

Monika Przybylska

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: monika_przybylska@o2.pl

POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO A SPRZEDAŻ ENERGII ODNAWIALNEJ WYTWORZONEJ PRZEZ SPÓŁKĘ KOMUNALNĄ¹

PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE VS. THE SALE OF RENEWABLE ENERGY PRODUCED BY A MUNICIPAL COMPANY

DOI: 10.15611/pn.2017.497.22

JEL Classification: K32

Streszczenie: Artykuł dotyczy sprzedaży energii odnawialnej wyprodukowanej przez spółkę komunalną. W tym zakresie dokonano analizy kilku obszarów regulacyjnych. Po pierwsze, uzasadniono, że gmina może wytwarzać energię odnawialną poprzez spółkę komunalną. Aktywność taka odbywa się poza sferą użyteczności publicznej, jednak znajduje swoje uzasadnienie w ustawie o gospodarce komunalnej. Po drugie, wskazano, iż produkcja i sprzedaż energii odnawialnej co do zasady podlega przepisom ustanowionym w ustawie o odnawialnych źródłach energii. Świadczy to o tym, że co do zasady tryby sprzedaży energii odnawialnej wyznacza wskazana ustawa, a dopiero w drugiej kolejności zastosowanie mają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Po trzecie, zwrócono uwagę, kiedy i po spełnieniu jakich warunków spółka komunalna zobowiązana jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sprzedaż energii odnawialnej.

Słowa kluczowe: zadania własne gminy, wytwarzanie energii odnawialnej, spółka komunalna, sprzedaż energii odnawialnej, zamówienia publiczne.

Summary: The article concerns the sale of renewable energy produced by a municipal company. In this area several regulatory areas were analysed. First, it was justified that the municipality could produce renewable energy in the form of a municipal company. This activity is outside the scope of public utility tasks, but is justified by the law on municipal economy. Secondly, it was pointed out that the production and sale of renewable energy was, in principle, subject to the rules laid down in the Renewable Energy Act. This proves that, in principle,

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego SONATA BIS finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, na podstawie decyzji nr DEC-2014/14/E/HS5/00845, umowa nr UMO-2014/14/E/HS5/00845.

the modes of sale of renewable energy are determined by the mentioned law. The provisions of the Public Procurement Law Act are applied in the second place. Thirdly, attention was paid when and under what conditions the municipal company was obliged to conduct a public procurement procedure for the sale of renewable energy.

Keywords: local government tasks, renewable energy production, municipal company, sale of renewable energy, public procurement.

1. Wstęp

Wytwarzanie energii ze źródeł odnawialnych jest jednym z najważniejszych trendów międzynarodowej polityki ochrony środowiska². Na szczeblu europejskim doniosłe znaczenie mają postulaty Strategii Europa 2020³, które realizowane są przez państwa członkowskie Unii Europejskiej (dalej: UE). Jednym z głównych założeń wymienionej polityki europejskiej jest wzrost końcowego zużycia energii ze źródeł odnawialnych o 20% do 2020 r.⁴ Cel ten i metody jego osiągnięcia wskazane są również *expressis verbis* w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, zmieniającej i w następstwie uchylającej dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE⁵ (dalej: OZE dyrektywa)⁶. Wskazana dyrektywa została zaimplementowana do porządku krajowego w formie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii⁷ (dalej: OZE ustawa).

Wymieniona ustawa reguluje zasady wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych⁸. Co do zasady prawo wytwarzania przyznane jest przedsiębiorcy, poza sytuacjami gdy energię zieloną wytwarza szczególna kategoria wytwórcy, jaką jest promument⁹. Cechą charakterystyczną wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych jest to, że koszty takiej działalności są znacznie wyższe w porównaniu z wytwarzaniem energii ze źródeł konwencjonalnych. W związku z tym prawo unijne przewiduje, na zasadzie wyjątku od traktatowych postanowień, iż podmioty podejmujące aktywność w omawianym zakresie mogą ubiegać się o wsparcie finansowe. Jednocześnie

² A. Boute, *The potential contribution of international investment protection law to combat climate change*, Journal of Energy & Natural Resources Law, no. 3, 2009, s. 333-376.

³ http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf (25.04.2018).

⁴ Z kolei do 2030 r. UE zakłada wzrost do 27%. Zob. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pl/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.7.4.html (25.04.2018).

