

Sygn. akt **XXVI GC 712/17**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lutego 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący:	Sędzia Łukasz Klimowicz
Protokolant:	Barbara Żabczak

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2020 r. w Warszawie na rozprawie

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

przeciwko **Elektrowni (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...)Bank (...)S.A. z siedzibą w W. (poprzednio Bank (...) S.A. we W.)**

o ustalenie

I. oddala powództwo;

II. ustala, iż pozwani Elektrownia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...)Bank (...)S.A. z siedzibą w W. wygrali w 100% - przy czym szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania – powierza Referendarzowi sądowemu.

Sygn. akt XXVI GC 712/17

UZASADNIENIE

Pozwem z 11 września 2017 r. powód (...) S.A. z siedzibą w G. wniosła o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego, który miał powstać wskutek zawarcia przez Powoda oraz Elektrownię (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (Pozwanym 1) Umowy Sprzedaży Nr (...) Praw Majątkowych Wynikających ze Świadczeń Pochodzenia z (...) z 25 marca 2011 r. Powód jako Pozwanego 2 wskazał Bank (...) S.A. z siedzibą we W..

W uzasadnieniu powództwa wskazano, że Powód zawarł 25 marca 2011 r. z Elektrownią (...) sp. z o.o. Umowę sprzedaży Nr (...) Praw Majątkowych wynikających ze Świadczeń Pochodzenia z (...) (dalej: Umowa, CPA). Umowa została zawarta na czas oznaczony. Zgodnie z treścią CPA, w okresie jej obowiązywania, Pozwany 1 (ad 1) i Powód byli zobowiązani odpowiednio do sprzedaży i zakupu wszystkich praw majątkowych wynikających z energii elektrycznej wytworzonej na (...) Pozwanego 1 po cenie jednostkowej określonej w CPA. W ocenie Powoda zawarta przez niego z Pozwanym 1 Umowa jest bezwzględnie nieważna, dlatego żądał on ustalenia nieistnienia stosunku prawnego mającego wynikać z CPA.

Powód wskazał, że CPA jest umową ramową – tzn. umową, która organizuje proces kontraktowania stron na przyszłość i tworzy stosunek o charakterze trwałym. Jako umowa ramowa (w rozumieniu prawa cywilnego) CPA nie jest umową o zamówienie publiczne w rozumieniu p.z.p. (Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), ponieważ przedmiotem CPA nie jest dostawa w rozumieniu p.z.p., a także nie

jest ona umową odpłatną w rozumieniu p.z.p. Według Powoda to umowy wykonawcze do zawierania których obliguje CPA, tj. transakcje pozasesyjne są umowami odpłatnymi, których przedmiotem jest dostawa w rozumieniu p.z.p. Ponieważ 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 p.z.p., w ocenie Powoda umowa ta jest bezwzględnie nieważna, a nieważność ta ma charakter pierwotny oraz definitywny.

Według Powoda bezwzględna nieważność CPA jest skutkiem tego, że treść Umowy była sprzeczna z ustawą, tj. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. CPA zobowiązuje bowiem strony do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych – a zatem do udzielania zamówień publicznych w rozumieniu p.z.p. – tj. dokonywania transakcji pozasesyjnych z pominięciem trybów przewidzianych w p.z.p. Podstawowym zobowiązaniem Powoda było więc udzielanie zamówień publicznych wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami p.z.p., co jest sprzeczne z art. 7 ust. 3 p.z.p. Strony kształtując treść CPA wykroczyły poza granice swobody umów, co skutkuje nieważnością CPA, na mocy art. 353¹ w zw. z art. 58 k.c.

Uzasadniając obowiązek stosowania p.z.p. Powód wskazał, że w momencie ukształtowania treści i zawarcia CPA, zachodziły wszelkie konieczne przesłanki obowiązku stosowania przez Powoda p.z.p. przy zawieraniu umów sprzedaży praw majątkowych:

- Powód pozostaje pod dominującym wpływem Skarbu Państwa, który posiadał w chwili podpisywania CPA więcej niż 50% akcji w spółce (...) S.A., która to spółka z kolei posiadała 100% akcji Powoda;
- działalność Powoda polegająca na obrocie energią elektryczną jest działalnością sektorową w rozumieniu p.z.p.;
- zawieranie transakcji, na podstawie których dochodzi do nabycia praw majątkowych, odbywa się w celu wykonania obowiązku ustawowego nałożonego na spółki zajmujące się obrotem energią elektryczną, a zatem w celu wykonywania działalności sektorowej;
- p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia CPA nie przewidywało wyłączeń z reżimu p.z.p. transakcji, których przedmiotem jest nabywanie praw majątkowych;
- wartość zamówienia przekraczała tzw. progi unijne.

Również w przypadku uznania Umowy CPA (a nie transakcji pozasesyjnych) za umowę o udzielenie zamówienia publicznego, Powód podkreślił, że nadal należy uznać, iż CPA jest bezwzględnie nieważna. W takim przypadku jako podstawę bezwzględnej nieważności Powód wskazał art. 58 § 1 k.c. Sprzeczność z prawem odnosi się do naruszenia reguł konstruujących tę czynność, wyrażonych w przepisach p.z.p., w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. i art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. W ocenie Powoda, w sytuacji, gdy w ogóle przy zawieraniu CPA nie zastosowano przepisów p.z.p., nie znajdzie zastosowania sankcja wyrażona w art. 146 p.z.p., gdyż w przepisie tym przewidziano sankcję w przypadku określonych wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ CPA nie została zawarta w żadnym z trybów przewidzianych w p.z.p., ocena pominięcia stosowania p.z.p. powinna być zatem dokonywana nadal na gruncie art. 58 k.c., a nie art. 146 p.z.p.

Powód podkreślił również, że interes prawny Powoda stojący u podstaw żądania ustalenia nieistnienia stosunku prawnego przejawia się w dążeniu do uzyskania prawnej pewności, co do braku obowiązku zawierania umów wykonawczych (transakcji pozasesyjnych) na podstawie CPA. Bez sądowego stwierdzenia nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z CPA powód znajdowałby się w permanentnym stanie niepewności, co do zasadności nabywania w przyszłości praw majątkowych, w oparciu o CPA. Sytuacja ta sprawia, że po stronie powoda zachodzi potrzeba autorytatywnego potwierdzenia nieistnienia przedmiotowego stosunku prawnego.

Uzasadniając legitymację bierną Pozwanego 2 (ad 2), Powód wskazał, że Pozwany 1 dokonał cesji wszystkich praw i roszczeń związanych z CPA na rzecz Pozwanego, w tym roszczeń o zapłatę ceny z tytułu nabycia praw majątkowych, jak również ewentualnych roszczeń o zapłatę kar umownych.

Pozwany 1 oraz Pozwany 2 oddzielnie złożyli odpowiedzi na pozew, jednak zawarta w nich argumentacja jest tożsama. Zarówno Pozwany 1, jak i Pozwany 2 wnieśli o oddalenie powództwa w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska w odpowiedziach na pozew, a także w dalszych wnoszonych w imieniu obydwu Pozwanych pismach procesowych, Pozwani podnieśli, że Powód nie posiada interesu prawnego do dochodzenia ustalenia nieistnienia stosunku prawnego, ponieważ przysługiwałoby mu roszczenie dalej idące, to jest roszczenie o zapłatę. Pozwani wskazali również, że kompetencję do występowania o unieważnienie umowy naruszającej przepisy prawa zamówień publicznych posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Według Pozwanych, Powód w dacie zawarcia Umowy CPA nie miał obowiązku stosowania przepisów p.z.p. Tym samym, nie może być mowy o sprzeczności Umowy CPA z przepisami prawa. Powyższe miałyby wynikać z wykładni literalnej, systemowej oraz prounijnej art. 132 p.z.p. oraz odpowiednich przepisów u.p.e. (Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, Dz.U. 1997 Nr 54, poz. 348 z późn. zm.), obowiązujących w dacie zawarcia Umowy CPA. Analiza tych właśnie przepisów prowadzi według Pozwanych do następujących wniosków:

- nabywanie Praw Majątkowych przez Powoda w oparciu o art. 9 a u.p.e. (tj. w ramach systemu wsparcia producentów energii z odnawialnych źródeł energii) nie stanowi zamówienia udzielanego w celu prowadzenia działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 ust. 1 p.z.p.,
- Powód w dacie zawarcia Umowy CPA nie był zamawiającym sektorowym, gdyż zajmował się sprzedażą energii, a ta działalność nie była działalnością sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

W ocenie Pozwanych powyższe ustalenia są wystarczające do przyjęcia, że ani poszczególne umowy sprzedaży Praw Majątkowych ani Umowa CPA nie stanowią umowy o zamówienie publiczne w rozumieniu p.z.p., a Powód w dacie zawarcia CPA nie był zobowiązany stosować przepisów p.z.p. (w tym uwzględniać ich w treści Umowy w związku z zawieraniem w jej wykonaniu umowami sprzedaży Praw Majątkowych).

