

ODPIS

Sygn. akt II GSK 2299/15



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2017 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA	Joanna Sieńczyło-Chlabicz
Sędzia NSA	Andrzej Skoczylas (spr.)
Sędzia del. WSA	Marek Sachajko
Protokolant	Ilona Szczepańska

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2017 r.

na rozprawie w Izbie Gospodarczej

skargi kasacyjnej [REDACTED]

od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 6 maja 2015 r. sygn. akt V SA/Wa 2794/14

w sprawie ze skargi [REDACTED]

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 1 sierpnia 2014 r. nr ZD/19/14, KW-23114/14

w przedmiocie kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa

1. oddala skargę kasacyjną;
2. zasądza od [REDACTED] na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 2 700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.



Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Sekretarz sądowy

Agata Skarupka

UZASADNIENIE

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt V SA/Wa 2794/14, oddalił skargę [REDAKTOWANE] na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 sierpnia 2014 r. w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa.

Sąd I instancji orzekł w następującym stanie sprawy:

Pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. Departament Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.; powoływanej dalej jako: p.z.p.), wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie postępowania pn. [REDAKTOWANE] prowadzonego przez [REDAKTOWANE] z wyłączeniem stosowania przepisów tej ustawy. Spółka wyjaśniła, że w grupie kapitałowej [REDAKTOWANE] podmiotem zobowiązanym do stosowania Prawa zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest [REDAKTOWANE] podczas gdy [REDAKTOWANE] nie może zostać przypisany status zamawiającego. Spółka wskazała, że jest nastawiona na maksymalizację zysku z prowadzonej działalności i nie wykonuje działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., bowiem zajmuje się wyłącznie obrotem energią elektryczną.

Najwyższa Izba Kontroli zawiadomiła Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że w przedmiocie udzielenia zamówienia pn. [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] przeprowadzono dwa postępowania z ominięciem stosowania przepisów ustawy p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej na [REDAKTOWANE] z tytułu udzielenia zamówienia publicznego pod wskazaną nazwą bez stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia zamówienia.

Pismem z dnia 6 grudnia 2013 r. Spółka wskazała m.in., iż brak jest podstaw do nałożenia na nią kary pieniężnej na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c) w zw. z art. 201 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Odnosząc się do art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. spółka wyjaśniła, że nie zajmuje się tworzeniem sieci elektroenergetycznych, ani nimi nie kieruje, jak również nie prowadzi działalności polegającej na dostarczaniu energii do sieci i nie posiada niezbędnej do tego infrastruktury. Powołała się także na treść art. 3 ust. 3 i ust. 4 pkt a) i b) dyrektywy sektorowej w języku angielskim, w świetle których nie każde dostarczenie

energii elektrycznej jest objęte reżimem sektorowym, a jedynie dostarczanie jej do sieci. Spółka przywołała jednocześnie treść art. 3 pkt 6 i pkt 6a) ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.) i wskazała, że podmiotem zaopatrującym się w energię jest podmiot zajmujący się wytwarzaniem, a także zwróciła uwagę na przepis art. 2 pkt 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE. Zwróciła uwagę na zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej art. 132 ust.1 pkt 3 p.z.p.

Zarząd [REDAKTOWANE] upoważnił komisję przetargową do zaproszenia do udziału w postępowaniu podmioty - tych dostawców technologii, którzy byli zaproszeni do udziału w unieważnionym postępowaniu oraz możliwości wskazania przez zaproszone podmioty do 3 niezależnych integratorów. Z zapisów Warunków Zamówienia (Przebieg postępowania) wynika, iż: postępowanie było realizowane jako postępowanie zamknięte, zamawiający zapraszał do dalszych negocjacji wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione według ustanowionych kryteriów. Przedmiotem negocjacji miały być wszystkie elementy oferty, w tym cena i jej składowe. Zamawiający miał udzielić zamówienia wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Przedmiotem zamówienia było [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] dla [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]. Zakres zamówienia został szczegółowo opisany w punkcie 2.3. Warunków Zamówienia (Przedmiot Zamówienia). Oferty zostały złożone przez czterech wykonawców. Przedmiotowa umowa została zawarta w dniu 18 września 2012 r. pomiędzy [REDAKTOWANE] a [REDAKTOWANE] - [REDAKTOWANE] w wyniku ustaleń poczynionych przez strony w trakcie negocjacji oraz w toku postępowania przetargowego. Za realizację zobowiązania wynikającego z umowy wdrożeniowej zamawiający zobowiązał się do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia w łącznej wysokości [REDAKTOWANE] powiększonego o podatek od towarów i usług.