⁵ Dz.U. UE L 09.140.16.

⁶ W listopadzie 2016 r. Komisja Europejska zaproponowała kolejne cele w obszarze ochrony środowiska, czyli tzw. pakiet zimowy. Zob. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4009_pl.htm (25.04.2018).

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1148, ze zm.

⁸ Szerzej zob. art. 1 OZE ustawy.

⁹ M. Przybylska, *Prawa promumenta na rynku energii elektrycznej*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, nr 3(6), 2017, s. 101-107.

ustawodawca unijny zdecydował, że w gestii państw członkowskich leży decyzja, w jakiej formie udzieli one pomocy publicznej podmiotom wytwarzającym energię ze źródeł odnawialnych¹⁰.

Rozważania artykułu skoncentrowane są na kwestiach związanych z wytwarzaniem energii ze źródeł odnawialnych przez gminę w kontekście prawa zamówień publicznych. Uzasadnieniem podjęcia tematu jest fakt, że przepisy ogólne, tj. zawarte w OZE ustawie, umożliwiają (a wręcz gwarantują) wytwórcom sprzedaż energii odnawialnej, bowiem regulacje wskazanej ustawy wprowadzają 15-letni obowiązek zakupu wyprodukowanej energii ze źródeł odnawialnych, przy założeniu, że podmiotem zobowiązanym do zakupu tej energii jest tzw. sprzedawca zobowiązany. W związku z tym dalsza analiza będzie prowadzona w celu odpowiedzi na pytanie, w jakim trybie gmina – będąc wytwórcą energii ze źródeł odnawialnych – zobowiązana jest ją sprzedać i czy przy takiej czynności zobowiązana jest stosować przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹¹ (dalej: PZP ustawa). Wcześniej jednak wskazane zostaną argumenty uzasadniające podjęcie przez gminę aktywności w obszarze wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych, jak również zaprezentowane zostaną formy, w jakich taka działalność może być przez gminę wykonywana.

2. Zadania gminy a wytwarzanie energii odnawialnej

Gmina, jak każda inna jednostka samorządu terytorialnego, może wytwarzać energię ze źródeł odnawialnych. Na początku rozważań niniejszego punktu należy odpowiedzieć na pytanie: w jakim celu gmina podejmuje aktywność polegającą na wytwarzaniu energii ze źródeł odnawialnych?

Prima facie każda aktywność gminy kojarzona jest z wykonywaniem przez nią zadań publicznych. Nie inaczej jest w obszarze wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych, bowiem działalność gminy w sferze wytwarzania takiej energii można uznać za pozostającą w zakresie zadań własnych z obszaru zaopatrzenia w energię elektryczną¹². Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 *in fine* ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹³ (dalej: SG ustawa): „zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz”. Od razu jednak należy zaznaczyć, o czym będzie mowa szczegółowo w następnym punkcie, że to nie gmina bezpośrednio zaopatruje w energię elektryczną (wytworzoną ze źródeł

¹⁰ A. Bohdan, M. Przybylska, *Podstawy prawne odnawialnych źródeł energii i gospodarki odpadami w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 30 i n.

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, ze zm.

¹² E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *Gmina jako podmiot systemu wspierania wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXXVIII, zeszyt 3. 2016, s. 93-106.

¹³ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.

odnawialnych) swoich mieszkańców, lecz czyni to dane przedsiębiorstwo energetyczne¹⁴. Związane jest to z koniecznością przekazania wytworzonej energii do sieci dystrybucyjnej obsługiwanej przez dane przedsiębiorstwo energetyczne, które następuje poprzez sprzedaż tej energii, a zatem mamy w takim przypadku do czynienia z umową sprzedaży energii. W tym kontekście kwestią o podstawowym znaczeniu jest ustalenie, czy wskazana sprzedaż spełnia znamiona zamówienia publicznego i czy do sprzedaży energii, o której mowa, zastosowanie mają przepisy PZP ustawy, co nastąpi w dalszej części rozważań.

