



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 maja 2016 r.

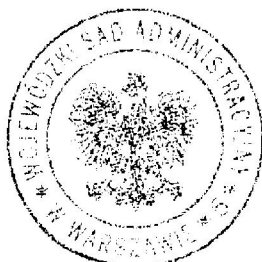
Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
w składzie następującym:

Przewodniczący Sędzia WSA - **Mirosława Pindelska**
Sędzia WSA - **Tomasz Zawiślak**
Sędzia WSA - **Cezary Kosterna (spr.)**

Protokolant specjalista - **Marcin Wacławek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2016 r.
sprawy ze skargi [REDAKTED] Sp. z o.o. w [REDAKTED]
na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 10 września 2015 r. nr UZP/DP [REDAKTED] KP [REDAKTED] KW- [REDAKTED]
w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia
publicznego z naruszeniem prawa;

oddala skargę.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

[Signature]
Specialista

Sygn. akt V SA/Wa 4343/15

Uzasadnienie

Przedmiotem skargi [REDACTED] Sp. z o.o. w [REDACTED] (dalej: spółka, strona lub skarżąca) jest decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub organ) z 10 września 2015 r., nr UZP/DP/[REDACTED]; KP [REDACTED] KW [REDACTED] utrzymująca w mocy decyzję własną z 6 sierpnia 2015 r., nr KP [REDACTED] KW - [REDACTED] nakładającą na stronę karę pieniężną w wysokości 30.000 zł tytułem udzielenia w dniu 30 grudnia 2010 r. zamówienia publicznego na „Dostawę w 2011 r. (zakup i przesył) energii elektrycznej do podstacji trakcyjno-energetycznych [REDACTED] [REDACTED] w 2011 r. w ilości [REDACTED] MWh”, z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zaskarżona decyzja została wydana w następującym stanie faktycznym i prawnym.

Spółka pismem z 8.11.2010 r. zawiadomiła Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 . Nr 113 poz. 759, dalej: lub u.p.z.p. Uzasadniając wybór tego trybu spółka wskazała, że układ pomiarowy na I linii [REDACTED] 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. Tym jedynym operatorem jest [REDACTED] S.A. i tylko z [REDACTED] 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 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, że [REDACTED] Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć na rzecz Spółki usługę dystrybucji energii elektrycznej do stacji metra przyłączonych do jego sieci, przy czym nie jest jedynym

podmiotem mogącym sprzedawać energię elektryczną tej spółce. Natomiast ██████████ S.A. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć na rzecz Spółki usługę dystrybucji energii elektrycznej do stacji metra przyłączonych do jego sieci, przy czym nie jest jedynym podmiotem mogącym sprzedawać energię elektryczną tej spółce zużywaną na potrzeby stacji metra przyłączonych do swojej sieci.

Pismem z 26.10.2012 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 wyniku tej kontroli sporządzonym na podstawie protokołu z 24.04.2013 r. Prezes UZP stwierdził, że Spółka nie wykazała spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) u.p.z.p. do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, czym naruszyła art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Spółka na podstawie art. 167 u.p.z.p. pismem z 29.04.2013 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 ██████████ sp. z o.o. z 29 kwietnia 2013 r. od wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

W tej sytuacji Prezes UZP zawiadomił Spółkę pismem z 21.07.2014 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 obowiązki technicznego dostosowania urządzeń do zakupu energii od dowolnego dostawcy, nie wyznaczają do tego żadnego terminu, więc nie można przypisać Spółce żadnego zaniechania w tym zakresie.

Decyzją z 6 sierpnia 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

_____ sp. z o.o. karę pieniężną w wysokości 30 000 zł tytułem udzielenie w dniu 30 grudnia 2010 r. przedmiotowego zamówienia o łącznej wartości 27 791 500 zł z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Organ opisał przebieg postępowania w sprawie. Wskazał, że Spółka spełnia dwie z trzech przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. i należy do kategorii podmiotów prawa publicznego zaspakajających potrzeby o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, a więc jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit b ustawy 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 koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 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 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 oraz przebudowany. 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 207 r. nie oznaczało automatycznego powstania faktycznych, rzeczywistych możliwości korzystania z otwartego rynku energii dla [REDAKTOWANE] 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 10.09.2015 r. Prezes UZP utrzymał w mocy swoją decyzję z 6 sierpnia 2015 r. Podtrzymał dotychczasową argumentację. Odpowiadając na 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 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 [REDAKTOWANE] sp. z o.o., 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 [REDAKTOWANE] S.A. 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 [REDAKTOWANE] s p. z o.o. Za niezrozumiałe uznał twierdzenia

spółki o nałożeniu na nią obowiązku zmian infrastruktury technicznej, oraz braku podstawy prawnej do wydania decyzji.