Decyzją z dnia 27 lutego 2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nałożył na [REDAKTOWANE] karę pieniężną w wysokości 150.000 zł tytułem udzielenia zamówienia publicznego pn. [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] w dniu 18 września 2012 r. bez

stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

Uzasadniając decyzję Prezes Urzędu wyjaśnił, że [REDAKTOWANE] jest spółką kapitałową z udziałem Skarbu Państwa, której przedmiot działalności obejmuje obrót energią elektryczną w rozumieniu przepisów Prawa energetycznego, tj. handel hurtowy albo detaliczny energią. W dacie udzielenia ww. zamówienia, Skarb Państwa posiadał w Spółce 51,81% ogólnej liczby głosów, a zatem spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. c) p.z.p., a więc przesłanka wywierania dominującego wpływu przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a p.z.p. Organ stwierdził m.in., że zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., działalność w zakresie obrotu gazem lub energią należy zakwalifikować jako "dostarczanie" ich do sieci. Powołując się na art. 5 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne stwierdził, że dostarczanie energii odbywa się po uprzednim przyłączeniu do sieci, na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji i umowy o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych lub umowy o świadczenie usług skraplania gazu. Z treści powyższego przepisu wynika zatem, iż sprzedaż (odsprzedaż) gazu lub energii stanowi nieodzowny element ich dostarczania. Podkreślił, że obrót energią lub paliwami w ramach sieci nie musi być związany z fizyczną dostawą energii elektrycznej do sieci elektroenergetycznej, np. przez wytwórcę energii elektrycznej, stąd dyspozycją art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. objęte są różne rodzaje działalności związane z obrotem energią i paliwami poprzez sieci, w tym ich produkcja, przesył, dystrybucja i dostarczanie do sieci, bądź też samokierowanie sieciami, za pomocą których wskazane wyżej działalności są realizowane. Z aktualnego odpisu rejestru przedsiębiorców wynika zaś, że przedmiotem jej działalności jest również wytwarzanie energii elektrycznej. Powołując się na sprawozdanie Zarządu z działalności grupy kapitałowej [REDAKTOWANE] w 2011 r. ustalił, iż w ramach tejże grupy kapitałowej obrót hurtowy energią elektryczną oraz sprzedaż energii odbiorcom końcowym należy w znacznej części do [REDAKTOWANE] dla której jest też głównym przedmiotem działalności. [REDAKTOWANE] w ramach Grupy Kapitałowej zajmuje się obrotem energią elektryczną na rynku hurtowym oraz na rynku detalicznym.

Zdaniem organu, zamówienie pn. [REDAKTOWANE] zostało udzielone przez [REDAKTOWANE] w celu wykonywania działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., przy czym pojęcie "w celu wykonywania", o którym mowa w art. 132 ust. 1 p.z.p. powinno być interpretowane szeroko, czyli powinno dotyczyć zarówno

zamówień niezbędnych, jak i koniecznych dla sprawnego prowadzenia takiej działalności. W związku z powyższym organ, odwołując się do art. 200 ust. 1 i art. 201 p.z.p., uzasadnił nałożenia kary oraz jej wysokość.

Wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy Spółka zaskarżyła powyższą decyzję w całości, wnosząc o jej uchylenie i umorzenie postępowania. W uzasadnieniu stwierdziła m.in., że art. 5 ust. 1 Prawa energetycznego nie umożliwia ustalenia prawidłowej interpretacji znaczenia pojęcia "dostarczanie (...) energii" na potrzeby wykładni art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., gdyż dostarczanie jest możliwe po spełnieniu warunków, takich jak przyłączenie do sieci, zawarcie umowy sprzedaży oraz umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji (ewentualnie umowy kompleksowej).

