

Ignacio Herrera-Anchustegui\*, Marcin Kraśniewski\*\*

## Wyłączenia stosowania dyrektywy w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – przegląd prawa i orzecznictwa unijnego w zarysie<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Zamiast wprowadzenia – obowiązek i wyłączenia stosowania zamówień
- II. Podstawy materialne wyłączeń stosowania dyrektywy sektorowej
- III. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej w zakresie przyznawania wyłączeń stosowania dyrektywy sektorowej w sektorze energetycznym
- IV. Wnioski

### Streszczenie

W niniejszym opracowaniu przedstawiono dotychczasową praktykę w zakresie przyznawania wyłączeń od stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Zauważalna jest wzrastająca liczba pozytywnych decyzji Komisji w tym zakresie. Autorzy przyjmują, że z czasem pojedyncze wyłączenia dyrektywy sektorowej doprowadzą do wyłączenia całego sektora energetycznego lub jego znacznej części spod unijnych zasad udzielania zamówień publicznych. W artykule dokonano analizy podstaw prawnych przyznawania wyłączeń oraz wydanych na ich podstawie decyzji Komisji Europejskiej dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w sektorze energetycznym.

**Słowa kluczowe:** zamówienia publiczne; sektor energetyczny; konkurencja; przedsiębiorstwa energetyczne.

**JEL:** K23, K32, K33

\* Doktor nauk prawnych; pracownik naukowy na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Bergen (Norwegia); członek stały Bergen Center for Competition Law & Economics (BECCLE). E-mail: ignacio.herrera-anchustegui@uib.no.

\*\* Doktorant w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego (Zakład Prawa Gospodarczego Publicznego) na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; wiceprezes Zarządu Polskiej Fundacji Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej *Ius Publicum* w Warszawie. E-mail: mkrasniewski@wpia.uni.lodz.pl; krasniewski@iuspublicum.pl; <https://orcid.org/0000-0002-8552-4182>.

<sup>1</sup> Niniejszy artykuł powstał na bazie referatu dr Ignacio Herrera-Anchustegui wygłoszonego podczas International Academic Conference Security and regulation of the energy market (Łódź, dn. 23–24.05.2019 r.). Referat został przygotowany w ramach programu: „Regulating energy markets, a perspective from EEA/EU Competition and Public Procurement Law” finansowanego przez Uniwersytet w Bergen oraz Equinor ASA.

## I. Zamiast wprowadzenia – obowiązek i wyłączenia stosowania zamówień

Podmioty gospodarcze działające w sektorze energetycznym, transportowym, zwłaszcza transportu kolejowego, wodno-kanalizacyjnym oraz pocztowym objęte są unijnymi regulacjami w zakresie udzielania zamówień publicznych dotyczących zakupów towarów, robót budowlanych lub usług, niezależnie od tego czy są one podmiotami publicznymi, czy prywatnymi. Kluczową z tego względu wydaje się być dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych<sup>2</sup>. Podmioty działające we wskazanych powyżej sektorach infrastrukturalnych pozostawały i wciąż pozostają pod wpływem państwa – są one podmiotami publicznymi albo są kontrolowane, albo nadzorowane przez państwo. Same sektory infrastrukturalne mają charakter rynków zamkniętych, na których podmioty prowadzą działalność gospodarczą, ze względu na istnienie praw specjalnych lub wyłącznych przyznawanych przez państwa członkowskie w zakresie zaopatrywania, udostępniania lub obsługi sieci do świadczenia przedmiotowych usług<sup>3</sup>.

Reguły udzielania zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie sektorowej oznaczają, że podmioty zamawiające muszą przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli chcą one nabyć towary, które mają służyć prowadzonej działalności gospodarczej. Dotyczy to również przypadków, gdy podmiot prowadzi działalność na podstawie specjalnych lub praw wyłącznych<sup>4</sup> (w przypadku podmiotów prywatnych) lub gdy jest on uznawany za instytucję zamawiającą<sup>5</sup>. Dla podmiotów działających w sektorze energetycznym oznacza to, że za każdym razem podmiot, który dostarcza lub świadczy usługi energetyczne, takie jak produkcja, transport lub dystrybucja gazu, ciepła lub energii elektrycznej oraz świadczy dostawy gazu, ciepła lub energii elektrycznej do takich sieci, muszą dokonywać zakupów zgodnie z dyrektywą sektorową<sup>6</sup>. „Dostawa” oznacza wytwarzanie (produkcję), sprzedaż hurtową i detaliczną<sup>7</sup>. Ponadto system zamówień publicznych obowiązuje również w ramach działalności związanej z wydobywaniem ropy naftowej i gazu oraz poszukiwaniem lub wydobywaniem węgla albo innych paliw stałych<sup>8</sup>. W związku z tym zakres dyrektywy sektorowej może obejmować wytwórców i dystrybutorów energii, operatorów systemu przesyłowego, a nawet podmioty handlujące energią (spółki obrotu).

