

ODPIS

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 maja 2016 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
w składzie następującym:

Przewodniczący Sędzia WSA	- Mirosława Pindelska
Sędzia WSA	- Tomasz Zawiślak (spr.)
Sędzia WSA	- Cezary Kosterna
Protokolant specjalista	- Marcin Waclawek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2016 r.
sprawy ze skargi [redacted] Sp. z o.o. w [redacted]
na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 6 sierpnia 2015 r. nr UZP/DP [redacted] KP [redacted] KW [redacted]
w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia
publicznego z naruszeniem prawa;



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Sekretarz sądowy
M. Wozniak
Marcin Wozniak

Uzasadnienie

Przedmiotem skargi [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] (dalej: spółka, strona lub skarżąca) jest decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub organ) z 6 sierpnia 2015 r., nr UZP/[REDAKTOWANE]; KP [REDAKTOWANE] KW [REDAKTOWANE] utrzymująca w mocy decyzję własną z 2 lipca 2015r., nr [REDAKTOWANE] KW - [REDAKTOWANE] nakładającą na stronę karę pieniężną w wysokości 30.000 zł tytułem udzielenia w dniu 29 grudnia 2010 r. zamówienia publicznego na „Dostawę w 2011 r. (zakup i przesył) energii elektrycznej do podstacji trakcyjno-energetycznych [REDAKTOWANE] w ilości [REDAKTOWANE] MWh”, z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zaskarżona decyzja została wydana w następującym stanie faktycznym i prawnym.

Pismem z 8 listopada 2010 r., na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (aktualny tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, dalej: u.p.z.p.) skarżąca zawiadomiła organ o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. na „dostawę w 2011 r. (zakup i przesył) energii elektrycznej do podstacji trakcyjno-energetycznych [REDAKTOWANE] w ilości [REDAKTOWANE] MWh” o wartości szacunkowej zamówienia 2.557.500 zł (tj. 666.189 euro). Strona wyjaśniła, że układ pomiarowy energii na I linii [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] pozwala na rozliczanie energii jedynie z operatorem sieci dystrybucyjnej, do której przyłączona jest dana podstacja energetyczna, gdyż nie posiada transmisji danych do operatora sieci dystrybucyjnej. Stacje metra A 15, A 17 przyłączone są do sieci [REDAKTOWANE] i rozliczenie dostawy energii (zakupu i przesyłu) możliwe jest tylko przez [REDAKTOWANE]. Zatem ze względów technicznych zachodziły przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

W związku z takim zawiadomieniem Urząd Zamówień Publicznych wystąpił do Urzędu Regulacji Energetyki o informację, czy wskazany przez spółkę podmiot jest jedynym wykonawcą zdolnym do zrealizowania zamówienia publicznego z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Pismem z 7 kwietnia 2011 r. Dyrektor Departamentu Przedsiębiorstw Energetycznych URE odpowiedział m.in., że [REDAKTOWANE] jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby stacji [REDAKTOWANE] przyłączonych do jego sieci, przy czym, nie jest jedynym podmiotem, który może sprzedawać energię elektryczną spółce zużywanej na potrzeby stacji metra przyłączonych do swojej sieci.

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

Pismem z 26 października 2012 r. Prezes UZP poinformował spółkę o wszczęciu na podstawie art. 161 ust. 1 u.p.z.p. kontroli dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zażądał przesłania dokumentów dotyczących tego postępowania. W informacji o wyniku kontroli, przekazanej pismem z 25 kwietnia 2013 r. stwierdzono, że skarżąca nie wykazała w okolicznościach sprawy spełnienia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p. uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym naruszyła art. 10 oraz art. 7 ust. 1 u.p.z.p.

Spółka na podstawie art. 167 u.p.z.p. pismem z 29 kwietnia 2013 r. zgłosiła zastrzeżenia do wyniku kontroli.