Decyzją z dnia 1 sierpnia 2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych utrzymał w mocy decyzję pierwszoinstancyjną. W uzasadnieniu organ stwierdził, że zarówno w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004 r.; zwanej dalej: dyrektywą sektorową), jak również w art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., obrót energią elektryczną nie został literalnie wskazany. Pojęcie "dostarczania energii elektrycznej do sieci" z art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. nie zostało zdefiniowane w ustawie, a nadto definicja tego pojęcia nie została również zawarta w art. 3 Prawa energetycznego. Wskazówkę interpretacyjną dotyczącą znaczenia ww. pojęcia stanowi art. 5 Prawa energetycznego, ponieważ zgodnie z ust. 1 tej ustawy dostarczanie energii odbywa się, po uprzednim przyłączeniu do sieci na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji i umowy o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych lub umowy o świadczenie usług skraplania gazu. Z kolei w świetle przepisu art. 5 ust. 2 pkt 1 Prawa energetycznego, umowa sprzedaży winna zawierać postanowienia określające m.in. miejsce dostarczenia paliw gazowych lub energii do odbiorcy i ilość tych paliw lub energii w podziale na okresy umowne.

Organ podniósł, że zgodnie z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. Nr 93, poz. 623 ze zm.), miejsce dostarczania energii elektrycznej oznacza punkt w sieci, do którego przedsiębiorstwo energetyczne dostarcza energię elektryczną, określony w umowie o przyłączenie do sieci albo w umowie o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, albo w umowie sprzedaży energii elektrycznej, albo w umowie kompleksowej, będący

jednocześnie miejscem jej odbioru. Wobec powyższego, miejsce dostarczania energii elektrycznej - jako określony punkt w sieci - zdefiniowane zostało również w odniesieniu do przedsiębiorstw obrotu energią elektryczną, które sprzedają energię elektryczną na podstawie umowy sprzedaży lub umowy kompleksowej. W relacjach wynikających ze stosunku zobowiązaniowego znajdującego swoje źródło w umowie sprzedaży (lub w umowie kompleksowej) zawartej pomiędzy przedsiębiorstwem obrotu, a jego kontrahentem będącym odbiorcą, to przedsiębiorstwo obrotu zobowiązuje się - wobec tego odbiorcy - do dostarczania mu energii elektrycznej do wskazanego w umowie miejsca, w tym zakresie przedsiębiorstwo to podejmuje działania faktyczne (polegające na zakupie energii elektrycznej na rynku hurtowym), których celem jest dostarczanie do sieci energii elektrycznej na potrzeby realizacji tej umowy.

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wywiódł, że art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. znajduje zastosowanie także do przedsiębiorstwa energetycznego prowadzącego działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną, sprzedającego energię elektryczną do sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych, bowiem dostarczanie to należy interpretować jako proces, którego nieodłącznym elementem jest sprzedaż energii, a którego finalizacja następuje w momencie odbioru energii elektrycznej przez kupującego, przy czym istotą tego procesu jest nie tyle sam technologiczny aspekt transportu energii za pomocą sieci, ile umożliwienie wykorzystania tej energii przez kupującego, gdyż sprzedaż energii zawsze wiąże się z jej dostarczeniem do odbiorcy. Zgodnie z art. 3 pkt 6a Prawa energetycznego sprzedażą jest zaś bezpośrednia sprzedaż paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich wytwarzaniem lub odsprzedaż tych paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich obrotem.

Reasumując organ stwierdził, że [REDAKTURA] prowadząc w szczególności działalność w zakresie obrotu energią elektryczną, wykonuje działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., a w konsekwencji spełniając warunki określone w art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jest zobowiązana do stosowania przepisów tej ustawy o zamówieniach sektorowych. Spółka udzielając zamówienia w celu wykonywania działalności sektorowej zobowiązana więc była do stosowania Prawa zamówień publicznych. Zaniechanie stosowania tych przepisów we wskazanym zakresie stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W skardze do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie [REDAKTURA] zaskarżyła powyższą decyzję, wnosząc o jej uchylenie oraz o zasądzenie kosztów

postępowania. Zaskarżonej decyzji zarzuciła naruszenie: art. 132 ust. 1 pkt 3 oraz art. 200 ust. 1 lit. c) p.z.p., a także art. 7 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.; powoływanej dalej jako: k.p.a.); art. 202 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 47 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 201; powoływanej dalej jako: o.p.) w zw. z art. 107 § 1 k.p.a.