System zamówień obejmuje zarówno publiczne, jak i prywatne przedsiębiorstwa energetyczne oraz inne podmioty działające w poszczególnych sektorach infrastrukturalnych. W przypadku podmiotów prywatnych – nazywanych podmiotami zamawiającymi – dotyczy to wyłącznie przypadków, gdy dany podmiot otrzymał prawo do działania w sposób wyłączny lub szczególny

<sup>2</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, (Dz. Urz. UE 2014 L 94/243) (dalej: dyrektywa 2014/25 lub dyrektywa sieciowa).

<sup>3</sup> Motyw 1 dyrektywy 2014/25.

<sup>4</sup> Nie jest jasne, jaki jest zakres „praw specjalnych lub wyłącznych” (*special or exclusive rights*) i czy należy interpretować je w świetle art. 106 TFUE, który dotyczy możliwości wykluczenia określonych usług z zastosowania reguł konkurencji. W wyroku C-302/94 dotyczącym łączny dzierżawionych w pkt. 34 TSUE zdaje się zauważać, że prawo specjalne lub wyłączne nie może być dostępne dla wszystkich podmiotów, które kwalifikują się do korzystania z tegoż. TSUE uznało, że prawa, które przyznano w drodze procedury zapewniającej odpowiednie upublicznienie postępowania i których przyznanie opierało się na obiektywnych kryteriach, nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych. A zatem przytoczone orzeczenie zawęża definicję i zdaje się wykluczać przypadki, w których nie ma marginesu dowolności przy przyznawaniu prawa. Zob. Article 4(2) Directive 2014/25. Wyr. z dnia 12.12.1996 r. w sprawie C-302/94 *Wielka Brytania v. Komisja Europejska dot. British Telecommunications* (C-302/94, ECR 1996 p. I-6417) ECLI:EU:C:1996:485.

<sup>5</sup> Zob. art. 8 oraz art. 14 dyrektywy 2014/25/EU.

<sup>6</sup> Art. 8 oraz art. 9 dyrektywy 2014/25/EU.

<sup>7</sup> Art. 7 dyrektywy 2014/25/EU.

<sup>8</sup> Art. 14 dyrektywy 2014/25/EU.

(*special or exclusive rights*) – uznaje się bowiem, że pozostają one pod wpływem państwa<sup>9</sup>. Należy jednak nadmienić, że jeżeli upoważnienie (*license*) do wykonywania określonej działalności gospodarczej zostało przyznane zgodnie z dyrektywą w sprawie energii elektrycznej<sup>10</sup> lub dyrektywie gazowej<sup>11</sup>, prawa te nie są ani specjalne, ani wyłączne. A zatem dyrektywa sektorowa nie znajduje zastosowania w tych przypadkach<sup>12</sup>.

Objęcie zakresem zastosowania dyrektywy sektorowej znacznie ogranicza możliwość wyboru dostawcy oraz możliwości negocjacyjne nabywcy. Zasadniczym celem dyrektywy jest to, aby rynki historycznie monopolistyczne i zasiedlone przez jedno krajowe przedsiębiorstwa pionowo zintegrowane (rynek wyłącznie krajowy) zostały otwarte na konkurencję wewnątrzspółnotową, a także zostały ograniczone różne rodzaje ryzyka związane z faworyzowaniem podmiotów z tego samego kraju (Arrowsmith, 2018, par. 6–10) oraz korupcja. Przyjęte rozwiązania winny następnie przełożyć się na wypracowanie najskuteczniejszego sposobu wykorzystania środków publicznych.

