawowym jej celem była implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 listopada 2007 r., 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 Nr 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 r. 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 r. 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 z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie C-166/14, MedEval-Qualitäts, Leistlings und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH v. Bundesvergabebamt, jak również w samym wyroku TSUE w sprawie C-166/14. Sąd I instancji podkreślił, 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 podnosi się, że 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.” Ponadto, w motywie 13 preambuły do Dyrektywy 2007/66/WE ustawodawca unijny wskazał, iż: „Aby zwalczać bezprawne bezpośrednie 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 wynikało zatem, że udzielenie zamówienia publicznego bezpośrednio, z pominięciem norm zamówień publicznych, zawiera się w przesłance braku ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Konkludując, działania E. (...) polegające na zawarciu umowy z (...) z pominięciem norm zamówień publicznych, mieściły się w hipotezie normy zawartej w art. 146 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Stosując reguły wykładni prounijnej - zdaniem Sądu I instancji - uznać należało, że 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 opisanej sytuacji do sankcji z art. 58 k.c. 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 k.c., art. 82-83 k.c., art. 387 k.c.). Przyjęcie, że poza wąsko rozumianym zakresem zastosowania art. 146 u.p.z.p. stosować należy art. 58 k.c., prowadziłoby do sytuacji takiej, że wszelkie formalne uchybienia niemieszczące się w literalnym zapisie art. 146 u.p.z.p. prowadziłyby do nieważności umowy, co sprzeczne jest z założeniem racjonalnego prawodawcy. Mając to na względzie, zdaniem Sądu Okręgowego, roszczenie powoda o stwierdzenie nieważności (...) w oparciu o przepis art. 58 k.c. było niezasadne, a w zakresie roszczenia z art. 146 u.p.z.p. powód nie ma legitymacji do wytoczenia powództwa.

Odnosząc się do zarzuconej nieważności (...) na podstawie art. 387 k.c., Sąd I instancji wskazał, że norma z powołanego przepisu ma zastosowanie, gdy niemożność świadczenia jest pierwotna, obiektywna i trwała. Jeśli chodzi o dwie ostatnie cechy, to na gruncie niniejszej sprawy nie wystąpiły. Dokonywanie transakcji pozasesyjnych 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 k.c. 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 jej pewnej kategorii podmiotów, do których ustawa ta ma zastosowanie. Taka niemożność nie jest objęta dyspozycją art. 387 k.c. Ponadto, zarzucana niemożność świadczenia nie miała charakteru trwałego. Umowa (...) tworzyła zobowiązanie ciągłe, 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 r. uchylony. W tym stanie, mając na względzie wolę stron związania się umową, należało przyjąć ewentualną niemożność wykonywania umowy za przypadek przejściowy, a nie trwałą niemożność. Mając to na względzie, stanowisko powoda co do nieważności (...) na podstawie art. 387 k.c. uznać należało za niezasadne.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości. Orzeczeniu zarzucił:

1/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. w brzmieniu na dzień zawarcia przez powoda i pozwanego ad. 1 Ramowej Umowy Sprzedaży Praw Majątkowych wynikających ze Świadectw Pochodzenia Nr (...) ((...)), poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że obrót energią elektryczną nie stanowił „dostarczania energii do sieci”, a tym samym nie stanowił działalności sektorowej,

2/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. w brzmieniu na dzień zawarcia przez powoda i pozwanego ad. 1 (...) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nabywanie przez zamawiającego sektorowego praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia z zamiarem przedstawienia ich do umorzenia nie był udzielaniem zamówień w celu prowadzenia działalności sektorowej,

3/ błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że powód nabywał prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia także „w celach komercyjnych”, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż jedynym celem, dla którego powód zawarł z pozwanym ad. 1 było zapewnienie sobie w przyszłości praw majątkowych dla wypełnienia spoczywającego na nim publicznoprawnego obowiązku przedstawiania świadectw pochodzenia do umorzenia,