Pozwani wskazali również, że nawet gdyby przyjąć, iż CPA czy też transakcje pozasesyjne stanowiły zamówienia publiczne w rozumieniu p.z.p. i winny być zawarte w trybie konkurencyjnym, sankcja bezwzględnej nieważności z art. 58 § 1 k.c., nie będzie miała zastosowania w niniejszej sprawie. Wniosek taki ma wynikać z faktu wprowadzenia przez ustawodawcę specjalnego trybu unieważnienia umów zawieranych z pominięciem p.z.p. przewidzianego w art. 144 a ust. 1 pkt 3 p.z.p. Niedopuszczalna byłaby według Pozwanych sytuacja, w której ta sama czynność prawna byłaby nieważna z mocy prawa i zarazem podlegała unieważnieniu w oparciu o powództwo Prezesa UZP na podstawie art. 144 a ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Pozwani podnieśli także, że ustawodawca przewidział specjalny tryb dla sprzedaży Świadczeń Pochodzenia a mianowicie tryb obrotu Prawami Majątkowymi wyłącznie za pośrednictwem i przy wykorzystaniu mechanizmów (...) ((...)). Świadczenia Pochodzenia wydawane są wyłącznie w formie elektronicznej i przekazywane bezpośrednio do (...), która prowadzi Rejestr Świadczeń Pochodzenia. Prawa Majątkowe, które powstają z chwilą zapisania Świadczeń Pochodzenia w rejestrze, również nie mają formy materialnej i istnieją wyłącznie w formie zapisu elektronicznego, a stanowią one towar giełdowy w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 roku o giełdach towarowych, co wynika też wprost z art. 63 ust. 1 ustawy o OZE (odnawialnych źródłach energii). Pozwani podkreślili, że ustawodawca nie przewidział odmiennego od obrotu giełdowego, obrotu prawami majątkowymi dla zamawiających sektorowych, za jakiego uważa się Powód. W takim przypadku, do zamówienia publicznego sektorowego miałyby bowiem zastosowanie jedynie trzy tryby uregulowane w p.z.p. – tryb przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Stanowiły one tzw. tryby konkurencyjne. Tymczasem, wbrew twierdzeniom Powoda nie jest w praktyce możliwa sprzedaż Praw Majątkowych w trybie pozasesyjnym na (...) z zastosowaniem któregośkolwiek z trybów konkurencyjnych w p.z.p. Pozwani podnieśli, że z uwagi na wykładnię systemową oraz mając na względzie założenie racjonalności ustawodawcy, uregulowanie systemu sprzedaży Praw Majątkowych za pośrednictwem (...) oraz specyfika samej giełdy wykluczały stosowanie reżimu p.z.p. do transakcji pozasesyjnych w obrocie Prawami Majątkowymi na (...).

Ponadto, pozwani argumentowali, że oddalenie powództwa w stosunku do Banku (...) S.A. powinno nastąpić z uwagi na brak po jego stronie legitymacji procesowej do występowania w niniejszej sprawie w charakterze pozwanego. Cesja na rzecz Pozwanego 2 praw wynikających z CPA została dokonana pod warunkiem zawieszającym wystąpienia naruszenia zobowiązań Elektrowni (...) sp. z o.o. z umowy kredytowej. Natomiast Pozwany 2 nie złożył Pozwanemu 1 oświadczenia o zaistnieniu przypadku naruszenia umowy kredytowej. Tym samym nie doszło do cesji praw z Umowy CPA z Pozwanego 1 na Pozwanego 2. Dlatego Pozwani zaprzeczyli twierdzeniom Powoda, aby taka cesja praw z Umowy miała miejsce. Ponadto, według Pozwanych, gdyby w przyszłości do takiej cesji miało dojść, stroną Umowy CPA, której stwierdzenia nieważności domaga się Powód, i tak pozostanie Pozwany 1.

W dalszym toku postępowania strony podtrzymywały swoje dotychczasowe stanowiska.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny, istotny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Powód jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną. Pozwany 1 jest wytwórcą energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, uprawnionym do uzyskiwania świadectw pochodzenia. W dniu zawarcia CPA jedynym akcjonariuszem Powoda była (...) S.A. Ówczesnie udział Skarbu Państwa w kapitale zakładowym (...) S.A. przekraczał 50%.

(odpis pełny KRS Powoda – k. 67-74, odpis aktualny KRS Pozwanego 1 – k. 85-88, odpis pełny (...) S.A. – k. 76-83)

W dniu 25 marca 2011 r. Powód i Pozwany 1 zawarli dwie umowy:

1. PPA tj. Umowę Nr (...) Sprzedaży Energii Elektrycznej Wytwarzanej w Odnawialnym Źródle Energii – (...) – W.;
2. CPA tj. Umowę sprzedaży Nr (...) Praw Majątkowych Wynikających ze Świadectw Pochodzenia z (...).

Podpisana przez Powoda i Pozwanego 1 CPA miała obowiązywać przez czas oznaczony, tj. przez okres 15 lat od daty wejścia w życie CPA (art. 14 ust. 1 CPA). Moment wejścia w życie CPA został ustalony jako dzień otrzymania przez (...) koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii (art. 14 ust. 1 CPA w zw. z art. 2 ust. 1 lit. h PPA). Wejście CPA w życie nastąpiło zatem w marcu 2012 r.

CPA przewidywała w szczególności:

- obowiązek Pozwanego 1 sprzedaży wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej na (...) Pozwanego 1 (...) poprzez zawieranie transakcji pozasesyjnych (art. 4 ust. 1 lit. a i b CPA);
- obowiązek Powoda zakupu od Pozwanego 1 praw majątkowych, o których mowa w pkt. wyżej w transakcjach pozasesyjnych (art. 4 ust. 2 lit. a i b CPA);
- ustalenie ceny netto nabycia praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia zasadniczo na poziomie 93% jednostkowej opłaty zastępczej obowiązującej w okresie wytworzenia energii elektrycznej (za świadectwa w ilości odpowiadającej 1 MWh energii elektrycznej wytworzonej na (...)) (art. 6 ust. 1 i 2 CPA); przewidziano również maksymalną i minimalną cenę jednostkową; 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);
- obowiązki zapłaty kar umownych, m.in. w przypadku niezakupienia przez Powoda, z jego winy, wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia wydanych Pozwanemu 1 przez Prezesa URE i zaoferowanych Powodowi zgodnie z CPA (art. 8 ust. 3 CPA).

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

(Umowa Nr (...) z 25.03.2011 r. – k. 134-143; Umowa Nr (...) z 25.03.2011 r. – k. 145-151)

Przedmiotem CPA miało być określenie warunków sprzedaży wszystkich Praw Majątkowych ze Świadcstw Pochodzenia wynikających z wytwarzania Energii Elektrycznej w (...) (art. 3 CPA), przy czym pojęcia „Prawa Majątkowe”, „Świadcstwa Pochodzenia”, „Energia Elektryczna”, (...) zostały zdefiniowane w treści CPA (art. 2). Zasadniczym obowiązkiem Pozwanego 1, przewidzianym w treści CPA, była „sprzedaż w Transakcjach Pozasesyjnych Praw Majątkowych” (art. 4 ust. 1 lit. a i b CPA), a obowiązkiem Powoda, „kupno” tych praw „w Transakcjach Pozasesyjnych” (art. 4 ust. 2 lit. a i b CPA).

Gospodarcze realia wykonywania umowy (CPA) uzależnione były od funkcjonowania w Polsce systemu wsparcia wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii opartego na świadectwach pochodzenia. Relewantne dla wyjaśnienia sensu gospodarczego CPA założenia działania tego systemu, w pewnym uproszczeniu, można przedstawić w następujący sposób. Świadcstwa pochodzenia wydawane są na wniosek wytwórców energii elektrycznej z OZE przez Prezesa URE (Urzędu Regulacji Energetyki). 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 (w przeciwieństwie do transakcji sesyjnych, w których cena wyznaczana jest w oparciu o notowania tego towaru giełdowego).

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.

Powód, prowadzący przedsiębiorstwo energetyczne, a konkretniej przedsiębiorstwo prowadzące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną (por. art. 52 ust. 1 u.o.z.e.) należał do grupy podmiotów zobowiązanych do uzyskiwania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia. Z kolei, Pozwany 1 był i jest wytwórcą energii elektrycznej z OZE, uprawnionym do uzyskiwania świadectw pochodzenia.

(zeznania świadków: W. P. – protokół z 1.10.2019 r., czas nagrania 00:16:56-01:01:49, W. J. – protokół z 21.01.2020 r., czas nagrania 00:03:22-00:56:16)

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 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 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 p.z.p.

(zeznania świadków: W. P. – protokół z 1.10.2019 r., czas nagrania 00:16:56-01:01:49, W. J. – protokół z 21.01.2020 r., czas nagrania 00:03:22-00:56:16)

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 6 MW (por. art. 2 ust. 1 lit. a CPA). Zawierając CPA, Powód, przy uwzględnieniu typu źródła energii odnawialnej przewidywał, iż wskazana w CPA (...) będzie wytwarzać ok. (...) 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 co najmniej (...) zł.

W poszczególnych latach wykonywania CPA wartość netto kupionych przez Powoda praw majątkowych na podstawie umów sprzedaży zawieranych w wykonaniu CPA była następująca:

rok kalendarzowy	wartość netto (w złotych) praw majątkowych kupionych w wykonaniu CPA
2012	(...)
2013	(...)
2014	(...)
2015	(...)
2016	(...)
2017*)	(...)

*) do 31 sierpnia 2017 r.