W dyrektywie sektorowej<sup>13</sup> oraz jej poprzednim odpowiedniku<sup>14</sup> przyjęto jednak, że zarysowane powyżej ograniczenia w zakresie aktywności zakupowej podmiotów, którym powierzono świadczenie usług użyteczności publicznej w sektorach infrastrukturalnych nie muszą być niezbędne do zapewnienia skutecznego wykorzystywania środków publicznych i zapobiegnięcia zjawisku faworyzowania określonych podmiotów, nienależnym przywilejom lub korupcji, jeżeli na danych rynkach występuje wystarczająca silna konkurencja, tj. bezpośrednio podlegają konkurencji (*competitive pressure*) (Arrowsmith, 2018, s. 16–56). A zatem podmioty, które musiałyby udzielać zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą sektorową są zwolnione z tego obowiązku, jeżeli państwo członkowskie lub podmiot zamawiający są w stanie wykazać, że wykonywana działalność bezpośrednio podlega konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony<sup>15</sup>. Wyłączenie takie jest przyznawane przez Komisję Europejską po przeprowadzeniu postępowania zakończonego pozytywną decyzją, o której mowa w art. 35 dyrektywy sektorowej. Procedurę tę uregulowano w decyzji Komisji 2016/1804<sup>16</sup>.

## II. Podstawy materialne wyłączeń stosowania dyrektywy sektorowej

Zgodnie z art. 34 dyrektywy sektorowej, podobnie jak uprzednio obowiązującym art. 30 dyrektywy 2004/17/WE, zamówienia publiczne mające na celu umożliwienie prowadzenia określonych rodzajów działalności w obszarach, o których mowa art. 8–14 te same nie podlegają jej przepisom, jeżeli wykazane zostanie podleganie danego rynku bezpośredniej presji konkurencji. Dyrektywa

<sup>9</sup> Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/167 z dnia 15.09.2016 r. wyłączająca dostawy detaliczne energii elektrycznej i gazu w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (Dz. Urz. UE 2016 L 253/6). Zob. par. 8 decyzji.

<sup>10</sup> Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity (OJ [2009] L 211/55).

<sup>11</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13.07.2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE, OJ L 211, 14.8.2009, s. 94–136.

<sup>12</sup> Art. 34(3) oraz motyw 20 dyrektywy 2014/25. W przypadku sektora energetycznego oznacza to, że beneficjentami wyłączenia będą najczęściej podmioty publiczne lub kontrolowane przez państwo oraz podmioty prywatne w państwach członkowskich, które nie wdrożyły w wystarczającym stopniu zasad wewnętrznego rynku UE w zakresie energii elektrycznej i gazu.

<sup>13</sup> Art. 34 oraz 35 dyrektywy 2014/25/EU.

<sup>14</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 134 z 30.04.2004, s. 1–113.

<sup>15</sup> Art. 34(1) dyrektywy 2014/25/EU.

<sup>16</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10.10.2016 r. dotycząca szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 275 z 12.10.2016, s. 39–53.

przewiduje zatem wyłączenie określonych rynków spod stosowania jej przepisów. Przyznane wyłączenie obejmuje całą działalność, dla której znajduje ono zastosowanie, dzięki czemu korzyści odniosą wszystkie podmioty, dla których dyrektywa wcześniej znajdowała zastosowanie. Możliwość skorzystania ma miejsce tylko wtedy, kiedy wnioskodawca, tj. instytucja zamawiająca, podmiot prawa publicznego lub podmiot prywatny prowadzący działalności na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych, wykażą, że w państwie członkowskim, w którym prowadzą działalność gospodarczą, o której mowa w art. 8–14 dyrektywy sektorowej podlega bezpośrednio konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony<sup>17</sup>. Beneficjent wyłączenia może w takim przypadku nabywać towary, usługi i roboty budowlane z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych.

Bezpośrednie podleganie danego rynku presji konkurencji jest ustalane w toku postępowania przeprowadzanego przez Komisję, która wykonuje test podlegania konkurencji. „Test” wykonywany jest w wyniku przeprowadzenia analizy rynkowej zarówno w zakresie produktów, jak i aspekcie geograficznych. Analiza ma doprowadzić do ustalenia istnienia i skali bezpośredniego podlegania konkurencji danego rynku. Jeżeli konkurencja jest wystarczająca, to podmioty na nim działające poddane są presji konkurencji, która w sposób naturalny wprowadza pożądane wolnorynkowe mechanizmy, które z tego względu nie muszą być stymulowane przez reguły udzielania zamówień. Warto podkreślić, że analiza koncentruje się na określonej działalności i na określonym rynku, a nie na zachowaniach danego podmiotu na analizowanym rynku. A zatem analiza ma charakter rynkowy, który dotyczy zarówno samej działalności, jak i obszaru geograficznego. Proces ten przebiega w sposób zbliżony do analiz rynkowych przeprowadzanych w sprawach z zakresu prawa konkurencji<sup>18</sup>, przy czym parametry wykorzystywane w tych analizach są zróżnicowane<sup>19</sup>.