4/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 138a ust. 1 u.p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż przepis ten w brzmieniu sprzed dnia 4 maja 2015 r. zawierał zwolnienie przedmiotowe dotyczące nabywania świadectw pochodzenia, tj., iż przepis ten zwalniał zamawiających sektorowych z obowiązku stosowania przepisów u.p.z.p. w przypadku nabywania świadectw pochodzenia,

5/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 2 pkt 13 u.p.z.p. w brzmieniu na dzień zawarcia przez powoda i pozwanego ad. 1 (...) poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do uznania, że (...) stanowiło zamówienie publiczne,

6/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 146 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. poprzez jego zastosowanie do (...), która nie jest umową o udzielenie zamówienia publicznego,

7/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 146 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że hipoteza tego przepisu obejmuje całkowite pominięcie zastosowania przepisów u.p.z.p. przez zamawiającego,

8/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez ich niezastosowanie pomimo, że treść (...) jest sprzeczna z ustawą.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez ustalenie nieistnienia stosunku prawnego, który miał powstać wskutek zawarcia przez powoda oraz pozwanego ad. 1 Umowy Sprzedaży Nr (...) Praw Majątkowych Wynikających ze Świadectw Pochodzenia z 12 kwietnia 2010 r.;

- zasądzenie od każdego z pozwanych na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w pierwszej i drugiej instancji, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację z dnia 17 sierpnia 2018 r. pozwany ad. 2 wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację z dnia 31 sierpnia 2018 r. pozwany ad. 1 wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości, według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu I instancji i przyjmuje je za własne czyniąc podstawą faktyczną rozstrzygnięcia. Opierały się one na prawidłowo zgromadzonym materiale dowodowym i w zasadzie nie zostały zakwestionowane w apelacji. Powód zarzucił jedynie, że błędnie zostało ustalone, iż nabywał prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia także „w celach komercyjnych”, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że jedynym celem, dla którego powód zawarł (umowę (...)) z pozwanym ad. 1 było zapewnienie sobie w przyszłości praw majątkowych dla wypełnienia spoczywającego na nim publicznoprawnego obowiązku przedstawiania świadectw pochodzenia do umorzenia. Zarzut ten, zdaniem Sądu II instancji, uznać należało za bezzasadny. W pierwszym rzędzie zauważyć należało, że w ramach ustaleń faktycznych Sąd I instancji stwierdził, że powodowa

spółka zajmuje się także obrotem prawami majątkowymi ze świadectw pochodzenia, kupując je od wytwórców energii z OZE. Część praw majątkowych przeznaczala na własny użytek, przedstawiając je do umorzenia, zaś część nabytych praw została odsprzedana. Ustalenie to uznać należało za prawidłowe, wynikało ono zarówno z twierdzeń samego powoda, który nie przeczył temu, że część (niewielką) praw majątkowych odsprzedawał, jak i ze zgromadzonego materiału dowodowego (decyzje o umorzeniu świadectw pochodzenia, zeznania świadków W. P. i W. J. oraz przesłuchanego w charakterze strony Prezesa Zarządu B. K.). Następnie, przy analizie pojęcia działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., w kontekście działalności prowadzonej przez E. (...), Sąd Okręgowy stwierdził, że działalności sektorowej nie stanowiłoby „również ewentualne nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia w celach komercyjnych”. Sąd I instancji dodał, że powodowa spółka nabywała prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia „także w celach komercyjnych”, związanych m.in. z interesem pozostałych podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej. To stwierdzenie nie było sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Po pierwsze dlatego, że nie podważało ustalenia, iż podstawowym celem nabywania praw majątkowych ze świadectw pochodzenia było przedstawianie ich do umorzenia w wykonaniu publicznoprawnego obowiązku wynikającego z art. 9a ustawy Prawo energetyczne, a sprzedaży podlegała nadwyżka ponad ilość niezbędną do wypełnienia ciążącego na powodzie obowiązku umorzeniowego. Po drugie, jak już była o tym mowa powyżej, ze zgromadzonego materiału dowodowego wynikało, że kierując się uwarunkowaniami gospodarczymi, powód odsprzedawał pozostałe prawa majątkowe i w ten sposób realizował „cel komercyjny” nabycia praw majątkowych.