Prognozując roczną wartość potrzebnych świadectw pochodzenia, Powód brał pod uwagę skalę działalności Powoda w zakresie obrotu energią elektryczną, ilość przedstawianych przez Powoda do umarzenia świadectw pochodzenia w okresie przed zawarciem i po zawarciu CPA, ówczesne ceny praw majątkowych na (...). W wyniku powyższego Powód, zawierając CPA, musiał przewidywać, iż wartość potrzebnych mu świadectw pochodzenia w ciągu roku wynosić będzie ok. (...) zł.

(Protokoły z 6.09.2017 r. dotyczące wydruku danych z Rejestru Świadectw Pochodzenia prowadzonego przez (...) S.A. – akty notarialne sporządzone przed notariuszem T. B. w dniu 6 września 2017 r., Repertorium A nr (...), Repertorium A nr (...) – k. 153-158, 322-325; Decyzje Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o umorzeniu świadectw pochodzenia – k. 160-320; Protokoły z 6.09.2017 r. dotyczące notowań praw majątkowych na (...) S.A. w okresie: od 2007 do 2013 – akt notarialny sporządzony przed notariuszem T. B. w dniu 6 września 2017 r., Repertorium A nr (...) oraz w okresie

od 2014 do 2017 – akt notarialny sporządzony przed notariuszem T. B. w dniu 6 września 2017 r., Repertorium A nr (...) – k. 327-384)

Po zawarciu CPA (...) Bank S.A., Pozwany 1 oraz Powód podpisali Umowę bezpośrednią datowaną na dzień 28 marca 2011 r., na mocy której Pozwany 1 wystąpił do Powoda o pisemną zgodę, a Powód zgody takiej udzielił, na dokonanie obciążenia i cesji wszystkich przysługujących Pozwanemu 1 przenaszalnych praw, w tym wierzytelności obecnych i powstałych w przyszłości, wynikających m.in. z CPA na rzecz (...) Banku S.A. (lit. a Umowy Bezpośredniej), pod warunkiem zawieszającym wystąpienia przypadku naruszenia zobowiązań Pozwanego 1 wobec (...) Banku S.A. z tytułu umowy kredytowej. Ponadto na Powoda został nałożony m.in. obowiązek nieodstępowania oraz niewypowiadania CPA, niepodjęmowania żadnych czynności wobec lub przeciwko Pozwanemu 1 lub jakimkolwiek jego aktywom (pkt. III lit. c Umowy Bezpośredniej), a także niewyrażania zgody na zmianę, modyfikację lub zrzeczenie się dochodzenia wykonania jakiegokolwiek istotnego postanowienia m.in. CPA bez uprzedniej pisemnej zgody (...) Bank S.A. (pkt. III lit. d Umowy Bezpośredniej).

(Umowa Bezpośrednia z 28.03.2011 r. – k. 386-390)

Po zawarciu CPA doszło do połączenia (...) Banku S.A. z Pozwanym 2 zgodnie z art. 492 § 1 pkt. 1 k.s.h., w wyniku czego cały majątek (...) Bank S.A. (wszystkie aktywa i pasywa) został przeniesiony na rzecz Pozwanego 2.

(odpis aktualny KRS Pozwanego 2 – k. 90-132)

Do dnia 11 września 2017 r. CPA była wykonywana przez Strony zgodnie z jej treścią, tj. Powód kupował od Pozwanego 1 prawa majątkowe, a Pozwany 1 sprzedawał Powodowi prawa majątkowe. Sprzedaż praw majątkowych odbywała się zgodnie z regulacjami wewnętrznymi (...) w ramach transakcji pozasesyjnych. W związku z dojściem do przekonania, iż CPA jest bezwzględnie nieważna, Powód podjął decyzję o zaprzestaniu wykonywania CPA.

(zeznania świadka W. J. – protokół z 21.01.2020 r., czas nagrania 00:03:22-00:56:16)

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny w oparciu o dowody wyżej wymienione, w szczególności dokumenty, których autentyczności strony nie podważały.

Sąd dopuścił również dowód z zeznań świadków: W. P. (protokół z 1.10.2019 r., czas nagrania 00:16:56-01:01:49), M. S. (protokół z 1.10.2019 r., czas nagrania 01:03:26-01:17:43), J. S. (protokół z 1.10.2019 r., czas nagrania 01:19:14-01:43:00) oraz W. J. (protokół z 21.01.2020 r., czas nagrania 00:03:22-00:56:16).

Powód cofnął na rozprawie z 1 października 2019 r. wniosek o przesłuchanie świadków U. K. i M. Z.. Zarówno strona powodowa, jak i pozwana cofnęły również wniosek przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron.

Sąd pomiął dowód z opinii biegłego z zakresu energetyki oraz z zakresu funkcjonowania rynku energii elektrycznej i praw majątkowych wnioskowany przez powoda, jako mający wykazać fakt nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Należy bowiem zauważyć, że stan faktyczny był między stronami praktycznie bezsporny i sprowadzał się on się do zawarcia pomiędzy Powodem i Pozwanym 1 Umowy CPA oraz sprzedaży Praw Majątkowych ze Świadcstw Pochodzenia w sposób wynikający z CPA. Pozwani potwierdzili, że strony zawarły Umowę CPA, zmienioną aneksem, jak również, że Świadcstwa Pochodzenia stanowiły system wsparcia dla firm wytwarzających energię elektryczną z odnawialnych źródeł energii. Meritum sporu w niniejszej sprawie dotyczyło oceny prawnej ważności umowy CPA. Z tego też powodu zeznania świadków, przede wszystkim dały Sądowi ogólny obraz zasad współpracy między Powodem i Pozwanym 1. Z kolei wnioski Powoda o dopuszczenie dowodu opinii biegłych mające na celu ustalenie ilości energii elektrycznej, która mogła być wytworzona na (...) Pozwanego 1 oraz łącznej wartości praw majątkowych wynikających ze świadctw pochodzenia umarżanych przez Powoda w latach 2007-2015 w żadnym stopniu nie przyczyniłyby się do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy i z tego względu zostały pominięte.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Przystępując do rozważań merytorycznych wobec ukształtowania pozwu jako powództwa o ustalenie zakorzenionego wszak materialnoprawnie w przepisach proceduralnych należało rozważyć czy strona czynna ma interes prawny w dochodzeniu roszczenia, co do dwóch podmiotów pozwanych.

Zauważyć należy, iż pojęciem „interesu prawnego” o jakim mowa w art. 189 k.p.c. obecnie jest pojmowane szeroko, tzn. nie tylko w sposób wynikający z treści określonych przepisów prawa przedmiotowego, lecz także w sposób uwzględniający ogólną sytuację prawną powoda.

Nie mniej jednak ów interes prawny, co należy uściślić pojmowany wąsko prowadzi do wniosku, iż zmiana stanu faktycznego relacji stron uległa zmianie diametralnie z chwilą wytoczenia przed Sądem Okręgowym w Gdańsku powództwa o świadczenie – przez pozwanego ad 1 – i wywodzenia przez powoda w niniejszej sprawie, a pozwanego w tamtejszej – zarzutu nieważności umowy, co do której toczy się byt przedmiotowego postępowania.

A zatem w pojmowaniu ścisłym skoro zostało wytoczone powództwo o świadczenie, mające podstawę w stosunku prawnym, co do którego twierdzi się, że nie istnieje, to nie ma interesu prawnego powód w żądaniu ustalenia, gdyż możliwe jest w tamtym procesie podnieść taki zarzut jako niweczący roszczenie. Co do zasady, w sytuacji gdy powód może żądać w sprawie o świadczenie w dowolnej konfiguracji procesowej ustalenia nieważności przedmiotowej umowy jako zarzutu procesowego, nie on ma interesu prawnego w żądaniu ustalenia stosunku prawnego lub prawa, które następnie miałyby stanowić podstawę merytorycznego rozstrzygnięcia w prawie o świadczenie.

Zauważyć należy, iż analiza szeregu orzeczeń na tle badania interesu prawnego zarówno sądów równorzędnych jak i wyżej instancji w tym Sądzie Najwyższym – doprowadziła Sąd Okręgowy orzekający podmiotowo i przedmiotowo w tym postępowaniu do stanowiska, iż co do zasady nie jest więc wykluczony interes prawny w wytoczeniu powództwa o ustalenia prawa lub stosunku prawnego dotyczącego wykonania w szerokim znaczeniu tego słowa umowy, nawet wtedy, gdy strona mógłby dochodzić swych praw w dalszym postępowaniu o świadczenie, czy zwrot owego świadczenia z uwagi na odpadnięcie jego podstawy, przy czym dotyczy to sytuacji, gdy ze względu na okoliczności konkretnej sprawy, interes prawny powoda nie wyczerpuje się jedynie w ujawnieniu wycinak roszczenia o spełnienie świadczenia już wymagalnego, a z uwagi na zakres obowiązywania umowy czasowej – może spowodować, iż o kolejny przedział czasowy strona będzie uprawniona do wystąpienia z roszczeniem kolejnym o świadczenie. W tym znaczeniu zatem Interes prawny jest to interes dotyczący szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych, a w przypadku ustalania praw czy stosunków prawnych występuje z reguły (ale nie tylko) wtedy, gdy istnieje niepewność tego prawa lub stosunku prawnego zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych na przyszłość.