Zakwalifikowanie przez ustawodawcę zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz do zadań własnych gminy wiąże się z ustaleniem, czy taka działalność jest jednocześnie zadaniem użyteczności publicznej. Skonkretyzowanie tej kwestii jest o tyle istotne, że pozwoli wskazać, w jakiej formie organizacyjno-prawnej gmina może wytwarzać energię ze źródeł odnawialnych. Na początek należy zauważyć, że cechą immanentną zadania o charakterze użyteczności publicznej jest „bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”¹⁵. W literaturze przedmiotu spotkać jednak można się z poglądem, że aktywność gminy, polegająca na wytwarzaniu energii ze źródeł odnawialnych na zasadach określonych w OZE ustawie, nie spełnia wymogu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych¹⁶. Wynika to z tego, że bezpośrednio przedmiotowym zaspokajaniem potrzeb w sferze energii elektrycznej w istocie zajmują się przedsiębiorstwa energetyczne działające na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹⁷ (dalej: PE ustawa). W pełni należy zgodzić się z argumentacją takiego stanowiska, głównie dlatego że gmina ani nie świadczy usług w omawianym zakresie, ani też ich bezpośrednio nie organizuje przez tworzenie właściwych warunków technicznych, organizacyjnych czy finansowych¹⁸. Oznacza to, że wytwarzanie przez gminę energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii zaliczyć należy do działalności wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej. Ustawa o gospodarce komunalnej stanowi, że poza sferą użyteczności publicznej gmina nie może prowadzić gospodarki komunalnej w formie samorządowych zakładów budżetowych, może jednak tworzyć spółki prawa handlowego, tj. spółki z o.o. oraz spółki akcyjne, a także, w przypadku realizacji partnerstwa publiczno-prawnego – spółki komandytowe oraz komandytowo-akcyjne¹⁹. To właśnie

¹⁴ E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *op. cit.*, s. 95.

¹⁵ Tak wynika z treści art. 9 ust. 4 SG ustawy oraz art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 827 (dalej: GK ustawa).

¹⁶ E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *op. cit.*, s. 95.

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 220 ze zm.

¹⁸ E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *op. cit.*, s. 97.

¹⁹ W doktrynie można spotkać się z odmiennymi stanowiskami co do form prowadzenia działalności przez gminy poza sferą użyteczności publicznej. Spory w tym zakresie powstały na tle brzmienia art. 9 w zw. z art. 10 GK ustawy. Niektórzy autorzy z brzmienia przepisu: „Poza sferą użyteczności

te podmioty będą bezpośrednio podejmowały aktywność w zakresie wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych, pod warunkiem że ziszczą się przesłanki zawarte w art. 10 GK ustawy, o czym szczegółowo poniżej.

Ustawa o gospodarce komunalnej stawia warunki, które muszą zostać spełnione, aby poza sferą użyteczności publicznej tworzyć spółki prawa handlowego (tj. spółki z o.o. oraz akcyjne). Najistotniejszy w kontekście podjętego zagadnienia jest art. 10 ust. 1 GK ustawy, zgodnie z którym: „poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym, 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia”. Cytowany przepis nie wskazuje *explicite* na możliwość zakładania spółek komunalnych w celu wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych. Warto zatem zwrócić uwagę na treść art. 10 ust. 3 GK ustawy, zgodnie z którym: „ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa w ust. 1 i 2²⁰, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej”. Klimatyczne, społeczne oraz ekonomiczne korzyści płynące z rozwoju wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych²¹ pozwalają stanąć na stanowisku, że gminy mogą tworzyć spółki komunalne w celu wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych, a spółki te „są ważne dla rozwoju gminy”²².

publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego” (art. 10 ust. 1 *in principio* GK ustawy) wnioskuje, że gmina może tworzyć i przystępować do wszystkich spółek prawa handlowego (poza spółką partnerską), a nie wyłącznie do spółek z o.o. i spółek akcyjnych. Tak m.in. W. Gonet, *Uwagi o formach prowadzenia gospodarki komunalnej*, Samorząd Terytorialny, nr 7-8, 2008, s. 65-75; S. Czarnow, *Komunalna działalność gospodarcza a zadania publiczne samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 10, 2002, s. 41-52.

²⁰ Zgodnie z art. 10 ust. 2 GK ustawy: „poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową”.

²¹ A. Behrens, *The role of renewables in the interaction between climate change policy and energy security in Europe*, Renewable Energy Law and Policy Review, no. 5, 2010, s. 5-15.

²² E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *op. cit.*, s. 95.