Abstrahując od powyższego zauważyć należało, że niezależnie od tego, czy w chwili zawierania (...) powód miał na względzie wyłącznie konieczność wywiązania się z ustawowego obowiązku przedstawienia do umorzenia praw majątkowych ze świadectw pochodzenia, czy też zakładał także odsprzedaż części z tych praw, to okoliczności te nie mogły same przez się wpłynąć w sposób przesądzający na rozstrzygnięcie o zasadności powództwa.

Niezależnie od powyższego zauważyć należało, że rzeczywiście do końcowej części ocenianego wyводу Sądu I instancji wkradła się nieścisłość. Sąd Okręgowy konkluduje bowiem - wbrew tokowi całego swojego wyводу - iż, „nabywanie praw majątkowych również mieści się w pojęciu działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Wydaje się, że Sąd I instancji pominął słowo „nie” - powinno być „nie mieści się” - co traktować należy wyłącznie w kategoriach omyłki, a nie okoliczności podważającej trafność zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Apelujący, mimo że nie sformułował zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., w uzasadnieniu apelacji wskazał, że Sąd I instancji nie sporządził uzasadnienia wyroku w sposób rzetelny. Z zarzutem tym do pewnego stopnia należało się zgodzić, co nie wpływało jednak na ocenę trafności samego orzeczenia. Zgodnie z treścią art. 328 § 2 k.p.c., uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Sąd I instancji dokonał ustaleń faktycznych, jednak nie wskazał precyzyjnie, na jakich dowodach się oparł, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu, iż dokonał tego na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie. Uchybienie to pozostało bez wpływu na samo rozstrzygnięcie, bowiem po pierwsze, stan faktyczny nie był w zasadzie między stronami sporny, a po drugie, Sąd Apelacyjny jako sąd merytorycznie rozpoznający sprawę również jest uprawniony do dokonania oceny materiału dowodowego (vide art. 382 k.p.c.). Ocena ta prowadziła do wniosku, że stan faktycznych został ustalony przez Sąd I instancji w sposób prawidłowy i jednocześnie wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli zaś chodzi o ocenę prawną, to stwierdzić należało, że Sąd Okręgowy niewątpliwie wyjaśnił podstawę prawną wyroku oraz wskazał na mające zastosowanie przepisy prawa materialnego. To, że w znacznej części było to zbieżne ze stanowiskiem jednej ze stron postępowania, nie mogło samo w sobie podważać zaskarżonego orzeczenia. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. tylko wówczas może zostać uznany za uzasadniony, gdy uchybienie mu następuje w taki sposób, że nie jest możliwe ustalenie na jakiej podstawie faktycznej i prawnej sąd oparł swoje rozstrzygnięcie, innymi słowy, gdy uchybienia są tak daleko idące, że uniemożliwiają właściwą kontrolę zaskarżonego orzeczenia. W niniejszym przypadku taka sytuacja nie zachodziła. Z kolei zastrzeżenia

powoda co do konstrukcji uzasadnienia opierającego się na wielopoziomowej argumentacji prawnej, były o tyle nieuzasadnione, że argumentacja ta stanowiła odzwierciedlenie stanowiska samej strony powodowej, które również opierało się na stopniowej analizie poszczególnych kwestii, które składały się na końcowy wniosek prowadzący - zdaniem powoda - do uznania powództwa za zasługujące na uwzględnienie.

Spór stron miał w zasadzie charakter sporu o prawo. Stanowisko strony powodowej opierało się na twierdzeniu, że umowa (...) jest bezwzględnie nieważna z uwagi na sprzeczność z ustawą (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 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.). Treścią (...) było zobowiązanie stron do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych z pominięciem u.p.z.p., które to umowy sprzedaży stanowiły umowy o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu u.p.z.p. Zdaniem powoda, sprzeczność treści (...) z prawem, skutkująca nieważnością (...), polegała na tym, że (...) zobowiązywała do zawierania umów wykonawczych z pominięciem wymogów przewidzianych w u.p.z.p., mimo że E. (...) była zobowiązana do stosowania u.p.z.p. przy zawieraniu umów wykonawczych. Gdyby natomiast przyjąć, że to sama (...) była umową o udzielenie zamówienia publicznego, a nie transakcje wykonawcze, to bezwzględna nieważność (...) wynikała z art. 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. Zdaniem powoda, jego działalność, która polega na obrocie energią elektryczną, wchodziła w zakres użytego w art. 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, stanowiła zatem działalność sektorową w rozumieniu ww. przepisu. E. (...) jest zatem zamawiającym sektorowym, a nabycie praw majątkowych ze świadectw pochodzenia wchodziło w zakres działalności sektorowej.

