

RYNEK ENERGII ELEKTRYCZNEJ
WYBRANE ASPEKTY PRAWNE I TECHNICZNE

pod redakcją naukową Rajmunda Molskiego

SZCZECIN 2013

Rada Wydawnicza

Adam Bechler, Tomasz Bernat, Anna Cedro, Paweł Cięższyk
Piotr Michałowski, Małgorzata Ofiarska, Aleksander Panasiuk
Grzegorz Wejman, Dariusz Wysocki, Renata Ziemińska
Marek Górski – przewodniczący Rady Wydawniczej
Edyta Longiewska-Wijas – redaktor naczelna, dyrektor Wydawnictwa Naukowego

Recenzent

dr hab. Marek Szydło prof. UWyr

Redaktor Wydawnictwa

Elżbieta Blicharska

Korektor

Małgorzata Szczęsna

Skład komputerowy

Joanna Dubois-Mosora

Projekt okładki

Joanna Dubois-Mosora



© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2013

ISBN 978-83-7241-936-1

ISSN 0860-2751

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 11,0. Ark. druk. 13,7. Format A5.

*Uczynimy oświetlenie elektryczne tak tanie,
że tylko zamożni będą palić świece.*

Thomas Alva Edison, 1880

Spis treści

Przedmowa	7
Marlena Ballak , Wspólny rynek energii elektrycznej w Unii Europejskiej ...	13
Wojciech Jerzy Piwowarczyk , Przekształcenia strukturalne polskiego rynku energii elektrycznej w perspektywie wieloletniej w kontekście rynku wewnętrznego energii elektrycznej	43
Jacek Walski, Jadwiga Rajkiewicz, Marzena Budnik-Róź, Agnieszka Myszkowska , Spostrzeżenia i wnioski wynikające z realizacji zadań nałożonych na samorząd województwa ustawą Prawo energetyczne ...	73
Daniel Wacinkiewicz , Konsekwencje otwarcia rynku energii elektrycznej dla stosowania procedur zamówień publicznych w polskim systemie prawnym	89
Jakub Kasnowski , Fotowoltaika w perspektywie ustawy o odnawialnych źródłach energii	113
Kornelia Łuczejko , Projekt ustawy o korytarzach przesyłowych – ogólna charakterystyka i konsekwencje wprowadzenia nowych regulacji prawnych	137
Marek Górski , Zmiany w regulacjach prawnych dotyczących ochrony jakości powietrza	161
Małgorzata Weronika Greßler , Wybrane problemy związane z transformacją energetyczną w Niemczech (w najnowszym orzecznictwie tego państwa)	179
Michał Zeńczak , Techniczne aspekty przyłączania elektrowni wiatrowych i farm wiatrowych do systemu elektroenergetycznego	195
Informacje o autorach i redaktorze naukowym	219

Contents

Preface	8
Marlena Ballak , The common electricity market of the European Union	13
Wojciech Jerzy Piwowarczyk , The structural transformations of the Polish electricity market in the long-term perspective in the context of internal electricity market	43
Jacek Walski, Jadwiga Rajkiewicz, Marzena Budnik-Róź, Agnieszka Myszkowska , Remarks and findings on the implementation of tasks levied on province self-government by the energy law Act	73
Daniel Wacinkiewicz , The consequences of the opening of the electricity market for the use of public contracts award procedures in the Polish legal system	89
Jakub Kasnowski , Photovoltaic in the perspective of the Act on renewable energy sources	113
Kornelia Łuczejko , The draft Act on transmission corridors – general overview and the consequences of the implementation of new regulations	137
Marek Górski , Amendments to regulations concerning air quality protection	161
Małgorzata Weronika Greřler , Selected problems connected with Germany’s energy transformation (in the latest case law of this state)	179
Michał Zeńczak , Technical aspects of connection of wind power plants and wind power farms to power system	195
About the Authors and the Editor	219

Konsekwencje otwarcia rynku energii elektrycznej dla stosowania procedur zamówień publicznych w polskim systemie prawnym

Wprowadzenie

Nowelizacja ustawy Prawo energetyczne¹, jaka weszła w życie z dniem 1 lipca 2007 roku, wprowadziła niezwykle ważną zmianę w polskim sektorze energetycznym². Jej istotą było stworzenie odbiorcom możliwości dokonywania (co do zasady swobodnego) wyboru dostawcy energii elektrycznej. Tym samym, do polskiego systemu prawnego wprowadzono zasadę TPA (ang. *Third Party Access*³),

¹ Ustawa z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne (t.j. DzU 2012, nr 1059) – dalej jako UPE.

² Patrz na ten temat przede wszystkim Komunikat Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2008 r. w sprawie stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej, www.ure.gov.pl (dalej jako Komunikat URE/UZP). Patrz także pismo z dnia 24 kwietnia 2008 r. Urzędu Regulacji Energetyki, *Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej*, Lex 17054 (dalej jako Pismo). Na wymienionych opracowaniach bazują opracowania praktyczne i komentarze, wśród których należy zwrócić uwagę na komentarz praktyczny A. Łukaszewicza, *Zamówienia na dostawę energii elektrycznej w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i ustawy – Prawo energetyczne*, komentarz praktyczny Lex 109788, w którym poza interpretacją wymienionych wcześniej: Komunikatu URE/UZP i Pisma, autor dokonuje interesujących analiz dotyczących problematyki: oszacowania wartości zamówienia publicznego, poprawnego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, okresu trwania umowy czy też statusu zamawiających sektorowych w omawianym kontekście dostaw energii elektrycznej.

³ Na temat zasady dostępu strony trzeciej (ang. *Third Party Access* – TPA) patrz m.in. M. Stoczkiewicz, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw energetycznych w prawie Unii Europejskiej*, Lex 2011 nr 126158, gdzie podkreśla się, że zasada ta służy zapewnieniu konkurencji w sieci (*competition in network*) w sytuacji, gdy wykluczona jest konkurencja sieciami (*competition by networks*). Stawia ona jednocześnie podstawową przesłankę promowania konkurencji w sektorze energetycznym. Autor zwraca również uwagę, że za pośrednictwem TPA można zapobiec selektywnemu uprzywile-

pozwalającą na dostęp do rynku stronom trzecim. Skutkiem opisywanej zmiany było przeobrażenie ukształtowanego wcześniej modelu funkcjonowania rynku energii elektrycznej. W konsekwencji zmianie uległ status, działających dotąd w warunkach monopolu naturalnego, przedsiębiorstw energetycznych.

Z perspektywy przyjętych w rozdziale założeń metodologicznych obszar analiz obejmuje zwłaszcza wpływ otwarcia rynku energii elektrycznej na prawne uzasadnienie zmiany sposobu (i praktyki) wyboru trybu w procedurze udzielania zamówień publicznych i uformowaniu się w związku z tym nowego modelu stosunków prawnych między zamawiającym a wykonawcą⁴.