Prezes UZP w odpowiedzi na te zastrzeżenia podtrzymał swoje stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 u.p.z.p. przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, informując, że opinia ta jest wiążąca dla Prezesa UZP zgodnie z art. 167 ust. 4 u.p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z 27 maja 2013 r. wyraziła opinię, że zastrzeżenia spółki z 29 kwietnia 2013 r. od wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

W tej sytuacji Prezes UZP zawiadomił skarżącą pismem z 21 lipca 2014 r. o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia przedmiotowego zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Spółka zajęła stanowisko w sprawie podtrzymując twierdzenia o tym, że wykonanie zamówienia było możliwe tylko przez jednego wykonawcę, a przepisy prawa nie nakładają na nią obowiązku technicznego dostosowania urządzeń do zakupu energii od dowolnego dostawcy, nie wyznaczają do tego żadnego terminu, więc nie można przypisać jej żadnego zaniechania w tym zakresie.

Decyzją z 2 lipca 2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 202 ust. 1 w związku z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 201 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zmianami, dalej: k.p.a.) nałożył na skarżącą karę pieniężną w wysokości 30.000 zł tytułem udzielenia w dniu 29 grudnia 2010 r. przedmiotowego zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Organ opisał przebieg postępowania w sprawie. Wskazał, że spółka niewątpliwie spełnia dwie z trzech przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Ponadto ustalił, że skarżąca należy do kategorii podmiotów prawa publicznego zaspakajających potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego, a

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

więc jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.z.p. obowiązany do stosowania przepisów tej ustawy. Działalność tej spółki stanowi działalność w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004r., str. 1). Jest to działalność sektorowa w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p. W związku z tym, zgodnie z art. 133 ust. 1 u.p.z.p. uwzględniając wartość zamówienia przekraczającą kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p. (to jest rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224 poz. 1725), spółka zobowiązana była do stosowania przepisów u.p.z.p. Organ powołując się na informację Urzędu Regulacji Energetyki wskazał, że niezasadne były twierdzenia spółki o tym, iż konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki wynikała z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Okoliczności określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p. muszą zaistnieć w sposób bezdyskusyjny, niebudzący żadnych wątpliwości oraz muszą mieć charakter trwały i nieusuwalny. Natomiast w przedmiotowej sytuacji powoływane przyczyny techniczne mogły zostać usunięte, gdyby rzeczony układ pomiarowy został zmodernizowany. Uzasadnieniem do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p. nie może być także zdarzenie, za które odpowiedzialność ponosi sam zamawiający.

Za niezasadne w okolicznościach sprawy organ uznał skumulowanie przez zamawiającego zamówienia na zakup energii elektrycznej ze świadczeniem usługi przesyłu (dystrybucji) energii.

Spółka wniosła o ponowne rozpoznanie sprawy przez Prezesa UZP. We wniosku tym podniosła w szczególności, że otwarcie rynku energetycznego w 2007 r. nie oznaczało automatycznego powstania faktycznych, rzeczywistych możliwości korzystania z otwartego rynku energii dla ██████████ Sp. z o.o. Żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie nałożył na spółkę bezwzględnego obowiązku technicznego dostosowania urządzeń ani terminu, w jakim dostosowanie miałoby nastąpić. W ocenie spółki interpretacja art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a u.p.z.p. zastosowana przez Prezesa UZP jest zbyt rygorystyczna.