Zdaniem Sądu interes prawny występuje również w przypadku, gdy skutek jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego praw przez definitywne zakończenie istniejącego między tymi stronami sporu lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu w przyszłości takiego sporu, tj. obiektywnie odpadnie podstawa jego powstania. Tym samym w granicach pozwu o świadczenie, toczącego się przez innym Sądem ów interes prawny ekspirował, nie mniej jednak w zakresie żądań nie wykreowanych w tamtym postępowaniu i dalej idących ów interes prawny ziścił się, a co za tym idzie należało ową sprawę rozstrzygnąć również czysto merytorycznie.

Odnosząc się do zaś do interesu w dochodzeniu roszczenia w stosunku do pozwanego ad 2 – powód argumentuje, iż powodem wytoczenia powództwa przeciwko Pozwanemu ad 2 jest potrzeba uzyskania ochrony prawnej poprzez ustalenie nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z Umowy CPA również w stosunku do Pozwanego 2, konsekwencją czego w sytuacji ustalenia nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z Umowy CPA, także wobec Pozwanego 2 – w razie ziszczenia się owego warunku – nie będzie wątpliwości, iż cesja była bezskuteczna w granicach nabycia uprawnień z umowy CPA, a zatem Pozwany 2 nie będzie mógł podnosić wobec Powoda roszczeń, które miałyby z niej wynikać. Pomijając aspekt błędu logicznego, prowadzącego do stwierdzenia, iż w przypadku uznania, że roszczenie nie zasługuje na uwzględnienie ów interes prawny znika, to w tak pojmowanym ujęciu zdaniem Sądu Okręgowego ów interes w stosunku do pozwanego ad 2 – nie może się ziścić. Bank nie jest stroną umowy CPA, a

ewentualna cesja jest cesją warunkową i dotyczącą zabezpieczenia wykonania zobowiązań pozwanego ad 1 z umowy kredytowej oraz dotyczyć ma nie istoty ustalenia ważności umowy – a roszczenia cedowanego o zapłatę wynagrodzenia z tytułu sprzedaży praw majątkowych oraz roszczenie o zapłatę kar umownych w przypadkach opisanych w Umowie CPA. Skoro zatem umowa przy założeniu pozytywnego rozstrzygnięcia dla powoda stałaby się nieważna od samego początku, tym samym nawet ziszczenie cesji zawieszona stałoby się puste kauzalnie z uwagi na odpadnięcie podstawy świadczenia. W tym znaczeniu zatem „ciągnięcie” dodatkowo pozwanego nie będącego beneficjentem umowy CPA jest zbyt daleko idące. Zauważyć bowiem należy, z mocy art. 365 § 1 k.p.c. wyrok ustalający istnienie lub nieistnienie stosunku prawnego lub prawa wiąże inne sądy, ograniczając przez to ich niezawisłość gwarantowaną w art. 178 ust. 1 Konstytucji. Dlatego orzeczenie wydane w trybie art. 189 k.p.c. nie może ograniczać się do roli prejudykatu, a to jak najbardziej uwypukla się w stosunku do pozwanego ad 2.

Nie mniej jednak, przyjmując owo szerokie rozumienie w nurcie orzecznictwym interesu prawnego, nie należy zbyt rygorystycznie pojmować zasady, że powództwo o ustalenie nie jest dopuszczalne, jeżeli możliwe jest jakiegokolwiek świadczenie w danym przypadku do pomyślenia. Należy bowiem kierować się względami celowości i ekonomii procesowej, zwłaszcza gdy spór dotyczy samej tylko zasady.

Nadmienić należy, jeżeli nawet toczy się on nie pomiędzy podmiotami spornego stosunku prawnego lub nie pomiędzy podmiotem prawa a osobą, która swoim zachowaniem bezpośrednio zagraża temu prawu, to w każdym razie powoda legitymuje interes prawny jako stan rzeczy, do którego strona przeciwna ma określony stosunek ze względu na zainteresowanie niepewnością prawną, której usunięciu służy proces o ustalenie. Nie można oczywiście zatem skutecznie pozywać kogokolwiek, lecz tylko podmiot, który jest prawnie zainteresowany wynikiem postępowania. Gwarancja zabezpieczenia spłaty zobowiązań kredytowych powiązana z warunkową cesją wierzytelności wynikających bezpośrednio z umowy CPA ów interes prawny po stronie Banku przywraca. Wniosek ten płynie a contrario z odwrócenia ról procesowych i wskazania czy ów Bank miałby interes prawny w wytoczeniu w stosunku do pozostałych stron przedmiotowego postępowania pozwu ustalającego. Zauważyć bowiem należy, iż powództwo o ustalenie, o którym mowa w art. 189 k.p.c., wytoczone może być nie tylko przez stronę stosunku prawnego, którego istnienie albo nieistnienie ma być przedmiotem ustalenia, przeciwko drugiej stronie tego stosunku albo osobie trzeciej, lecz także przez osobę trzecią, przeciw stronie lub stronom stosunku prawnego, a nawet innej osobie trzeciej, o ile tylko powodowa osoba trzecia ma interes prawny w takim ustaleniu w relacji do pozwanego. Umowy CPA – kształtuje sytuację banku jako przeszłego ewentualnego posiadacza wierzytelności – z praw zielone certyfikaty i kar umownych.

Tym samym należało przesądzić, iż rozstrzygnięcie sprawy nie może skończyć się li tylko na samym badaniu interesu prawnego, a należy ocenić i rozważyć przesłankę drugą merytoryczną, wobec ziszczenia się pierwotnej.

Strona czynna, uzasadniając swoje twierdzenie na temat nieważności Umowy CPA podnosi, że do niej, jako zamawiającego sektorowego, mają zastosowanie przepisy prawa zamówień publicznych (p.z.p.), niemniej jednak sama Umowa CPA nie stanowi zamówienia publicznego. W efekcie, w ocenie strony czynnej, w zakresie oceny prawnej skutków naruszenia przez tę umowę przepisów p.z.p. znajdzie zastosowanie sankcja nieważności określona w art. 58 k.c. Roszczenie zatem opiera się na zasadniczej tezie, iż w przedmiocie kupna świadectw pochodzenia energii należało stosować tryby zamówień określone w ustawie o zamówieniach publicznych – czego nie uczyniono w stosownym czasie. Kluczową zatem kwestią jest ustalenie, czy do zawierania transakcji związanych z wykonywaniem umowy, czy też do zawarcia samej umowy była potrzeba stosowania procedur zamówień publicznych.

Na tak stawianą tezę, zdaniem Sądu Okręgowego należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Zauważyć należy, iż co do zasady w czasie kiedy zawarta została CPA oraz w okresie jej wykonania, aż do 3 maja 2015 roku powód byłby zobowiązany do stosowania p.z.p. przy nabywaniu praw majątkowych, pod kilkoma istotnymi kumulatywnymi warunkami. I tak by uznać prym strony czynnej do konieczności zawierania umowy – umów w reżimie prawa zamówień publicznych spełnione musiały być następujące przesłanki: 1) powód był podmiotem pozostającym pod dominującym wpływem Skarbu Państwa; 2) wykonującym działalność sektorową, którą jest m.in. obrót energią elektryczną; 3) nabywanie praw majątkowych przez powoda dokonywane było w celu prowadzenia działalności sektorowej; 4) brak było wyłączenia przedmiotowego dotyczącego nabywania praw majątkowych; 5) zawarta umowa

CPA zobowiązywała do udzielenia zamówień o wartości przekraczające tzw. progi unijne. Nie ulega wątpliwości, że tylko łączne spełnienie powyższych przesłanek pozwalałoby przesądzić, czy sprzedaż Praw Majątkowych powinny być zawierane w trybie procedur konkurencyjnych przewidzianych przepisami p.z.p. Tak więc wystarczy, że jedna z przedmiotowych przesłanek nie jest spełniona, aby stwierdzić, że sprzedaż Praw Majątkowych nie powinna być dokonywana w trybie procedur konkurencyjnych reżimu prawa zamówień publicznych. W takiej sytuacji zasadniczym zagadnieniem spornym jest to czy powód w istocie posiadał status tzw. zamawiającego sektorowego, zobowiązanego do stosowania p.z.p. na podstawie art. 3 ust 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 132 ust 1 pkt 3 p.z.p.

Gwoli ścisłości dodać należy, iż przepis art. 3 ust 1 pkt 4 p.z.p. stanowił w brzmieniu na datę zawierania kontraktu, 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”. Przepis zaś art. 132 ust 1 pkt 3 p.z.p. w ówczesnym brzmieniu 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 zatem dla określenia obowiązku stosowania przez powoda (...) regulacji zawartej w p.z.p. w dniu zawarcia umowy CPA - ma interpretacja art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Dla porządku wyводу zaznaczyć należy, z całą stanowczością, iż brzmienie tego przepisu od daty zawarcia Umowy CPA pozostaje niezmienione do dzisiaj. Zgodnie z przepisem art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. działalnością sektorową, do której stosuje się przepisy ustawy o zamówieniach sektorowych, jest „dostarczanie energii elektrycznej” do „sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii”. Kluczową jest więc 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”. Pojęcia te zdefiniowane są w prawie energetycznym, a co za tym idzie interpretacja ich powinna odbywać się poprzez odwołanie do tych definicji. I tak, 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. Stosownie zaś, do art. 3 pkt 4 ustawy Prawo energetyczne „**przesyłanie**” to transport: a) paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczania 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. Tak więc, „**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 dostarczania 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.