1. Europejski kontekst zmian na polskim rynku energii elektrycznej

Prawnym wyrazem zmiany, o której mowa powyżej, było wprowadzenie do UPE przepisu art. 4j, który (w obecnym stanie prawnym) stanowi, że „odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy”⁵. Tym samym dokonano istotnych zmian UPE, mających na celu dostosowanie jej przepisów do prawa UE – zwłaszcza w zakresie dyrektywy 2003/54/WE w sprawie wspólnych zasad dla wewnętrznego rynku energii elektrycznej⁶.

jowaniu tych właścicieli (udziałowców, akcjonariuszy), których pozycję kreuje sam fakt preferencyjnego dostępu do sieci. Zob. także literaturę, do której w zakresie charakterystyki TPA odwołuje się M. Stoczkiewicz, a w szczególności: M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005; B. Nowak, *Wewnętrzny rynek energii w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009; A. Walaszek-Pyziół, *Odmowa zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej – węzłowe zagadnienia prawne*, „PUG” 2006, nr 12, s. 2–13.

⁴ Z perspektywy przyjętych w rozdziale założeń metodologicznych obszar analiz zawężony został głównie do prawnych aspektów istotnych (konstrukcyjnych) zmian na rynku elektroenergetycznym jako czynnika wpływającego na praktykę stosowania zamówień publicznych w Polsce.

⁵ Wymieniony przepis w obecnym stanie prawnym stanowi ust. 1 art. 4j UPE. Pierwotne uformowanie art. 4j PE brzmiało: „Odbiorcy paliw gazowych lub energii mają prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy”. Przepis ten został dodany do PE mocą ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, ogłoszoną w DzU nr 62, poz. 552.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. 2003/54/WE w sprawie wspólnych zasad dla wewnętrznego rynku energii elektrycznej, uchylająca dyrektywę 96/92/WE, dalej dyrektywa 2003/54/WE (Dz. Urz. WE L 176 z 15.07.2003).

Niewątpliwie dyrektywa 2003/54/WE wniosła znaczący wkład w tworzenie rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁷. Na jej podstawie i przewidzianych w niej zasadach oraz środkach nie udało się w pełni stworzyć ram dla właściwie funkcjonującego rynku wewnętrznego⁸. W związku z tym zadanie tworzenia wewnętrznego rynku energii elektrycznej zostało także ujęte w nowej dyrektywie 2009/72/WE, dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁹. W jej treści podkreślono, że realizacja swobód traktatowych¹⁰ jest realna jedynie w warunkach w pełni otwartego rynku, którego istotnym elementem jest umożliwienie konsumentom swobodnego wyboru dostawców, zaś dostawcom – swobody realizacji dostaw na rzecz odbiorców¹¹. Nie musi to jednak oznaczać przyjęcia jednorodnego modelu organizacji rynku energii elektrycznej we wszystkich państwach członkowskich UE (na rynku wewnętrznym energii elektrycznej istnieją i istnieć będą różne rodzaje organizacji). Celem dyrektywy

⁷ To właśnie zgodnie z dyrektywą 2003/53/WE zaczął obowiązywać (od 1.07.2007) wymóg rozdziału prawnego i funkcjonalnego operatorów systemów dystrybucyjnych.

⁸ Na kwestię tę zwrócono uwagę w Komunikacie Komisji z 10.01.2007 r. *Polityka energetyczna dla Europy*, podkreślając znaczenie dokończenia budowy rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz stworzenia równych warunków działania dla wszystkich przedsiębiorstw energetycznych mających siedzibę w UE. Kwestia ta stanowiła również przedmiot komunikatów Komisji: *Perspektywy rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu oraz Dochodzenie w ramach art. 17 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 w odniesieniu do europejskich sektorów gazu i energii elektrycznej (raport końcowy)*. W tym kontekście za niepokojące należy uznać ciągle istnienie przeszkód w sprzedaży energii elektrycznej na równych, niedyskryminacyjnych i korzystnych warunkach (w szczególności nie we wszystkich państwach członkowskich istnieje już niedyskryminacyjny dostęp do sieci oraz równie skuteczny nadzór regulacyjny). Rynek wewnętrzny energii elektrycznej nadal ponosi konsekwencje braku płynności i przejrzystości. To z kolei stanowi przeszkodę skutecznej alokacji zasobów, zabezpieczeniu przed ryzykiem oraz wejściu na rynek nowych podmiotów. W tym kontekście dostrzegana jest potrzeba zwiększenia konkurencyjności i bezpieczeństwa dostaw, i dalej, zwiększenie zaufania do rynku, jego płynności oraz liczby uczestników.

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. U. UE.L. 2009.211.55).

¹⁰ Chodzi tu o klasyczny katalog swobód, jakie prawo pierwotne gwarantuje obywatelom UE: swobodny przepływ towarów, swoboda przedsiębiorczości oraz prawo do swobodnego świadczenia usług, *etc.*

¹¹ Dążenie do dobrze funkcjonującego modelu rynku wewnętrznego energii elektrycznej stanowi nie tylko przejaw powinności zapewnienia realizacji swobód traktatowych. Są także inne, konkretne korzyści. Z jednej strony otwarty model rynku dostarcza producentom zachęty do inwestowania w nowe moce wytwórcze (szczególne znaczenie należy przypisać kwestii wykorzystania odnawialnych źródeł energii). Z drugiej strony – dobrze funkcjonujący rynek powinien również dostarczać odpowiednich środków wsparcia wydajnego zużycia energii przez konsumentów.

2009/72/WE jest utworzenie w pełni funkcjonalnego rynku wewnętrznego energii elektrycznej – co z kolei ma przyczynić się do zwiększenia wydajności, konkurencyjności cen i wyższych standardów usług.

Za kwestię najwyższej wagi uznano w dyrektywie 2009/72/WE „wspieranie uczciwej konkurencji i łatwego dostępu różnych dostawców oraz podnoszenie zdolności wytwarzania nowej energii elektrycznej” – które pozwolić mają konsumentom na pełne wykorzystanie możliwości wynikających ze zliberalizowanego rynku wewnętrznego energii elektrycznej.

2. Skutki prawne otwarcia rynku energii elektrycznej w zakresie wyboru trybu zamówień publicznych

Do momentu otwarcia rynku zastosowanie procedur (a w ich ramach trybów) udzielania zamówień publicznych determinowane było stanem rynku elektroenergetycznego. Tu natomiast – wobec wspomnianego już monopolu naturalnego – istniała jedynie możliwość zakupu energii elektrycznej od lokalnego (regionalnego) przedsiębiorstwa energetycznego, a co za tym idzie, niemożność wyboru oferty tego dostawcy, który zaproponuje najlepszą cenę i warunki dostawy. W rezultacie skutkowało to negocjacjami między podmiotami publicznymi występującymi w charakterze zamawiających a dostawcami energii elektrycznej.

W kontekście rozwiązań prawnych przyjętych na gruncie PZP wymieniony stan faktyczny wypełniał przesłanki do zastosowania trybu „zamówienia z wolnej ręki” na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP – i taka również ukształtowała się praktyka¹².