Zaskarżoną decyzją z 6 sierpnia 2015 r. Prezes UZP utrzymał w mocy swoją decyzję z 2 lipca 2015 r. Podtrzymał dotychczasową argumentację. Odpowiadając na

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

zarzut zbyt rygorystycznej interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p. Prezes UZP wskazał na przepis art. 10 u.p.z.p. wprowadzający jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, to jest zasadę prymatu przetargowych trybów postępowania. Dlatego przepisy określające przesłanki odstąpienia od podstawowego trybu powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątki od zasady konkurencyjności. Organ powołał się na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (C-199 z 10 marca 1987 r. i C-57/94 z 18 maja 1995 r.) wskazujące, iż nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia, lecz ustalenie, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany tylko i wyłącznie przez konkretny podmiot, że nie istnieją alternatywni wykonawcy, którzy byliby technicznie zdolni zrealizować dane zamówienie. Odnosząc się do zarzutu, że otwarcie rynku energii elektrycznej nie oznaczało automatycznego powstania faktycznych możliwości korzystania z otwartego rynku energii dla skarżącej, organ powołał się na informacje udzielone przez Urząd Regulacji Energetyki wskazujące w szczególności na to, że możliwy był zakup energii elektrycznej od dowolnego sprzedawcy energii, a nie tylko od tego, do którego sieci energetycznej odbiorca jest przyłączony. Prezes UZP podniósł też, że spółka nie wykazała, by [REDAKCYJNA] jako operator sieci dystrybucyjnej nie miał podpisanych generalnych umów dystrybucji na przesył i dostarczanie energii od innych sprzedawców. Organ nie zgodził się z twierdzeniem spółki, że na ocenę dopuszczalności udzielenie przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki powinna mieć wpływ specyfika działalności skarżącej. Za niezrozumiałe uznał twierdzenia spółki o nałożeniu na nią obowiązku zmian infrastruktury technicznej, oraz braku podstawy prawnej do wydania decyzji.

[REDAKCYJNA] Sp. z o.o. wniosła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie skargę na omówioną wyżej decyzję Prezesa UZP z 6 sierpnia 2015 r. wnosząc o uchylenie tej decyzji i poprzedzającej ją decyzji tego samego organu. W skardze tej zarzuciła zaskarżonej decyzji naruszenia art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 201 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) u.p.z.p. przez błędne uznanie, że skarżąca zastosowała tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki bez wykazania spełnienia przesłanek wynikających z wymienionego przepisu. Uzasadniając skargę podobnie jak we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jej autor podniósł argument, że otwarcie rynku energii elektrycznej nie oznaczało automatycznego powstania faktycznych, rzeczywistych możliwości korzystania z otwartego rynku energii dla [REDAKCYJNA], a żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie nałożył na spółkę bezwzględnego obowiązku technicznego dostosowania urządzeń ani

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

terminu, w jakim dostosowanie miałyby nastąpić. Nie można więc przypisać skarżącej żadnego zaniechania w tym zakresie. W ocenie skarżącej w chwili udzielania zamówienia nie miała ona technicznej możliwości udzielenia zamówienia podmiotowi innemu niż ██████████, co zostało potwierdzone zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. W ocenie skarżącej interpretacja art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p. zastosowana przez Prezesa UZP jest zbyt rygorystyczna.

W odpowiedzi na skargę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o jej oddalenie, podtrzymując dotychczasową argumentację.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył co następuje.

Uprawnienia wojewódzkich sądów administracyjnych, określone przepisami m.in. art. 1 § 1 i § 2 ustawy z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269 ze zm.) oraz art. 3 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012r., poz. 270 ze zm., dalej: p.p.s.a.) sprowadzają się do kontroli działalności administracji publicznej pod względem jej zgodności z prawem. W tym zakresie mieści się ocena, czy zaskarżone orzeczenie odpowiada prawu i czy postępowanie prowadzące do jego wydania nie jest obciążone wadami uzasadniającymi wyeliminowanie tego rozstrzygnięcia z obrotu prawnego (ewentualnie stwierdzenie jego wydania z naruszeniem prawa, v. art.145 § 1 p.p.s.a.). Zgodnie z art.134 § 1 p.p.s.a. sąd nie jest związany zarzutami skargi.