Nadmienić należy, iż 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. Przepis odsyła zatem do publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, natomiast nie wskazuje na działalność obrotu energią elektryczną. Ponadto w p.z.p. pojawia się pojęcie „dostarczanie” energii elektrycznej „do sieci” a nie „dostarczanie do odbiorców końcowych”. Dostarczaniem energii elektrycznej w rozumieniu p.z.p., zajmują się ich wytwórcy. Spółki handlujące energią ani faktycznie ani prawnie nie „dostarczają” energii elektrycznej do sieci. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy obrotem zajmuje się wytwórca energii elektrycznej, który jednocześnie sprzedaje energię dostarczając ją do sieci, w związku z czym prowadzi działalność sektorową w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Powód jednak nigdy nie był wytwórcą energii. A zatem działalność obrotowa w ogóle nie została wskazana w tym przepisie. 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 prawa zamówień publicznych.

Dla porządku wyводу, rozważyć należy również, 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 p.z.p., a tym samym ustalenie celu, w jakim następowało nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia. Zauważyć należy, iż regulacja art. 132 ust. 1 p.z.p. miała na celu implementację tak zwanej Dyrektywy Sektorowej do polskiego porządku prawnego (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). Nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie fakt, 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” (tak: wyrok C-393/06 z dnia 10 kwietnia 2008 roku sprawa I.A., W.- (...) przeciwko (...)). Zgodnie z zasadami logiki konstrukcja zawarta w art. 132 ust. 1 p.z.p. bazuje na ocenie utylitarnej przyjmującej, że jakieś działanie nadaje się do realizacji określonego celu, albo przynajmniej mu sprzyja. Nadmienić należy, iż 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.

Istotne jest również, to, iż 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". Zaś 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 4.1.2003, s. 65., 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 uiszczyć 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 uiszczenia 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. Tym samym, 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.

Zauważyć ponadto należy, iż od 4 maja 2015 roku zmianie uległ przepis art. 138a ust 1 p.z.p., w którym wyraźnie zapisano, że stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych przez zamawiających sektorowych do zakupu świadectw pochodzenia jest wyłączone przedmiotowo. Oznacza to, że umowy sprzedaży praw majątkowych ze świadectw pochodzenia obecnie nie podlegają przepisom p.z.p. Następnie od dnia 28 lipca 2016 roku obowiązuje ust 1a w art. 132 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 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. Tak więc powód w dacie zawarcia Umowy CPA nie miał obowiązku stosować reżimu p.z.p., a w konsekwencji nie musiał stosować trybu konkurencyjnego do nabywania praw majątkowych. Nie były bowiem spełnione przesłanki do przyjęcia, że Umowa CPA, czy też poszczególne transakcje pozasesyjne, stanowią umowy o zamówienie publiczne.

Mając jednak na względzie, iż Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 10 maja 2017 roku w sprawie GSK 2299/15 uznał, iż spółka prowadząca działalność w zakresie obrotu energią elektryczną wykonuje działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. i jest zobowiązana do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych

o zamówieniach sektorowych, należało w dalszej części uzasadnienia, ustalić, jaka sankcja znajdzie zastosowanie, czy tak jak twierdzi strona czynna bezwzględna nieważność, czy inna, co sugeruje strona borna.

Odnosząc się zatem dalej do stawianych w twierdzeniach strony czynnej naruszeń prawa materialnego przez strony stosunku prawnego w toku rozpoznania sprawy zgrupować można je do jednego jurydycznego pytania, czy w zakresie wzruszalności umowy CPA stosować należy bezpośrednio przepisy kodeksu cywilnego, czy w obecnym stanie prawnym należy poszukiwać innej sankcji „łżejszej”. Innymi słowy, co wywodzą pozwani, czy przyjęcie zasady wzruszalności względnej ze znowelizowanych przepisów ustawy prawo zamówień publicznych do ewentualnego unieważnienia umowy CPA było właściwe w obowiązującym porządku prawnym. Na tak stawiane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Dochodząc zaś do tej odpowiedzi należy porównać dwa reżimy prawne – czystych przepisów kodeksu cywilnego z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Tytułem uzupełnienia Sąd Okręgowy wskazuje, iż owe relacje statuuje art. 139 ust. 1 p.z.p. z którego jednoznacznie wynika, że przepisy p.z.p. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów KC i tam, gdzie regulują odmiennie kwestie związane z umowami, mają pierwszeństwo przed przepisami kodeksowymi. Ponadto wskazać należy, iż na podstawie art. 58 § 1 k.c. nie można uznać umowy za nieważną z powodu niezachowania lub naruszenia przy jej zawarciu procedury przetargowej wymaganej przez ustawę. Artykuł 58 § 1 k.c. nie obejmuje naruszeń ustawy w tym zakresie i nie sankcjonuje ich. Rozważania te są jak najbardziej spójne i logiczne i wpisują się w obowiązujące przepisy i dążenie Ustawodawcy do unifikacji systemu odwoławczego na tle umów związanych z prawem zamówień publicznych.

Niebagatelne jest to, iż ów przepis art. 139 prawa zamówień publicznych znajduje się w Dziale IV umowy w sprawach zamówień publicznych, w którym to dziale uregulowany został również aspekt unieważnienia umowy. Trafnie zatem pozwani dokonywali wykładni przepisów kodeksu cywilnego na tle art. 353¹ k.c. i nie sposób dopatrzeć się jego naruszenia, o czym szerzej w kolejnych rozważaniach. Z całą stanowczością wskazać należy, iż Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych ulega znacznemu ograniczeniu w kilku aspektach choćby po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta, zasady pisemności umowy, określenia zasad umowy przez zamawiającego czy właśnie braku swobodnej decyzji, co do zmiany umowy już zawartej w tym kwestii jej ważności.

Powyższe rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie na tle interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych, iż unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z którą poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych (art. 146 ust. 1 i 6), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Nie mniej jednak owa **nieważność bezwzględna** umowy zachodzić będzie w przypadkach **naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy**, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy (np. braki w zakresie reprezentacji strony umowy, czy też niezachowanie formy pisemnej umowy). Ocena czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 k.c. (arg. z art. 139 ust. 1 p.z.p.). Przy czym podkreślenia wymaga, iż nie będzie to dotyczyć przypadków naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie – prawo zamówień publicznych, albowiem w tym zakresie do oceny skutków prawnych tych naruszeń,

w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. Jak już było o tym mowa, w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tak więc, w ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. strony umowy, jak też inne podmioty posiadające interes prawny, będą uprawnione do występowania z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie i na zasadach określonych w art. 189 k.p.c. Powództwo takie będzie przybierać postać powództwa o ustalenia (stwierdzenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego), a orzeczenie sądu będzie miało

charakter wyłącznie deklaratoryjny. Innymi słowy do nieważności bezwzględnej z art. 58 k.c. dochodzi jedynie na tle naruszenia przepisów odnoszących się do kształtowania stosunków cywilnych dotyczących formy (pisemna, pisemna zastrzeżona i tu jest spójność art. 139 ust. 2 p.z.p.), czy naruszenia zasad reprezentacji, a nie trybu zawierania umów.

Na podstawie art. 58 § 1 k.c. co było wskazywane wyżej, nie można uznać umowy za nieważną z powodu niezachowania lub naruszenia przy jej zawarciu procedury przetargowej wymaganej przez ustawę. Artykuł 58 § 1 k.c. nie obejmuje naruszeń ustawy w tym zakresie i nie sankcjonuje ich. Tym samym nadmienić należy, iż jeżeli ustawa wymaga zawarcia umowy w trybie procedury przetargowej, podstaw do określenia sankcji zawarcia umowy bez zachowania tej procedury lub z naruszeniem tej procedury należy poszukiwać w przepisach, które nakładają obowiązek zawarcia umowy w trybie procedury przetargowej i regulują wymaganą procedurę przetargową.

Powołany w pozwie art. 58 k.c. określa zaś sankcję sprzeczności z ustawą lub zasadami współzycia społecznego treści czynności prawnej oraz celu czynności prawnej. Wszak w art. 58 k.c. nie chodzi o każdą sprzeczność z ustawą przy dokonywaniu czynności prawnej, a tylko - co nie zawsze jest dostrzegane - o sprzeczność z ustawą treści czynności prawnej oraz o sprzeczności z ustawą celu czynności prawnej, wynika z odwołania się w art. 58 k.c. do celu dokonywanej czynności prawnej (cel czynności prawnej wiąże się ściśle z jej treścią) oraz do postanowień dokonywanej czynności prawnej (są one elementem treści czynności prawnej), a także z zestawienia art. 58 k.c. z wymienionymi wyżej przepisami Kodeksu cywilnego przewidującymi nieważność czynności prawnej w razie innych wadliwości czynności prawnej (nieposiadania przez stronę zdolności do czynności prawnych, niezachowania formy ad solemnitatem, niektórych wad oświadczenia woli, braku pełnomocnictwa lub przekroczenia jego granic w niektórych przypadkach). Gdyby art. 58 k.c. przewidywał sankcję nieważności czynności prawnej w każdym przypadku naruszenia przy dokonywaniu czynności prawnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej, przepisy te byłyby zbędne (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r., III CZP 55/01 i 14 września 2007 r., III CZP 31/07 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 162/07).

