

Sygn. akt I AGa 21/19

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 czerwca 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Zbigniew Merchel (spr.)
Sędziowie:	SSA Przemysław Banasik SSA Dorota Majerska –Janowska
Protokolant:	stażysta Alicja Onichimowska

po rozpoznaniu w dniu 1 czerwca 2020 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w P.i (...)Spółce Akcyjnej w W.

o ustalenie

i z powództwa wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda – pozwanego wzajemnie (...) Spółki Akcyjnej w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt IX GC 738/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w zakresie powództwa wzajemnego o zapłatę w ten sposób że :

a. w punkcie I (pierwszym) zasądza od powódki - pozwanej wzajemnie (...) Spółki Akcyjnej w G. na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. :

- kwotę 101.496,07 (sto jeden tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt sześć i 7/100) zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 grudnia 2017r. do dnia zapłaty,

- kwotę 273.385,25 (dwieście siedemdziesiąt trzy tysiące trzysta osiemdziesiąt pięć i 25/100) zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 19 stycznia 2018 roku do dnia zapłaty,

- kwotę 746.017,24 (siedemset czterdzieści sześć tysięcy siedemnaście i 24/100) zł wraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 24 maja 2018 roku do dnia zapłaty i oddała powództwo wzajemne w pozostałym zakresie;

b. w punkcie II (drugim) zasądza od powoda - pozwanego wzajemnie (...) Spółki Akcyjnej w G. na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kwotę 53.465 (pięćdziesiąt trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt pięć) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. oddała apelację w pozostałym zakresie;

1. zasądza od powoda na rzecz pozwanego (...) Bank (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 11.250 zł (jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

2. zasądza od pozwanego - powoda wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz powoda - pozwanego wzajemnego (...) Spółki Akcyjnej w G. kwotę 13.490 zł (trzynaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt I AGa 21/19

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 sierpnia 2018 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie z powództwa głównego o ustalenie w punkcie I oddalił powództwo, w punkcie II zasądził od powódki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 60.017 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w punkcie III zasądził od powódki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz pozwanej Banku (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 15.017 zł. W sprawie z powództwa wzajemnego o zapłatę Sąd Okręgowy w punkcie I zasądził od powódki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.:

- kwotę 169.159,45 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty,

- kwotę 455.642,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 19 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty,

- kwotę 1.193.362,04 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 24 maja 2018 r. do dnia zapłaty.

W punkcie II Sąd zasądził od powódki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 96.309 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd I instancji ustalił, iż powód (...) S.A. w G. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się obrotem energią elektryczną. Od 30 kwietnia 2009 r. jedynym akcjonariuszem jest spółka (...) S.A., której akcjonariuszem jest Skarb Państwa.

Powodowa spółka nabywa energię elektryczną, którą następnie sprzedaje odbiorcom hurtowym lub detalicznym. Nadto, zobowiązana z mocy Ustawy do przedstawienia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do umorzenia Świadectw Pochodzenia, zajmuje się także obrotem Prawami Majątkowymi ze świadectw Pochodzenia, które kupuje od wytwórców energii odnawialnej.

Przedmiotem działalności pozwanego ad. 1 (...) sp. z o.o. w P. jest m.in. wytwarzanie, przesyłanie, dystrybucja i handel energią elektryczną.

W zakres działalności prowadzonej przez pozwanego ad. 2 Bank (...) S.A. w W. wchodzi m.in. pośrednictwo pieniężne, udzielanie kredytów. Pozwany ad. 2 powstał z połączenia przez przejęcie Banku (...) S.A. (spółka przejmująca) z (...) Bank (...) S.A. (spółka przejmowana).

Pozwany ad. 1 jest właścicielem farmy wiatrowej, która wytwarza na mocy koncesji udzielonej 27 lutego 2015 r. energię elektryczną za pomocą generatorów, które napędzane są siłami przyrody (wiatrem). Farma wiatrowa (...) położona jest w miejscowości S., gmina (...).

Budowa farmy wiatrowej była finansowana z kredytu udzielonego pozwanemu ad. 1 przez poprzednika prawnego pozwanego ad. 2, to jest Bank (...) S.A.

Pozwany ad. 1 wytwarzając energię elektryczną z odnawialnych źródeł energii, otrzymuje od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes URE) Świadcstwa Pochodzenia, które są potwierdzeniem wytworzenia energii elektrycznej w odnawialnym źródle energii. Zbywanie Praw Majątkowych, które wynikają z otrzymanych Świadcstw Pochodzenia, stanowi przedmiot działalności pozwanej spółki ad. 1.

W 2010 r. powód i (...)sp. z o.o. w S. (dalej jako (...)) podjęli rozmowy o współpracy związanej z prowadzoną przez (...) działalnością dotyczącą rozwoju energetyki wiatrowej. Powód przesłał projekty umów obejmujących sprzedaż energii elektrycznej oraz zakup praw majątkowych. Postanowienia umowne były przez oba podmioty negocjowane. Najwięcej uwagi podczas negocjacji strony poświęciły ustaleniu ceny minimalnej i maksymalnej praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia.

Powodowa spółka nie stosowała w tego typu umowach przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 26 sierpnia 2011 r. powód zawarł z pozwanym ad. 1 wynegocjowaną przez (...) umowę sprzedaży praw majątkowych nr (...).

Przedmiotem umowy, zgodnie z § 3 ust. 1, było określenie warunków i zasad realizacji sprzedaży wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej wyprodukowanej w (...), zlokalizowanym w miejscowości S. gmina (...)

W § 3 ust. 2 umowy pozwany ad. 1, jako sprzedawca, zobowiązał się względem powoda, jako kupującego, do:

- 1) przeniesienia własności wszystkich praw majątkowych, wynikających ze świadectw pochodzenia otrzymanych w związku z wytworzoną energią w obiekcie (odnawialnym źródle energii). Przeniesienie własności miało nastąpić poprzez zawarcie pomiędzy stronami giełdowej transakcji pozasesyjnej w rozumieniu ustawy wyszczególnionej w § 1 pkt 7 umowy i regulaminu Towarowej Giełdy Energii S.A.,
- 2) występowania do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki za pośrednictwem Operatora Systemu Dystrybucyjnego, z wnioskiem o wydanie świadectw pochodzenia dla energii wytworzonej w tym okresie rozliczeniowym (miesiąc kalendarzowy – § 1 ust. 1 pkt 10 umowy).

Z kolei w oparciu o § 3 ust. 3 umowy, powód jako kupujący, zobowiązał się względem pozwanego ad. 1 jako sprzedawcy do:

- 1) nabycia własności wszystkich praw majątkowych poprzez zawarcie z nim transakcji pozasesyjnych na Rynku Praw Majątkowych Towarowej Giełdy Energii,
- 2) terminowej zapłaty wynagrodzenia za nabyte prawa majątkowe na warunkach określonych w umowie.

Zgodnie z § 5 ust. 1 w ramach wynagrodzenia za nabyte prawa majątkowe miała obowiązywać każdorazowo cena netto w wysokości:

$CPM = 0,91 * OZJ$ , gdzie:

CPM – Cena Rozliczeniowa, do której miał zostać naliczony podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami,

OZJ – jednostkowa opłata zastępcza zgodna z § 1 ust. 1 pkt 13) obowiązująca w okresie, w którym została wytworzona energia elektryczna, od której wynikają świadectwa pochodzenia.

Dodatkowo zastrzeżono w umowie, że:

a) cena określona w § 5 ust. 1 będzie nie niższa niż 232 zł dla ilości odpowiadającej 1 MWh oraz nie wyższa niż 90 % indeksu giełdowego OZEX\_A Rynku Praw Majątkowych, gdzie OZEX\_A oznacza średnią arytmetyczną z obliczonych dla poszczególnych sesji giełdowych, które miały miejsce w danym okresie rozliczeniowym, średnich ważonych cen praw majątkowych odpowiadających 1 MWh, w systemie notowań ciągłych i jednolitych, z zastrzeżeniem punktu b) i c).

b) określona w punkcie a) cena minimalna podlega corocznej indeksacji o wskaźnik średnioroczny zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem określony przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub inny urząd odpowiedzialny za ogłoszenie wskaźnika inflacji obowiązującego na terytorium RP, za ubiegły rok kalendarzowy w stosunku do poprzedniego. Indeksacja ceny miała być skuteczna od dnia 1 kwietnia każdego roku kalendarzowego i miała obowiązywać do 31 marca roku kolejnego począwszy od 2011 roku,

c) jeżeli cena maksymalna określona jako 90 % indeksu giełdowego OZEX\_A przyjęłaby wartość poniżej ceny minimalnej to wówczas przyjęłoby się, iż cena maksymalna jest równa cenie minimalnej określonej w punkcie a) z uwzględnieniem jej indeksacji w okresach późniejszych wg zasad zawartych w punkcie b).

Wśród przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy strony w § 7 ust. 2 umowy wskazały m.in. po stronie powoda (jako kupującego), niezakupienie przez niego wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia wydanych pozwanemu ad. 1 (jako sprzedawcy) przez Prezesa URE i zaoferowanych powodowi zgodnie z umową. W takim przypadku, według treści § 7 ust. 4 umowy, powód miał zapłacić pozwanemu ad. 1 karę umowną w wysokości ceny praw majątkowych obowiązującej dla danego roku, określonej w § 5, za każdą 1 MWh niezakupionych praw majątkowych, przy czym żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej nie było dopuszczalne.

W § 7 ust. 5 zd. pierwsze i drugie umowy ustalono, że wypłata kar umownych lub odszkodowanie nastąpi w terminie 28 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej noty księgowej przez stronę poszkodowaną, do której miały być dołączone obliczenia umożliwiające analizę poniesionych szkód, o ile taka nota nie zostanie zakwestionowana przez drugą stronę na piśmie, z zachowaniem zasad zawartych w ustępach 6 do 7. Za datę doręczenia noty księgowej uznawało się datę doręczenia jej oryginału.

Zgodnie z ust. 6 i 7 umowy, uiszczenie kary umownej zwalniało stronę od obowiązku realizacji świadczenia, którego kara dotyczyła.

W przypadku zakwestionowania noty księgowej, zastosowanie miały postanowienia § 14 umowy w zakresie rozwiązywania sporów.

Według postanowienia z § 9 ust. 1 umowy, miała ona obowiązywać od dnia wejście w życie koncesji pozwanego ad. 1 na wytwarzanie energii elektrycznej i trwać czas określony 15 lat od tej daty oraz dotyczyć sprzedaży praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej, wyprodukowanej od daty rozpoczęcia działalności.

Czas trwania umowy warunkowany był przez bank kredytujący inwestycję farmy wiatrowej pozwanego ad. 1.