Zgodnie z art. 66 ust. 1 PZP, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko

¹² Na takie ukształtowanie praktyki zwracają uwagę Prezes URE i Prezes UZP w przywołanym wcześniej Komunikacie URE/UZP. Ponadto, jak zauważa się w wymienionym dokumencie, zamawiający korzystali równocześnie z uprawnienia przewidzianego w art. 67 ust. 3 pkt 1 lit. B–d oraz f PZP, w którym zawarte jest zwolnienie z obowiązku informowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do umów, których przedmiotem są dostawy energii elektrycznej.

z jednym wykonawcą. Podstawą zastosowania tego trybu jest więc wykazanie, że w danej sprawie mamy do czynienia właśnie z jednym wykonawcą¹³.

W orzecznictwie NSA wskazuje się, że zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki „tylko wtedy”, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności – oznacza to, że „przepis ten powinien być interpretowany w sposób ścisły, ponieważ wskazuje na sytuacje wyjątkowe w stosunku do ogólnej zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (*exceptiones non sunt extendendae*)”¹⁴. Podobny punkt widzenia prezentowany jest w orzecznictwie administracyjnym, gdzie zauważa się, że „przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji, jednak ocena ich zaistnienia w konkretnym przypadku musi być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu specyficznych dla niego okoliczności faktycznych”¹⁵. Co za tym idzie, tryb zamówienia z wolnej ręki powinien być stosowany ze szczególną rozważą i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających przesłanki ustawowe¹⁶.

NSA wskazuje także, że „przesłanka prawna »jednego wykonawcy«, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca (monopolista¹⁷) świadczący tego rodzaju szczególnie usługi”¹⁸. Co więcej, taki stan rzeczy musi jednocześnie mieć

¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2006 r. II GSK 7/06, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, Lex nr 48836.

¹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 września 2012 r., KIO 1833/12, Lex nr 1218681.

¹⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 października 2012 r., KIO/KD 81/12, Lex nr 1230125.

¹⁷ Należy jednak zwrócić uwagę, że choć monopol danego wykonawcy jest najczęstszą przyczyną uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki, nie można całkowicie wykluczyć przypadków, w których tylko jeden wykonawca niebędący monopolistą w określonej dziedzinie – ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze – może wykonać konkretne zamówienie. Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 października 2012 r., KIO 2033/12, Lex nr 1223155.

¹⁸ Patrz Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, Lex nr 48836. W dalszej części wyroku NSA wskazuje, że przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której – obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególnie usługi; ponieważ w tym ostatnim wypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie.

charakter trwały i nieprzewidywalny¹⁹. NSA podkreśla, że „skorzystanie z tej możliwości jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca, ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko, znanego mu już wcześniej, wykonawcy”²⁰. Analogiczna argumentacja wyłania się ze stanowiska prezesa UZP wskazującego, że „podstawą zastosowania tej przesłanki jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. (...) Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie”²¹.

Konstrukcja jurydyczna trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki – gdy porównać ją do konstrukcji innych trybów zamówieniowych – wykazuje cechy specyficzne, których konsekwencją jest charakterystyczne ukształtowanie postępowania w trybie udzielania zamówienia z wolnej ręki – będące „proceduralnym odzwierciedleniem” właściwości tak udzielanych zamówień publicznych²².

Skoro konstrukcja prawna analizowanego trybu zamówieniowego *a priori* zakłada uczestnictwo w postępowaniu tylko jednego wykonawcy²³, to – jak

¹⁹ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 10 września 2012 r. BDF1/4900/70/70/12/45, Lex nr 1225473.

²⁰ Patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, Lex nr 48836.

²¹ *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki*, Urząd Zamówień Publicznych, brak sygnatury, Lex nr 22793, www.uzp.gov.pl.

²² Na temat przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki, kwestii ogłoszeń oraz środków ochrony prawnej, przewidzianych przez ustawodawcę dla uczestników takiego postępowania, patrz M. Lempicka, *Zamówienie z wolnej ręki*, ABC (brak daty), Lex nr 93959.

²³ Na temat praktycznych aspektów zjawiska nadużywania przez zamawiających udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki w sytuacjach, gdy zachodzi okoliczność, że dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, zob. T. Filipowicz, *Udzielanie zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych*, ABC 2012, Lex nr 145795;

zauważa się w literaturze przedmiotu – do zawarcia umowy nie dochodzi w drodze złożenia i przyjęcia oferty, lecz wówczas, gdy strony prowadzące negocjacje dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji²⁴.

Oczywistą proceduralną konsekwencją braku oferty w konstrukcji trybu zamówienia z wolnej ręki jest niezastosowanie dla tych regulacji prawnych, które dotyczą procedowania z ofertą (takich jak ocena ofert czy choćby dokonane w jej wyniku odrzucenie oferty, czy też wybór oferty najkorzystniejszej). Ponadto, w konstrukcji prawnej trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki nie ma miejsca na zastosowanie instytucji, które są z ofertą powiązane (czego przykładem jest sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokumentu potrzebnego do sporządzenia oferty)²⁵.

Ogólnie sformułowane prawo do wyboru (zmiany) sprzedawcy zostało rozszerzone i uszczegółowione mocą nowelizacji UPE z dnia 8.01.2010 roku²⁶. Dodane do art. 4j kolejne przepisy wskazały, że przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii po pierwsze stosować mają obiektywne i przejrzyste zasady zapewniające równe traktowanie użytkowników systemu, a po drugie, umożliwić winny odbiorcy energii (przyłączonemu do jego sieci) zmianę sprzedawcy energii na warunkach i w trybie określonym w przepisach UPE (ust. 2). Odbiorca końcowy może wypowiedzieć umowę, na podstawie której przedsiębiorstwo energetyczne dostarcza mu energię (bez pono-

na temat praktycznych aspektów zjawiska nadużywania przez zamawiających udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki w sytuacjach, gdy zachodzi okoliczność, że dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

²⁴ J. Jerzykowski, pkt 1 *Komentarza do art. 66 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2012, Lex nr 125889.

²⁵ Tamże.

²⁶ Patrz szerzej na ten temat M. Swora, A. Falecki, *Komentarz do art. 4(j) ustawy – Prawo energetyczne*, w: *Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, „Lex” 2010, nr 8466 oraz przywołana tam literatura, zwłaszcza publikacja M. Swory, *Polska w procesie integracji regionalnych rynków energii*, „Rynek Energii” 2010, nr 2 (87), s. 11, w której podkreśla się, że „liczba zmian sprzedawcy (*switches*) jest uznawana za jeden z bardziej istotnych wyznaczników świadczących o efektywnej konkurencji na danym rynku”, oraz A. Walaszek-Pyziół, *O jednej z prawnych metod liberalizacji rynku energii elektrycznej – „prawo” odbiorcy do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej*, w: *Współczesne problemy prawa energetycznego*, red. M. Wierzbowski, R. Stankiewicz, Warszawa 2010, s. 174, w którym to opracowaniu podkreślona została niesamodzielność przepisów art. 4j UPE polegająca na tym, że prawne aspekty skorzystania z tego prawa przez odbiorcę są unormowane również w innych przepisach UPE.

szenia kosztów i odszkodowań innych niż wynikające z treści umowy), składając do przedsiębiorstwa energetycznego pisemne oświadczenie (ust. 3), która ulega rozwiązaniu z ostatnim dniem miesiąca następującego po miesiącu, w którym oświadczenie tego odbiorcy dotarło do przedsiębiorstwa energetycznego (chyba że odbiorca wskaże późniejszy termin rozwiązania umowy – ust. 4). Sprzedawca energii dokonujący jej sprzedaży odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnej jest obowiązany zamieszczać na stronach internetowych oraz udostępniać do publicznego wglądu w swojej siedzibie informacje o cenach sprzedaży paliw gazowych lub energii oraz warunkach ich stosowania (ust. 5).