Dokonując oceny zaskarżonej decyzji, w granicach kompetencji przysługujących na podstawie ww. ustaw sądowi administracyjnemu, sąd stwierdził, że skarga nie jest zasadna.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że skarżąca ██████████ sp. z o.o. w dacie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki była spółką prowadzącą działalność polegającą w szczególności na obsłudze sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, przy czym była osobą prawną utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której wszystkie udziały miało ██████████ (jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych). Powyższe okoliczności wskazane w decyzji organu I instancji nie były przez stronę skarżącą kwestionowane w toku postępowania administracyjnego oraz sądowego.

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

W świetle przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym.

Ze względu na niekwestionowaną wartość zamówienia stosownie do art. 133 ust.1 u.p.z.p. oraz art. 11 ust. 8 u.p.z.p. i wydanego na podstawie tych przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224 poz. 1725), do zamówienia ocenianego w tym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy o zamówieniach publicznych.

Jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych w ustawie przewidziano przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamówień w innych trybach, a więc w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej zamawiający może udzielić tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 u.p.z.p.). W odniesieniu do zamówień sektorowych, jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych, ustawa p.z.p. w art. 134 ust. 1 przewidziała udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, stanowiąc w art. 134 ust. 6 pkt u.p.z.p., że zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1-5 oraz pkt 8 i 9 u.p.z.p. Spółka uzasadniła przeprowadzenie zamówienia z wolnej ręki przepisem art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) u.p.z.p. twierdząc, że dostawa/usługa mogła być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Możliwość zastosowania ww. przesłanki uzasadniającej udzielenie zamówienia z wolnej ręki skarżąca wywodzi z faktu, iż układ pomiarowy na I linii metra w Warszawie pozwala na rozliczenie energii jedynie z operatorem sieci dystrybucyjnej, do której przyłączona jest dana podstacja energetyczna, gdyż nie posiada transmisji danych do operatora sieci dystrybucyjnej oraz synchronizacji czasu rzeczywistego. Tym jedynym operatorem jest ██████████ S.A. i tylko z ██████████ S.A. dostawa energii (zakup i przesył) może być rozliczana. Są to w ocenie spółki przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o jakich mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy p.z.p.

W myśl zastosowanego przez skarżącą art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

charakterze. Przepis ten jako wyjątek od reguły przetargowej jako podstawowej formy udzielania zamówienia musi być wykładany ściśle. Zatem dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu uzależniona jest od istnienia na danym rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzezwykłalny. Innymi słowy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i mieć źródło w obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktach, a nie w subiektywnym przekonaniu zamawiającego.

Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą być tego rodzaju, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe. Przesłanka jednego wykonawcy nie oznacza wykonawcy, który jako jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Tym samym zamawiający nie może zastosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie istnieje więcej niż jeden wykonawca mogący wykonać usługę będącą przedmiotem zamówienia.

Do rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest przytoczenie ram przepisów regulujących przedmiot zamówienia, tj. dostawę w 2011 r. (zakup i przesył) energii elektrycznej do podstacji trakcyjno-energetycznych [REDAKTOWANE] w ilości [REDAKTOWANE] MWh, a więc Prawa energetycznego.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm., dalej: Prawo energetyczne) dostarczanie paliw gazowych lub energii odbywa się, po uprzednim przyłączeniu do sieci, o którym mowa w art. 7, na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji albo umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji (...). Natomiast w myśl art. 5 ust. 3 Prawa energetycznego dostarczanie (...) energii może odbywać się na podstawie umowy zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji (...) energii, zwanej dalej "umową kompleksową";

Stronami umowy kompleksowej jest sprzedawca i odbiorca energii elektrycznej, dlatego też w takim przypadku nie ma bezpośrednich relacji prawnych pomiędzy operatorem systemu dystrybucyjnego (OSD) a odbiorcą przyłączonym do sieci dystrybucyjnej.

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

Zgodnie z obowiązującym w dacie udzielenia zamówienia art. 4j ust. 1 Prawa energetycznego odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy.