Stosowane parametry są zróżnicowane w zależności od rynku, jaki jest poddawany analizie. Komisja stosuje szereg wskaźników oddający charakterystykę danego sektora gospodarki. Wskaźniki te nie są same w sobie decydujące i obligatoryjne, są jednak regularnie stosowane<sup>20</sup>. Pprzykładowo wśród paramentów wykorzystywanych przy analizach sektora energetycznego można wskazać: Komisja ocenia udziały rynkowe największych przedsiębiorstw energetycznych wykonujących analizowaną działalność, a więc działających w jednym z podsektorów (wydobycie, dystrybucja, obrót etc.); częstotliwość i łatwość zmieniania dostawcy energii lub usługi; obecność konkurencji cenowej oraz brak kontroli cen (np. taryfy regulowane); występującą koncentrację rynkową; funkcjonowanie rynku dnia bieżącego, następnego oraz rynku bilansującego<sup>21</sup>. Analiza może zostać przeprowadzana dla całego terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jego części, a nawet dla obszaru obejmującego kilka państw członkowskich. Analiza rynku w kilku państwach ma zastosowania w przypadku integracji sieci energetycznych.

Decyzje podejmowane przez Komisję na podstawie art. 34 dyrektywy sektorowej są szczegółowe i pozostają w ścisłym związku z wynikiem przeprowadzonej uprzednio analiz, tj. oceny

<sup>17</sup> Art. 34(1) dyrektywy 2014/24.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Wyr. z dnia 27.04.2016 r., Österreichische Post AG przeciwko Komisji, T-463/14, EU:T:2016:243, pkt 2.

<sup>20</sup> Zob. np. dec. wykonawcza Komisji (UE) 2016/1674 z dnia 15.09.2016 r. wyłączająca dostawy detaliczne energii elektrycznej i gazu w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE, Dz. Urz. L 253 z 17.9.2016, s. 6–15, pkt 8.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pkt 6.



bieżącego podlegania konkurencji danego rynku. Analiza nie sprowadza się do zbadania zachowań wnioskodawcy, ale rynku, na którym on działa.

### III. Praktyka decyzyjna Komisji w zakresie przyznawania wyłączeń stosowania dyrektywy sektorowej w sektorze energetycznym

Sektor energetyczny to sektor, w stosunku do którego złożono do tej pory najwięcej wniosków w sprawie wyłączenia omawianego w dyrektywie sektorowej. Na dzień 1 maja 2019 r. we wszystkich sektorach użyteczności publicznej złożono 41 wniosków. Spośród nich 28 dotyczyło sektora energetycznego (w tym gazu, energii elektrycznej i ropy naftowej), 11 – sektora pocztowego, a 2 – portów i lotnisk<sup>22</sup>.

Wnioski dotyczące sektora energetycznego dotyczą zasadniczo trzech sektorów: ropy naftowej, gazu i energii elektrycznej oraz w niewielkim stopniu poszukiwania i wydobycia torfu i węgla. W tych sektorach procedury obejmują cały łańcuch przemysłowy, w tym działalność wytwórczą (produkcyjną), a także sprzedaż hurtową i detaliczną (zwłaszcza energii elektrycznej), poszukiwania (ropa naftowa i gaz), a nawet magazynowanie gazu. Z analizy złożonych wniosków rysują się trzy charakterystyczne tendencje.

Po pierwsze, pozytywnie rozpatrzone wnioski o wyłączenie w stosunku do określonego podsektora lub określonego rodzaju działalności gospodarczej prowadzi do zmniejszenia ogólnego zastosowania zamówień sektorowych w odniesieniu do całego sektora energetycznego. W czasie obowiązywania dyrektywy z 2004 r. złożono kilka wniosków dla poszukiwania, ale żadnego dotyczącego wydobycia (rozumianym jako produkcja) ropy naftowej i gazu. Na podstawie starych przepisów pozytywnie rozpatrzone wnioski o wyłączenie z zastosowania reguł zamówień publicznych w odniesieniu do podmiotów zajmujących się poszukiwaniami ropy naftowej i gazu w takich państwach, jak: Portugalia (decyzja wyłączająca 2015/2177<sup>23</sup>), Grecja (decyzja wyłączająca 2015/1120<sup>24</sup>), Cypr (decyzja wyłączająca 2013/39/UE<sup>25</sup>), Dania (decyzja wyłączająca 2011/481/UE<sup>26</sup>). Włochy poszły natomiast o krok dalej – złożyły wniosek dotyczący poszukiwania ropy naftowej i gazu, a także wydobycia ropy naftowej (decyzja wyłączająca 2011/372/EU<sup>27</sup>). Wyłączenia z dyrektywy sektorowej o jeszcze większym zakresie przyznano w 2009 r. Holandii (decyzja wyłączająca 2009/546/WE<sup>28</sup>)