Otwarcie rynku energii elektrycznej zmieniło dotychczasową praktykę stosowania niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych.

Jak już wykazano – w analizowanym przypadku stosowania procedur zamówień publicznych w zakresie zakupu energii elektrycznej – w stanie prawnym, jaki obowiązywał przed 1 lipca 2007 roku, podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowił tryb z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 PZP). Był on w pełni uzasadniony tym, że dostawy mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Pojawienie się na rynku ofert wielu przedsiębiorców dokonujących obrotu energią elektryczną i możliwość dokonywania zakupu od dowolnego z nich wymusiła jednak rewizję dotychczasowego modelu stosowania PZP. Taka zmiana struktury rynku energii elektrycznej oraz stanu prawnego spowodowała, że ustała przeszkoda o charakterze obiektywnym, uzasadniająca stosowanie szczególnych trybów udzielania zamówień publicznych w zakresie dostaw tego medium. Zamawiający, w świetle powyższego, winni zatem stosować regulacje ogólne – dotyczące podstawowych (konkurencyjnych) trybów udzielania zamówień publicznych²⁷.

Na marginesie powyższych analiz należy zwrócić uwagę, że wprowadzenie zaprezentowanych zmian prawnych w organizacji i funkcjonowaniu polskiego rynku energii elektrycznej poprzedzone być musiało wieloma zmianami strukturalnymi²⁸. Do najistotniejszych należało niewątpliwie wyznaczenie operatorów systemów przesyłowych, prawne i organizacyjne wyodrębnienie operatorów

²⁷ Komunikat URE/UZP...

²⁸ Patrz także A. Łukasiewicz, *Zamówienia na dostawę energii elektrycznej...*

systemów dystrybucyjnych oraz wyodrębnienie przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się obrotem energią elektryczną²⁹.

3. Zastosowanie konkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej

Otwarcie rynku energii elektrycznej, przełamujące monopol dostaw przez lokalne przedsiębiorstwa energetyczne, zasadniczo zmieniło model funkcjonowania rynku energii elektrycznej.

Nowa sytuacja prawna i faktyczna wywarła wpływ na wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku elektroenergetycznym – prywatne i publiczne, zarówno po stronie kupujących, jak i sprzedających. W szczególności zmiany te znalazły zastosowanie w przypadku odbiorców publicznych – a precyzyjniej, podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP i na podstawie tej regulacji prawnej udzielających zamówień publicznych (zamawiających).

Zmiany na rynku energii elektrycznej nie oznaczają jednak całkowitej liberalizacji dostaw tego medium. O ile bowiem stworzone zostały faktyczne i prawne podstawy wyboru sprzedawcy energii, o tyle nie ma możliwości wyboru przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji bądź przesyłania energii elektrycznej (jak już wcześniej zauważono, przedsiębiorstwa te działają w warunkach monopolu naturalnego).

W takim stanie rzeczy można wskazać dwa zasadnicze modele dokonania zakupu energii elektrycznej przez odbiorców (zamawiających)³⁰. W modelu pierwszym odbiorca może otrzymywać dostawy energii elektrycznej na podstawie dwóch różnych umów, zawartych z dwoma odrębnymi przedsiębiorstwami energetycznymi – pierwsza z nich to umowa sprzedaży energii elektrycznej

²⁹ Por. tamże. Zob. także Pismo z dnia 24 kwietnia 2008 r. Urzędu Regulacji Energetyki... W Komunikacie URE/UZP zwraca się uwagę, że „na rynku energii elektrycznej funkcjonują obecnie: segment wytwarzania energii elektrycznej, operator systemu przesyłowego, którym jest PSE Operator SA w Warszawie, przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej w tym przedsiębiorstwa wyznaczone – na podstawie art. 9h ustawy – Prawo energetyczne – na operatorów systemu dystrybucyjnego. Ponadto, skutkiem powyższego wyodrębnienia na rynku pojawiło się 14 nowych przedsiębiorstw zajmujących się obrotem energią elektryczną”.

³⁰ Por. także A. Łukaszewicz, *Zamówienia na dostawę energii elektrycznej...*

jaką odbiorca zawrze ze sprzedawcą, natomiast druga umowa – o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej – zawarta zostanie między tym samym odbiorcą a przedsiębiorstwem energetycznym świadczącym usługę przesyłową (dystrybucyjną). Wariant zawarcia przez jednego odbiorcę umów z dwoma odrębnymi przedsiębiorstwami energetycznymi nie jest jednak jedynym możliwym na gruncie obecnej regulacji prawnej. Istnieje bowiem ponadto możliwość, przewidziana w art. 5 ust. 3 i 4 UPE, zawarcia tzw. umowy kompleksowej. Zawarcie tej ostatniej jest odrębnym, drugim modelem dokonywania zakupu energii elektrycznej przez odbiorców (zamawiających).

Co konkretnie oznaczają scharakteryzowane zmiany na rynku energii elektrycznej w zakresie stosowania procedur zamówieniowych? W modelu pierwszym procedura jest dwuelementowa, każdy z elementów zmierza do zawarcia innej umowy i każdy z nich należy traktować jako odrębne (choć logicznie powiązane ze sobą) postępowanie zamówieniowe, prowadzące do wyboru wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa. Innymi słowy, w wariacie tym występują dwie różne umowy, zawierane z dwoma odrębnymi przedsiębiorstwami energetycznymi, wyłonionymi w dwóch odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie zmierzające do zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej w pełni korzysta z cechy otwartości rynku i istniejącej na nim konkurencji. Skoro rynek nie jest już zmonopolizowany, funkcjonujące na nim przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem energią elektryczną (wykonawcy) mogą ze sobą skutecznie rywalizować (oferta), zwłaszcza ceną i warunkami dostawy. W tej sytuacji zasadne jest dokonanie przez zamawiającego wyboru wykonawcy na podstawie tzw. trybu konkurencyjnego. Należy rozważyć zastosowanie jednego z trybów podstawowych, do których PZP zalicza przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony³¹.

Drugim elementem w analizowanym modelu pierwszym jest dokonanie wyboru, a następnie udzielenie zamówienia publicznego na usługę dystrybucji

³¹ Tryb przetargu nieograniczonego stanowi przedmiot regulacji PZP, w szczególności art. 39–46. Zgodnie z art. 39 tej regulacji prawnej, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Z kolei tryb przetargu ograniczonego unormowany jest w art. 47–53 PZP. Zgodnie z art. 47, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.

lub przesyłania energii elektrycznej. Obszar ten, co już wskazano, nie dotyczy zliberalizowanego rynku – a monopol naturalny służy lokalnym przedsiębiorstwom przesyłowym (dystrybucyjnym). W tym zakresie stan istniejący nie różni się istotnie od stanu przed liberalizacją rynku. Usługi mogą być bowiem świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W takim przypadku naturalnym rozwiązaniem wydaje się zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki i na podstawie tej procedury wyłonienie wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa. W rezultacie umowę dostawy i umowę o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji zamawiający (odbiorca) może zawrzeć z dwoma odrębnymi wykonawcami (przedsiębiorstwami energetycznymi)³².