Na podstawie zawartej z pozwanym ad. 1 umowie, powód nabywał prawa majątkowe wynikające ze świadectw pochodzenia w celu przedstawienia ich do umorzenia Prezesowi URE. W ten sposób czynił zadość ustawowo nałożonemu obowiązkowi, który mógł zostać spełniony alternatywnie przez zapłatę stosownej opłaty zastępczej.

Powodowa spółka nabywała prawa majątkowe zarówno na giełdowym rynku sesyjnym, gdzie cena kształtowana była przez rynek na podstawie ofert zakupowo – sprzedażowych, jak i na giełdowym rynku pozasesyjnym, kiedy to cena stanowiła wynik uzgodnień stron transakcji.

W piśmie z dnia 18 marca 2013 r. powód na podstawie § 14 ust. 4 umowy zwrócił się do pozwanego ad. 1 o renegotiację przyjętych w niej warunków cenowych z uwagi na znaczne spadki cen certyfikatów notowanych na rynku.

Pozwany ad. 1 odmawiał renegotiacji warunków umowy.

Zabezpieczeniem spłaty kredytu udzielonego na finansowanie budowy farmy wiatrowej w gminie (...), była umowa przelewu wierzytelności. W dniu 19 lutego 2014 r. pozwany ad. 1 zawarł z Bankiem (...) S.A. w W. (poprzednikiem prawnym pozwanego ad. 2) umowę o przelew wierzytelności nr (...).

W § 2 ust. 1 umowy pozwany ad. 1 jako cedent oświadczył, że w celu zabezpieczenia wierzytelności banku z tytułu umowy kredytu nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r., obejmującej kredyt, odsetki, należne opłaty i prowizje oraz wszelkie koszty dochodzenia roszczeń z tego tytułu, warunkowo przelewa na rzecz banku swoją wierzytelność przypadającą od powoda z tytułu umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) zawartej w G. w dniu 26 sierpnia 2011 r., do wysokości wierzytelności banku.

Na podstawie § 2 ust. 2 umowy zastrzeżono, że przelew wierzytelności staje się skuteczny z chwilą zaistnienia warunku w postaci niespłacenia przez pozwanego ad. 1 jako cedenta w całości lub w części, wierzytelności banku w terminie oznaczonym w zabezpieczonej umowie lub w oświadczeniu banku o wypowiedzeniu zabezpieczonej umowy.

O zawarciu umowy przelewu wierzytelności z dnia 19 lutego 2014 r. został zawiadomiony powód, co potwierdził w oświadczeniu z dnia 5 marca 2014 r.

Decyzją z dnia 27 stycznia 2015 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki udzielił pozwanemu ad. 1 koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej na okres od 27 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2030 r.

W piśmie z 20 października 2015 r. powód ponownie wezwał pozwanego ad. 1 do niezwłocznej renegotiacji umowy.

Pozwany konsekwentnie odmawiał renegotiacji umowy.

Nadwyżka praw majątkowych nabytych przez powoda była przez niego sprzedawana na giełdowym rynku sesyjnym.

Strony w ciągu rok, dokonywały transakcji pozasesyjnych o łącznej około 3.000.000 zł. Średnio jedną w miesiącu.

Umowa ustalała okres rozliczeniowy jako miesiąc kalendarzowy.

Na dzień zawarcia umowy (...) próg unijny wskazany w art. 11 ust 8 u.p.z.p. wynosił 387.000 Euro (1.485 693 zł).

Przychody ze sprzedaży świadectw pochodzenia wynosiły u powódki w latach 2010-2013 sumę przekraczającą miliard złotych.

Umowa sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. była realizowana przez strony w okresie od 30 marca 2015 r. do 7 sierpnia 2017 r., kiedy powód zaprzestał wykonywania umowy.

W dniu 11 września 2017 r. zarząd powodowej spółki podjął decyzję o zaprzestaniu realizacji ok. 150 umów sprzedaży praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia, w tym umowy zawartej z pozwanym ad. 1 oraz o wszczęciu postępowań sądowych i arbitrażowych przeciwko farmom wiatrowym i bankom, zmierzających do uzyskania sądowego potwierdzenia nieważności tych umów.

Prezes zarządu powodowej spółki, D. O. uzasadniając decyzję o zaprzestaniu wykonywania umów, wskazywał na nieopłacalność ich realizacji. W zakresie nieważności umów powoływał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 2299/15.

Powód skierował do pozwanego ad. 1 pismo datowane na 11 września 2017 r., w którym poinformował, że umowa nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. jest bezwzględnie nieważna ze względu na ukształtowanie jej treści w sposób sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych i że w celu potwierdzenia tegoż stanowiska podjął decyzję o wniesieniu powództwa o ustalenie nieważności umowy do właściwego sądu. Wobec tego powód oświadczył, że zaprzestaje zawierania transakcji pozasesyjnych na warunkach określonych w umowie.

Do Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu powód złożył datowane na dzień 12 września 2017 r. wnioski o zawezwanie pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 do próby ugodowej w sprawie zapłaty kwot odpowiednio 7.231.063 zł (w przypadku pozwanego ad. 1) i 10.631.374 zł (od pozwanego ad. 2) tytułem zwrotu świadczeń pieniężnych uiszczonych nienależnie przez powoda w okresie od dnia 12 września 2014 r. do dnia 11 września 2017 r. z uwagi na nieważność umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r.

W piśmie z dnia 9 listopada 2017 r. pozwany ad. 1 obciążył powoda notą księgową nr (...) na kwotę 169.159,54 zł z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 pkt 4 umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. Do określenia wartości 678,266 MWh niezakupionych praw majątkowych przyjęto cenę 294,40 zł/MWh.

Nota księgowa została doręczona powodowi dnia 15 listopada 2017 r.

Powód poinformował pozwanego ad. 1, że nie uznaje noty księgowej nr (...) z uwagi na nieważność umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. i zwrócił ją pozwanemu.

W piśmie z dnia 14 grudnia 2017 r. pozwany ad. 1 obciążył powoda notą księgową nr (...) na kwotę 455.642,08 zł z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 pkt 4 umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. Do określenia wartości 1.826,953 MWh niezakupionych praw majątkowych przyjęto cenę 294,40 zł/MWh.

Nota księgowa została doręczona powodowi dnia 21 grudnia 2017 r.

Powód poinformował pozwanego ad. 1, że nie uznaje noty księgowej nr (...) z uwagi na nieważność umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. Nota została odesłana.

W piśmie z dnia 19 kwietnia 2018 r. pozwany ad. 1 obciążył powoda notą księgową nr (...) na kwotę 1.193.362,04 zł z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 pkt 4 umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. Do określenia wartości 4.784,932 MWh niezakupionych praw majątkowych przyjęto cenę 294,40 zł/MWh.

Nota księgowa została doręczona powodowi dnia 25 kwietnia 2018 r.

Zastrzeżony w umowie przelewu wierzytelności z dnia 19 lutego 2014 r. warunek skuteczności nie ziścił się do dnia zamknięcia rozprawy.

Prawa majątkowe, których powód nie zakupił od pozwanego ad. 1, nie zostały sprzedane przez pozwanego ad. 1 innemu podmiotowi. Pozostają one w posiadaniu pozwanego ad. 1.

Sąd Okręgowy zważył, iż przechodząc do oceny żądania pozwu w pierwszej kolejności przesądzić należało, czy powód posiada interes prawny w domaganiu się ustalenia nieistnienia stosunku prawnego, który miał powstać wskutek zawarcia przez powoda oraz (...) sp. z o.o. w P. umowy sprzedaży praw majątkowych nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r.

W ocenie Sądu a quo powód posiadał interes prawny w domaganiu się ustalenia negatywnego. Powództwo o zapłatę w ramach żądania zwrotu świadczenia nie likwidowałoby niepewności co do praw i obowiązków wynikających z negocjowania przez powoda ważności umowy (...). Odnosiłoby skutek wyłącznie do umów wykonawczych zawartych

wskutek transakcji pozasesyjnych i dokonanego w ich wykonaniu świadczenia pieniężnego. Rozstrzygnięcie nie rozciągałoby się ani na ważność samej umowy (...), ani na dalsze umowy wykonawcze i spełnione w ich wykonaniu świadczenia przyszłe, których podstawą była ta sama umowa mająca ramowy charakter. Kontrakt określał w art. 3 i 4 prawa i obowiązki stron w zakresie zawierania umów wykonawczych w 15-letnim okresie współpracy. Umowa nie była umową sprzedaży praw majątkowych. Określała sposób zawierania takich umów, pozostających umowami wykonawczymi względem umowy (...), determinując kwalifikację takiego stosunku jako umowy ramowej.

W tym miejscu, odnosząc się do zarzutu pozwanych, Sąd Okręgowy wskazał, że umowa (...) była w ocenie Sądu umową ramową. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Gdańsku w postanowieniu z dnia 30 lipca 2018 roku w sprawie o sygn. akt I ACz 163/18. Umowa (...) nie była umową sprzedaży. Nie była umową odpłatną. Określała warunki i zasady sprzedaży praw majątkowych w drodze umów wykonawczych zawieranych w wyniku wykonywania umowy (...).

Sąd I instancji podkreślił, iż w świetle przesłanek z art. 189 k.p.c. interes prawny w domaganiu się ustalenia nieistnienia spornego stosunku prawnego istniał po stronie powodowej, determinując ocenę powództwa.

W konsekwencji powyższego, zarzut pozwanego ad. 1 o braku po stronie powoda legitymacji procesowej w domaganiu się ustalenia, nie zasługiwał na uwzględnienie. Powodowa spółka, posiadając interes prawny w wytoczeniu powództwa z art. 189 k.p.c., posiadała ipso iure legitymację procesową czynną.

W dalszej kolejności Sąd a quo przystąpił do ważenia argumentacji powoda sięgającej ważności spornej umowy. W ocenie powoda, umowa (...), jako sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p. lub u.p.z.p.), była bezwzględnie nieważna. Zdaniem powoda, sprzeczność polegała na tym, że treścią umowy jest zobowiązanie stron do zawierania umów sprzedaży praw majątkowych z pominięciem u.p.z.p.. Umowy sprzedaży praw majątkowych, do zawierania których zobowiązuje przedmiotowa umowa, są natomiast umowami o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu wskazanej Ustawy.

Strony pozostawały w sporze w zakresie wypełnienia przesłanek warunkujących stosowanie przepisów ustawy u.p.z.p. wg dyspozycji przepisu z art. 138 u.p.z.p..

Sąd Okręgowy podzielił w części stanowisko strony powodowej. Powód był zamawiającym sektorowym.

Po pierwsze, pozostawał pod dominującym wpływem Skarbu Państwa (z art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. c) u.p.z.p.).

Po drugie, obrót energią stanowi dostawę w rozumieniu przepisu z art. 132 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p..

Sąd I instancji podkreślił, że przepisy u.p.z.p. stanowią implementację 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. - dalej: dyrektywa sektorowa).