3. Zasady sprzedaży energii odnawialnej wytworzonej przez spółki komunalne

3.1. Zasady sprzedaży energii odnawialnej zgodnie z OZE ustawą

Spółki komunalne utworzone przez gminy posiadają status przedsiębiorcy (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²³). Oznacza to, że spółka taka musi spełnić wszystkie warunki wymagane na etapie rozpoczęcia działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii, w tym – w przypadku wytwarzania w instalacji odnawialnego źródła energii o łącznej mocy zainstalowanej powyżej 200 kW – uzyskać koncesję²⁴. Jednocześnie, będąc przedsiębiorcą i wykonując działalność gospodarczą, spółka taka może uczestniczyć w systemie wsparcia (finansowego) przysługującego wytwórcom energii ze źródeł odnawialnych na zasadach wynikających z OZE ustawy.

Ustawa o odnawialnych źródłach energii gwarantuje każdemu wytwórcy sprzedaż energii wytworzonej w danej instalacji odnawialnego źródła energii. Ustawodawca przewidział 15-letni okres gwarancji, który jednak może być ograniczony limitem pomocy publicznej, ustanowionym w art. 39 OZE ustawy. Innymi słowy, na podstawie wskazanego przepisu wytwórca wylicza maksymalną wartość pomocy finansowej, którą może otrzymać. Jeżeli producent energii zielonej otrzyma dozwolone wsparcie w terminie krótszym niż 15 lat, to jest to równoznaczne ze skróceniem ustawowego terminu maksymalnego (tj. 15 lat). Etapem finalnym ustawowej gwarancji sprzedaży energii wytworzonej w źródłach odnawialnych jest zawarcie umowy o sprzedaż energii. Stronami takiej umowy są wytwórca energii oraz sprzedawca zobowiązany (do zakupu tej energii, którym jest – co do zasady – przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej)²⁵. Z kolei główną treścią umowy sprzedaży energii są kwestie dotyczące terminów dostarczenia wytworzonej energii, jak również cena energii²⁶.

Bardzo ważne są, w kontekście podjętego tematu, tryby sprzedaży energii wytworzonej ze źródeł odnawialnych, które ustawodawca przyjął w OZE ustawie²⁷. Uwzględniając treść wymienionego aktu prawnego, trzeba skonstatować, iż prawodawca przewidział trzy warianty. Po pierwsze, wytwórca zawiera umowę sprzedaży energii wytworzonej w odnawialnych źródłach ze sprzedawcą zobowiązanym po wyborze jego oferty w procedurze aukcyjnej. W ramach tego trybu wytwórca energii

²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 z późn. zm.

²⁴ Por. art. 3 OZE ustawy.

²⁵ Zob. art. 40 ust. 3 OZE ustawy.

²⁶ Szerzej zob. art. 82 OZE ustawy.

²⁷ Ustalenie zasad sprzedaży energii wytworzonej w źródłach odnawialnych jest jednym z ważniejszych obszarów regulacyjnych prawa energii odnawialnej (zarówno na szczeblu unijnym, jak i krajowym). Istotą tych regulacji jest bowiem zagwarantowanie wytwórcom takiej energii odbioru wytworzonej energii po określonej cenie.

ze źródeł odnawialnych składa ofertę na sprzedaż wytworzonej energii, z tym, że cena sprzedaży energii (zaproponowana w ofercie) nie może przewyższać tzw. ceny referencyjnej, a więc maksymalnej ceny ustalonej w trybie rozporządzenia ministra właściwego do spraw energii²⁸. Po drugie, wytwórca energii ze źródeł odnawialnych może sprzedać wytworzoną przez siebie energię elektryczną sprzedawcy zobowiązanemu w trybie złożenia mu oferty. W tym wariantcie energia sprzedawana jest po średniej cenie sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w poprzednim kwartale, ogłoszonej przez Prezesa URE zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 18a PE ustawy. Po trzecie, wytwórca energii ze źródeł odnawialnych może sprzedać wytworzoną przez siebie energię elektryczną jakiegokolwiek przedsiębiorstwu energetycznemu w trybie złożenia mu oferty po cenie i na warunkach ustalonych pomiędzy stronami umowy.