W art. 58 § 1 k.c. nie można zatem upatrywać podstaw do określenia sankcji niezachowania lub naruszenia procedury przetargowej, obojętnie jak ujmowanej, czy jako aukcja, przetarg pisemny, konkurs ofert lub inne podobne postępowanie w przedmiocie zawarcia umowy. Na podstawie art. 58 § 1 k.c. nie można więc uznać umowy za nieważną z powodu niezachowania lub naruszenia przy jej zawarciu procedury przetargowej wymaganej przez ustawę. art. 58 § 1 k.c. nie obejmuje naruszeń ustawy w tym zakresie i nie sankcjonuje ich. Jak już było podkreślane w razie niezachowania lub naruszenia procedury przetargowej wymaganej przez ustawę umowa może stać się nieważna z mocy art. 58 k.c. jedynie wtedy, gdy uchybienie to wywrze wpływ na treść umowy - sprawi, że także treść umowy będzie sprzeczna z ustawą (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2009 r., II CSK 484/08) albo z zasadami współzycia społecznego (przykładem może być zmowa stron).

Norma z art. 58 § 1 k.c. 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 k.c. 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 ważna 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 podważy zaufania podmiotów

do państwa i stanowionego przez nie prawa (tak: uchwała SN (7) z 15.09.2015 r., III CZP 107/14, OSN 2016, nr 2, poz. 16).

Gwoli ścisłości dodać należy, iż co do zasady postępowania w sprawie zamówień publicznych przeprowadza się, gdy zasadne jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających warunków gry bazujących na zasadzie: uczciwej konkurencji, równości, bezstronności i obiektywizmu, jawności. 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 Odnawialnych Źródeł Energii (OZE) i skorelowanych z nimi ustawowych obowiązków nałożonych na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne. Zauważyć należy, iż nabywca końcowy kupował prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia nie w celu nabycia dóbr potrzebnych w prowadzonej działalności, ale po to, aby wypełnić ustawowy obowiązek uzyskania i przedstawia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectw pochodzenia, a ów obowiązek dotyczył celów stawianych poszczególnym Państwom Unii Europejskiej. Mianowicie jednym z celów Europejskiej Polityki Energetycznej było i jest, promowanie wykorzystywania energii ze źródeł odnawialnych. Wiążące cele w zakresie wykorzystania tych źródeł wprowadziła dyrektywa 2001/77/WE w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, zastąpiona dyrektywą 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych. System wsparcia producentów energii elektrycznej w źródłach odnawialnych oparty na zbywalnych świadectwach pochodzenia ukształtował się w Polsce w latach 2005–2007 bezpośrednio z konieczności dostosowania przepisów polskiego prawa do regulacji panujących w Unii Europejskiej. Polska musiała dostosować przepisy do regulacji zawartych w Dyrektywie 77/2001/WE, która określa udział energii elektrycznej z OZE w całkowitym zużyciu energii w poszczególnych krajach członkowskich, jak również nakłada obowiązek wdrożenia systemu tzw. świadectw pochodzenia, którego celem jest wspieranie rozwoju energetyki odnawialnej. Model wsparcia wytwórców energii elektrycznej z OZE został ukształtowany w marcu 2005 roku wraz z wejściem w życie kolejnych nowelizacji Prawa energetycznego i Prawa ochrony środowiska implementujących przepisy wspomnianych dyrektyw. I tak ustawą z dnia 4 marca 2005 roku o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska ustawodawca nadał nowe brzmienie art. 9a ustawy Prawo energetyczne, zgodnie z którym Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej lub jej obrotem i sprzedające tę energię odbiorcom końcowym, przyłączonym do sieci na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jest obowiązane, w zakresie określonym w przepisach wydanych na podstawie ust. 9: 1) uzyskać i przedstawić do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectwo pochodzenia, o którym mowa w art. 9e ust. 1, albo 2) uiścić opłatę zastępczą, obliczoną w sposób określony w ust. 2. Na wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne sprzedające energię elektryczną odbiorcom końcowym, został zatem nałożony obowiązek uzyskania świadectw pochodzenia i przedstawienia ich do umorzenia prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki. Z obowiązku tego można było się zwolnić poprzez uiszczenie opłaty zastępczej.

Tym samym 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 (funkcjonalnie i celowościowo). Wskazać należy, iż konstrukcja procedury udzielania zamówień publicznych bazuje m.in. na zasadzie ochrony interesu publicznego na skutek efektywnego wydatkowania środków publicznych. Zasada najlepszego stosunku jakości do ceny „Best Value for Money” (VfM) 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. Wszak prawa majątkowe wynikają bezpośrednio ze świadectw pochodzenia powstają z chwilą zapisania danego rodzaju świadectw na koncie ewidencyjnym wytwórcy w Rejestrze Świadectw Pochodzenia i przysługują podmiotowi będącemu posiadaczem tego konta. Ilość praw majątkowych odpowiada ilości energii wykazanej w danym świadectwie pochodzenia, przy czym jedno prawo majątkowe odpowiada 1 kWh energii elektrycznej. Prawa majątkowe stanowią towar giełdowy i mogą być zbywane

na (...) S.A. na specjalnie do tego zorganizowanym Rynku Praw Majątkowych. Prowadzenie Rejestru Świadczeń Pochodzenia oraz organizację obrotu prawami majątkowymi wynikającymi z tych świadczeń powierzono (...) S.A. Obrót prawami majątkowymi odbywa się na Rynku Praw Majątkowych. Prawa majątkowe można sprzedać bądź kupić: a) w transakcjach na sesji giełdowej; b) w transakcjach pozasesyjnych. Stwierdzić zatem należy, iż podstawą wprowadzenia wyżej opisanego systemu wsparcia dla producentów energii elektrycznej w źródłach odnawialnych było założenie realizacji unijnej i krajowej polityki proekologicznej prowadzonej w celu ochrony interesu publicznego przy wykorzystaniu możliwości sektora prywatnego i zapewnienie wsparcia producentom niekonwencjonalnych źródeł energii. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem, że u podstaw nabywania przez spółkę (...) praw majątkowych leżały idee charakterystyczne dla zamówień publicznych.

Nadmienić należy, co było już sygnalizowane wyżej, iż 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, czego nie ma przy tak zwanych świadczeniach pochodzenia, co do których obrót jest narzucony przez wymogi prawne i ramy polityki proekologicznej zarówno struktur unijnych jak i rodzimych wymogów. Ponadto na brak zasadności stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w sytuacji braku konieczności kształtowania mechanizmów konkurencyjnych zwrócił uwagę Trybunał 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 świadczeń 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 świadczeń 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 p.z.p. do transakcji nabywania papierów wartościowych.

W tym stanie przepis art. 58 k.c. również 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. Owa równowaga dóbr wiąże się wprost z przesłanką 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 podważy zaufania podmiotów do państwa i stanowionego przez nie prawa (tak też: Uchwała SN (7) z 15.09.2015 r., III CZP 107/14, OSN 2016, nr 2, poz. 16).

Tym samym Sąd Okręgowy rozważył, czy opisany mechanizm proporcjonalności sankcji w niniejszej sprawie wyklucza mechanizm sankcji z art. 58 k.c. na rzecz sankcji z art. 146 p.z.p. – w ochronie uzasadnionego interesu publicznego. Nie zawsze bowiem przepisy, które nakładają obowiązek zawarcia umowy w trybie przetargowym i które regulują postępowanie przetargowe, przewidują sankcję nieważności umowy zawartej z naruszeniem tych przepisów. Choć samą sankcję nieważności można uznać za co do zasady odpowiednią w wypadku naruszenia przepisów mających na celu ochronę majątku publicznego, to nawet w razie naruszenia tych przepisów nie zawsze zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej jest uznawane za najwłaściwsze ze względu na surowość tej sankcji i wynikające stąd zagrożenia dla konkurencyjnej wartości, jaką jest pewność obrotu prawnego. Prawdą jest, iż z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) działalność kontraktowa stron jest ograniczona celem, naturą stosunku jak również ustawie i zasadom współżycia społecznego.

Tak więc owa swoboda umów, w tym możliwość zerwania kontraktu z przyczyn nieważności znajduje specyficzne ograniczenie na tle przepisów szczególnych – prawa zamówień publicznych. Zatem uznając, iż umowa CPA za zawartą z pominięciem przepisów ustawy zamówienia publiczne należy zastanowić się czy zastosowanie ma właśnie sankcja z kodeksu cywilnego i czy pominięcie przepisów w ogóle ustawy prawo zamówień publicznych pozwala stosować sankcje wzruszalności, (nieważność względna) z art. 146 p.z.p.. Zauważyć należy, iż rozwiązanie zawarte w obowiązującym art. 146 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. Tak więc przed zawarciem rzeczony umowy CPA. W tym miejscu przypomnieć należy, iż podstawowym celem nowelizacji 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). Jest to o tyle istotne na tle przedmiotowej sprawy, iż 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 zatem podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa, a nie działanie z automatu. 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. Nadmienić należy, iż stanowisko to potwierdzone zostało np. w opinii Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 21 maja 2015 roku w sprawie C-166/14 M.- Q., L. und Struktur-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”.