W odpowiedzi na skargę organ wniosł o jej oddalenie, podtrzymując dotychczasowe stanowisko.

Wyrokiem z dnia 6 maja 2015 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny oddalił skargę.

Sąd I instancji stwierdził, że przedmiotem sporu jest wykładnia art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., której celem jest ustalenie, czy działalność w zakresie obrotu energią elektryczną jest lub nie jest objęta tym przepisem. Sąd wskazał, że zdaniem skarżącej przepis ten wiąże dostawę energii z jej wytwarzaniem, ponieważ zawarte w p.z.p. i dyrektywie sektorowej sformułowanie o "dostarczaniu energii do takich sieci" dotyczy działalności wytwórców energii elektrycznej, ewentualnie jej importerów, a nie podmiotów dokonujących obrotu energią elektryczną. W ocenie organu zaś, dostarczanie energii elektrycznej do sieci na gruncie prounijnej wykładni p.z.p. to działalność w zakresie obrotu lub sprzedaży energii elektrycznej. Sąd podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

WSA podniósł, że wobec ustalenia, iż spółka spełniała kryteria określone w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. c) p.z.p., należało sprawdzić, czy rodzaj wykonywanej przez nią działalności, tj. obrót energią elektryczną, uzasadnia zastosowanie art. 132 p.z.p. Sąd podkreślił, że przepis ten nie posługuje się pojęciem "obrotu energią elektryczną" lecz "dostarczaniem energii elektrycznej do sieci". Należało zatem odnieść się do innych aktów prawnych regulujących tę materię, tj. w pierwszej kolejności do przepisów dyrektywy sektorowej, ponieważ p.z.p. odnoszące się do zamówień sektorowych stanowią implementację tej dyrektywy. W myśl art. 3 ust. 3 lit. b) dyrektywy sektorowej, w odniesieniu do energii elektrycznej dyrektywa dotyczy działalności polegającej na dostawach energii elektrycznej do stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych. Ponieważ w dyrektywie sektorowej nie zdefiniowano pojęcia dostaw energii elektrycznej, odniesiono się do definicji tego pojęcia z dyrektywy energetycznej, gdzie w art. 2 pkt 19 zapisano, że "dostawa" oznacza sprzedaż, w tym również odsprzedaż energii elektrycznej odbiorcom.

Sąd zgodził się z twierdzeniem organu, iż nie można przyjąć, że pojęcie "dostawy" na gruncie dyrektywy sektorowej można interpretować odmiennie niż na gruncie

dyrektywy energetycznej. Z przepisów dyrektywy sektorowej wynika, że działalność polegająca na dostawach, a więc sprzedaży energii elektrycznej podlega przepisom tej dyrektywy. WSA wskazał, że kwalifikację działalności przedsiębiorstw energetycznych prowadzących obrót energią elektryczną jako działalności sektorowej potwierdza decyzja Komisji Europejskiej z dnia 19 czerwca 2006 r. stanowiąca, że art. 30 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych stosuje się do wytwarzania i sprzedaży energii elektrycznej w Finlandii z wyłączeniem Wysp Alandzkich (Dz. Urz. UE L 168/33 z 21.06.2006 r.). Z uzasadnienia decyzji wynika, że dotyczyła ona zarówno wytwarzania energii elektrycznej jak i jej sprzedaży hurtowej oraz detalicznej. Z treści decyzji odczytanej w świetle art. 30 ust. 1 dyrektywy sektorowej wynika, że wytwarzanie, a także sprzedaż energii elektrycznej to działalność podlegająca dyrektywie sektorowej, chyba że w Państwie Członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Przy braku takiej decyzji, brak jest podstaw do wyłączenia zamówień udzielanych w celu wytwarzania, a także sprzedaży energii elektrycznej z podlegania tej dyrektywie. Zdaniem WSA, przedstawiony stan prawny nie daje podstaw do przyjęcia, że przez dostarczanie energii elektrycznej do sieci należy rozumieć tylko jej wytworzenie i dostarczenie do sieci przez wytwórcę lub importera.