Art. 3 ust. 3 lit. b) dyrektywy sektorowej, w odniesieniu do energii elektrycznej, odnosi się do działalności polegającej na dostawach energii elektrycznej do stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych.

W dyrektywie sektorowej brak jest definicji pojęcia „dostawa energii elektrycznej”. Z tej przyczyny, w imię zasady racjonalnego Ustawodawcy europejskiego, posłużyć należało się zdaniem Sądu Okręgowego definicją „dostawy” według treści art. 2 pkt 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (dalej: dyrektywa energetyczna). Wskazany przepis dyrektywy energetycznej podaje definicję legalną pojęcia "dostawa". „Dostawa” oznacza sprzedaż, w tym również odsprzedaż energii elektrycznej odbiorcom.

Sąd I instancji skonstatował, iż pojęcie „dostawa” należy interpretować przy wykładni dyrektywy sektorowej tak, jak wynika to z definicji legalnej dyrektywy energetycznej. Odmienna interpretacja, godząc wskazanej

zasadzie racjonalnego Ustawodawcy europejskiego, nie podlega akceptacji. Skoro zatem przepisy u.p.z.p. stanowią implementację dyrektywy sektorowej, to pojęcie „dostawa”, jakim posłużył się polski Ustawodawca w art. 132 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p. oznacza także sprzedaż energii elektrycznej. Jeśli zatem powód bezspornie zajmował się obrotem energią elektryczną (hurtowym, detalicznym), to dostarczał energię według treści art. 132 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p.. Próba wykładni tego pojęcia w znaczeniu fizycznej dostawy, jako sprzeczna z prawem unijnym, nie mogła się ostać.

Powyzszą wykładnię zaliczającą działalności przedsiębiorstw energetycznych prowadzących obrót energią elektryczną do działalności sektorowej, potwierdza decyzja Komisji Europejskiej z dnia 19 czerwca 2006 r. Komisja wskazała, iż 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.).

Komisja w motywach decyzji wskazała, że dotyczy ona zarówno wytwarzania energii elektrycznej jak i jej sprzedaży hurtowej oraz detalicznej. W świetle art. 30 ust. 1 dyrektywy sektorowej wynika wszak, że nie tylko wytwarzanie, ale 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 także sprzedaży energii elektrycznej z podlegania tej dyrektywie.

W konsekwencji argumentacja pozwanych sięgająca definicji dostarczania energii elektrycznej do sieci wyłącznie przez pryzmat jej wytworzenia i fizycznego dostarczenia do sieci przez wytwórcę lub importera, jako uchybiająca unijnej wykładni pojęcia „dostawa”, nie mógł się ostać.

Sąd Okręgowy zaznaczył jednocześnie, że akcentowane zmiany w prawie unijnym po 2011 r. według analizy pozwanego ad. 1 (vide: pismo przygotowawcze k. 3493-3500), prowadzące w efekcie do pojmowania dostawy energii także w znaczeniu jej sprzedaży, dochowuje definicji legalnej wskazanej w dyrektywie energetycznej (art. 2 pkt. 19). Ta natomiast obowiązywała w dacie zawarcia umowy (...). W konsekwencji argumentacja pozwanego ad. 1 zmierzająca do nadania pojęciu dostawy również znaczenia sprzedaży energii elektrycznej dopiero z dniem 26 lutego 2014 r. wraz z przyjęciem Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, pozostawała zdaniem Sądu a quo chybiona.

Sąd I instancji zważył nadto, że zgodnie z 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. Tak zatem umowa sprzedaży energii elektrycznej jest nieodzowną częścią procesu dostarczania energii elektrycznej do odbiorcy. Dostawa może odbywać się oczywiście tylko za pośrednictwem sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych, co nie upośledza rozumieniu takowej jako sprzedaży (obrotu). Sprzedaż bowiem, zgodnie z art. 3 pkt 6a Prawa energetycznego, stanowi bezpośrednią sprzedaż paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich wytwarzaniem lub odsprzedaż tych paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich obrotem.

Oceny Sądu Okręgowego nie zmienił zarzut według którego powód nie został wymieniony w treści załącznika numer II do dyrektywy sektorowej. Kwesta ta stanowiła przedmiot przekonującej wykładni przepisu z art. 132 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p. przez Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 maja 2017 roku w sprawie II GSK 2299/15.

NSA wskazał, że „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)”.

W konsekwencji, zarzut pozwanego odnoszący się do negowania powyższego orzeczenia a limine do oceny prawnej niniejszego sporu, nie podlegał zdaniem Sądu a quo uwzględnieniu. Wyrok NSA dochowując zasady zapewnienia skuteczności prawa Unijnego, dokonał uzasadnionej kwalifikacji działalności przedsiębiorcy zajmującego się obrotem energią, jako dostawy w rozumieniu przepisu z art. 132 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p..

Sąd Okręgowy nie podzielił także twierdzenia pozwanych, by powód nie nabywał praw majątkowych w celu prowadzenia działalności sektorowej.

Po pierwsze, zawarcie umowy (...) w celu wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii elektrycznej nie wyłączało przesłanki z art. 132 ust. 1 pkt. 3) u.p.z.p.. Wybór dokonywany przez powoda co do tego, czy wykonać obowiązek umorzeniowy, czy uiścić opłatę zastępczą, nie zmieniał bezspornego faktu, że w wykonaniu umów wykonawczych spółka nabywała własność wytworzonej energii elektrycznej znajdującej się w sieci (choćby tylko w wymiarze wirtualnych transakcji). Nadal bowiem nabycie własności określonej ilości energii elektrycznej stanowiła jej sprzedaż. Pozwany ad. 1 twierdził przy tym, że powód nabywał prawa majątkowe „w celu odprzedaży na rynku Praw Majątkowych, a więc w celach spekulacyjnych” (vide: pismo przygotowawcze pozwanego ad. 1 - k. 553). W konsekwencji wskazany powyżej cel towarzyszący zawarciu (...), nie eliminował obrotu energią inkorporowaną w świadectwach pochodzenia, jako pochodzącej z niekonwencjonalnych źródeł jej wytwarzania.

Po drugie, gdyby nabywanie świadectw pochodzenia nie stanowiło działalności sektorowej, to Ustawodawca nowelizacją z 2015 r. nie wyłączyłby nabywania świadectw pochodzenia przez podmioty prowadzące działalność sektorową z obowiązku stosowania u.p.z.p. przy ich nabywaniu (por. art. 138a u.p.z.p..

Sąd I instancji podzielił natomiast argument pozwanych sięgający progów unijnych.

Obowiązek stosowania u.p.z.p. aktualizowało wypełnienie przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt. 5b) u.p.z.p.. Przepis stanowi, że ustawa ma zastosowanie do udzielenia zamówienia, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p..

Po pierwsze, niespornym było, że w ciągu roku strony dokonały transakcji pozasesyjnych o łącznej rocznej wartości około 3.000.000 zł. Niespornym było przy tym, że okres rozliczeniowy według treści umowy (...) wynosił miesiąc kalendarzowy i strony zawierały średnio jedną transakcję pozasesyjną w miesiącu. Średnio zatem jedna transakcja w miesiącu nie przekraczała progu unijnego. Wynosiła wszak około 250.000 zł. Według zaś art 11 ust 8 u.p.z.p., próg unijny wynosił na dzień zawarcia umowy (...) 387.000 Euro (1.485 693 zł).

Po drugie, zdaniem Sądu Okręgowego niezasadne było twierdzenie, by wszystkie transakcje pozasesyjne stanowiły jedno zamówienie publiczne. Zdaniem Sądu to jedna transakcja mogła podlegać ocenie przez pryzmat przesłanek u.p.z.p..

Umowa (...) nie określała ilości energii elektrycznej, która miała być przedmiotem świadectw pochodzenia wydawanych przez Prezesa URE. Nie była wszak znana ilość energii elektrycznej, jaka zostanie wytworzona w zespole elektrowni (...), stanowiącej inwestycję pozwaną ad. 1. Nie sposób zatem aktualizować wartości wszystkich transakcji pozasesyjnych w świetle art. 3 ust. 1 pkt. 5b) u.p.z.p., skoro na dzień zawarcia umowy (...) wartość ta nie była znana. Umowa (...), jak słusznie podniósł powód, była umową ramową określającą jedynie warunki i zasady realizacji praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej przez przedsiębiorstwo pozwanego ad. 1. Świadczenie powoda nie zostało oznaczone w umowie (...) kwotowo. Pozyskiwanie bowiem energii z odnawialnych źródeł jej wytwarzania zależy od obiektywnych zmiennych, np. wiatru. Nie sposób było w ocenie Sądu Okręgowego przyjąć, by umowy wykonawcze były częścią jednego świadczenia, inaczej - świadczenia stanowiącego

sumę świadczeń z transakcji pozasesyjnych. Taka bowiem nie była i nie jest stronom znana. Z tej przyczyny, jeśli umowa (...) zobowiązuje do zawierania umów nabywania praw majątkowych ze świadectw pochodzenia przy braku wypełnienia przesłanki progów unijnych, to nie sposób uznać, by obowiązek zamówień określonych w u.p.z.p. spoczywał na powodzie.

Odnosząc się przy tym do oceny umowy (...) dokonanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXVI GC 713/17 (k. 3860-3867) wskazać na marginesie warto, że Sąd I instancji nie podzielił w powyższym zakresie wykładni Sądu w Warszawie. Sąd ten uznał, że dla uniknięcia dzielenia zamówienia publicznego należy wziąć pod uwagę 150 kontraktów zawartych w tym przedmiocie przez powoda. Sumowanie świadczeń ze wskazanej liczby kontraktów nie jest wykonalne.

Po pierwsze, jak już Sąd Okręgowy wskazał powyżej, ilość energii eklektycznej inkorporowanej w świadectwach pochodzenia, pozostaje ilością niewiadomą i to w odniesieniu do każdego z kontrahentów (wytwórców energii z odnawialnych źródeł energii elektrycznej).

Po drugie, ten sam Sąd popadając w sprzeczność, wskazał w uzasadnieniu, że „nie jest przewidziana docelowa ilość przyszłych rzeczy objętych sprzedażą”. W takim stanie rzeczy traci aktualność ocena progów unijnych. Progów takich nie można zsumować. Łączna wartości świadczeń ze „150 kontraktów” nie jest bowiem znana.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć że transakcje pozasesyjne wypełniały wszystkie przesłanki zamówienia publicznego z uwagi na osiągnięte progi unijne, to pominięcie przepisów u.p.z.p. przy zawieraniu umów wykonawczych czyniło umowy (...) nieważnej.