<sup>22</sup> Szczegółowy wykaz dostępny jest na stronie Komisji Europejskiej. Dostęp online: [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets\\_en](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en) (18.08.2019).

<sup>23</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2015/2177 z dnia 20.11.2015 r. wyłączająca poszukiwanie ropy naftowej i gazu w Portugalii z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 307 z 25.11.2015, s. 27–30.

<sup>24</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2015/1120 z dnia 8.07.2015 r. wyłączająca poszukiwanie ropy naftowej i gazu w Grecji z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 182 z 10.7.2015, s. 88–9.

<sup>25</sup> Dec. wykonawcza Komisji z dnia 18.01.2013 r. wyłączająca poszukiwanie ropy naftowej i gazu na Cyprze z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 18 z 22.1.2013, s. 19–2.

<sup>26</sup> Dec. wykonawcza Komisji z dnia 28.07.2011 r. wyłączająca poszukiwanie ropy naftowej i gazu oraz wydobycie ropy naftowej w Danii, z wyjątkiem Grenlandii i Wysp Owczych, z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 197 z 29.7.2011, s. 20–22. Pierwsza, ale wycofana próba przyznania zwolnienia dla poszukiwania i wydobycia ropy i gazu (a nie tylko wydobycie ropy) została podjęta przez Danię w roku 2010 – wniosek wycofany w dniu 15.02.2011 r. (2011 / C 58/07).

<sup>27</sup> Dec. wykonawcza Komisji z dnia 24 czerwca 2011 r. wyłączająca poszukiwanie ropy naftowej i gazu oraz wydobycie ropy naftowej we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 166 z 25.6.2011, s. 28–31. Pierwsza próba uzyskania wyłączenia dla poszukiwania i wydobycia ropy naftowej i gazu (a nie tylko wydobycie ropy) miała miejsce 2011 r. – wniosek 2011 C 98/10 wycofany.

<sup>28</sup> Dec. Komisji z dnia 8.07.2009 r. wyłączająca poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej i gazu w Niderlandach z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 181 z 14.7.2009, s. 53–56.

i w 2010 r. Wielkiej Brytanii (decyzja wyłączająca 2010/192/UE<sup>29</sup>). W obu przypadkach wnioski dotyczyły poszukiwania i wydobycia ropy naftowej i gazu. Uznano, że wykonywanie tego rodzaju działalności gospodarczej podlega bezpośrednio konkurencji, a samo stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych za zbędne. Z tego względu poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej i gazu nie podlega dyrektywie sektorowej.

Po drugie, w sektorze energii elektrycznej złożono najwięcej pozytywnie rozpatrzonych wniosków na podstawie dyrektywy z 2014 r. Więcej wniosków w czasie jej obowiązywania złożono jedynie w odniesieniu do poszukiwań ropy naftowej i gazu. Dotyczy to działalności zarówno hurtowej, jak i detalicznej, co na podstawie dyrektywy 2009/72 – i jej poprzedniczki z 2003 r. – jest zgodne z możliwością występowania konkurencji w tych dwóch sektorach w Unii Europejskiej<sup>30</sup>. Wydano jednak więcej decyzji związanych ze sprzedażą hurtową i wytwarzaniem energii elektrycznej niż w odniesieniu do sprzedaży detalicznej. Można zatem przyjąć, że proces liberalizacji sektora hurtowej sprzedaży energii elektrycznej jest bardziej zaawansowany niż w przypadku rynku detalicznego. Ponadto zauważalny jest znaczny odsetek decyzji dotyczących energii elektrycznej, które nie prowadziły do wyłączenia: spośród siedemnastu postępowań sześć zostało wycofanych lub rozpatrzonych negatywnie, a jedno zostało częściowo rozpatrzone pozytywnie. Prowadzi to do wniosku, że konkurencja w tych segmentach jest możliwa i realna, ale na obecnym etapie liberalizacji nie występuje w sposób wystarczający, tj. taki, który umożliwia wywieranie presji na podmioty uczestniczące w obrocie. Natomiast podmioty publiczne w dalszym ciągu kontrolują rynek energii elektrycznej.