Sąd I instancji podniósł ponadto, że w myśl art. 5 ust. 1 Prawa energetycznego dostarczanie 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. Umowa sprzedaży energii elektrycznej jest więc częścią procesu dostarczania energii elektrycznej, który może być realizowany wyłącznie za pośrednictwem sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych.

Oceniając działanie skarżącej pod kątem zakwalifikowania jej jako działalności sektorowej, WSA stwierdził, że nie można pominąć faktu, iż spółka jest wymieniona w załączniku nr II do dyrektywy sektorowej zatytułowanym "Podmioty zamawiające w sektorach produkcji, transportu lub dystrybucji energii elektrycznej". Sąd nie podzielił twierdzeń skarżącej o omyłkowym umieszczeniu [REDAKCYJA] w tym wykazie, ponieważ faktem jest, iż spółka tam figuruje. W związku z powyższym sąd uznał, że udzielone przez skarżącą zamówienie na [REDAKCYJA] jest zamówieniem [REDAKCYJA]

sektorowym, w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Wobec zobowiązania skarżącej do stosowania, przy udzielaniu zamówienia, przepisów p.z.p. dotyczących zamówień sektorowych, za nieuzasadniony WSA uznał zarzut naruszenia art. 200 ust. 1 lit. c) tej ustawy.

Za nieuzasadniony Sąd uznał również zarzut naruszenia art. 202 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 47 § 1 o.p. w zw. z art. 107 k.p.a., poprzez określenie w decyzji, że termin płatności kary nałożonej na skarżącą wynosi 14 dni od daty doręczenia decyzji. Sąd stwierdził, że do kar wymierzanych na podstawie przepisów ustawy p.z.p. zastosowanie mają przepisy działu III o.p., a więc i art. 47 § 1, na podstawie którego organ miał prawo określić termin płatności zobowiązania, co nie oznacza możliwości egzekucji kary w tym terminie.

Za nietrafny WSA uznał zarzut naruszenia art. 107 § 1 k.p.a. poprzez niezawarcie w decyzji imienia, nazwiska i stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji. Z nagłówka zaskarżonej decyzji wynika, że jest to decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, która została podpisana przez Izabelę Jakubowską, pełniącą w dacie podpisania właśnie funkcję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie WSA, nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 7 k.p.a., poprzez ustalenie przez organ, że przedmiotem działalności skarżącej w chwili udzielenia zamówienia było wytwarzanie energii elektrycznej. W zaskarżonej decyzji organ wprost wyjaśnił, że argumentacja dotycząca przedmiotu działalności spółki polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej, ma charakter posiłkowy. Sąd zauważył, że z decyzji obu instancji wynika, iż podstawą uznania, że spółka udzielając zamówienia zobowiązana była stosować ustawę p.z.p., nie było przyjęcie, że zajmuje się ona wytwarzaniem energii elektrycznej.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku złożyła ██████████ zaskarżając wyrok w całości oraz wnosząc o jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, ewentualnie w przypadku ustalenia, iż w sprawie nie doszło do naruszenia przepisów postępowania, a jedynie do naruszenia przepisów prawa materialnego – o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i rozpoznanie skargi, a w konsekwencji uchylenie w całości decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 sierpnia 2014 r., utrzymującej w mocy decyzję z dnia 27 lutego 2014 r. w przedmiocie nałożenia na skarżącą spółkę kary pieniężnej w wysokości 150.000 zł tytułem udzielenia zamówienia publicznego bez stosowania ustawy p.z.p. Ponadto skarżąca kasacyjnie spółka wniosła o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych oraz

opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. Kasatorka wniosła również o zwrócenie się przez NSA do trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym w przedmiocie wykładni art. 3 ust. 3 lit. b) dyrektywy sektorowej, celem wydania przez Trybunał rozstrzygnięcia w przedmiocie: „czy brzmienie art. 3 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., L 134/1), zgodnie z którym dyrektywa dotyczy działalności polegającej na dostawie energii do stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych wskazuje, iż jej adresatami są wyłącznie podmioty prowadzące działalność w zakresie wytwarzania energii elektrycznej (producentów energii), czy też podmioty prowadzące działalność w zakresie obrotu (sprzedaży hurtowej i detalicznej) energią elektryczną?”. W przypadku zwrócenia się przez NSA z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego przez TSUE w niniejszej sprawie, kantorka wniosła o zawieszenie niniejszego postępowania do czasu rozstrzygnięcia pytania prejudycjalnego przez TSUE art. 124 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.; powoływanej dalej jako: p.p.s.a).