Wskazać należy, że w imię zasady pewności obrotu, umowy o zamówienie publiczne zawarte z pominięciem przepisów u.p.z.p. pozostają ważne. Umowy takie, jak stanowi przepis z art. 146 ust. 1 u.p.z.p., podlegają jedynie unieważnieniu. Unieważnienie takie ograniczone jest terminem ustawowym (por. art. 144a i art. 182 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p.), co dochowuje wskazanej powyżej, nadrzędnej zasadzie pewności obrotu. Tak długo zatem, tak długo, jak długo umowa zawarta z naruszeniem przepisów u.p.z.p. nie zostanie unieważniona, tak długo pozostaje ważna. Z tej przyczyny umowa (...) w zakresie zobowiązania do zawierania umów wykonawczych z pominięciem u.p.z.p., nie była sprzeczna z prawem. Umowy wykonawcze zawarte nawet z naruszeniem przepisów u.p.z.p. pozostają ważne i wywołują skutki prawne do czasu ich unieważnienia(...), nieważność względna umów wykonawczych nie może skutkować nieważnością bezwzględną umowy ramowej. Taki zabieg godziłby w istotę regulacji zamówień publicznych, które sankcji nieważności umów zawartych z naruszeniem przepisów u.p.z.p. nie przewidziały. Ustawodawca świadomy naruszeń przepisów u.p.z.p. przy zawarciu umowy nie zdecydował o ich nieważności bezwzględnej, co wyklucza sprzeczność umowy (...) z ustawą.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż zastosowania przepisów u.p.z.p. przy zamówieniu publicznym, nie wyklucza zastosowania sankcji z art. 146 u.p.z.p.. Niedokonanie ogłoszeń przewidzianych w trybie zamówień publicznych jest zawsze tożsame w ocenie Sądu z naruszeniem właśnie przepisów u.p.z.p.. Taki stan sankcjonowany jest wyłącznie przepisami u.p.z.p..

Sąd a quo nie podzielił twierdzeń powoda, jakoby zawieranie umów wykonawczych było sprzeczne z interesem publicznym, co miało prowadzić do wniosku o nieważności umowy (...).

Interes publiczny rozumiany przez Sąd Okręgowy jako wartość nadrzędna, chroniona prawem, oderwana od partykularnych interesów, służący dobru ogółu, wypełniający uniwersalne normy i wartości, nie został naruszony zawarciem umów wykonawczych z pominięciem u.p.z.p.. Obrót energią eklektyczną wytwarzaną z odnawialnych źródeł energii, służy ochronie środowiska. Niewzruszalność umów względnie nieważnych służy stabilności obrotu gospodarczego. Ochrona konkurencji zapewniona została dostatecznie uprawnieniem do żądania stwierdzenia nieważności w trybie przepisów u.p.z.p.. Z tych przyczyn, zdaniem Sadu a quo, nie doszło w niniejszym stanie sprawy do naruszenia interesu publicznego.

Nie sposób w ocenie Sądu I instancji było przy tym pominąć nowelizacji przepisów u.p.z.p. w 2015 r., które wyraźnie wyłączyły z trybu zamówień publicznych nabywanie przez zamawiającego sektorowego świadectw pochodzenia (art. 138a ust. 1 u.p.z.p.). Jeśli Ustawodawca uznał, że takie wyłączenie jest dopuszczalne to uznał, że nie narusza to zasady konkurencji. Nie jest zatem sprzeczne z interesem publicznym.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy wyjaśnił, że w niniejszej sprawie nie było przy tym podstaw do zastosowania dla oceny nieważności umowy (...) art. 146 u.p.z.p..

Umowa (...) nie mieściła się w ramach umów o zamówienie publiczne. Była umową ramową, która określała warunki i zasady nabywania praw majątkowych ze świadectw pochodzenia w wykonaniu postanowień (...). Nie mogła zatem podlegać przepisowi z art. 146 u.p.z.p.. Przepis ten mógłby mieć zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do transakcji pozasesyjnych. Zakres powództwa nie rozciągał się na umowy wykonawcze, dezaktualizując wywoły stron sięgające trybu wzruszalności umów o zamówienie publiczne.

Co się zaś tyczyło argumentacji pozwanych w zakresie konwalidacji umowy (...) to Sąd Okręgowy wskazał, że nie podlegała ona uwzględnieniu. Skoro umowa (...) była ważną, to nie mogła w następstwie zmiany Ustawy u.p.z.p. w 2015 r. zostać uznana za ważną ab initio.

Powyzsza argumentacja skutkowała oddaleniem powództwa a limine na mocy art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 §1 k.c. a contrario i art. 146 u.p.z.p. w zw. z art. 132 ust. 1 u.p.z.p.. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.

W zakresie legitymacji procesowej biernej pozwanego Banku Sąd Okręgowy wskazał, że niespornie w dniu 19 lutego 2014 r. pozwany ad. 1 zawarł umowę przelewu wierzytelności z poprzednikiem prawnym pozwanego ad. 2 Bankiem (...) S.A.

Umowa przelewu została zawarta w wykonaniu umowy kredytu z 5 grudnia 2011 r. na mocy której Bank (...) S.A. udzielił pozwanemu ad. 1 kredytu na budowę farmy wiatrowej (...).

Na podstawie umowy przelewu, w celu zabezpieczenia wierzytelności kredytodawcy z umowy kredytu, pozwany ad. 1 przelał z zastrzeżeniem warunku zawieszającego na rzecz pozwanego ad. 2 (następcy prawnego Banku (...) S.A.) swoją wierzytelność wynikającą z umowy (...).

Zgodnie z § 2 punkt 3 umowy przelewu, przelew wierzytelności staje się skuteczny z chwilą spełnienia się warunku w postaci niespłacenia przez pozwanego ad. 1 w całości lub części wierzytelności Banku z tytułu umowy kredytu w terminie oznaczonym w umowie kredytowej lub w oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy kredytu.

Do dnia zamknięcia rozprawy wskazany w cesji warunek zawieszający nie zmieścił się. Z tej przyczyny legitymacja procesowa bierna pozwanego ad. 2 jako podmiotu który nie był stroną spornej umowy, nie istniała. Ta negatywna okoliczność uzasadniała oddalenie powództwa w całości w stosunku do pozwanego od 2 na mocy art. 189 k.p.c. a contrario. Potencjalne nabycie wierzytelności pozwanego ad. 2 z umowy (...) nie uzasadniała powództwa o ustalenie nieważności kontraktu.

Sąd I instancji w punkcie II wyroku z powództwa głównego orzekł o kosztach procesu na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 pkt. 8) w zw. z § 15 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (dalej: rozporządzenie).

Sąd Okręgowy podwyższył stawkę minimalną pełnomocnika pozwanego ad. 1 o czterokrotność stawki minimalnej (4 x 15.000 zł). Przemawiał za tym poświęcony czas i nakład pracy pełnomocnika strony. Pisma przygotowawcze, które były obszerne, odnosiły się szczegółowo do każdego zagadnienia prawnego. Argumentacja strony była pomocna w wyjaśnieniu sporu, który sięgał zawilich kwestii prawnych. To stanowiło o zwiększeniu wynagrodzenia ponad stawkę minimalną.

Sąd a quo nie uwzględnił wniosku pozwanego ad. 1 o zasądzenie stawki w jej 6-krotności. Liczba posiedzeń jawnych Sądu nie uzasadniała takiego żądania.

Sąd Okręgowy uwzględnił także wydatek strony wygrywającej proces w kwocie 17 zł z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W punkcie III Sąd orzekł o kosztach procesu na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 pkt. 8) rozporządzenia. Na koszty poniesione przez wygrywający spór Bank składały się: wynagrodzenie pełnomocnika (15.000 zł) wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Sąd I instancji uwzględnił także w wyroku roszczenie pozwanego ad. 1 – powoda wzajemnego o zapłatę kary umownej w związku z niewykonaniem przez powoda – pozwanego wzajemnego umowy (...).

Podstawę prawną orzeczenia stanowił przepis z art. 483 k.c.

Strony w § 7 pkt. 4 umowy (...) postanowiły, że na wypadek niezakupienia przez powoda – pozwanego wzajemnego wszystkich praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia wydanych sprzedawcy przez Prezesa URE i zaoferowanych kupującemu zgodnie z umową (...), powód – pozwany wzajemny zapłaci pozwanemu – powodowi wzajemnemu karę umowną w wysokości ceny praw majątkowych obowiązującej dla danego roku, za każdą 1 MWh niezakupionych praw majątkowych. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej nie jest dopuszczalne.

Wysokość roszczenia o zapłatę kary umownej nie była kwestionowana przez powoda – pozwanego wzajemnego, a przyznanie nie budziło wątpliwości Sądu. Znajdowało potwierdzenie w treści not księgowych złożonych przez pozwanego – powoda wzajemnego.

Zarzut powoda – pozwanego wzajemnego odnoszący się do nieważności postanowienia umownego o zapłacie kar umownych, w obliczu oddalenia powództwa o ustalenie nieważności umowy (...), nie podlegał uwzględnieniu.

Odnosząc się zaś do wniosku (...) S.A. o miarkowanie kar umownych wskazać należy, że Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw dla jego pozytywnej oceny z mocy art. 484 § 2 k.c. a contrario.

Po pierwsze, zarówno wystąpienie po stronie pozwanego ad. 1 – powoda wzajemnego szkody, jak i jej wysokość, pozostają bez wpływu na obowiązek jej zapłaty przez powoda – pozwanego wzajemnego według treści art. 484 § 1 zd.1 k.c.

Po drugie, niespornym było, że umowę (...) projektowała sama strona powodowa – pozwana wzajemne. Umowa była negocjowana w zakresie wysokości ceny praw majątkowych. Postanowienia co do kar umownych były dla stron jasnymi. Oznacza to, że powód – pozwany wzajemny antycypując przesłanki kary umownej i ich wysokość, godził się z jej zapłatą w takiej kwocie, jaką przyjął w postanowieniu umowy.

Po trzecie, pozwany – powód wzajemny wbrew stanowisku pozwanego wzajemnego poniósł szkodę wskutek zaniechania powoda – pozwanego wzajemnego wykonywania umowy (...). Pozwany – powód wzajemny finansował inwestycję ze środków pochodzących ze świadczeń w wykonaniu transakcji pozasesyjnych. One w dalszym okresie miały przynosić także zysk przedsiębiorcy. Powód wzajemny został pozbawiony dochodu właśnie wskutek wyłącznych zaniechań powoda – pozwanego wzajemnego. W konsekwencji odmowa przyznania jemu ochrony prawnej w zakresie tak ustalonego zakresu świadczenia na wypadek zaniechania pozwanego wzajemnego, nie mogła zostać uwzględniona.

Po czwarte, argument według którego pozwany – powód wzajemny nie poniósł szkody, nie został wykazany. Na dzień zamknięcia rozprawy prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia nie zostały zbyte, co wynikało z zeznań świadka A. J.. Powód – pozwany wzajemny nie wykazał zatem czy i w jakiej wysokości szkoda pozwanego – powoda wzajemnego uległa ograniczeniu, czyniąc zarzut miarkowania bezzasadnym.