██████████ sp. z o.o. wniosła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie skargę na omówioną wyżej decyzję Prezes UZP z 10 września 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) ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędne uznanie, że Skarżący zastosował 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 Metra Warszawskiego, a żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie nałożył na Spółkę bezwzględnego obowiązku technicznego dostosowania urządzeń ani terminu, w jakim dostosowanie miałoby 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 ██████████ S.A., 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

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

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 (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 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 [REDAKTOWANA] 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 [REDAKTOWANA] (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.

W świetle przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007 r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej "ustawą" przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym.

Ze względu na niekwestionowaną wartość zamówienia stosownie do art. 133 ust. 1 p.z.p. oraz art. 11 ust. 8 u.p.z.p. i wydanego na podstawie tych przepisów st. 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 ustawy). W odniesieniu do zamówień sektorowych, jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych, ustawa 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. 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.

Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie wyłącznie jednego wykonawcy, który jest w stanie wykonać określone zamówienie. Przesłanka jednego wykonawcy nie oznacza wykonawcy, który jako jedyny jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który jako jedyny jest w stanie określone zamówienie wykonać. 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. Informacja wyspecjalizowanego organu – Urzędu Regulacji Energetyki jednoznacznie wskazuje, że zakup energii był możliwy u innych wykonawców, również zakup usługi dystrybucyjnej (przesyłowej) możliwy był u więcej niż jednego wykonawcy. 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 i dostawy 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 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. W zakresie tego ustalenia Spółka skorzystała z prawa do złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 167 ust. 1 u.p.z.p. Prezes tych zastrzeżeń nie uwzględnił i w związku z tym zgodnie z art. 167 ust. 3 zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wydała opinię zgodną ze stanowiskiem Prezesa UZP. Opinia ta zgodnie z art. 167 ust. 4 u.p.z.p. była wiążąca dla Prezesa UZP, nie miał on więc prawnych możliwości zmiany tych wiążących ustaleń. Nie jest też kompetencją sądu administracyjnego podważanie merytoryczne samej opinii, gdyż nie podlega ona kontroli sądowej. Ustawa prawo zamówień publicznych wyraźnie określa, jakie rozstrzygnięcia czy akty związane ze stosowaniem tej ustawy podlegają kontroli sądu (art. 198 a u.p.z.p.). Ustawa określa też, jakie rozstrzygnięcia Prezesa UZP stanowią decyzje administracyjne, a więc jako takie podlegają kontroli sądów administracyjnych. Do takich należą z mocy art. 200 ust. 1 pkt 1 lit a) u.p.z.p. takie jak przedmiotowa w sprawie niniejszej decyzje o nałożeniu kary pieniężnej za udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów zamówienia z wolnej ręki. Sąd poddał jednak ocenie zgodności z prawem stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uchwale, która stała się podstawą zaskarżonego w sprawie niniejszej rozstrzygnięcia.

W sprawie nie jest sporne, że istniał więcej niż jeden podmiot, który może sprzedawać energię elektryczną spółce zużywającą na potrzeby stacji metra, przyłączonych do tych sieci. Można więc nawet pominąć w rozważaniach, czy istniał tylko jeden podmiot mogący z obiektywnie istniejących przyczyn technicznych świadczyć usługę dystrybucji (przesyłu) energii.

Mając powyższe na względzie w ocenie Sądu skarżąca niezasadnie skumulowała zamówienie na zakup energii elektrycznej, ze świadczeniem usługi przesyłu (dystrybucji) energii. Zatem 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.

Jednakże w ocenie sądu, w okolicznościach faktycznych sprawy (uwolnienie rynku energii elektrycznej 1 lipca 2007r.), nawet jeśli usługa dystrybucji mogłaby być wykonana przez jednego wykonawcę, 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, do którego sieci jest przyłączony odbiorca - ██████████ Sp. z o.o. w odniesieniu do przedmiotowych podstacji trakcyjno-energetycznych, określając 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.

Trzeba podkreślić, że energia elektryczna nie jest gromadzona, tylko 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 na 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 podmiot ten sprzedawał i dystrybuował na rzecz skarżącej energię elektryczną, którą sam przecież uprzednio zakupił 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 ten podmiot, w stosunku do energii elektrycznej zakupionej w trybie konkurencyjnym od innego podmiotu. W ocenie Sądu, wbrew podnoszonym twierdzeniom, strona nie wykazała, że układ pomiarowy energii na I-ej linii ██████████ 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) 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 naruszył prawa nakładając na Spółkę karę pieniężną na podstawie art. 200 ust. 1 lit.a w zw. z art. 201 ust.2 pkt 2 ustawy p.zp.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

Wobec powyższego Sąd na podstawie art.151 p.p.s.a. oddalił skargę.