Model drugi – zamawiający w trybie określonym na podstawie art. 6 ust. 1 PZP udziela przedsiębiorstwu zajmującemu się obrotem energią elektryczną zamówienia publicznego na tzw. usługę kompleksową. Należy to rozumieć jako usługę świadczoną na podstawie umowy³³ (zawartej z przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się obrotem energią elektryczną) zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji energii³⁴.

Z konstrukcji „umowy kompleksowej” wynika jej niejednolity charakter – może ona zawierać postanowienia umowy sprzedaży i umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji zawartych przez sprzedawcę (działającego w charakterze swoistego pełnomocnika) na rzecz i w imieniu odbiorcy końcowego z przedsiębiorstwem zajmującym się przesyłem i dystrybucją energii elektrycznej³⁵.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że w praktyce rynkowej generalnie określane „świadczenia natury kompleksowej” (których nie można w prosty sposób zakwalifikować do jednolitej kategorii, gdyż składają się z pewnego kompleksu pojedynczych świadczeń) występują coraz częściej.

W PZP problematyce tej odpowiada art. 6, dotyczący zbiegu zamówień (dostaw, usług, robót budowlanych). Wynikająca z jego treści norma wskazuje

³² Komunikat URE/UZP...

³³ Umowa kompleksowa, o której mowa jest w art. 5 ust. 3 UPE.

³⁴ Definicja legalna usługi kompleksowej zawarta została w art. 3 pkt 30 UPE.

³⁵ Komunikat URE/UZP....

zamawiającym, którzy zamierzają udzielić zamówienia wielorodzajowego, które przepisy w odniesieniu do każdego rodzaju zamówienia będą stosowali w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego³⁶. Zgodnie z dosłownym brzmieniem art. 6 ust. 1 PZP, „jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy”³⁷.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, pojęcie umowy kompleksowej obejmuje dwie zupełnie różne konstrukcje prawne: umowa kompleksowa z art. 5 ust. 3 UPE³⁸ może być kwalifikowana jako po prostu umowa sprzedaży. Jeśli chodzi o umowę kompleksową z art. 5 ust. 4 UPE³⁹, to wydaje się, że ustawodawcy chodziło raczej o stworzenie jakiejś szczególnej odmiany związku umów (związku stosunków zobowiązaniowych)⁴⁰.

³⁶ Patrz L. Laszczyński, *Świadczenia kompleksowe w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz doświadczeń praktycznych*, Lex 158221. W przywołanym opracowaniu autor zwraca uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) poświęcone świadczeniom o charakterze kompleksowym, a zwłaszcza na wyroki KIO z 28.05.2012 r., KIO 904/12, KIO 911/12, KIO 918/12 czy też wyrok z 20.02.2012 r., KIO 226/12, w którym kładzie się nacisk na brak w polskim prawie szczególnych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych – w szczególności brak definicji legalnej tego pojęcia, brak określonych normatywnie kryteriów pozwalających określić granice między przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami odrębnymi, a kiedy związek między nimi jest na tyle ścisły, że należy mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym). Por. także inne poruszone w przywołanym opracowaniu kwestie dotyczące specyfiki świadczeń, usług i umów kompleksowych w świetle zamówień publicznych (zwłaszcza interesujący przegląd orzecznictwa KIO).

³⁷ Patrz szerzej M. Stachowiak, *Komentarz do art. 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex 125821.

³⁸ Art. 5 ust. 3 UPE stanowi w szczególności, że dostarczanie paliw gazowych lub energii może odbywać się na podstawie umowy zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji tych paliw lub energii, zwanej umową kompleksową.

³⁹ Art. 5 ust. 4 UPE stanowi, że umowa kompleksowa może zawierać także postanowienia umowy sprzedaży paliw gazowych lub energii, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii lub umowy o świadczenie usług magazynowania tych paliw, zawartych przez sprzedawcę na rzecz i w imieniu odbiorcy końcowego z przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się przesyłaniem, dystrybucją paliw gazowych lub energii lub magazynowaniem tych paliw.

⁴⁰ Por. J. Pokrzywniak, *Uwagi o pojęciu umowy kompleksowej w rozumieniu art. 5 Prawa energetycznego*, PUG 2006, Lex nr 51176. Autor zwraca także uwagę, że konstrukcja art. 5 ust. 4 UPE ma „tę zaletę, że w praktyce pozwala sprzedawcy na przenoszenie ryzyka niewypłacalności odbiorcy w zakresie zapłaty za usługi przesyłania, dystrybucji lub magazynowania na operatora systemu przesyłowego, dystrybucyjnego lub operatora systemu magazynowania”. I dalej, „konstrukcja ta byłaby

Co do zamówieniowego aspektu umowy kompleksowej należy zauważyć, że jej zawarcie stanowić powinno rezultat postępowania przeprowadzonego na podstawie zasad wyrażonych w art. 6 ust. 1 PZP, które można interpretować jako zobowiązanie zamawiających do stosowania konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych. Bezpieczne wydaje się bowiem założenie, że – co do zasady – wartość dostaw energii elektrycznej przekracza wartość usług przesyłania (dystrybucji) tego medium.

Nie wykluczając jednak potencjalnej możliwości wystąpienia sytuacji odwrotnej, czyli przypadku, gdy wartościowy udział usługi dystrybucji (przesyłania) w udzielanym zamówieniu przewyższa wartościowy udziału dostawy tej energii, to (stosownie do art. 6 ust. 1 PZP) zamawiający byłiby uprawnieni do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP).

4. Przypadki wyłączenia zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do zakupu energii elektrycznej

Zaprezentowane dwa rozwiązania prowadzące do zawarcia umów odnoszących się do zakupu energii elektrycznej mają charakter modelowy. Wyznaczają wzorzec zastosowania unormowań PZP przy zakupach energii elektrycznej. Nie mogą jednak być traktowane jako jedyne i znajdujące zastosowanie w każdych okolicznościach. Należy zwrócić uwagę, że rozwiązania prawodawcze o charakterze wyjątkowym modyfikują te modele, co potwierdza praktyka obrotu gospodarczego.