Na podstawie art. 174 pkt 1 i 2 p.p.s.a. zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono naruszenie:

a) prawa materialnego, tj.:

- art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że ww. przepis obejmuje również działalność w zakresie obrotu energią elektryczną, podczas gdy prawidłowa jego wykładnia prowadzi do wniosku, że taka działalność jest wyłączona spod zakresu jego normowania;

- art. 200 ust. 1 lit. c) p.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w opisanym stanie prawnym i faktycznym, polegającym na uznaniu, iż ██████████ była zamawiającym w rozumieniu p.z.p. (tj. podmiotem zobowiązanym do stosowania p.z.p.), a w konsekwencji zasadnym było nałożenie na nią kary pieniężnej na podstawie tego przepisu;

- art. 8 dyrektywy sektorowej, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż sam fakt umieszczenia skarżącej w wykazie stanowiącym Załącznik nr II do Dyrektywy statuuje obowiązek stosowania przez nią przepisów dyrektywy, bez względu na to, czy faktycznie spełnia wymogi podmiotowe i przedmiotowe o jakich mowa odpowiednio w art. 2 oraz w art. 3 dyrektywy sektorowej.

b) przepisów postępowania, które to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 3 § 1 p.p.s.a. i art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a. w zw. z art. 7 k.p.a., przez dokonanie niewłaściwej kontroli działalności administracji publicznej i w konsekwencji niezastosowanie środka określonego w ustawie w sytuacji, gdy w sprawie dokonano błędnego ustalenia stanu faktycznego co do zakresu działalności prowadzonej przez skarżącą.

Szczegółową argumentację na poparcie zarzutów sformułowanych w *petitum* skargi kasacyjnej przedstawiono w jej uzasadnieniu.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną organ wniósł o jej oddalenie jako pozbawionej uzasadnionych podstaw oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o sprostowanie wskazanej części uzasadnienia wyroku WSA, nieuwzględnienie wniosku skarżącej o zwrócenie się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym oraz o oddalenie wniosku skarżącej o zawieszenie niniejszego postępowania.

III

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Zarzuty skargi kasacyjnej nie są uzasadnione i dlatego skarga nie może być uwzględniona.

Zgodnie z art. 174 p.p.s.a. skargę kasacyjną można oprzeć na następujących podstawach: 1) naruszeniu prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie; 2) naruszeniu przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Dodać należy, że w przypadku oparcia skargi kasacyjnej na naruszeniu prawa procesowego (art. 174 pkt 2 p.p.s.a.) wnoszący skargę kasacyjną musi mieć na uwadze, że dla ewentualnego uwzględnienia skargi kasacyjnej niezbędne jest wykazanie wpływu naruszenia na wynik sprawy.

Naczelny Sąd Administracyjny jest związany podstawami skargi kasacyjnej, bowiem stosownie do treści art. 183 § 1 p.p.s.a., rozpoznając sprawę w granicach skargi kasacyjnej, bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania. Ze wskazanych przepisów wynika, że wywołane skargą kasacyjną postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym podlega zasadzie dyspozycyjności i nie polega na ponownym rozpoznaniu sprawy w jej całokształcie, lecz ogranicza się do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów przedstawionych w skardze kasacyjnej w ramach

wskazanych podstaw kasacyjnych. Istotą tego postępowania jest bowiem weryfikacja zgodności z prawem orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego oraz postępowania, które doprowadziło do jego wydania.

Wychodząc z tego założenia, należy na wstępie zaznaczyć, że wobec niestwierdzenia z urzędu nieważności postępowania (art. 183 § 2 p.p.s.a.) Naczelny Sąd Administracyjny ogranicza swoje rozważania do oceny zagadnienia prawidłowości dokonanej przez sąd I instancji wykładni wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów prawa.