Oddalając powództwo Sąd I instancji stwierdził, że nabywając prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia strona powodowa nie była zobowiązana do stosowania procedur zamówień publicznych. Po pierwsze uznał, że powód nie był zamawiającym sektorowym. Po drugie, nabywając prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia strona powodowa nie działała w celu związanym z wykonywaniem działalności sektorowej. Po trzecie, w sprawie nie znajdowałyby zastosowania sankcja bezwzględnej nieważności wynikająca z art. 58 § 1 k.c., ale sankcja unieważnienia umowy z art. 146 u.p.z.p., przy czym E. (...) nie byłaby legitymowana do wystąpienia z takim powództwem. Apelujący zakwestionował stanowisko Sądu Okręgowego na każdej z ww. płaszczyzn. Zarzuty powoda ocenić należało jako bezzasadne, Sąd Apelacyjny podziela bowiem oceny materialnoprawne przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Strona powodowa w apelacji ponownie odwołuje się do argumentów, które przedstawiła w pozwie oraz w toku postępowania przez Sądem I instancji, jednakże nie zasługiwały one na podzielenie, z przyczyn, które w dużej mierze zostały już przytoczone przez Sąd I instancji.

Nie było w sprawie sporne, że powód jest przedsiębiorstwem energetycznym, którego działalność polega na obrocie energią elektryczną. Okoliczność ta nie jest także kwestionowana w apelacji. Strona powodowa twierdzi natomiast, że obrót energią elektryczną jest objęty pojęciem „dostarczania energii elektrycznej do sieci” użytym w art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia (...). Przepis ten stanowił, że przepisy „Rozdziału 5. Zamówienia sektorowe” u.p.z.p. „(...) stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związku 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: (...) 3) 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.”

W pierwszym rzędzie stwierdzić należało, że zupełnie bezzasadne były zarzuty powoda, iż Sąd Okręgowy dokonując wykładni art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. nie wziął pod uwagę, że w jego treści jest mowa o trzech różnych rodzajach działalności. Według apelującego Sąd I instancji odniósł się wyłącznie do działalności polegającej na „tworzeniu sieci”, pominął natomiast działalność polegającą na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci. Nie można było się jednak z tym zgodzić, bowiem Sąd Okręgowy na stronie 10 i 11 uzasadnienia (k. 1722-1723) wyraźnie odniósł się do kwestii dostarczania energii elektrycznej do sieci, wskazując iż taką działalnością zajmują się wytwórcy energii, a nie spółki obrotu.

Po drugie, nie można było zgodzić się z zarzutami apelacji wskazującymi na bezzasadność odwołania się przez Sąd I instancji do ustawy Prawo energetyczne, która zawiera szereg definicji związanych z działalnością prowadzoną przez przedsiębiorstwa energetyczne, przede wszystkim zaś definicję obrotu, którą to działalnością zajmuje się strona powodowa. W sytuacji, gdy u.p.z.p. nie zawiera własnych definicji pojęć, którymi się posługuje, to w zakresie w jakim jej regulacje dotyczą rynku energetycznego zasadne jest dla wyjaśnienia znaczenia tych pojęć odwołanie się do definicji zawartych w ustawie Prawo energetyczne. Zapewniało to spójność systemową, jakkolwiek nie przesądzało rozstrzygnięcia sprawy, bowiem ustawa Prawo energetyczne nie zawiera definicji dostarczania energii elektrycznej do sieci.