Po piąte, powód – pozwany wzajemny nie wykazał, by kara umowna była rażąco wygórowana. Wysokość kary umownej równa była świadczeniu dłużnika, którego nie wykonał. Mając na względzie ograniczenie z § 7 pkt. 4 umowy (...) in fine, wysokość kary umownej nie jest wygórowana. Dla uwzględnienia zaś wniosku o miarkowanie kary umownej Ustawodawca przewidział „rażące wygórowanie”. W niniejszym stanie rzeczy nie miało ono miejsca.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 481 k.c. w zw. z art. 55 ust. 1 Ustawy z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw.

Wskazany w żądaniu termin wymagalności nie był negowany. Przyznanie nie budziło wątpliwości Sądu. Wymagalność roszczenia pieniężnego odpowiadała treści § 7 pkt. 5 umowy (...) i determinowana była bezskutecznym wpływem terminu wyznaczonego do zapłaty kary umownej.

O kosztach procesu w zakresie powództwa wzajemnego Sąd a quo orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 pkt. 6) rozporządzenia w zw. z § 19 rozporządzenia.

Na koszty pozwanego – powoda wzajemnego składały się opłata sądowa od powództwa o zapłatę (8.458 zł i 82.451 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika strony wygrywającej spór (17 zł).

Powyższy wyrok został zaskarżony przez powódkę (...) spółkę Akcyjną z siedzibą w G. w całości tj. zarówno w zakresie powództwa głównego o ustalenie, jak i powództwa wzajemnego o zapłatę. Apelujący zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 189 k.p.c., poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż powódka – pozwana wzajemna nie ma interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z Umowy Sprzedaży Praw Majątkowych Nr (...) datowanej na dzień 26 sierpnia 2011 r. (...) przeciwko pozwanemu Bankowi (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. (dalej: bank), a bank nie ma legitymacji procesowej biernej w niniejszym sporze, pomimo tego, że bankowi - wskutek dokonania przelewu wierzytelności pod warunkiem zawieszającym - mogą w przyszłości przysługiwać przeciwko powodowi roszczenia pieniężne wynikające z (...);

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („u.p.z.p.”) polegające na bezpodstawnym zastosowaniu przedmiotowego przepisu w niniejszej sprawie;

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 32 ust. 1 u.p.z.p. w zw. z art. 133 u.p.z.p. polegające na jego niezastosowaniu i przyjęciu, iż w dniu zawarcia (...) nie było możliwe ustalenie szacunkowej wartości umów wykonawczych, do których zawierania zobowiązywała (...);

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 32 ust. 4 u.p.z.p., polegające na jego niezastosowaniu przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego, mimo, iż poszczególne transakcje pozasesyjne stanowiły część zamówienia publicznego udzielanego przez powódkę – pozwaną wzajemną ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia niniejszego zarzutu, naruszenie prawa materialnego, tj. art. 34 ust. 1 u.p.z.p. polegające na jego niezastosowaniu przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego, pomimo tego, iż nabywanie świadectw pochodzenia stanowiło dostawę powtarzającą się okresowo w rozumieniu tego przepisu;

- z ostrożności, naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki posiadającego wiedzę w przedmiocie wytwarzania energii elektrycznej z instalacji wykorzystujących siłę wiatru na okoliczność ilości energii elektrycznej, która mogła być wytworzona na farmie wiatrowej (...) w skali roku i całym okresie obowiązywania (...) oraz wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu funkcjonowania rynku energii elektrycznej i praw majątkowych na okoliczność łącznej rocznej wartości praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia umarżanych przez powódkę – pozwaną wzajemną w latach 2007-2015, mimo, że przedmiotem obu opinii miały być okoliczności mające - zdaniem Sądu - znaczenie dla rozstrzygnięcia i wymagające wiadomości specjalnych;

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że treść (...) w zakresie, w jakim zobowiązuje do dokonywania czynności prawnych w sposób niezgodny z prawem, nie jest sprzeczna z ustawą;
- naruszenie art. 146 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że całkowite pominięcie stosowania przepisów u.p.z.p. zawiera się w przypadku niewypełnienia obowiązku ogłoszenia o zamówieniu publicznym we właściwym publikatorze;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 353<sup>1</sup> k.c., poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że granicą swobody umów jest interes publiczny;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 138a u.p.z.p. oraz art. 183 pkt 2 u.o.z.e. (w brzmieniu z dnia 4 maja 2015 r.), poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że ww. przepisy mogły konwalidować bezwzględnie nieważne czynności prawne;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 483 § 1 k.c. poprzez jego zastosowanie i zasądzenie od powódki – pozwanej wzajemnie na rzecz (...) kwoty 1.818.163,57 zł tytułem kar umownych zastrzeżonych w § 7 ust. 4 (...) pomimo, że (...) jest nieważna;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że zaprojektowanie postanowień umownych w zakresie kary umownej przez jedną ze stron umowy stanowi negatywną przesłankę miarkowania kary umownej na wniosek tej strony;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i niezmiarkowanie kary umownej, pomimo iż jej wysokość jest rażąco wygórowana biorąc pod uwagę dysproporcję między poniesioną przez (...) szkodą a wysokością kary umownej;
- naruszenie prawa materialnego, tj. 361 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na nieuwzględnieniu wartości nienabytych przez dłużnika od wierzyciela dóbr (praw) przy ustalaniu wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela;
- naruszenie przepisów postępowania mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzącą do kontrfaktycznego ustalenia, że to powód zaproponował brzmienie postanowień (...) odnoszących się do kar umownych, co w ocenie Sądu stanowiło argument przeciwko miarkowaniu tych kar, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (załączniki nr EW-26 i EW- 27 do odpowiedzi pozwanego 1 na pozew) wynika, że postanowienia (...) o karach umownych zostały zaprojektowane przez pozwanego (...);
- naruszenie przepisów postępowania tj. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w postaci prospektu emisyjnego prowadzącą do kontrfaktycznego ustalenia, że „przychody ze sprzedaży świadectw pochodzenia wynosiły u powódki w latach 2010-2013 sumę przekraczającą miliard złotych”, podczas gdy z prospektu emisyjnego wynika, że kwota ta dotyczyła sprzedaży świadectw pochodzenia przez spółki z grupy kapitałowej, do której należy powódka – pozwana wzajemna, a nie przez samą powódkę – pozwaną wzajemną.

W związku z powyższym skarżący wniósł o:

- rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 1 sierpnia 2018 r. oddalającego wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki posiadającego wiedzę w przedmiocie wytwarzania energii elektrycznej z instalacji wykorzystujących siłę wiatru i opinii biegłego z zakresu funkcjonowania rynku energii elektrycznej i praw majątkowych oraz przeprowadzenie ww. dowodów przez Sąd II instancji na okoliczności wskazane w pkt II.5 powyżej,

- zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

a) ustalenie nieistnienia stosunku prawnego, który miał powstać wskutek zawarcia przez powoda oraz pozwaną (...),

b) oddalenie w całości powództwa wzajemnego pozwanego (...) o zapłatę:

i. kwoty 169.159,54 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od powyższej kwoty od dnia 14 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty,

ii. kwoty 455.642,08 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od powyższej kwoty od dnia 19 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty,

iii. kwoty 1.193.362,04 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od powyższej kwoty od dnia 24 maja 2018 r. do dnia zapłaty tytułem kar umownych na podstawie § 7 ust. 4 (...),

c) zasądzenie od każdego z pozwanych na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w I i II instancji, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższą apelację pozwana (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (powódka wzajemna) wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie na swoją rzecz od powódki (pозwanej wzajemnie) zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Ponadto, w odpowiedzi na powyższą apelację pozwany Bank (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie na swoją rzecz od powódki (pозwanej wzajemnie) zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powódki – pozwanej wzajemnie jako częściowo uzasadniona skutkowałą stosunkową zmianą zaskarżonego orzeczenia. Żądanie uznania umowy (...) za nieważną uznano jednak za bezzasadne.

Należy podkreślić, że sąd II instancji jest sądem meriti. Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że w apelacji powódki (pозwanej wzajemnie) zakres zaskarżenia dotyczył zakwestionowania ważności umowy nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011r. (dalej: (...)) oraz żądania dokonania miarkowania kary umownej zawartej w przedmiotowej umowie.

Dalej należy wskazać, że wynikający z art. 378 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza z jednej strony zakaz wykraczania przez sąd drugiej instancji poza te granice, z drugiej zaś nakaz wzięcia pod uwagę i rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. W konsekwencji, sąd drugiej instancji może - a jeżeli je dostrzeże, powinien - naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia prawa materialnego przez sąd pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały wytknięte w apelacji, pod warunkiem, że mieszczą się w granicach zaskarżenia. Rozpoznanie "sprawy" w granicach apelacji oznacza, że sąd drugiej instancji nie koncentruje się jedynie na ocenie zasadności zarzutów apelacyjnych, lecz rozstrzyga merytorycznie o zasadności zgłoszonych roszczeń procesowych, chyba że chodziło o nieważność postępowania, którą bierze pod uwagę z urzędu. W niniejszej sprawie tej ostatniej okoliczności sąd II instancji nie dopatrył się.

Jak już powiedziano, rozpoznawanie apelacji sprowadza się do tego, że sąd drugiej instancji rozpatruje sprawę ponownie, czyli w sposób w zasadzie nieograniczony. Jeszcze raz bada sprawę rozstrzygniętą przez sąd pierwszej instancji w granicach zaskarżenia. Ma zatem obowiązek ocenić ustalony stan faktyczny oraz prawidłowość zastosowania właściwych przepisów prawa materialnego (nawet, gdyby to nie było przedmiotem zarzutów apelacji). Tym samym postępowanie apelacyjne - choć odwoławcze - ma charakter rozpoznawczy (merytoryczny), a z punktu widzenia metodologicznego stanowi dalszy ciąg postępowania przeprowadzonego w pierwszej instancji. Skoro postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy, to wydane orzeczenie musi opierać się na własnych ustaleniach faktycznych i prawnych sądu II instancji (art. 382 k.p.c.) według stanu z chwili orzekania

przez ten sąd (art. 316 k.p.c.). Ten ostatni przepis wyraża jedną z podstawowych zasad orzekania, nakazując sądowi uwzględnienie stanu faktycznego i prawnego (stanu rzeczy) istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, a zatem także ewentualnych zmian, do których doszło w tej mierze w toku postępowania, włącznie z postępowaniem apelacyjnym, a tak było w tej sprawie (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia).