Uwzględniając istotę sporu prawnego rozpatrywanej sprawy, komplementarny charakter zarzutów kasacyjnych uzasadnia, aby rozpatrzyć je łącznie. Podkreślenia przy tym wymaga, że argumentacja zawarta w uzasadnieniu skargi kasacyjnej została przedstawiona w taki sposób, że zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego ściśle powiązано (uzasadniano) z naruszeniem przepisów postępowania i odwrotnie - potencjalne błędy proceduralne skutkowały w ocenie autora skargi kasacyjnej uchybieniami materialnoprawnymi.

W tej sytuacji niezbędne jest odniesienie się w pierwszej kolejności do zarzutów materialnoprawnych.

Nie ma uzasadnionych podstaw zarzut naruszenia art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego trafne jest bowiem stanowisko Sądu I instancji, że dla dokonania prawidłowej wykładni art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p., konieczne jest odniesienie się do art. 3 ust.3 lit.b dyrektywy sektorowej, który stanowi, że w odniesieniu do energii elektrycznej dyrektywa dotyczy działalności polegającej na dostawach energii elektrycznej do stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych oraz art. 2 pkt 19 dyrektywy energetycznej, która stwierdza, że "dostawa" oznacza sprzedaż, w tym również odsprzedaż energii elektrycznej odbiorcom. Prawidłowo zatem zarówno WSA jak i organ administracji przyjął, że pojęcia "dostawy" na gruncie dyrektywy sektorowej nie można interpretować odmiennie niż na gruncie dyrektywy energetycznej. Odmienna wykładnia klóciłaby się bowiem z założeniem racjonalności prawodawcy europejskiego. Z wyższego zatem wynika, iż to z przepisów dyrektywy sektorowej należy wywieść, że działalność polegająca na dostawach a więc sprzedaży energii elektrycznej podlega przepisom tej dyrektywy.

Zasadnie także zwrócono uwagę, że w myśl art. 5 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne aby energia mogła być dostarczana do odbiorcy wymagane jest uprzednie przyłączenie tego odbiorcy do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej (zob. K.

Smagieł, M. Gutowski w: Prawo energetyczne. Komentarz. Tom I, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2016, s. 680 i n.).

Nie ma usprawiedliwionych podstaw także zarzut naruszenia art. 8 dyrektywy sektorowej poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż sam fakt umieszczenia skarżącej w wykazie stanowiącym Załącznik nr II do Dyrektywy statuuje obowiązek stosowania przez nią przepisów dyrektywy, bez względu na to, czy faktycznie spełnia wymogi podmiotowe i przedmiotowe o jakich mowa odpowiednio w art. 2 oraz w art. 3 dyrektywy sektorowej.

W tym kontekście należy zauważyć, że Sąd pierwszej instancji nie dokonał takiej wykładni powołanego przepisu jak to przedstawił kasator, w szczególności Sąd nie stwierdził, że sam fakt umieszczenia Spółki w wykazie stanowiącym Załącznik nr II do Dyrektywy statuuje obowiązek stosowania przez nią przepisów dyrektywy. Sąd odnosząc się do argumentów skarżącej o omyłkowym umieszczeniu jej w tym wykazie zauważył, iż faktu tego nie można pominąć dokonując wykładni wskazanych wyżej przepisów. Stanowisko WSA w tym zakresie jest zatem prawidłowe art. 8 dyrektywy 2004/17/WE wskazuje, że zakres podmiotowy dyrektywy 2004/17/WE jest określany pomocniczo przez wykazy zamawiających. Dokonując wykładni omawianych przepisów nie można abstrahować od tego faktu, skoro każde państwo członkowskie umieściło we właściwych załącznikach listy krajowych podmiotów zamawiających i jest obowiązane do okresowego przekazywania Komisji danych, dotyczących zmian w sporządzonych wykazach. Jednakże art. 8 dyrektywy 2004/17/WE przesądza, że wykazy zawarte w załącznikach nie mają charakteru wyczerpującego, co oznacza, że podmioty nieumieszczone na liście, a spełniające przesłanki określone w art. 2-7 dyrektywy 2004/17/WE, są obowiązane do udzielania zamówień publicznych (A. Sołtysińska Komentarz do art.8 dyrektywy 2004/17/WE koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, lex 2012).