Ustawa Prawo energetyczne definiuje obrót jako sprzedaż hurtową i detaliczną energii. (...) (handel) energią elektryczną odróżnić należy od jej wytwarzania (produkcji) oraz transportu przy wykorzystaniu infrastruktury sieciowej, który może polegać na jej przesyłaniu lub dystrybucji. Zarówno pojęcie przesyłu energii elektrycznej, jak i dystrybucji energii elektrycznej nie obejmuje natomiast dostaw.

Działalnością sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. jest działalność polegająca na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Trafnie uznał Sąd Okręgowy, że przedsiębiorstwo energetyczne, które zajmuje się sprzedażą hurtową i detaliczną energii elektrycznej, nie dostarcza tej energii do sieci, bowiem sprzedaje ono odbiorcom energię, która w sieci już się znajduje. Energię elektryczną do sieci dostarczają jej wytwórcy (producenci), a następnie jest ona transportowana w celu jej dostarczenia odbiorcy końcowemu przez przedsiębiorstwa przesyłowe i dystrybucyjne. Pogląd, że energię do sieci dostarczają jej wytwórcy jest powszechnie przyjęty w doktrynie prawa zamówień publicznych.

Wyraźnego odróżnienia wymaga dostawa energii elektrycznej odbiorcom od dostarczenia energii elektrycznej do sieci. Zauważyć należy, że na gruncie prawa energetycznego dostawa jest pojęciem prawnie zdefiniowanym. W art. 2 pkt 19 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz. U. UE L z 2003 r. Nr 176, s. 37) dostawa określona została jako sprzedaż, łącznie z odsprzedażą, energii elektrycznej odbiorcom. Analogiczną definicję zawierała kolejna dyrektywa zastępująca dyrektywę 2003/54/WE, tj. dyrektywa 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. Dostawa łączy się zatem ze sprzedażą energii odbiorcy, a nie z jej dostarczeniem do sieci, chyba że sprzedawca energii jest jednocześnie jej wytwórcą (producentem). Powód jest wyłącznie spółką obrotu, zatem dokonuje on czynności prawnych polegających na handlu (obrocie) energią elektryczną znajdującą się w sieci, nie dostarcza natomiast tej energii do sieci.

Na poparcie swojego stanowiska strona powodowa powoływała m.in. wyrok NSA z dnia 10 maja 2017 r. sygn. akt II GSK 2299/15. W ocenie Sądu Apelacyjnego to jednostkowo wyrażone stanowisko nie mogło jednak przesądzać o przyznaniu racji argumentacji przedstawionej w niniejszej sprawie przez powodową spółkę. Wyrok NSA został oparty na rozszerzającej wykładni art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. i pominięciu rozróżnienia między dostarczeniem energii elektrycznej do sieci a jej dostawą do odbiorcy. Stanowiska takiego Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie podziela, uznając iż przedmiotem dostawy do odbiorcy może być energia, która w sieci elektroenergetycznej już się znajduje, tzn. została dostarczona przez jej wytwórcę. Sama dostawa, jak już powyżej była o tym mowa, ma charakter czynności prawnej, tj. sprzedaży. Spółka obrotu dokonuje bowiem czynności prawnych mających za przedmiot energię elektryczną, która jest w sieci, tzn. kupuje ją od jej wytwórcy, a następnie sprzedaje odbiorcy. Czynności spółki obrotu nie mają zatem charakteru czynności faktycznych, w szczególności nie można ich utożsamiać z dostarczeniem energii do sieci. Jak tak chociażby z tej przyczyny, że spółki obrotu nie dysponują żadną infrastrukturą, która pozwoliłaby im dokonać takiego dostarczenia do sieci.

Nie mogli również stanowić argumentu na rzecz stanowiska powoda powoływane przez niego decyzje Komisji Europejskiej, bowiem odnosiły się one do działalności obejmujących jednocześnie wytwarzanie i sprzedaż energii elektrycznej. Spółka (...) nie jest zaś producentem energii.

Bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy pozostawała także zmiana stanu prawnego spowodowana nowelizacją art. 132 u.p.z.p. polegająca na dodaniu z dniem 28 lipca 2016 r. ust. 1a, zgodnie z którym przez dystrybucję, o której mowa w ust. 1 pkt 3 należy rozumieć także sprzedaż hurtową i detaliczną. Zmiana ta miała na celu implementację nowej dyrektywy sektorowej - dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L z 2014 r. Nr 94, s. 243; dalej jako Nowa Dyrektywa Sektorowa). Po pierwsze, umowa (...) zawarta została zarówno przed uchwaleniem Nowej Dyrektywy Sektorowej, jak i przed nowelizacją art. 132 u.p.z.p. Po drugie, w wyniku nowelizacji ustawodawca krajowy rozciągnął pojęcie dystrybucji także na sprzedaż energii elektrycznej. W art. 132 ust. 1a u.p.z.p. mowa jest o dystrybucji w odniesieniu do ust. 1 pkt 3, zatem wyłącznie w kontekście przeznaczenia sieci (jej celów), nie zaś miejsca, do którego energia elektryczna ma być dostarczana. Z punktu widzenia oceny, czy powód może zostać uznany za zamawiającego sektorowego w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. omawiana nowelizacja pozostawała zatem bez znaczenia, nie prowadziła ona bowiem do możliwości uznania spółek obrotu za dostarczające energię elektryczną do sieci, a co najwyżej za dostarczające ją odbiorcom.

Nie zasługiwały również na podzielenie te zarzuty apelacji, które zarzucały Sądowi I instancji zaniechanie pronijnego wykładni art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., w szczególności bez uwzględnienia postanowień dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L z 2004 r. Nr 134, s. 1; dalej jako Dyrektywa Sektorowa). W szczególności powód odwołał się do treści art. 3 ust. 3 lit. b tej dyrektywy, zgodnie z którym dyrektywa dotyczy m.in. działalności polegającej na dostawach energii elektrycznej do sieci. Oznacza to, że dyrektywa dotyczy podmiotów dostarczających energię do sieci. Podmiotami takimi są producenci energii, którzy mogą być jednocześnie jej sprzedawcami i do nich Dyrektywa Sektorowa znajdowała zastosowanie. Jak wyjaśniono to powyżej, spółki obrotu dostawcami energii do sieci nie są, do nich zatem Dyrektywa Sektorowa nie znajdowała zastosowania.

Niezależnie od powyższego zauważyć należało, że gdyby nawet przyjąć, że w rozumieniu art. 3 ust. 3 lit. b Dyrektywy Sektorowej pojęcie dostawy energii elektrycznej do sieci obejmowało także jej samodzielną (wyłącznie) sprzedaż (odsprzedaż) odbiorcom, to oznaczałoby to, że doszło do wadliwej implementacji dyrektywy 2004/17/WE. Nie dawałoby to natomiast podstaw do wykładni przepisów prawa krajowego contra legem, tak daleko nie sięga bowiem możliwość pronijnego wykładni przepisów.

Sąd Apelacyjny uznał, że zawarty w apelacji powoda wniosek o wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym do TSUE w sprawie wykładni art. 3 ust. 3 lit. b Dyrektywy Sektorowej pozostawał bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy i z tego względu został pominięty. Niezależnie od powyżej przedstawionych już argumentów wskazać należało, że nawet odpowiedź TSUE oczekiwana przez stronę powodową pozostawałaby bez wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy. Powództwo nie zasługiwało bowiem na uwzględnienie także z innych przyczyn niż brak podstaw do uznania powodowej spółki za zamawiającego sektorowego, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Podsumowując powyższą część rozważań stwierdzić należało, że powód nie prowadzi działalności, która w dacie zawierania (...) pozwalałaby na uznanie go za zamawiającego sektorowego w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Nie było tym samym podstaw do uznania, że zawierając umowy wykonawcze, tj. umowy sprzedaży praw majątkowych, konieczne było zastosowanie trybu konkurencyjnego z u.p.z.p. Nie było również podstaw do uznania bezwzględnej nieważności (...) przy przyjęciu alternatywnej argumentacji, iż to sama (...) stanowiła zamówienie publiczne.