Jak wspomniano powyżej, na podstawie nowej dyrektywy sektorowej złożono już wnioski o wyłączenie w odniesieniu do rynku energii elektrycznej. Wśród nich są m.in. decyzje o przyznaniu wyłączenia w odniesieniu do produkcji i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Holandii (decyzja wyłączająca 2018/71<sup>31</sup>); wspólne wnioski dotyczące sprzedaży hurtowej energii elektrycznej i gazu w Niemczech – dopóki zużycie energii elektrycznej jest rejestrowane przez system pomiaru zużycia, a zużycie energii przez konsumentów podlega opłacie na podstawie standardowego profilu obciążeń (decyzja wyłączająca 2016/1674<sup>32</sup>); oraz w Republice Czeskiej, przy czym w tym przypadku wyłączenie dotyczyło jedynie sprzedaży hurtowej gazu, a nie energii elektrycznej (decyzja wyłączająca 2018/1134<sup>33</sup>). Poza tym skutecznie rozpatrzono wnioski o wyłączenie poszukiwań, produkcji i sprzedaży hurtowej torfu stosowanego do produkcji energii elektrycznej w Finlandii (decyzja wyłączająca 2017/122<sup>34</sup>) oraz w 2017 r. złożono wniosek dotyczący sprzedaży detalicznej energii elektrycznej i gazu w Holandii, który nie został jeszcze rozpatrzony, a w 2018 r. nastąpiło zawieszenie biegu terminu<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Dec. Komisji z dnia 29.03.2010 r. wyłączająca poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej i gazu w Anglii, Szkocji i Walii z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedurę udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 84 z 31.03.2010, s. 52–55.

<sup>30</sup> Zob. USA, gdzie konkurencja detaliczna nie jest wymagana we wszystkich stanach. Na ten temat zob. Herrera Anchustegui, 2019.

<sup>31</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2018/71 z dnia 12.12.2017 r. wyłączająca produkcję i hurtową sprzedaż energii elektrycznej w Niderlandach z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. L 12 z 17.01.2018, s. 53–61.

<sup>32</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2016/1674 z dnia 15.09.2016 r. wyłączająca dostawy detaliczne energii elektrycznej i gazu w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE, Dz. Urz. L 253 z 17.09.2016, s. 6–15.

<sup>33</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2018/1134 z dnia 5.07.2018 r. w sprawie stosowania art. 34 dyrektywy 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady do zamówień udzielanych w celu prowadzenia niektórych działań związanych z dostawami detalicznymi energii elektrycznej i gazu ziemnego w Republice Czeskiej, Dz. Urz. L 205 z 14.08.2018, s. 23–39.

<sup>34</sup> Dec. Komisji z dnia 30.11.2010 r. zmieniająca decyzje 2005/692/WE, 2005/734/WE, 2006/415/WE, 2007/25/WE i 2009/494/WE w odniesieniu do ptasiej grypy, Dz. Urz. L 316 z 2.12.2010, s. 10–16.

<sup>35</sup> Komisja Europejska, Powiadomienie o wniosku złożonym na podstawie art. 35 dyrektywy 2014/25/UE – Zawieszenie biegu terminu przyjęcia aktów wykonawczych (2018/C 114/11).

Na podstawie starej dyrektywy złożono szereg wniosków dotyczących zarówno sprzedaży detalicznej, jak i hurtowej w odniesieniu do energii elektrycznej. W przypadku Włoch wyłączenie przyznano w odniesieniu do produkcji i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych w Makroregionie Południe (*Macro-zone South*) – wyłączenie nie ma jednak zastosowania do energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych (decyzja wyłączająca 2012/6665/UE<sup>36</sup>). Ponadto we Włoszech przyznano wyłączenie w odniesieniu do produkcji i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej, przy czym tym razem w Makroregionie Północ (*Macro-zone North*) oraz sprzedaży detalicznej energii elektrycznej odbiorcom końcowym podłączonym do sieci średniego, wysokiego i bardzo wysokiego napięcia na terenie całych Włoch (decyzja wyłączająca 2010/403/UE<sup>37</sup>). W Niemczech wyłączenie przyznano w odniesieniu do produkcji i pierwszej sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych (decyzja wyłączająca 2012/218/UE<sup>38</sup>). Natomiast w Austrii pozytywnie rozpatrzono wniosek o przyznanie wyłączenia na rynku wytwarzania energii elektrycznej (decyzja wyłączająca 2008/585/WE<sup>39</sup>). W przypadku państw nordyckich wyłączenia przyznano w odniesieniu do wytwarzania i sprzedaży energii elektrycznej zarówno w Szwecji (decyzja wyłączająca 2007/706/WE<sup>40</sup>), jak i w Finlandii (decyzja wyłączająca 2006/422/WE<sup>41</sup>). W Wielkiej Brytanii przyznano dwa inne wyłączenia – jedno w związku z wytwarzaniem energii elektrycznej (decyzja wyłączająca 2006/211/WE<sup>42</sup>) i drugie w zakresie dostaw energii elektrycznej i gazu (decyzja wyłączająca 2007/141/WE<sup>43</sup>).