W ust. 2 tego artykułu wskazano, że przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii stosując obiektywne i przejrzyste zasady zapewniające równe traktowanie użytkowników systemu, umożliwia odbiorcy paliw gazowych lub energii przyłączonemu do jego sieci zmianę sprzedawcy paliw gazowych lub energii, na warunkach i w trybie określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub 3.

W sprawie Prezes UZP uzyskał informację wyspecjalizowanego organu, tj. Urzędu Regulacji Energetyki, który jednoznacznie wskazuje, że zakup energii był możliwy u innych wykonawców. Organ ten bowiem wskazał, że ██████████ S.A. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby stacji metra przyłączonych do jego sieci, przy czym, nie jest jedynym podmiotem, który może sprzedawać energię elektryczną spółce zużywającą na potrzeby stacji metra przyłączonych do swojej sieci. Na podstawie takiego dowodu stanowiącego dokument urzędowy w rozumieniu art. 76 § 1 i § 2 k.p.a., Prezes UZP miał pełne prawo przyjąć, że istniała możliwość uzyskania usługi (sprzedaży energii) u więcej niż jednego wykonawcy, zwłaszcza że skarżąca nie wskazała na inne dowody, z których wynikałaby okoliczność przeciwna. To czy istniała możliwość przeprowadzenia postępowania wobec więcej niż jednego wykonawcy, zostało poddane ocenie w postępowaniu w zakresie kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP zgodnie z przepisami art. 165-169 u.p.z.p. W wyniku tego postępowania organ zasadnie uznał, że nie zostały wykazane przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) u.p.z.p., co skutkowało naruszeniem art. 10 oraz art. 7 ust. 1 u.p.z.p.

Zatem jak słusznie wskazał w piśmie z 7 kwietnia 2011r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki wszyscy odbiorcy przyłączeni do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorstwa sieciowego, które jest wyznaczone operatorem systemu dystrybucyjnego, jak również przyłączeni do sieci przedsiębiorstwa sieciowego, które nie jest wyznaczone operatorem systemu dystrybucyjnego mają prawo do korzystania z sieci dystrybucyjnej (zasada TPA z ang. Third Party Access) i wyboru sprzedawcy, od którego będą kupowali energię elektryczną. W praktyce, dla każdego odbiorcy oznacza to możliwość zakupu energii elektrycznej od dowolnego sprzedawcy, a nie tylko od przedsiębiorstwa, do którego sieci energetycznej odbiorca jest przyłączony. W tym celu

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

konieczne jest zawarcie przez odbiorcę umowy o świadczenie usług dystrybucji z przedsiębiorstwem sieciowym, oraz umowy sprzedaży z wybranym sprzedawcą energii elektrycznej. Prawo energetyczne przewiduje również możliwość zawarcia umowy kompleksowej z dowolnym sprzedawcą, jednakże w praktyce zawieranie umów kompleksowych jest realizowane jedynie ze sprzedawcą z urzędu.

W sprawie także żadna ze stron sporu nie kwestionuje również faktu, że możliwość wyboru sprzedawcy (skorzystanie z jego oferty) jest realizowane tylko wtedy, gdy posiada on podpisaną generalną umowę dystrybucji z operatorem systemu dystrybucyjnego, do którego sieci jest przyłączony odbiorca (tzw. GUD). Umowa ta określa warunki funkcjonowania sprzedawcy na terenie operatora oraz jego współpracy z tym operatorem.

W cytowanym wyżej piśmie Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki wyjaśniono, że [REDAKTURA] S.A. posiada koncesję na dystrybucję energii elektrycznej, przedsiębiorca został także wyznaczony operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego na obszarze objętym koncesją na dystrybucję energii elektrycznej oraz posiada ponadto koncesję na obrót energią elektryczną.