Nadto 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. Sołtysińska: 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 dostawy roboty budowlane. Lex). Ponadto wskazać należy, iż 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”. Nadmienić należy, iż 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 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 p.z.p.) wypełnia przesłankę z art. 146 ust. 1 pkt 2 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 p.z.p. tak stanowią (art. 139 ust 2 p.z.p.) albo gdy umowa dotknięta jest wadliwością inną niż naruszenie reguł jej zawarcia wyrażonych w 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 p.z.p. stosować należy art. 58 k.c. prowadziłoby do sytuacji takiej, że wszelkie formalne uchybienia niemieszczące się w literalnym zapisie art. 146 p.z.p. prowadzą do nieważności umowy sprzeczne jest z założeniem racjonalnego praw. Jednocześnie wykładnia literalna art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p. prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca nie wprowadził żadnych dodatkowych przesłanek unieważnienia umowy stanowiącej zamówienie. Innymi słowy, każde zaniechanie obowiązku publikacji stanowi samoistną podstawę do unieważnienia zamówienia. Powyższą wykładnię art. 146 p.z.p. potwierdza również definicja art. 2 pkt 7a p.z.p., zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynane jest w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu. Następnie art. 11 p.z.p. określa, że ogłoszenia, o których mowa w ustawie zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych lub publikuje się w Dzienniku Urzędowym UE. Biorąc pod uwagę powyższą definicję, należy przyjąć, że zaniechanie obowiązkowego ogłoszenia skutkuje w ogóle brakiem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie – brak wszczęcia

postępowania (tj. udzielenie zamówienia poza systemem p.z.p.) stanowi zdarzenie, o którym mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p. .

W kontekście treści art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p. bezzasadne są twierdzenia Powoda, jakoby ustawodawca na gruncie p.z.p. dokonał wyraźnego rozróżnienia przesłanki dotyczącej braku wymaganego ogłoszenia oraz braku stosowania ustawy, czego dowodem ma być art. 200 p.z.p. Zauważyć należy, co wskazywano wyżej, iż instytucje przyjęte przez ustawodawcę w art. 146 p.z.p. i art 200 p.z.p. mają odmienne cele i historię powstania, a tym samym mogą i powinny się różnić. Przepis art. 146 p.z.p. stanowi implementację Dyrektywy Odwoławczej w zakresie sankcji nieskuteczności, która jest środkiem ochrony dla wykonawców na wypadek każdego bezprawnego i bezpośredniego udzielenia zamówienia. Z kolei art. 200 p.z.p. dotyczy sankcji administracyjnych w stosunku do zamawiającego, które służą kontroli efektywności wydatkowania środków publicznych.

Dla porządku wyводу Sąd Okręgowy analizując ponownie dokładnie całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie tytułem uzupełnienia nadmienia, iż błędne jest przyjęcie powoda, iż zawarcie umowy takiej jak CPA – umowy zobowiązującej do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia nie stanowi zamówienia publicznego i nie stosuje się do niej trybów odwoławczych z rzeczonyj ustawy. Wskazać jednak należy, iż umowa zawarta pod rządami innych norm prawnych niż ustawa prawo zamówień publicznych nie oznacza, iż nie jest umową zawartą w przedmiocie zamówienia publicznego. Fakt, iż jej zawarcie zostały poczynione na mocy prawa cywilnego w ścisłym znaczeniu nie niweluje jej bytu, jako umowy dotyczącej zamówienia publicznego. O jej przyporządkowaniu, czyli określeniu, jako umowy w sprawie zamówienia publicznego decyduje bowiem bezapelacyjnie nie tryb jej wygenerowania, a jej przedmiot czyli: zobowiązanie do realizowania umów wykonawczych obligujących do nabywania w drodze sprzedaży praw majątkowych na tle zamówień sektorowych oraz podmiot (...) S.A. jednostkę z udziałem Skarbu Państwa powyżej 50%. Fakt przynależności tego podmiotu do składowej Skarbu Państwa i przedmiot umowy świadczą jednoznacznie, iż umowa zawarta została w sprawie zamówienia publicznego. Zatem zamawiający, nawet prowadząc postępowanie poza ustawą PZP, zobowiązany jest do poszanowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a zatem przede wszystkim zasady jawności oraz zasady przejrzystości.

--	--

Konkluzja ta wpisuje się w rozumowanie dokonane na tle cytowanej wyżej interpretacji inkorporowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. nr 2007/66/WE tak zwanej odwoławczej (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 335/31), iż do umowy zawartej z pominięciem trybów zamówienia publicznego nie stosuje się sankcji nieważności bezwzględnej z mocy prawa, tylko sankcje tak zwaną unieważnienia z art. 146 p.z.p. Uzupełniająco Sąd Okręgowy wskazuje, iż sankcja nieważności przewidziana w art. 58 § 1 k.c. nie wchodzi w rachubę, gdy inny przepis przewiduje łagodniejszą dyspozycję. Nie do przyjęcia, jest stanowisko, że zamawiający publiczny, który narusza niektóre z postanowień prawa zamówień publicznych, podlega procedurze z dyrektywy i procedurze odwoławczej, a zamawiający publiczny, który ignoruje kompletnie przepisy zamówień publicznych, nie podlega tej procedurze. I jak zauważa strona czynna ma prawo jego zdaniem unieważnić od samego początku umowę w trybie art. 58 k.c.

Taka interpretacja jest błędna. Owo bowiem zwiększenie pewności obrotu wprost wynika z analizy dyrektywy 2007/66/WE (Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG), a konkretnie motywów 13, 14, 17 i 20.

W motywie 13 czytamy: „aby zwalczyć bezprawne, bezpośrednie udzielenie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje, dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego, bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie powinna być automatyczna lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji. Konsekwentnie

w motywie 14 czytamy: „nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziałów w procedurze udzielenia zamówień. Bezpośrednie udzielenie zamówień powinno, w rozumieniu niniejszej dyrektywy, obejmować wszystkie przypadki o udzielenie zamówień bez uprzedniej publikacji o ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.” Motyw 20 natomiast stanowi, że: „niniejsza dyrektywa nie powinna wykluczać stosowania surowszej sankcji zgodnie z prawem krajowym”. Gdyby przyjąć stanowisko strony powodowej, że w sytuacji, w której zamawiający publiczny w ogóle nie rozpoczyna żadnego trybu przewidzianego prawem zamówień publicznych, możliwe jest domaganie się jedynie ustalenia nieważności czynności prawnej, oznaczałoby to, że nie jesteśmy w stanie zapewnić skuteczności prawa europejskiego zgodnie z motywem 17 dyrektywy. A motyw 17 stanowi: „procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia.”

Nadto owe założenia dyrektywy chronić mają nie tylko strony kontraktowania, ale tych kontrahentów, którzy z uwagi na niewiedzę spowodowaną brakiem ogłoszeń nie brali udziału. Przy czym pewność obrotu przejawia się w braku możliwości unieważnienia umowy w każdym czasie jak to mam miejsce w trybie stosowania nieważności bezwzględnej z art. 58 k.c. Przyjęcie zatem sankcji nie wynikającej z kodeksu cywilnego na rzecz sankcji z prawa zamówień publicznych dla tego stanu faktycznego opisanego w rzeczonyj sprawie, zdaniem Sądu Okręgowego jest jak najbardziej słuszne, nawet przy przyjęciu, iż umowa CPA nie jest umową z pogranicza prawa zamówień publicznych, to jednak już umowy wykonawcze takowymi bez wątpienia są. Wskazać należy, iż ważnością umów typu CPA zajmował się już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2016 roku sygnatura akt IV CSK 751/16 i nie dopatrył się bezwzględnej nieważności tego typu umowy.

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”.

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 p.z.p. Stosując zatem reguły wykładni prounijnej uznać należy, iż nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew takiemu obowiązkowi (niezastosowanie p.z.p.) wypełnia przesłankę z art. 146 ust. 1 pkt 2 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 p.z.p. tak stanowią (art. 139 ust 2 p.z.p.) albo gdy umowa dotknięta jest wadliwością inną niż naruszenie reguł jej zawarcia wyrażonych w 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 p.z.p. stosować należy art. 58 KC prowadziłoby do sytuacji takiej, że wszelkie formalne uchybienia niemieszczące się w literalnym zapisie art. 146 p.z.p. prowadzą do nieważności umowy sprzeczne jest z założeniem racjonalnego prawodawcy. Innymi słowy brak transparentności i zaniechanie dokonania ogłoszeń we właściwym publikatorze czy to w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czy w Biuletynie Zamówień Publicznych przy uwzględnieniu progów unijnych, o jakich mowa w art. 11 ust. 8 p.z.p. stanowi, naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Tak więc, do oceny skutków prawnych tych naruszeń, w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 ustawy p.z.p., które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. Jak już było o tym mowa, w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych. Stwierdzić również należy, iż zawieranie umów wykonawczych, co do których jak wskazano wyżej ustawodawca od roku 2009 przyjął sankcję unieważnienia (bezskuteczność względna) prowadzi do wniosku, iż tak długo jak umowa wykonawcza zwarta z naruszeniem p.z.p. nie została unieważniona, tak długo pozostaje ważna, a owa ważność staje się bezterminowa niewzruszalna po upływie terminów z art. 144a ust 2 p.z.p., przy czym trudno jest przyjąć, iż ów termin zawity nie dotyczy również przesłanki z art. 146 ust. 6 p.z.p.