Konsekwencją powyższego jest również konstatacja, iż nie jest zasadny także zarzut naruszenia art. 200 ust. 1 lit. c) p.z.p. Skoro bowiem skarżąca Spółka zobowiązana była przy udzielaniu zamówienia stosować przepisy ustawy p.z.p. dotyczące zamówień sektorowych, to podlegała karze pieniężnej za udzielenie zamówienia bez stosowania ustawy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia przepisów postępowania Naczelny Sąd Administracyjny stwierdza, że kontrolowane przez Sąd I instancji decyzje zostały wydane w postępowaniu, które zostało przeprowadzone zgodnie ze

standardami procedury administracyjnej. Ze zgromadzonego w aktach materiału dowodowego oraz wydanych w tej sprawie decyzji wynika, że zostały wyjaśnione istotne okoliczności sprawy, których wyjaśnienie było konieczne do zastosowania przepisów prawa materialnego. Ponadto z uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz zaskarżonej decyzji jednoznacznie wynika, że Sąd pierwszej instancji dokonał prawidłowej oceny zaskarżonej decyzji w zakresie istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych i prawnych. Podnoszone w tym zakresie zarzuty skarżącej kasacyjnie Spółki sprowadzają się w istocie rzeczy do prezentowania własnych ocen stanu faktycznego. Nieusprawiedliwione są zatem procesowe zarzuty kasacyjne. WSA w Warszawie, oddalając rozpatrywaną skargę, nie złamał wytykanych mu przepisów postępowania, tj. art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a. w zw. z art. 7 k.p.a. Dodatkowo należy zauważyć, iż zarzuty te kasator połączył z zarzutem naruszenia przez Sąd I instancji art. 3 § 1 p.p.s.a. Przepis ten stanowi, że sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w ustawie. W przedmiotowej sprawie Wojewódzki Sąd Administracyjny dokonał kontroli działalności administracji publicznej oraz zastosował środek określony w ustawie. Wskazany przepis mógłby być zatem zostać naruszony jedynie w sytuacji, w której sąd administracyjny nie rozpoznałby w ogóle skargi lub dokonał jej oceny według innych kryteriów niż kryterium legalności (por. wyrok NSA z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt I OSK 1314/13, publ. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). Ze sformułowanych zarzutów nie wynika, aby tego rodzaju uchybienia kasator podnosił. Dlatego nieuzasadnione było powoływanie się na ten przepis. Przepis art. 3 § 1 p.p.s.a. nie stanowi bowiem podstawy dla czynienia zaskarżonemu orzeczeniu zarzutu błędnego rozstrzygnięcia, gdyż celowi temu służą inne przepisy.

Odnosząc się natomiast do wniosku strony skarżącej kasacyjnie o wystąpienie do TSUE z pytaniem prejudycjalnym w przedmiocie wykładni art. 3 ust. 3 lit. b) dyrektywy sektorowej należy zauważyć, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Należy przede wszystkim przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem TSUE, ocena potrzeby wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym wykładni lub ważności aktu prawa unijnego należy do sądu krajowego, w tym sądu ostatniej instancji. Określone zagadnienie, aby mogło być przedmiotem pytania prejudycjalnego, powinno dotyczyć kwestii interpretacji prawa unijnego znajdującego zastosowanie w sprawie zawisłej przed sądem krajowym. Samo jednak podniesienie kwestii dotyczącej prawa unijnego przez stronę postępowania nie przesądza o potrzebie skierowania takiego pytania. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, w sprawie poddanej kontroli

instancyjnej nie zachodziła uzasadniona wątpliwość co do wykładni wskazanych przepisów prawa unijnego, stąd też NSA nie widzi potrzeby wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do TSUE.

Mając powyższe na uwadze, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 184 p.p.s.a. oddalił skargę kasacyjną jako pozbawioną usprawiedliwionych podstaw.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 204 pkt 1 p.p.s.a.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem
Sekretarz sądowy

Agata Skarupka