Wobec powyżej przedstawionych ram prawnych bezzasadna jest argumentacja spółki dotycząca braku możliwości technicznych zakupu energii elektrycznej przez ww. spółkę od innych sprzedawców niż [REDAKTURA] S.A. Skoro [REDAKTURA] S.A. działa jako dystrybutor energii elektrycznej, jest operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego na obszarze objętym koncesją, zarazem prowadzi obrót energią elektryczną, to oznacza, że sprzedaje energię elektryczną zakupioną u innych podmiotów, której ten podmiot nie jest wytwórcą, a więc ma zawarte umowy z bezpośrednimi dostawcami energii, czy innymi firmami pośredniczącymi w obrocie energią elektryczną. Słusznie organ wskazał, że skarżąca na żadnym z etapów postępowania nie podnosiła i nie podnosi, że [REDAKTURA] S.A., jako operator sieci dystrybucyjnej, do którego odcinka sieci są przyłączone podstacje trakcyjno-energetyczne [REDAKTURA] i [REDAKTURA], nie miał podpisanych generalnych umów, dystrybucji (tzw. GUD), na przesył i dostarczanie energii elektrycznej od innych sprzedawców, które pozwalałyby skarżącej - jako odbiorcy końcowemu, na zawarcie osobnej umowy sprzedaży energii elektrycznej - po przeprowadzeniu procedury konkurencyjnej, nawet ograniczonej do tych podmiotów, z którymi operator [REDAKTURA] S.A. posiada zawartą umowę dystrybucji energii elektrycznej.

W sprawie nie jest natomiast sporne, że [REDAKTURA] S.A. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

stacji metra przyłączonych do jego sieci (patrz pismo z 7 kwietnia 2011r.), jednakże jak już wyżej zostało wykazane, podmiot ten nie jest wytwórcą energii lecz ją zakupuje od innych podmiotów. Tym samym trzeba wskazać, że nie jest on jedynym podmiotem, który może sprzedawać energię elektryczną spółce zużywanej na potrzeby stacji metra, przyłączonych do tych sieci.

Mając powyższe na względzie w ocenie sądu skarżąca niezasadnie skumulowała zamówienie na zakup energii elektrycznej, ze świadczeniem usługi przesyłu (dystrybucji) energii. Zdaniem składu orzekającego w sprawie skarżąca zdaje się zupełnie nie zauważać, że skumulowała w jednym zamówieniu dwa zamówienia. Zgodnie z cytowanymi wyżej przepisami Prawa energetycznego w dacie udzielenia zamówienia dopuszczalne było rozdzielenie tych świadczeń i objęcie ich dwoma oddzielnymi zamówieniami publicznymi, tj.:

- zamówieniem na zakup energii elektrycznej,
- oddzielnym zamówieniem na dystrybucję tej energii,

których rezultatem byłoby zawarcie, dwóch oddzielnych umów w powyższym zakresie.

Skoro w sprawie nie budzi żadnych wątpliwości, że ██████████ S.A. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby stacji metra przyłączonych do jego sieci, to takie zamówienie (umowa przesyłu/dystrybucji) mogło zostać zawarte z wolnej ręki. Innymi słowy zamówienie mogło zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, tj. ██████████ S.A. jako monopolisty naturalnego - uprawnionego operatora danego odcinka sieci.

Jednakże w ocenie sądu, w okolicznościach faktycznych sprawy (uwolnienie rynku energii elektrycznej 1 lipca 2007r.), zamówienie na zakup energii elektrycznej na potrzeby strony, winno być przeprowadzone w procedurze konkurencyjnej, np. w trybie przetargu nieograniczonego, bądź ograniczonego, z warunkiem, że ubiegający się o zamówienie na sprzedaż energii ma wykazać się posiadaniem generalnej umowy dystrybucji z operatorem systemu dystrybucyjnego (██████████ S.A.), do którego sieci jest przyłączony odbiorca - ██████████ Sp. z o.o. w odniesieniu do podstacji trakcyjno-energetycznych ████████ i ████████ określającą warunki funkcjonowania sprzedawcy na terenie operatora oraz jego współpracy z tym operatorem.