Uzasadniając zapadłe rozstrzygnięcie wskazać w tym miejscu należy na zmieniony art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. (Dz.U. poz. 1469) zmieniającej Kodeks postępowania cywilnego z dniem 7 listopada 2019 r., który wskazuje, że w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wymagane jest:

1) wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, które może ograniczyć się do stwierdzenia, że sąd drugiej instancji przyjął za własne ustalenia sądu pierwszej instancji, chyba że sąd drugiej instancji zmienił lub uzupełnił te ustalenia; jeżeli sąd drugiej instancji przeprowadził postępowanie dowodowe lub odmiennie ocenił dowody przeprowadzone przed sądem pierwszej instancji, uzasadnienie powinno także zawierać ustalenie faktów, które sąd drugiej instancji uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (co w niniejszej sprawie nie miało miejsca) oraz

2) wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa, przy czym może ograniczyć się do stwierdzenia, że sąd drugiej instancji przyjął za własne oceny sądu pierwszej instancji.

Mając na uwadze ekonomikę procesową sąd II instancji wskazuje, że wydane przez siebie orzeczenie oparł na dokonanych ustaleniach faktycznych Sądu I instancji, które to ustalenia aprobuje i przyjmuje za własne w zakresie rozstrzygnięcia o ważności umowy (...) oraz częściowo orzeczenia o kosztach za postępowanie I instancyjne.

Sąd II instancji podzielił też zasadniczo ocenę prawną sprawy jaką zaprezentował Sąd Okręgowy, co do kwalifikacji prawnej czynności dokonywanych przez strony wynikających ze związania ich sporną umową, jak i orzeczenia o kosztach. Natomiast nie podzielił Sąd II instancji rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w zakresie uznania, że powódka nie miała interesu prawnego w wytoczeniu niniejszego powództwa przeciwko pozwanemu bankowi. Ponadto, w sprawie po wydaniu zaskarżonego orzeczenia zaistniały okoliczności uzasadniające zmniejszenie zasądzonego tytułem pozwu wzajemnego świadczenia – w zakresie miarkowania kary umownej.

Na wstępie analizie instancyjnej poddać należało zarzuty naruszenia prawa procesowego.

W pierwszej kolejności za uzasadniony należało uznać zarzut naruszenia dyspozycji art. 189 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd I instancji, że pozwany bank nie ma interesu prawnego w występowaniu w charakterze pozwanego w niniejszym postępowaniu. Wbrew wywodom Sądu Okręgowego, nie miała znaczenia okoliczność nieziszczenia się warunku wyrażonego w umowie przelewu wiarygodności tj. powstania zadłużenia kredytowego po stronie powódki (pозwanej wzajemnie). Jeżeli bowiem w niniejszym postępowaniu doszłoby do stwierdzenia nieważności umowy (...) zgodnie z żądaniem pozwu, doszłoby do jednoczesnego wygaszenia wiarygodności przysługującej pozwanej (...) względem powódki. Oznacza to, że przestałby jednocześnie istnieć przedmiot przelewu dokonanego między pozwaną (...) a bankiem. Tym samym, istnienie przedmiotowego warunku miało drugorzędne znaczenie dla interesu prawnego pozwanego banku w występowaniu w niniejszym postępowaniu. Pozwany bank miał bowiem taki sam interes w żądaniu oddalenia powództwa (chęć utrzymania bytu wiarygodności pozwanej (...), z której mógłby w przyszłości dokonać zaspokojenia swojego roszczenia kredytowego). Zmiana ta nie miała jednak wpływu na treść zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia – odnosiła się jednak do zasadniczych kwestii stwierdzonych w treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszym postępowaniu nie doszło także do naruszenia norm dotyczących przeprowadzania dowodów z opinii biegłych sądowych. Wnioski strony powodowej o przeprowadzenie powyższych dowodów na okoliczność ilości energii elektrycznej, która mogła być wytworzona na farmie wiatrowej pozwanej (...) w skali roku i całym okresie obowiązywania (...) oraz na okoliczność łącznej rocznej wartości praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia umarżanych przez powódkę w latach 2007-2015 – słusznie uznano za bezprzedmiotowe dla niniejszego postępowania. Dowody te pozwalałyby faktycznie jedynie na ustalenie hipotetycznych



rozmiarów działalności pozwanej (...) oraz wartości świadczonych względem stron świadczeń w latach 2007-2015, zaś obie z tych okoliczności były całkowicie nieistotne dla ustalenia nieważności zakwestionowanej umowy (...). Wartość działalności stron nie była bowiem przyczyną uznania, że co do umowy (...) nie miały zastosowania przepisy dotyczące zamówień publicznych – o czym więcej w dalszej części uzasadnienia. Z tych też przyczyn wnioski te podlegały oddaleniu także w postępowaniu apelacyjnym na podstawie art. 217 § 3 k.p.c. (ówczesnie obowiązującym) w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

Rację miał skarżący wskazując, że Sąd I instancji naruszył dyspozycję art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że przychody ze sprzedaży świadectw pochodzenia wynosiły u powódki w latach 2010-2013 sumę przekraczającą miliard złotych, podczas gdy z ujawnionego prospektu emisyjnego z powyższego okresu wynika, że suma ta należała do grupy kapitałowej której powódka (pозwana wzajemna) jest jedynie jednym z członków. Okoliczność ta nie miała jednak znaczenia dla treści zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia, bowiem nie skutkowała kwalifikacją zawartej między stronami umowy jako podlegającej reżimowi ustawy u.p.z.p. Samoistnie okoliczność ta nie wpływała także na ważność kwestionowanej umowy.

Za bezzasadny należało przy tym uznać zarzut naruszenia dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie, że to powód zaproponował brzmienie postanowień umowy (...) odnoszących się do kar umownych, co w ocenie Sądu I instancji stanowiło argument przeciwko miarkowaniu tych kar. W przedmiotowej sprawie doszło do ziszczenia przesłanek obniżenia zasądzonej na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) kary umownej, poprzez jej zmiarkowanie – jednakże stopień partycypacji stron w ustalaniu treści postanowień dotyczących owej kary, nie miał znaczenia dla zastosowania instytucji wskazanej w art. 484 § 2 k.c. Obie strony były profesjonalistami w branży koncesjonowanej, którzy uczestniczyli w skrupulatnym procesie negocjacji treści każdego postanowienia przedmiotowej umowy. W procesie tym po stronie powoda brał udział profesjonalista z zakresu negocjacji tego rodzaju umów w branży energetycznej tj. (...) Biuro Usług (...) sp. z o.o. w S.. Ponadto, strony zaakceptowały jej treść oraz wykonywały ją przez 6 lat (sierpień 2011 r. do wrzesień 2017 r.). Z uwagi na powyższe, argumentację strony powodowej dotyczącą rzekomo małego wpływu strony na treść kar umownych należało uznać za niezasadną.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego, należało wskazać, że jednolity charakter sygnalizowanych przez stronę powodową naruszeń - uzasadniał ich łączne rozpoznanie.

Roszczenie powoda opierało się na twierdzeniu, że do kupna świadectw pochodzenia energii stosować należało tryb zamówień publicznych sprecyzowany w ustawie o zamówieniach publicznych - czego nie uczyniono w stosownym czasie.

Sąd Apelacyjny nie podzielił tego stanowiska i wyraża pogląd, że przy zawieraniu umowy nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011r. zawartej przez strony ( (...)) nie było potrzeby stosowania procedur zamówień publicznych.

Po pierwsze oceniając umowę, przy zarzutach co do jej ważności i przy zarzutach dotyczących jej sprzeczności z art. 7 ust. 3 u.p.z.p. i art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. - należało to uczynić w oparciu o prawo obowiązujące w dniu jej zawarcia. W czasie, kiedy zawarta została (...) oraz w okresie jej wykonania, powód byłby zobowiązany do stosowania u.p.z.p. przy nabywaniu praw majątkowych, o ile spełnione byłyby następujące przesłanki:

- powód byłby podmiotem pozostającym pod dominującym wpływem Skarbu Państwa;
- powód byłby podmiotem wykonującym działalność sektorową,
- nabywanie praw majątkowych byłoby dokonywane przez powoda w celu prowadzenia działalności sektorowej. Dopiero łączne spełnienie przesłanek pozwalałoby na stwierdzenie istnienia obowiązku po stronie powoda nabywania praw majątkowych w trybie przewidzianym w u.p.z.p.

Niespornym było, że powód był podmiotem pozostającym pod dominującym wpływem Skarbu Państwa. Powód też w istocie posiadał status tzw. zamawiającego sektorowego, zobowiązanego do stosowania u.p.z.p. na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.

Natomiast Sąd nie znalazł podstaw by uznać, że nabywanie praw majątkowych było dokonywane przez powoda w celu prowadzenia działalności sektorowej. Jak stanowił art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. - "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 miała kwestia czy działalność powódki w dniu zawarcia umowy (...) mieściła się w hipotezie normy zawartej w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy, a więc czy mogła stanowić "tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami". Znaczenie tych pojęć zdefiniowane jest w prawie energetycznym. Przywołany przepis nie mówi nic o nabywaniu przez taki podmiot jak powód praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia. W tym stanie sprawy rodzi się pytanie czy nabywanie świadectw pochodzenia energii, do czego upoważniony i zobligowany był powód w trybie wtedy obowiązującego art. 9a ustawy Prawo energetyczne, stanowiło zamówienie udzielane "w celu" wykonywania działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 ust. 1 u.p.z.p., a tym samym ustalenie celu, w jakim następowało nabywanie praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia.

Zważyć należało, że regulacja art. 132 ust. 1 u.p.z.p. miała na celu implementację do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy sektorowej (dyrektywy 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, zastąpionej następnie dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych). Wprowadzony do krajowego porządku prawnego mechanizm wsparcia na mocy art. 9a ustawy Prawo energetyczne - związany ze świadectwami pochodzenia polegał na tym, że wybrane podmioty miały obowiązek uzyskać i przedstawić do umorzenia Prezesowi URE świadectwa pochodzenia lub uiścić określoną w sposób administracyjny opłatę zastępczą (albo, w przypadku niewykonania żadnego z tych obowiązków - zapłacić karę pieniężną). Taka alternatywa w założeniu miała kreować popyt rynkowy na świadectwa pochodzenia, efektem czego było wsparcie finansowe tych, od których świadectwa te pochodzą, czyli wytwórców energii ze źródeł niekonwencjonalnych. Tak ustalony system wsparcia związany z obowiązkiem nabywania świadectw pochodzenia energii, od początku opierał się na przede wszystkim na założeniu wspierania polityki ochrony środowiska. W tym celu ustawodawca stworzył system zachęt finansowych dla wytwórców energii elektrycznej z OZE i skorelowanych z nimi ustawowych obowiązków nałożonych na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne. Nabywca końcowy kupował prawa majątkowe ze świadectw pochodzenia nie w celu nabycia dóbr potrzebnych w prowadzonej działalności, ale po to, aby wypełnić ustawowy obowiązek. Nabywca dokonywał zakupu w interesie gospodarczym wytwórcy energii z OZE, ponoszącego koszty inwestycji w instalacje wytwórcze - takie, jak farmy wiatrowe. Wprowadzenie obowiązku dokonywania odkupu świadectw pochodzenia bądź uiszczania opłaty zastępczej, przez takie podmioty jak powód miało zatem na celu zagwarantowanie producentom tzw. zielonej energii opłacalności samej decyzji co do inwestycji infrastrukturalnych, jak również dalszego prowadzenia działalności gospodarczej. Tak więc celem nabywania przez podmioty takie jak powód świadectw pochodzenia na podstawie umowy (...) 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). Ponownie podkreślić należało zatem, że sfera motywacyjna transakcji - kupna przez powoda praw majątkowych była zasadniczo różna od celów, dla których prawo nakazywało udzielać

zamówień sektorowych w trybach konkurencyjnych. Oznacza to, że ponad wszelką wątpliwość zakup spornych praw po stronie powodowej nie był dokonany na cele działalności sektorowej.