Dla zastosowania u.p.z.p. konieczne było, aby nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia następowało nie tylko przez zamawiającego sektorowego, ale także w celu wykonywania działalności sektorowej, co jednoznacznie wynika z treści art. 132 ust. 1 u.p.z.p. Powód zobowiązany był zatem wykazać, że nabywanie ww. praw majątkowych nastąpiło w celu realizacji działalności polegającej na obrocie energią elektryczną. Sąd Okręgowy uznał tę okoliczność za niewykazaną, z którą to oceną należało się zgodzić.

Użycie przez ustawodawcę w art. 132 ust. 1 zwrotu „w celu wykonywania działalności” prowadzi do wniosku, że udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami odnoszącymi się do zamówień sektorowych dotyczy wyłącznie tych zamówień, które są niezbędne do prowadzenia działalności sektorowej. Jakkolwiek zatem pojęcie „w celu” należy interpretować elastycznie, to jednak konieczne jest istnienie rzeczywistego powiązania między udzielanym zamówieniem a jednym z rodzajów działalności, o której mowa jest w art. 132 ust. 1 u.p.z.p. Taki związek pomiędzy nabywaniem praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia a obrotem energią elektryczną nie zachodził, ich nabycie nie było bowiem niezbędne do prowadzenia tego rodzaju działalności (pomijając oczywiście w tym miejscu okoliczność, że w ocenie Sądu Apelacyjnego tego rodzaju działalność nie stanowiła działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia (...)), a związane byłoby z zadośćuczynieniem publicznoprawnym obowiązkom określonej kategorii zamawiających sektorowych. To, w jaki sposób ustawodawca kwalifikuje koszty nabywania świadectw pochodzenia nie mogło mieć znaczenia dla oceny, czy nabywanie praw majątkowych następowało w celu prowadzenia działalności sektorowej, czy też nie. Podobnie było z innymi kwestiami podatkowymi.

Zauważyć należało, że powód był uprawniony do dalszego obrotu (odsprzedaży) prawami majątkowymi i jak wynikało ze zgromadzonego materiału dowodowego z możliwości takiej korzystać, kierując się uwarunkowaniami rynkowymi. Oznaczało to, że strona powodowa nabywała prawa majątkowe nie tylko w związku z obrotem energią elektryczną. Nadto, przepisy nie nakładały obowiązku nabywania praw majątkowych, można było poprzestać na zapłacie opłaty zastępczej.

Z apelującym o tyle można się było natomiast zgodzić, że zbyt daleko idące było stwierdzenie Sądu I instancji, iż nabywanie praw majątkowych przez określonych przedsiębiorców następowało w celu wspierania przedsiębiorców wytwarzających energię z OZE. Czym innym są bowiem cele towarzyszące ustawodawcy przy wprowadzaniu określonych rozwiązań prawnych, a czym innym konkretne interesy określonych przedsiębiorców podejmujących własne decyzje, np. w celu realizacji obowiązku nałożonego ustawą. To zatem ustawodawca nakładając na określone kategorie podmiotów obowiązek nabywania praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia lub zapłaty opłaty zastępczej realizuje cele związane ze wspieraniem przedsiębiorców wytwarzających energię z OZE, a w ten sposób również inne cele, związane np. z ochroną klimatu.

Podsumowując stwierdzić należało, że nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia nie było niezbędne do prowadzenia działalności polegającej na obrocie energią, a ewentualny związek nie uprawniał do stwierdzenia, że nabywanie praw majątkowych następowało w celu realizacji działalności, którą powód uważa za działalność sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Powód mógł i może sprzedawać energię elektryczną bez konieczności zawierania umów typu (...), uiszczając opłatę zastępczą.

Niezależnie od powyższego zauważyć należało, że w ustawie Prawo energetyczne uregulowano tryb obrotu świadectwami pochodzenia. Zgodnie z treścią art. 9e ust. 6 tej ustawy prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia są zbywalne i stanowią towar giełdowy, o którym mowa w art. 2 pkt 2 lit. d ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (t. jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 121, poz. 1019 ze zm.). Ustawa Prawo zamówień publicznych i ustawa o giełdach towarowych stanowią regulacje rozłączne, nie ma zatem możliwości ich jednoczesnego stosowania. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że w dacie zawarcia (...) obrót świadectwami pochodzenia odbywał się na podstawie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych, w sposób zgodny z regułami rynku regulowanego. Prowadziło to do wyłączenia stosowania u.p.z.p.