Nie wszystkie wnioski z sektora energii elektrycznej zostały rozpatrzone pozytywnie. Przykładowo Polska złożyła wniosek o wyłączenie wytwarzania i sprzedaży detalicznej energii elektrycznej, został on jednak cofnięty w 2014 r. (cofnięty wniosek 2014/C 429/09<sup>44</sup>). Wcześniej Polska wnioskowała o wyłączenie wytwarzania i sprzedaży detalicznej energii elektrycznej w roku 2008, ale w tym przypadku wniosek został oddalony – uznano, że poziom konkurencji w sektorze nie jest wystarczający (decyzja wyłączająca 2008/741/WE<sup>45</sup>). Inne przykłady to wniosek Republiki Czeskiej dotyczący produkcji energii elektrycznej, który odrzucono w 2008 r. (decyzja wyłączająca 2009/47/WE<sup>46</sup>)

<sup>36</sup> Dec. wykonawcza Komisji z dnia 26.09.2012 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych w Makroregionie Północ i Makroregionie Południe we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz zmieniająca decyzję Komisji 2010/403/UE, Dz. Urz. L 271 z 5.10.2012, s. 4–11.

<sup>37</sup> Dec. Komisji z dnia 14.07.2010 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej we włoskiej Makroregionie Północ oraz sprzedaż detaliczną energii elektrycznej odbiorcom końcowym podłączonym do sieci średniego, wysokiego i bardzo wysokiego napięcia we Włoszech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 186 z 20.07.2010, s. 44–49.

<sup>38</sup> Dec. wykonawcza Komisji z dnia 24.04.2012 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż hurtową energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł konwencjonalnych w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 114 z 26.04.2012, s. 21–27.

<sup>39</sup> Dec. Komisji z dnia 7.07.2008 r. wyłączająca produkcję energii elektrycznej w Austrii z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 188 z 16.07.2008, s. 28–31.

<sup>40</sup> Dec. Komisji z dnia 29.10.2007 r. wyłączająca produkcję i sprzedaż energii elektrycznej w Szwecji z zakresu stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. L 287 z 1.11.2007, s. 18–22

<sup>41</sup> Dec. Komisji 2006/422/WE (Dz. Urz. L 168 z 21.06.2006, s. 33).

<sup>42</sup> Dec. Komisji 2006/211/WE (Dz. Urz. L 76 z 15.03.2006, s. 6).

<sup>43</sup> Dec. Komisji 2007/141/WE (Dz. Urz. L 62 z 1.03.2007, s. 23).

<sup>44</sup> Komisja Europejska, Powiadomienie o wniosku złożonym na podstawie art. 35 dyrektywy 2014/25/UE – cofnięcie wniosku – Wniosek państwa członkowskiego 2014/C 429/09.

<sup>45</sup> Dec. Komisji z dnia 11.09.2008 r. stanowiąca, że art. 30 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych nie ma zastosowania w odniesieniu do wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Polsce (2008/741/WE), Dz. Urz. UE L 251 z 19.09.2008, s. 35–38.

<sup>46</sup> Dec. Komisji 2009/47/WE (Dz. Urz. L 19 z 23.01.2009, s. 57).

oraz wycofany wniosek Hiszpanii z roku 2009 dotyczący produkcji i sprzedaży energii elektrycznej (cofnięty wniosek 2009/C 237/08).