W tym stanie rzeczy w ocenie Sądu II instancji strona powodowa w dniu zawierania przedmiotowej umowy (...) nie była zobowiązana do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że nabywanie praw majątkowych nie byłoby dokonywane przez powoda w celu sprecyzowanym w art. 132 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.

Innym argumentem za przyjęciem powyżej tezy była także działalność samego ustawodawcy, który wprowadził w czasie obowiązywania ustawy w roku 2015 zapis art. 138a ust. 1 u.p.z.p., w którym wyraźnie wskazano, że stosowanie u.p.z.p. przez zamawiających sektorowych do zakupu świadectw pochodzenia jest wyłączone przedmiotowo. Takie działania ustawodawcy należy uznać za potwierdzenie dotychczasowej praktyki i jednoznacznego uregulowanie spornej kwestii. Poza tym, za nieracjonalne należało uznać różnicować stanów sprzed i po dacie nowelizacji. Oznacza to, że umowy sprzedaży praw majątkowych ze świadectw pochodzenia obecnie nie podlegają przepisom u.p.z.p. Tym samym, w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać należało, 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.

Kolejnym argumentem przemawiającym za brakiem stosowania u.p.z.p. w umowie (...) była jej sprzeczność z zasadniczym celem prawa zamówień publicznych. Postępowania w sprawie zamówień publicznych przeprowadza się wówczas, gdy zasadne jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających - warunków obrotu dobrami bazujących na zasadzie konkurencji. 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 (przywilejów) dla wytwórców energii elektrycznej z OZE i skorelowanych z nimi ustawowych obowiązków (obciążeń) nałożonych na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne. Nabywca końcowy kupował Prawa Majątkowe ze Świadectw Pochodzenia nie w celu nabycia dóbr potrzebnych w prowadzonej działalności, ale po to, aby wypełnić ustawowy obowiązek. Nabywca dokonywał zakupu w interesie gospodarczym wytwórcy energii z OZE, ponoszącego koszty inwestycji w instalacje wytwórcze - takie, jak farmy wiatrowe. Zatem cel transakcji - kupna przez powoda Praw Majątkowych był diametralnie różny od celów, dla których prawo nakazuje udzielać zamówień sektorowych w trybach konkurencyjnych. Cel umowy (...) jest zatem całkowicie sprzeczny z wykładnią funkcjonalną ustawy Prawo zamówień publicznych. Konstrukcja procedury udzielania zamówień publicznych bazuje m.in. na zasadzie ochrony interesu publicznego na skutek efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tzw. zasada "Best Value for Money" oznacza konieczność takiego dokonywania zakupów, aby osiągnąć możliwie najlepszy stosunek w relacji cena - jakość. Potwierdzeniem obowiązywania zasady w polskim porządku prawnym jest zapis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zasadniczym kryterium w oparciu, o które wybierano najkorzystniejszą ofertę stanowiła zatem bezsprzecznie najniższa cena. Z kolei celem całego systemu wsparcia niekonwencjonalnych źródeł energii nie było obniżanie ceny zakupu, lecz propagowanie jej rozpowszechnienia. Przeprowadzenie procedury zamówień publicznych bazuje w zasadniczej mierze na zasadzie konkurencyjności. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady przeprowadzane jest zatem tam, gdzie zasadnym jest tworzenie po stronie kontrahentów zamawiających, warunków gry rynkowej bazującej na mechanizmach konkurencji. Na brak zasadności stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w sytuacji braku konieczności kształtowania mechanizmów konkurencyjnych zwrócił uwagę Trybunału Sprawiedliwości UE m.in.: w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., 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 r. 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 (...) 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 świadectw 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 wywodu 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 świadectw pochodzenia racjonalny ustawodawca uznał, iż nie było koniecznym stosowanie procedury zamówień publicznych, bowiem wystarczającym okazało się być w tym wypadku stosowanie mechanizmów właściwych dla prawa cywilnego, wspartego dokonywaniem określonych transakcji na rynku regulowanym (...). Z tego m.in. powodu nie stosuje się również przepisów u.p.z.p. do transakcji nabywania papierów wartościowych.

Przechodząc do dalszych rozważań wskazać należało, że powód dochodził stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o normę z art. 58 § 1 k.c., stając na stanowisku, że w sprawie nie znajdzie zastosowania art. 146 u.p.z.p. przewidujący roszczenie o unieważnienie umowy - ale tylko wskutek żądania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Z tym stanowiskiem nie można było się zgodzić.

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 (vide: uchwała SN (7) z 15 września 2015 r., III CZP 107/14, OSN 2016, Nr 2, poz. 16). W tym stanie należy rozważyć, czy opisany mechanizm proporcjonalności sankcji w niniejszej sprawie wykluczał mechanizm sankcji z art. 58 k.c. na rzecz sankcji z art. 146 u.p.z.p. - w ochronie uzasadnionego interesu pozwanego.

Rozwiązanie zawarte w obowiązującym art. 146 u.p.z.p. zostało wprowadzone do porządku prawnego mocą nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r., zwanej potocznie dużą nowelizacją. Nowelizacja ta weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. Podstawowym jej celem była mianowicie implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z 11 listopada 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.U.E.L 335, s. 31). W znowelizowanej ustawie zrezygnowano z uprzednio obowiązującej instytucji bezwzględnej nieważności umowy, wprowadzając w jej miejsce nieważność względną, ustalaną w drodze konstytucyjnego wyroku sądu. Na skutek nowelizacji z 2009 r. umowa w sprawie zamówienia publicznego, która dotknięta jest wadami wymienionymi w art. 146 ust. 1 ustawy pozostaje ważna i wywołuje skutki prawne, aż do chwili jej unieważnienia. W celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa. W uzasadnieniu projektu nowelizacji z 2009 r. wskazano, że proponowane rozwiązanie odejścia od konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej zwiększy pewność obrotu w ramach zamówień publicznych. Stanowisko to potwierdzone zostało np. w opinii Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie C-166/14 (...) Q., L. (...) 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. że "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".

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". (Por. A. Sołtysińska: Komentarz do art. 2 (tj. art. 2 (e), art. 2 (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". Ponadto w motywie 14 preambuły ustawodawca unijny wyraźnie wskazał, iż: "Bezpośrednie udzielanie zamówień powinno w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmować wszystkie przypadki udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, co odpowiada procedurze bez uprzedniego ogłoszenia w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE". Z powyższego 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 u.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 u.p.z.p.) wypełnia przesłankę z art. 146 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Nie ma zatem racjonalnych podstaw do sięgania w opisanej sytuacji do sankcji z art. 58 k.c. Sankcja nieważności

bezwzględnej może mieć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy przepisy u.p.z.p. tak stanowią (art. 139 ust. 2 u.p.z.p.) albo gdy umowa dotknięta jest wadliwością inną niż naruszenie reguł jej zawarcia wyrażonych w u.p.z.p. (np. art. 14 k.c., art. 82-83 k.c., art. 387 k.c.). Przyjęcie, że poza wąsko rozumianym zakresem zastosowania art. 146 u.p.z.p. stosować należy art. 58 k.c. prowadziłoby do sytuacji takiej, że wszelkie formalne uchybienia niemieszczące się w literalnym zapisie art. 146 u.p.z.p. prowadzą do nieważności umowy - co w sposób oczywisty jest sprzeczne z założeniem racjonalnego prawodawcy.

Mając powyższe na względzie, roszczenie powoda o stwierdzenie nieważności (...) w oparciu o przepis art. 58 k.c. uznać należało niezasadne, zaś w zakresie roszczenia z art. 146 u.p.z.p. powód nie ma legitymacji do wytoczenia powództwa.

Odnosząc się do zarzuconej nieważności (...) na podstawie art. 387 k.c. wskazać należy, iż norma z powołanego przepisu prawa ma zastosowanie, gdy niemożność świadczenia jest pierwotna, obiektywna i trwała. Jeśli chodzi o dwie ostatnie cechy to zauważyć należało, 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 u.p.z.p. nie odnoszą się do czynności jako takiej, a jedynie do tego, czy wolno było dokonać jej pewnej kategorii podmiotów, do których ustawa ta ma zastosowanie. Taka niemożność nie jest objęta dyspozycją art. 387 k.c. Ponadto, zarzucana niemożność świadczenia nie miała charakteru trwałego. Umowa (...) tworzyła zobowiązanie ciągle, 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 miałyby zastosowanie tylko do mniejszej części okresu wykonywania umowy i został w 2015 r. uchylony. 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 powódki o stwierdzenie nieważności (...) w oparciu o przepis art. 387 k.c. uznano za niezasadne.

Skierowane przez stronę powodową żądanie miarkowania kary umownej uznano jednak za częściowo uzasadnione. W tym miejscu trzeba było zauważyć, że na etapie postępowania apelacyjnego pojawiły się nowe okoliczności związane ze sprzedażą spornych praw majątkowych na giełdzie energii podmiotom zewnętrznym. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, fakt sprzedaży praw majątkowych musiał być brany pod uwagę w chwili zamknięcia rozprawy odwoławczej (art. 316 k.p.c.) w kontekście naruszenia przepisu art. 484 § 2 k.c. Przy czym nie było sporu między stronami (art. 229-230 k.p.c.) na etapie postępowania odwoławczego, iż naliczone kary umowne przez pozwaną(...)zostały formalnie prawidłowo wyliczone zgodnie z § 7 umowy (...) (nie kwestionowano przyjętych tam stawek).

W judykaturze wskazuje się, że zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej pozwala na zapewnienie nie tylko funkcji kompensacyjnej, ale głównie prewencyjno-represyjnej, motywującej dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego i jest dopuszczalne w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c. (Por. SN z 11 października 2002 r., I CKN 997/00).

W świetle nowych okoliczności sprawy trafnie zarzucono naruszenie przepisu art. 484 § 2 k.c. Zgodnie z tą regulacją, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Pojęcie „rażącego wygórowania” z art. 484 § 2 k.c. jest zaś niedookreślone, co pozwala na elastyczne, dostosowane do danej sprawy, stosowanie wskazanej instytucji. Z drugiej jednak strony miarkowanie kary umownej nie powinno być nadużywane; należy stosować je rozsądnie i z umiarem.