Nie można było zgodzić się z apelującym, aby powyższą wykładnię podważała nowelizacja u.p.z.p. polegająca na dodaniu art. 138a ust. 1, w wyniku której ustawodawca wyłączył stosowanie ustawy przez zamawiających sektorowych prowadzących działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 i 3, do zakupu świadectw pochodzenia w celu wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo energetyczne lub w celu wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 52 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2015 r., poz. 478). W tym zakresie Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu I instancji oraz pozwanych, iż nowelizacja ta nie miała charakteru zmiany normatywnej, a jedynie ujawniała stanowisko ustawodawcy

potwierdzające wcześniejszy pogląd co do braku obowiązku stosowania reżimu zamówień publicznych w zakresie nabywania praw ze świadectw pochodzenia.

Na marginesie zauważyć należało, że zastosowanie w sprawie art. 138a ust. 1 u.p.z.p. mogłoby mieć uzasadnienie tylko przy założeniu, iż powód jest zamawiającym sektorowym w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Jak już powyżej była o tym mowa, w ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie taka sytuacja nie zachodziła.

Podsumowując powyższą część rozważań, stwierdzić należało, że nie zasługiwały na podzielenie zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art. 132 ust. 1 pkt 3 oraz art. 138a ust. 1 u.p.z.p. Wbrew odmiennemu stanowisku apelującego, nie było podstaw ani do uznania go za zamawiającego sektorowego, ani do przyjęcia, że nabycie świadectw pochodzenia następowало w celu wykonywania działalności sektorowej. Konsekwencją tego było uznanie za bezzasadny także zarzutu naruszenia art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., pomijając bowiem w tym miejscu kontrowersje związane z rodzajem ewentualnej sankcji, przede wszystkim stwierdzić należało, że ani treść ani cel umowy (...) nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Skoro bowiem nie było nakazu stosowania reżimu zamówień publicznych dla zakupu praw majątkowych, to ukształtowana w wyniku porozumienia stron umowa (...) nie naruszała obowiązujących ustaw, w tym art. 7 ust. 3 u.p.z.p.

Powyższe w sposób jednoznaczny świadczyło o niezasadności apelacji, a tym samym i powództwa spółki (...), niezależnie od innych kwestii, które były podnoszone w niniejszej sprawie.

W tej sytuacji jedynie na marginesie wskazać należało, że Sąd II instancji nie uznał za trafne także pozostałych zarzutów wskazanych w apelacji, w tym art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz art. 2 pkt 13 u.p.z.p. Po pierwsze, Sąd Okręgowy nie przyjął, że umowa (...) stanowiła zamówienie publiczne, a jedynie odnosząc się do wielopoziomowej argumentacji samego powoda, który także poczynił założenie, iż sama (...) stanowi zamówienie publiczne (tzw. alternatywna podstawa nieważności wskazana przez powodową spółkę), rozważył różne aspekty, które zostały podniesione w sprawie. Po drugie, Sąd Apelacyjny podziela w pełni argumentację Sądu Okręgowego co do braku podstaw do zastosowania w sprawie sankcji bezwzględnej nieważności względem (...), gdyby założyć, że stanowiła ona zamówienie publiczne i tym samym została zawarta z naruszeniem u.p.z.p. Nie było zatem potrzeby jej powtarzania. Zauważyć jedynie należało, że strona powodowa konsekwentnie stoi na stanowisku, iż (...) nie stanowi zamówienia publicznego, zatem ta część argumentacji została przedstawiona na marginesie głównego sporu toczonego przez strony.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego, mając na względzie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 99, art. 108 § 1 k.p.c. oraz na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.) i § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 265 ze zm.).

Maciej Dobrzyński Jolanta de Heij-Kaplińska Maciej Kruszyński