I wreszcie po trzecie, podczas gdy wyłączenie sprawia, że dyrektywa nie jest stosowana w odniesieniu do sektora, w którym konkurencja jest wystarczająca, jako całości, to beneficjentami tych wyłączeń były i są najczęściej przedsiębiorstwa publiczne będące zintegrowane poziomo, w zależności od formy rozdziału przyjętej w danym państwie członkowskim. Przykładowo beneficjentami wniosku Holandii z 2018 r. dotyczącego sprzedaży hurtowej energii elektrycznej były DONG Energy A/S, Eneco B.V. oraz N.V. Nuon Energy, podmioty publiczne, w których państwo kontroluje co najmniej 50% kapitału (decyzja wyłączająca 2018/71<sup>47</sup>).

#### IV. Wnioski

W niniejszym opracowaniu przedstawiono dotychczasową praktykę w zakresie przyznawania wyłączeń od stosowania dyrektywy sektorowej w odniesieniu do podmiotów z sektora energetycznego. Działalność gospodarcza na rynkach energetycznych w poszczególnych państwach członkowskich była wykonywana przez podmioty, które były w pełni lub w znacznej mierze kontrolowane przez państwo. Podmioty te przed rozpoczęciem procesu liberalizacji miały tendencję do faworyzowania określonych dostawców. W takim modelu wykorzystania środków publicznych było jednak nieefektywne, co z kolei prowadziło do spowolnień na unijnym rynku wewnętrznym. W celu zmniejszenia wpływu państwa podmioty wykonujące działalność gospodarczą w sektorze energetycznym miały obowiązek stosować zasady udzielania zamówień publicznych, ilekroć dokonywały zakupów. Wraz z otwarciem wewnętrznego rynku energetycznego na konkurencję oraz postępującym procesem liberalizacji zmalała potrzeba kontrolowania zamówień publicznych w zakresie określonych działalności w niektórych państwach członkowskich przez dotychczasowe reguły zamówień publicznych. W związku z tym prywatne przedsiębiorstwa prowadzące działalność w państwach członkowskich, gdzie w wystarczającym stopniu wdrożono pakiety energetyczne, nie podlegały dyrektywie sektorowej, a podmioty publiczne mogły korzystać z wyłączenia z obowiązku stosowania jej przepisów jeżeli podlegały bezpośrednio presji konkurencji.

Wyłączenie z dyrektywy sektorowej stosowane jest w znacznym stopniu w sektorze energetycznym. W większości przypadków przebieg prowadzonego przez Komisję postępowania przynosi pozytywny rezultat dla wnioskodawcy. Działalność jest najczęściej związana z energią elektryczną (zwłaszcza ostatnio sprzedaż hurtowa i detaliczna) oraz gazem, a także, zgodnie z dyrektywą z 2004 r., z poszukiwaniami ropy naftowej i gazu. Pokazuje to, że zasadniczo unijne pakiety energetyczne, o ile są prawidłowo dostosowane, zdają się zapewniać odpowiedni poziom konkurencji dla byłych lub aktualnych liderów energetycznych na szczeblu krajowym. Zaskakujące jest jednak to, jak wiele publicznych podmiotów energetycznych i państw członkowskich nie wnioskowało jeszcze o wyłączenie, co oznacza, że te podmioty zamawiające wciąż stosują dyrektywę sektorową. W najbliższych latach należy spodziewać się dalszego rozwoju regulacji energetycznej i wyższego poziomu konkurencji. Pakiet „Czysta energia” sprawi, że podmioty zamawiające w sektorze energetycznym złożą kolejne wnioski o wyłączenie z dyrektywy sektorowej. Można

<sup>47</sup> Dec. wykonawcza Komisji (UE) 2018/71 z dnia 12.12.2017 r. wyłączająca produkcję i hurtową sprzedaż energii elektrycznej w Niderlandach z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 12 z 17.01.2018, s. 53–61.



nawet przyjąć, że z czasem pojedyncze wyłączenia dyrektywy sektorowej doprowadzą do wyłączenia całego sektora energetycznego lub jego znacznej części spod unijnych zasad udzielania zamówień publicznych.

## Bibliografia

Arrowsmith, S. (2018). *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK: Vol. 2*, (3rd ed. edn.). London: Sweet & Maxwell.

Herrera Anchustegui, I. (2018). Transmission Networks in Electricity Competition: Third-Party Access and Unbundling – a Transatlantic Perspective. W: J.I. Ruiz Peris (red.), *Competencia en mercados con recursos esenciales compartidos: telecomunicaciones y energía*, University of Valencia (2018, Forthcoming). Pozyskano z: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3159458>.