Choć zaistnienie szkody nie jest warunkiem stosowania kary umownej, to jednak brak takiej szkody lub jej niewielki rozmiar, winien rzutować na wysokość miarkowania kary umownej z tego tytułu. Albowiem istotnym kryterium tejże instytucji jest relacja owej kary do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. W realiach niniejszej sprawy kara umowna pokrywała się z wysokością ceny jaką powódka (pozwana wzajemna) miała zapłacić za prawa majątkowe zgodnie z kontraktem. W ten sposób kara umowna miała stanowić rodzaj zryczałtowanego

odszkodowania po stronie powodowej, w przypadku niewywiązania się przedsiębiorstwa z postanowień umowy. Jednocześnie ustalono, że pozwana sprzedała na Towarowej Giełdzie Energii spółce akcyjnej w W. świadectwa pochodzenia za okres od lipca 2017 r. do kwietnia 2018 r. po obowiązujących wówczas cenach. Pozwana uzyskała we wskazanej transakcji cenę netto za pojedyncze świadectwo wynoszącą 101,50 zł, podczas gdy umowa (...) opiewała na kwotę 249,40 zł netto za to samo świadectwo. Oznacza to, że pozwana uzyskała około 40% pierwotnej kwoty poprzez powyższą transakcję zbycia. Tym samym, utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku skutkowałoby faktycznie znacznym wzbogaceniem pozwanej - powódki wzajemnej, tj. o około 40% ponad wartość zasądzonego świadczenia. Miało to o tyle szczególne znaczenie, że zgodnie z § 7 ust. 6 umowy (...), uiszczenie kary umownej zwalniało strony od obowiązku realizacji świadczenia, którego kara dotyczy. Miało to niewątpliwie prowadzić do wyeliminowania możliwości zarówno uzyskania świadczenia z tytułu sprzedaży praw majątkowych, jak też naliczenia kar umownych z tytułu „ich niezakupienia”. Przy tego rodzaju okolicznościach faktycznych, naliczoną przez Sąd Okręgowy karę należało uznać za „rażąco wygórowaną” i zmiarkować o szacunkowy procent dochodów, jakie powódka wzajemna otrzymała już tytułu samych praw majątkowych od podmiotów trzecich. Przy czym dokonując tego rodzaju miarkowania należało mieć też na względzie, że wysokość cen jednostkowych na giełdzie po wydaniu wyroku Sądu Okręgowego, ewoluowała. Powódka wzajemna mogła zbyć te prawa wcześniej po nieco wyższych cenach w 2018 r., ale dopiero na koniec sierpnia 2018 r. zapadł wyrok w pierwszej instancji i to nieprawomocny. Pozwana wzajemna do czasu zapoznania się z jego treścią mogła pozostawać w przekonaniu, że owe świadectwa może zbyć tylko powodowi. Przepisy kodeksu cywilnego pozwalają na miarkowanie kary umownej w zależności od okoliczności sprawy, zarówno poprzez procentowe jej obniżenie, czy też odjęcie danej kwoty lub też pomniejszenie kary o wartość określonego składnika. Sama bowiem cena netto faktycznie uzyskana ze sprzedaży owych spornych praw wynosiła około 40% całej kary umownej. Wartość uzyskanego jednak przez pozwaną świadczenia wyniosła jedynie 697.265,10 zł zamiast 1.818.163,66 zł tj. kwoty wynikającej z postanowień (...). Z tych też względów w ocenie Sądu Apelacyjnego wartość ustalonej na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) kary umownej należało pomniejszyć o stosunek 40% już uzyskanych świadczeń.

Przy uwzględnieniu takiego rzędu miarkowania, Sąd Apelacyjny miał też na uwadze, że uszczerbek majątkowy pozwanej – powódki wzajemnej, która przez okres od połowy 2017 r. do 2019 r. praktycznie została pozbawiona zagwarantowanego jej dochodu. Pozwana musiała radzić sobie ze spłatą zobowiązań, mimo że jej zasadniczy dłużnik z umowy (...) nie wykonał swoich zobowiązań i nie skupował świadectw.

Tak zmiarkowana wysokość kary umownej odpowiada więc różnicy między wartością energii wprowadzonej do sieci przez pozwaną – powódkę wzajemną po cenach przewidzianych w umowie (...), a ilością sprzedanej energii (w postaci świadectw pochodzenia) za ten okres innym przedsiębiorstwom energetycznym po ówczesnych cenach rynkowych. Oczywiście z racji uznaniowego charakteru owego miarkowania było ono szacunkowe, ale zasądzona kara umowna oscylowała wokół wartości rzeczywiście poniesionej szkody przez pozwaną – powódkę wzajemną – nie prowadząc jednocześnie do jakiegokolwiek wzbogacenia po jej stronie. W ten sposób, tak ustalona kara umowna jest odpowiednia i adekwatna, a także uwzględnia interesy obu stron.

Z uwagi na powyższe, zasądzona kara umowna podlegała pomniejszeniu w następujący sposób:

- 1) z kwoty 169.159,54 zł wynikającej z noty księgowej z dnia 9 listopada 2017 r. nr 1/17 pozwana (...) uzyskała zaspokojenie na poziomie 67.663,38 zł, co skutkowało obniżeniem kary umownej o tą wartość, ustalając ją na poziomie 101.496,07 zł (z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 14 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty);
- 2) z kwoty 455.642,08 zł wynikającej z noty księgowej z dnia 14 grudnia 2017 r. nr 2/17 pozwana (...) uzyskała zaspokojenie na poziomie 182.256,83 zł, co skutkowało obniżeniem kary umownej o tą wartość, ustalając ją na poziomie 273.385,25 zł (z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 19 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty);
- 3) z kwoty 1.193.362,04 zł wynikającej z noty księgowej z dnia 19 kwietnia 2018 r. nr 3/17 pozwana (...) uzyskała zaspokojenie na poziomie 447.344,80 zł, co skutkowało obniżeniem kary umownej o tą wartość, ustalając ją na poziomie 746.017,24 zł (z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 24 maja 2018 r. do dnia zapłaty).

Tym samym, zasądzoną w toku postępowania przed Sądem I instancji kwotę 1.818.163,66 zł tytułem kary umownej, należało obniżyć do kwoty 1.120.898,56 zł tj. do ok. 60% pierwotnej wartości. Oznacza to, że w takim samym stopniu obniżeniu ulegać powinno orzeczenie kosztowe zapadłe przed Sądem I instancji – dokonane w oparciu o zasadę stosunkowego rozdzielnia wyrażoną w art. 100 k.p.c.

Tym samym, wartość przyznanych pozwanej – powódce wzajemnej kosztów postępowania określonych na kwotę 96.309 zł obniżyć należało do 60% tej kwoty tj. 57.785 zł. Strona pozwana (powódka wzajemna) winna przy tym zwrócić powódce (pозwanej wzajemnie) koszty zastępstwa procesowego odpowiadające 40% kwoty 10.800 zł tj. 4.320 zł (wynikającej z § 2 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie). Po dokonaniu wzajemnego potrącenia powyższych kwot ustalić należało, że tytułem stosunkowego rozliczenia kosztów postępowania przed Sądem I instancji powódka (pозwana wzajemna) winna zwrócić pozwanej (powódce wzajemnej) kwotę 53.465 zł.

Z uwagi na powyższe o zmianie zaskarżonego orzeczenia w zakresie powództwa wzajemnego orzeczono w punkcie 1 sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c.

W punkcie 2 o oddaleniu apelacji a contrario orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. uznając, że zaskarżone rozstrzygnięcie w swej zasadzie odpowiada prawu.

W punkcie 3 i 4 Sąd Apelacyjny rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego mając na uwadze, że powódka (pозwana wzajemna) wygrała postępowanie apelacyjne w 40%, zaś pozwana (powódka wzajemna) wygrała je w 60% - co do powództwa o zapłatę. W takim samym stopniu postępowanie wygrał pozwany bank (60%). O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. w oparciu o zasadę stosunkowego rozdzielnia.

Na koszty postępowania apelacyjnego toczącego się między powódką a pozwanym bankiem (pkt 3) złożyły się następujące składniki:

- 11.250 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika pozwanego banku za reprezentację w powództwie ustalenie - ustalone w oparciu o § 2 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. Wartość przedmiotu zaskarżenia w tym zakresie wyniosła 2.850.203 zł. Wynagrodzenie to nie podlegało obniżeniu o stosunek wygranej powódki bowiem przegrała ona w całości postępowanie o ustalenie.

Na koszty postępowania apelacyjnego toczącego się między powódką (pозwaną wzajemną) a pozwaną (...) (pkt 4) złożyły się następujące składniki:

- 39.600 zł tytułem opłaty od apelacji powódki (pозwanej wzajemnie) przy wartości przedmiotu zaskarżenia dla powództwa wzajemnego wynoszącej 1.818.164 zł. Po obniżeniu o stosunek wygranej w postępowaniu apelacyjnym kwota opłaty od apelacji (pierwotnie 90.900 zł) należnej do zwrotu powódce została obniżona do 40% tej kwoty tj. 39.600 zł;

- 3.240 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika powódki (pозwanej wzajemnej) za reprezentację w powództwie zapłatę - ustalone w oparciu o § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. Wartość przedmiotu zaskarżenia w tym zakresie wyniosła 1.818.164 zł. Wynagrodzenie to podlegało obniżeniu o stosunek wygranej powódki (pозwanej wzajemnie) tj. do 40% z kwoty 8.100 zł;

- 11.250 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika pozwanej (powódki wzajemnej) za reprezentację w postępowaniu o ustalenie - ustalone w oparciu o § 2 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Wartość przedmiotu zaskarżenia w tym zakresie wyniosła 2.850.203 zł. Wynagrodzenie to nie podlegało obniżeniu wobec przegrania przez powódkę w całości postępowania o ustalenie;



- 4.860 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika pozwanej (powódki wzajemnej) za reprezentację w postępowaniu zapłatę - ustalone w oparciu o § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Wartość przedmiotu sporu w tym zakresie wyniosła 1.818.164 zł. Wynagrodzenie to (pierwotnie 8.100 zł) podlegało obniżeniu o stosunek wygranej powódki (pozwanej wzajemnie – 40%) w postępowaniu o zapłatę tj. do 60% z 8.100 zł = 4.860 zł.

Dokonując wzajemnego rozliczenia powyższych kosztów postępowania apelacyjnego, uznać należało, że powódka (pozwana wzajemna) winna zwrócić stronie pozwanej (powódce wzajemnej) łącznie kwotę 13.490 zł (kwota 39.600 zł należna powódce – pozwanej wzajemnie pomniejszona o kwotę 16.110 zł należną pozwanej – powódce wzajemnej).

SSA Dorota Majerska-Janowska SSA Zbigniew Merchel SSA Przemysław Banasik