Kończąc wywód, Sąd Okręgowy zwrócił uwagę jeszcze na jedną kwestię związaną z uznaniem zielonych certyfikatów jako instrumentu finansowego. Zauważyć bowiem należy, co było już uwypuklane we wcześniejszym fragmencie przedmiotowego uzasadnienia, iż głównym mechanizmem wsparcia produkcji energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, jest system tzw. zielonych certyfikatów. Został on określony w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 r. – prawo energetyczne (Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.). Rozwiązanie to jest mechanizmem rynkowym sprzyjającym rozwojowi energetyki odnawialnej. Jego istotą jest nałożony na przedsiębiorstwa energetyczne, zajmujące się sprzedażą energii elektrycznej odbiorcom końcowym, obowiązek uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki określonej ilości świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii, bądź uiszczenia opłaty zastępczej.

Zielone certyfikaty funkcjonują w Polsce od 2005 r. Wtedy to weszły w życie nowe przepisy, zmieniające zakres obowiązku zakupu energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych. Zapewniają one producentom energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii możliwości wykazania, że w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. Urz. UE L z 2009 r. Nr 140, str. 16-62), sprzedawana przez nich energia elektryczna jest wytwarzana z odnawialnych źródeł energii. Zielone certyfikaty są prawem majątkowym powstającym w wyniku konwersji wydawanych przez Prezesa URE świadectw pochodzenia. Świadectwo pochodzenia wydaje Prezes Urzędu Regulacji Energetyki za pośrednictwem operatora systemu elektroenergetycznego, na którego obszarze działania znajduje się odnawialne źródło energii. Do konwersji dochodzi każdorazowo po zarejestrowaniu ich w systemie rejestru, co skutkuje wygenerowaniem zielonych certyfikatów. Moment generacji zielonych certyfikatów jest tożsamy z momentem wydania świadectw pochodzenia podmiotowi wytwarzającemu energię elektryczną w odnawialnym źródle energii. Zielone certyfikaty nie mają formy materialnej, dowodem jest jedynie zapis elektroniczny w systemie ewidencyjnym rejestru. Są instrumentem bezterminowym, podlegającym umorzeniu na życzenie jego posiadacza. Rejestracją oraz obrotem certyfikatami wynikającymi z zarejestrowanych świadectw zajmuje się (...) SA. Prowadzi ona również rynek praw majątkowych, na którym sprzedawane i kupowane są prawa majątkowe do świadectw pochodzenia dla energii produkowanej ze źródeł odnawialnych lub kogeneracji. Kupować i sprzedawać mogą członkowie giełdy dopuszczeni do działania na rynku praw majątkowych, będący jednocześnie członkami rejestru świadectw pochodzenia. Należą do nich wytwórcy energii, zakłady energetyczne oraz spółki obrotu.

Wskazać zatem należy, iż certyfikat wynikając ze świadectw pochodzenia (np.: „zielone” i „czerwone” certyfikaty) uznać należy za instrumenty finansowe nie będące papierami wartościowymi. Powoduje to, iż usługi finansowe dotyczące kupna lub sprzedaży instrumentów finansowych, dla których prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia stanowią instrument bazowy, nie podlegają ustawie prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 3 lit. j tej ustawy p.z.p. Zauważyć należy, iż w poprzednio obowiązującym stanie prawnym przed MIFILD I przyjęto, iż „prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii należy uznać za instrumenty finansowe nie będące papierami wartościowymi, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. e ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi” (pismo Ministerstwa Finansów - Podsekretarza Stanu z dnia 23 maja 2006 r. DD/PB2/RB-033-0200-1464/06 LexPolonica nr 412898 Biuletyn Skarbowy 2006/3, s. 22). Tym samym uznano prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia za instrument finansowy, to konsekwentnie to „usługa finansowa związana z kupnem lub sprzedażą tego instrumentu”, na podstawie art. 4 pkt 3 lit. j PZP, nie powinna podlegać przepisom tej ustawy. Wejście w życie z dniem 21 października 2009 roku do polskiego ustawodawstwa MiFID I – Dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFID - Markets in Financial Instruments Directive) w sekcji C

załącznika I punktu 10 w zakresie pojęcia instrumentu finansowego wskazuje, iż owym instrumentem finansowym są m.in. transakcje opcyjne, transakcje typu futures, swapy, kontrakty terminowe dotyczące stawek klimatycznych i dopuszczalnych poziomów emisji, a także wszelkiego rodzaju inne kontrakty na instrumenty pochodne dotyczące aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz środków niewymienionych gdzie indziej w tej sekcji, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych, uwzględniając, między innymi, czy podlegają one obrotowi na rynku regulowanym, OTF lub MTF”. Definicja dyrektywy MIFILD została niemal wprost przeniesiona do art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi gdzie pod pojęciem instrumentów finansowych są inne instrumenty pochodne których instrumentem bazowym jest towar i które mogą być wykonane przez dostawę pod warunkiem, że są dopuszczone do obrotu w systemie obrotu instrumentami finansowymi. Dość w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. i) ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, jak i z sekcją C 10 Załącznika I do Dyrektywy Mifid instrumentem finansowym (w warunkach wskazanych w tych przepisach) są opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne instrumenty pochodne odnoszące się nie tylko do uprawnień do emisji ale także do praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia („wszelkiego rodzaju inne instrumenty pochodne odnoszące się do aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz innych wskaźników, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych”).

Nadto, zgodnie z art. 9e ust. 6 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. 2006 r. Nr 89 poz. 625 ze zm.) – na chwilę podpisana umowy - „prawa majątkowe wynikające ze świadectwa 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 (Dz. U. 2000 r. Nr 103 poz. 1099 ze zm.)”. Powołany przepis art. 9e ust. 6 dotyczy potwierdzenia wytworzenia energii elektrycznej w odnawialnym źródle energii, do świadectw pochodzenia z wysokosprawnej kogeneracji odnoszą się odpowiednio artykuły 9l ust. 1 i 9m ust. 1 ustawy Prawo energetyczne – dla potrzeb niniejszej analizy są one traktowane łącznie jako prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia, gdyż ich status na gruncie prawa zamówień publicznych jest analogiczny. Nadmienić należy, iż p.z.p. definiuje dostawy, jako nabywanie nie tylko rzeczy ale także praw oraz innych dóbr (patrz: art. 2 pkt 2 słowniczek pojęć p.z.p.). Jak wynika ze wskazanego przepisu, nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia spełnia przesłanki zakwalifikowania w świetle p.z.p. do dostaw. Nadto ustawa o obrocie instrumentami finansowymi w art. 2 ust. 1 pkt e z chwili zawarcia umowy - opcje, kontrakty terminowe, swapy oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez dostawę, pod warunkiem, że są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 16 września 2016 roku (Sygn. akt IV CSK 751/15) – umowy CPA i PPA – są ze sobą powiązane, a ich powiązanie jak wskazano jest ustawowe. Spółka obrotu nabywa bowiem towar jako instrument bazowy w postaci energii i zakupuje do umorzenia instrument pochodny ów certyfikat zielonej energii wykonując ustawową powinność, przy czym jak wskazano wyżej świadectwa pochodzenia dopuszczone są do obrotu na (...).

Idąc dalej w rozważaniach, mając na uwadze wielowątkowość zarzucanych cech przyczyn nieważności umowy CPA przez stronę czynną, Sąd również rozważył, czy owa przedmiotowa umowa nie stała się nieważna z przyczyn leżących u jej genezy jako obligująca do świadczenia niemożliwego (art. 387 k.c.). Zauważyć należy, iż co do zasady umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Jako niemożliwość świadczenia należy rozumieć niemożliwość o charakterze obiektywnym, pierwotnym i trwałym, przy czym przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie. Świadczenie jest zaś obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Niemożliwość świadczenia skutkująca nieważnością umowy musi nadto istnieć w chwili jej zawarcia oraz mieć charakter trwały, nieprzemijający, co oznacza, że wedle rozsądnych ludzkich oczekiwań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości. Innymi słowy 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 k.c.. Ponadto niemożność, na którą powołuje się powód nie

była niemożnością obiektywną. Zastrzeżenia zgłoszone przez powoda do stosowania do transakcji pozasesyjnych przepisów 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, a niemożność taka nie jest objęta dyspozycją art. 387 k.c.. Ponadto, zarzucana niemożność świadczenia nie miała charakteru trwałego. Umowa CPA 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 roku uchylony (wyłączenie przepisów p.z.p. art. 138a ust. 1 od dnia 4 maja 2015 roku) 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 również o przepis art. 387 k.c. jest niezasadne.

Kończąc Sąd Okręgowy zauważa, iż umowa o świadczenie niemożliwe nie będzie nieważna w przypadku, gdy przepis szczególnie przewiduje inną sankcję cywilnoprawną, zwłaszcza taką, której stosowanie jest uzależnione od skuteczności umowy względnej jak to ma w przypadku szeroko omówionego na tle przedmiotowej sytuacji odwoławczej z przepisów ustawy zamówień publicznych. Podkreślić również należy, iż owe przesłanki obiektywne, pierwotne i trwałe by umowa uznana została za nieważną muszą zostać spełnione łącznie, a tak w przedmiotowej sprawie nie jest, by owe przesłanki kumulatywnie łącznie wystąpiły.

O kosztach procesu Sąd orzekł w punkcie II Wyroku na podstawie art. 98 k.p.c. mając na względzie, że powódka przegrała sprawę w całości, przy czym na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. powierzył szczegółowe wyliczenie kosztów postępowania referendarzowi sądowemu, wskazując, że pozwany wygrał sprawę w 100%.

sędzia Łukasz Klimowicz

ZARZĄDZENIE

(...)

sędzia Łukasz Klimowicz