Przed przywołaniem i syntetyczną charakterystyką takich przypadków należy krótko nakreślić status zamówień publicznych, mających za przedmiot zakup energii elektrycznej. W tym kontekście powstaje najważniejsze pytanie o charakter dostaw energii elektrycznej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że specyficzną cechą „produktu” jakim jest energia elektryczna jest niemożność jednorazowego świadczenia dostawy stanowiącej przedmiot umowy. Zamierzony efekt stron umowy osiągnięty zostanie wówczas, gdy w określonym okresie świadczone będą regularne dostawy energii, odpowiadające potrzebom zama-

dopuszczalna również bez wspomnianej podstawy prawnej, gdyż podstawę do jej stosowania można by znaleźć w przepisach Kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie”.

wiającego. Skoro nie istnieje możliwość skumulowania świadczeń i wykonania ich jednorazowo, kieruje nas to ku konstrukcji zamówień, których istotą jest realizacja świadczeń powtarzających się okresowo⁴¹. Jak zauważa P. Banasik, „z zamówieniem na dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo będziemy mieli do czynienia wyłącznie wtedy, gdy dane zamówienie powtarza się co pewien czas, jednak nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy i dlatego realizowanie jest w częściach, stosownie do aktualnych potrzeb. Z tego też powodu należy uznać, że dostawy energii elektrycznej na rzecz zamawiającego zakwalifikować należy jako dostawy powtarzające się okresowo. Jednorazowa bowiem dostawa nie powoduje zaspokojenia wierzyciela – zamawiającego”⁴².

Na podstawie tego stanowiska skierujmy uwagę ku fundamentalnej kwestii zamówieniowej – wartości zamówienia publicznego⁴³ jako przesłance aktualizującej obowiązek zastosowania ustawy PZP. Na gruncie regulacji ustawowej podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (bez podatku od towarów i usług), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością⁴⁴. PZP stanowi także, że w wypadku dostaw lub usług ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż trzy miesiące

⁴¹ Jak zauważa się w literaturze przedmiotu, kategoria „dostaw lub usług powtarzających się okresowo” wywołuje istotne kontrowersje. Dzieje się tak m.in. dlatego, że PZP nie wprowadza definicji legalnej w tym zakresie. Jak wskazuje T. Robaczyński, próby znalezienia analogii między cywilistycznym pojęciem „świadczenia okresowego” a pojęciem „usług i dostaw powtarzających się okresowo”, o których mowa w PZP, są „charakterystyczną cechą większości świadczeń okresowych jest brak możliwości ich skumulowania bez szkody dla zamierzonego efektu ich realizacji, co uznano za cechę posiadającą bardzo duże znaczenie dla prawidłowej interpretacji „zamówień na dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo”. Jednak PZP nie potwierdza słuszności takiej interpretacji. Por. T. Robaczyński, *Zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo, komentarz praktyczny*, Lex nr 68409. Należy dodać, że interpretacja kategorii „dostaw lub usług powtarzających się okresowo” rodzi doniosłe konsekwencje praktyczne – mając wpływ na ustalenie wartości zamówienia, wybór odpowiedniego trybu zamówieniowego, a także wiążąc się z kwestią zaniżania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (na co również zwraca uwagę przywołany autor).

⁴² P. Banasik, *Czy dostawy energii elektrycznej można zaliczyć do kategorii dostaw powtarzających się okresowo, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych?*, Lex nr 126535.

⁴³ Na temat właściwego ustalania wartości zamówienia publicznego patrz m.in. J. Olszewska-Stompel, *Zamówienia o wartości szacunkowej do kwoty 14.000 euro, ich planowanie, szacowanie i udzielanie w aspekcie zakazu podziału zamówienia na części, komentarz praktyczny*, Lex nr 111619.

⁴⁴ Art. 32 ust. 1 PZP.

przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia⁴⁵, jeśli zaś już po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności wpływających na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.⁴⁶

Ponieważ dostawy energii elektrycznej mają charakter powtarzających się okresowo, to na gruncie PZP znajduje zastosowanie szczególnie sposób ustalenia wartości zamówienia⁴⁷. Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest mianowicie łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: po pierwsze, udzielonych w terminie poprzednich dwunastu miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym⁴⁸, albo po drugie, których zamawiający zamierza udzielić w terminie dwunastu miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie⁴⁹. Ta czytelna „dwunastomiesięczna” reguła nie może jednak znaleźć wprost zastosowania do umów na usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, w przypadku których mamy do czynienia z zamówieniami udzielanymi na czas nieoznaczony. Wartością zamówienia jest wówczas wartość ustalona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia⁵⁰.

Dochowanie należytej staranności przy oszacowaniu wartości zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to wyraźnie dostrzegalne na gruncie analizy PZP, stanowiącego m.in. że ani wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo⁵¹, ani podział zamówienia na części czy też zaniżanie jego wartości⁵² nie mogą być dokonywane w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

⁴⁵ Art. 35 ust. 1 PZP.

⁴⁶ Art. 35 ust. 2 PZP.

⁴⁷ Unormowany został w art. 34 PZP.

⁴⁸ Przy ustalaniu wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo przez łączną wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich dwunastu miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym uwzględnia się zmiany ilościowe zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowany na dany rok średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

⁴⁹ Art. 34 ust. 1 PZP.

⁵⁰ Art. 34 ust. 3 pkt 1 PZP.

⁵¹ Art. 34 ust. 2 PZP.

⁵² Art. 32 ust. 2 PZP.

Przechodząc do kwestii wartości zamówienia publicznego, jako przesłanki aktualizującej obowiązek zastosowania ustawy PZP, zwróćmy uwagę, że ustawy PZP nie stosuje się do zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro⁵³. Ten wyjątek znajduje zastosowanie również w wypadku zakupu energii elektrycznej. Innymi słowy, każdorazowo kiedy mamy do czynienia z zamówieniem publicznym dotyczącym zakupu energii elektrycznej przez zamawiającego i wartość zamówienia nie przekracza wskazanej kwoty – nie stosuje się PZP. „Pokusa” niestosowania ustawy, jak się okazuje w praktyce, nierzadko skłania zamawiających do prób wspomnianego podziału zamówienia na części czy też zaniżania jego wartości. Niemniej jednak tego typu nieprawidłowości nie mogą usuwać z pola widzenia kwestii prawnie dopuszczalnego i znajdującego zastosowanie w praktyce zakupu energii w przedziale wartości do 14 000 euro. W tym kontekście na uwagę zasługują dwie sytuacje. Jak wcześniej ustalono, na gruncie obecnego stanu prawnego udzielenie zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej można dokonać w dwóch modelach: albo na podstawie umowy kompleksowej (której zawarcie jest konsekwencją udzielenia zamówienia na usługę kompleksową), albo na podstawie dwóch odrębnych umów – pierwszej, zawartej w wyniku zastosowania trybu podstawowego w celu wyłonienia dostawcy (sprzedawcy) energii elektrycznej (przedsiębiorcy zajmującego się obrotem energią elektryczną) oraz drugiej, zawartej w wyniku zastosowania trybu z wolnej ręki w celu wyłonienia wykonawcy usługi dystrybucji lub przesyłania energii elektrycznej. Wyjątek dotyczący niestosowania ustawy PZP w związku z nieprzekroczeniem wartości zamówienia o równowartości 14 000 euro znajduje zastosowanie w obydwu tych wariantach. Przy czym, o ile w wypadku zawarcia umowy kompleksowej sprawa wydaje się nie budzić wątpliwości⁵⁴, o tyle w drugim przypadku mamy do czynienia z dwoma niezależnymi umowami, zawieranymi w wyniku przeprowadzenia dwóch osobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o różnych przedmiotach zamówienia. W związku z tym mamy także do czynienia z dwoma odrębnymi szacunkami wartości – dla dostaw (sprzedaży) energii elektrycznej oraz świadczenia usług dystrybucji. Ustalenie, czy wartość

⁵³ Art. 4 pkt 8 PZP.