Zupełnie niezrozumiała jest argumentacja strony wskazująca na przeszkodę techniczną po stronie spółki w postaci posiadanego urządzenia układu pomiarowego w zakresie przesyłu danych (brak zdalnej transmisji) oraz synchronizacji czasu rzeczywistego.

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

Trzeba podkreślić, że energia elektryczna nie jest gromadzona. Wytworzona energia elektryczna przez wszystkich wytwórców (również nabyta wewnątrzspółnotowo lub importowana) znajduje się w ogólnej sieci, skąd jest przekazywana liniami przesyłowymi i zakupywana przez firmy trudniące się obrotem energią i dystrybuowana przez operatorów sieci do poszczególnych odbiorców. Parametry techniczne energii elektrycznej w sieci, są więc jednolite, niezależnie od takiego, czy innego wytwórcy. A więc energia elektryczna nie jest towarem oznaczonym co do tożsamości. Natomiast zgodnie z tym, co zostało wskazane wyżej podmiot, z którym skarżąca udzieliła zamówienia z wolnej ręki jest podmiotem uprawnionym do obrotu energią, dystrybucji energii oraz jest operatorem sieci (posiada na te czynności koncesję). Nie jest wytwórcą energii elektrycznej, którą sprzedaje, o czym wspomniano już wyżej. Zatem skoro [REDAKTOWANE] S.A. sprzedawała i dystrybuowała na rzecz skarżącej energię elektryczną, którą sama przecież uprzednio zakupiła od innego sprzedawcy, to zupełnie bezzasadne są twierdzenia wskazujące na przeszkody techniczne. W ocenie sądu posiadany przez skarżącą układ pomiarowy nie może funkcjonować w sposób odmienny w stosunku do energii zakupionej i przesłanej przez [REDAKTOWANE] S.A., w stosunku do energii elektrycznej zakupionej w trybie konkurencyjnym od innego podmiotu niż [REDAKTOWANE] S.A., a jedynie przez ten podmiot dystrybuowana.

W ocenie sądu, wbrew podnoszonym twierdzeniom, strona nie wykazała, że układ pomiarowy energii na I-ej linii metra w Warszawie pozwala na rozliczanie energii wyłącznie z operatorem sieci dystrybucyjnej. Zatem mimo ciężącego na stronie ciężaru dowodu nie wykazano przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) u.p.z.p. Strona w żaden sposób, oprócz gołosłownych twierdzeń, nie wykazała, że wskazywany układ pomiarowy mógłby przestać funkcjonować prawidłowo, gdyby urządzenia odbiorcy były zasilane przez energię elektryczną innego sprzedawcy, za pośrednictwem sieci dystrybucyjnej tego samego operatora.

W związku z wyżej przedstawionymi ustaleniami, co do braku wykazania przesłanek umożliwiających zastosowanie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a u.p.z.p, które w ocenie sądu były prawidłowo dokonane, a przede wszystkim były dokonane przez właściwe organy zgodnie z trybem przewidzianym w przepisach art. 165-168 u.p.z.p, przy czym Prezes UZP był w zakresie tych ustaleń związany Opinią Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w jej uchwale z 27 maja 2015 r., sąd stwierdził, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie

Sygn. akt V SA/Wa 3974/15

naruszył prawa nakładając na spółkę karę pieniężną na podstawie art. 200 ust. 1 lit. a w zw. z art. 201 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. Wysokość kary orzeczono w wysokości określonej w art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Sąd nie stwierdził również aby w toku postępowania doszło do naruszenia przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego w stopniu, który mógłby mieć wpływ na wynik postępowania.

W postępowaniu tym sąd na podstawie art. 151 p.p.s.a. oddalił skargę.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Sekretarz sądowy

M. Wozniak
Marek Wozniak