⁵⁴ Umowa kompleksowa, dotycząca postępowania o wartości nieprzekraczającej równowartość 14 tys. euro, nie wymaga zastosowania przepisów ustawy PZP.

udzielanego zamówienia publicznego nie przekracza równowartości 14 000 euro powinno być dokonane odrębnie dla każdego z postępowań.

Analizując przesłanki aktualizujące zastosowanie ustawy PZP, należy także zwrócić uwagę na unormowanie art. 4 pkt 6 PZP, przewidujące wyłączenie stosowania ustawy w przypadku monopolu prawnego. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy na mocy ustawy lub decyzji administracyjnej przyznano wyłączne prawo do świadczenia określonych usług⁵⁵. Podmiotami, na rzecz których takie wyłączne prawo zostało ustanowione, mogą być tzw. zamawiający klasyczni, instytucje prawa publicznego oraz związki tych podmiotów⁵⁶. Uzasadnienie wyłączenia tego typu przypadków spod reżimu stosowania przepisów PZP wydaje się uzasadnione, jednak warunkiem skorzystania z niego – jak słusznie podkreśla się w literaturze – „jest stworzenie przez przepisy prawa wyłączności świadczenia usług przez takie podmioty. Jednak wyłączenie to, aby było zgodne z postanowieniami prawa europejskiego, wymaga, żeby prawo wyłączne przyznane było w zgodzie z przepisami TFUE”⁵⁷.

Odrębną kwestią pozostaje ustalenie, na jaki okres może zostać zawarta umowa zakupu energii⁵⁸. Jest to zagadnienie o istotnej doniosłości, gdyż do pewnego stopnia ustala specyfikę zamówień publicznych dotyczących zakupu energii elektrycznej, a tym samym wywiera wpływ na ich normatywnie wyznaczony sposób pojmowania.

Z uwagi na liberalizację rynku dostaw energii elektrycznej oraz ze względu na to, że zawieranie umów wieloletnich może wpływać niekorzystnie na konkurencyjność rynku, w polskim prawie zamówień publicznych uchylono uprawnienia zamawiających do zawierania umów na dostawy energii elektrycznej na czas nieoznaczony (art. 143 ust. 1 pkt 2 PZP)⁵⁹, jednocześnie rozszerzając możliwość

⁵⁵ W polskim systemie prawa zamówień publicznych tego typu wyłączenie dotyczy zastrzeżonych usług pocztowych, wykonywanych przez operatora publicznego. Por. m.in. Wyrok KIO z dnia z 18 stycznia 2012 r. KIO 70/12.

⁵⁶ Chodzi tu o zamówienia publiczne na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a PZP.

⁵⁷ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125819.

⁵⁸ Por. także A. Łukaszewicz, *Zamówienia na dostawę energii elektrycznej...*

⁵⁹ Uzasadnienie projektu Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI kadencji, Druk sejmowy nr 2310. Art. 143

zawierania umów zamówienia publicznego na czas nieoznaczony o sytuację, gdy ich przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej⁶⁰.

W rezultacie tych zmian, na gruncie obecnego stanu prawnego, umowy mające za przedmiot dostawy energii elektrycznej, jak również umowy kompleksowe zawiera się na czas oznaczony⁶¹. Jak zauważa J. Jerzykowski, „termin wykonania zamówienia może przez strony zostać oznaczony w sposób dowolny, byleby tylko wskazywał zdarzenie przyszłe i pewne. Może być to zarówno konkretna data, oznaczona liczbą jednostek czasu (dni, miesiące, lat), jak również odniesienie do konkretnie oznaczonego zdarzenia przyszłego i pewnego”⁶². W wypadku umów, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, a tak zakwalifikowaliśmy umowy dotyczące usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej, zamawiający ma możliwość zawarcia ich na okres dłuższy niż cztery lata, o ile wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty⁶³. PZP przewiduje ponadto, że w wypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, zamawiający o tym zamiarze zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie trzech dni od wszczęcia postępowania, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne i prawne⁶⁴.

ust. 1 pkt 2 PZP uchylony przez art. 1 pkt 29 lit a ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (DzU nr 223, poz. 1778), zmieniającej PZP z dniem 29.01.2010.

⁶⁰ Art. 143 ust. 1a PZP uchylony przez art. 1 pkt 29 lit b ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (DzU, nr 223, poz. 1778), zmieniającej PZP z dniem 29.01.2010. Uzasadnieniem przedmiotowej zmiany, jak zauważono w uzasadnieniu do projektu ustawy, był fakt, że „przedsiębiorstwa przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej funkcjonują w ramach monopolu naturalnego, a sytuacja ta ma charakter trwały”, patrz uzasadnienie projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI kadencji, druk sejmowy nr 2310.

⁶¹ Art. 142 ust. 1 PZP.

⁶² J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 142 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125973.

⁶³ Art. 142 ust. 2 PZP.

⁶⁴ Art. 142 ust. 3 PZP.

Podsumowanie

Analiza otwarcia polskiego rynku energii elektrycznej, z punktu widzenia stosowania procedur zamówień publicznych – poza dość oczywistym wnioskiem co do istnienia rzeczywistego związku przyczynowo-skutkowego w tym zakresie – wymaga podkreślenia, że posługiwanie się kategorią „otwarcia rynku energii elektrycznej” nie oznacza całkowitej jego liberalizacji, a jedynie prawne i faktyczne zapewnienie możliwości wyboru sprzedawcy (dostawcy). Wciąż brakuje możliwości wyboru przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji (przesyłu) energii elektrycznej – te bowiem nadal działają w warunkach monopolu naturalnego.

Nie ma jednak wątpliwości, że zmiany na rynku energii elektrycznej doprowadziły do zasadniczej zmiany praktyki stosowania procedur zamówień publicznych. Jej źródłem nie były, co należy podkreślić, zmiany polskiego prawa zamówień publicznych, lecz regulacji odnoszących się do obszaru energetyki.

Otwarcie rynku energii elektrycznej w zakresie wyboru dostawcy energii elektrycznej nie tylko uzasadnia zmianę praktyki stosowania zamówień publicznych, ale co istotne, stwarza możliwość zastosowania w nich tzw. procedur konkurencyjnych. W ich ramach wykonawcy rywalizują ze sobą – generując wymierne korzyści (zwłaszcza ekonomiczne) po stronie zamawiających.

W rezultacie ukształtowały się nowe modele stosunków prawnych między zamawiającym a wykonawcą, w ramach których zamawiający albo przeprowadza dwa odrębne postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego (jedno służące wybraniu dostawcy energii elektrycznej, a drugie – wyborowi przedsiębiorstwa), każde w innym trybie zamówieniowym i na ich podstawie zawiera dwie odrębne umowy (dostawy oraz świadczenia usług), albo stosunki między stronami uregulowane zostaną mocą postanowień umowy kompleksowej zawartej między odbiorcą a przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się obrotem energią elektryczną, w wyniku przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych wyznaczonej dyspozycją art. 6 ust. 1 PZP.

Streszczenie

Nowelizacja ustawy z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne, która weszła w życie z dniem 1.07.2007 r., stworzyła odbiorcom możliwości wyboru dostawcy energii elektrycznej. Otwarcie rynku przełamało istniejący dotąd monopol dostaw lokalnych przedsiębiorstw energetycznych i zasadniczo zmieniło model funkcjonowania rynku energii elektrycznej. Tym samym dokonano istotnych zmian legislacyjnych mających na celu dostosowanie przepisów do prawa Unii Europejskiej.

Do czasu otwarcia rynku istniała jedynie możliwość zakupu energii elektrycznej od lokalnego przedsiębiorstwa energetycznego (brak możliwości wyboru oferty zawierającej najlepszą cenę i warunki dostawy), a umowa zawierana była w wyniku negocjacji z dostawcami energii elektrycznej.

W aspekcie stosowania ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych w zakresie zakupu energii elektrycznej – przed 1 lipca 2007 roku podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowił „tryb z wolnej ręki”. Był on w pełni uzasadniony faktem, że dostawy mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Wymienione zmiany na rynku energii elektrycznej nie oznaczały jednak jego całkowitej liberalizacji. O ile stworzone zostały faktyczne i prawne podstawy wyboru sprzedawcy energii, o tyle brakuje możliwości wyboru przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji bądź przesyłania energii elektrycznej (te nadal działają w warunkach monopolu naturalnego).

W rezultacie, ukształtowały się nowe modele stosunków prawnych między zamawiającym a wykonawcą. W ich ramach zamawiający albo 1) przeprowadza dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, każde w innym trybie zamówieniowym, i na ich podstawie zawiera dwie odrębne umowy (dostawy oraz świadczenia usług) z różnymi wykonawcami, albo 2) udziela przedsiębiorstwu zajmującemu się obrotem energią elektryczną zamówienia publicznego na tzw. usługę kompleksową.

**THE CONSEQUENCES OF THE OPENING OF THE ELECTRICITY
MARKET FOR THE USE OF PUBLIC CONTRACTS
AWARD PROCEDURES IN THE POLISH LEGAL SYSTEM**

Abstract

The amendment to the Act of 10 April 1997 Energy Law, that came into force on 1st of July 2007, created opportunities for recipients to choose their electricity supplier. The opening of the market broke the previously existing monopoly of supplies that local energy enterprises had enjoyed and fundamentally changed the functioning of the electricity market. Thus, significant legislative changes were made, whose aim was to adjust legal provisions to the law of the European Union.

Up until the opening of the market, the only possibility existing on the market was to purchase electricity from a local energy enterprise (lack of opportunities to choose the tender offering the best price and delivery conditions), and the agreement was concluded as a result of negotiations with electricity suppliers.

In terms of the application of the Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law in the scope of the purchase of electricity – before July 1, 2007 the legal basis for the award of a contract had constituted the single-source procurement procedure. It was fully justified by the fact that the supplies could be provided by one economic operator only for technical reasons of the objective nature.

The above-mentioned changes on the electricity market did not mean, however, its complete liberalization. As far as real and legal basis for the choice of the electricity trader were laid down, there is a lack of opportunities to choose the energy enterprise dealing with the delivery of distribution services or electricity transfer (these still operate under conditions of natural monopoly).

As a results, new models of legal relationships between the awarding entity and the economic operator have been shaped. In their framework, the awarding entity either 1) conducts two separate public contract award procedures, each in a different awarding procedure and on the basis of these concludes two separate agreements (for supplies and service delivery) with different economic operators, or 2) awards an enterprise engaged in electricity trading the public contract for the so called comprehensive service.

Literatura

- Banasik P., *Czy dostawy energii elektrycznej można zaliczyć do kategorii dostaw powtarzających się okresowo, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych?*, Lex nr 126535.
- Filipowicz T., *Udzielanie zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych*, ABC 2012, Lex nr 145795.
- Jerzykowski J., *Komentarza do art. 66 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125889.
- Jerzykowski J., *Komentarz do art. 142 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125973.
- Laszczyński Ł., *Świadczenia kompleksowe w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz doświadczeń praktycznych*, Lex 158221.
- Łempicka M., *Zamówienie z wolnej ręki*, ABC (brak daty), Lex nr 93959.
- Łukaszewicz A., *Zamówienia na dostawę energii elektrycznej w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i ustawy – Prawo energetyczne, Komentarz praktyczny*, Lex 109788.
- Nowak B., *Wewnętrzny rynek energii w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Olszewska-Stompel J., *Zamówienia o wartości szacunkowej do kwoty 14.000 euro, ich planowanie, szacowanie i udzielanie w aspekcie zakazu podziału zamówienia na części, komentarz praktyczny*, Lex nr 111619.
- Pokrzywniak J., *Uwagi o pojęciu umowy kompleksowej w rozumieniu art. 5 Prawa energetycznego*, PUG 2006, Lex nr 51176.
- Robaczyński T., *Zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo, komentarz praktyczny*, Lex nr 68409.
- Stachowiak M., *Komentarz do art. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125819.
- Stachowiak M., *Komentarz do art. 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012*, Lex nr 125821.
- Stoczkiewicz M., *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw energetycznych w prawie Unii Europejskiej*, Lex nr 126158.
- Swora M., Falecki A., *Komentarz do art. 4(j) ustawy – Prawo energetyczne*, w: *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Lex nr 8466.

- Swora M., *Polska w procesie integracji regionalnych rynków energii*, „Rynek Energii” 2010, nr 2 (87).
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Walaszek-Pyziół A., *Odmowa zawarcia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej – węzłowe zagadnienia prawne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 12.
- Walaszek-Pyziół A., *O jednej z prawnych metod liberalizacji rynku energii elektrycznej – „prawo” odbiorcy do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej*, w: *Współczesne problemy prawa energetycznego*, red. M. Wierzbowski, R. Stankiewicz, Warszawa 2010.
- Komunikat Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2008 r. w sprawie stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej, www.ure.gov.pl.
- Pismo z dnia 24 kwietnia 2008 r. Urzędu Regulacji Energetyki, Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej, Lex 17054.
- Komunikat Komisji z dnia 10 stycznia 2007 r., Polityka energetyczna dla Europy, COM (2007) 1 wersja ostateczna – niepublikowany w Dzienniku Urzędowym, <http://eur-lex.europa.eu>.
- Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego z 10 stycznia 2007, Perspektywy rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, SEK (2006) 1709, SEK (2007) 12, KOM (2006) 841 wersja ostateczna, <http://eur-lex.europa.eu>.
- Komunikat Komisji Dochodzenie w ramach art. 17 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 w odniesieniu do europejskich sektorów gazu i energii elektrycznej (raport końcowy), SEK (2006) 1724, COM/2006/0851, <http://eur-lex.europa.eu>.
- Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI kadencji, Druk sejmowy nr 2310, www.sejm.gov.pl.
- Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, Urząd Zamówień Publicznych, brak sygnatury, Lex nr 22793 www.uzp.gov.pl.