Po przedstawieniu elementarnych zasad obowiązujących w ramach sprzedaży energii wytworzonej ze źródeł odnawialnych, należy postawić sobie pytanie o to, czy i w jakim zakresie do zawarcia umowy sprzedaży energii przez spółkę komunalną ze sprzedawcą zobowiązanym należy stosować przepisy PZP ustawy? Innymi słowy, kwestią wymagającą ustalenia jest to, czy w analizowanym przypadku spełnione zostały zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe kryteria zamówienia publicznego. Poniżej, po przeprowadzeniu odpowiednich rozważań, udzielona zostanie odpowiedź na postawione pytanie.

3.2. Zasady sprzedaży energii a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

O tym, czy zamierzając sprzedać energię wyprodukowaną w źródłach odnawialnych, spółka komunalna zobowiązana jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór energii, decydują przepisy ogólne PZP ustawy, ale również przepisy szczególne zawarte w OZE ustawie. Jak wspomniano powyżej, zacząć należy od ustalenia zakresu zarówno podmiotowego, jak i przedmiotowego pojęcia zamówienia publicznego. Innymi słowy, należy wskazać, czy po pierwsze, spółka komunalna na mocy PZP ustawy jest podmiotem zobowiązanym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po drugie, czy sprzedaż energii wytworzonej w źródle odnawialnym jest zamówieniem publicznym. Wskazana kwestia podmiotowa nie powoduje wątpliwości interpretacyjnych, bowiem spółki komunalne należą do podmiotów objętych PZP ustawą, jeżeli zostaną spełnione przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 wskazanej ustawy. Zgodnie z wymienionym przepisem: „ustawę stosuje się do udzielenia zamówień publicznych [...] przez inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru

²⁸ M. Przybylska, *Aukcja jako nowy instrument regulacji sektora energii odnawialnej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, nr 7 (817), 2016, s. 2-10.

przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności”²⁹.

Z kolei w zakresie kwalifikacji przedmiotowej, warto zacząć od tego, iż zgodnie z art. 2 pkt 13 PZP ustawy przez zamówienia publiczne należy rozumieć „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Ta normatywna definicja zamówień publicznych jest interpretowana w doktrynie bardzo szeroko. Jedynym z autorów, który reprezentuje wieloaspektowe podejście do pojęcia zamówień publicznych, jest m.in. M. Szydło, który twierdzi, że „przedmiotem każdego zamówienia publicznego jest świadczenie wykonawcy spełniane przez niego na rzecz zamawiającego”. Jednocześnie Autor charakteryzuje to zobowiązanie w kontekście elementów świadczenia cywilnoprawnego. Podkreśla on, że zarówno teoretyczna, jak i prawna (tj. zawarta wprost w akcie regulującym system zamówień publicznych w danym kraju) definicja świadczenia w ramach umowy o zamówienia publiczne wskazuje, iż przedmiotem zamówienia publicznego jest świadczenie wykonawcy, które zaspokaja interes zamawiającego, przy czym zaspokojenie tego interesu zamawiającego należy w szczególności opisać czy też scharakteryzować jako zaspokojenie określonej potrzeby zamawiającego. Autor podkreśla, że nawiązanie w ramach definicji przedmiotu zamówienia publicznego do potrzeb zamawiającego oraz do ich zaspokajania jest bezwzględnie konieczne, zważywszy na fakt, że wszystkie zamówienia publiczne – a w związku z tym wszystkie świadczenia wykonawców będące przedmiotem tych zamówień – są tak naprawdę jedynie pewnym instrumentem czy też środkiem, który ma służyć właśnie zaspokajaniu potrzeb zamawiającego³⁰. Również w obszarze rozstrzygnięć organów nadzoru zamówień publicznych nie budzi wątpliwości fakt, że zamówieniem publicznym jest umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której wykonanie niesie korzyść majątkową zarówno zamawiającemu – w postaci usługi, dostawy lub roboty budowlanej, które zostały wykonane na jego rzecz, jak i wykonawcy, w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu. Zgodnie z definicjami przedmiotowymi zamówienie publiczne obejmuje świadczenia robót budow-

²⁹ W tym zakresie warto wskazać, że m.in. M. Szydło prezentuje stanowisko, zgodnie z którym spółki komunalne rzadko będą spełniały kryteria uregulowane w art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP ustawy. Szerzej zob. M. Szydło, *Spółki komunalne jako podmioty prawa publicznego w znowelizowanym prawie zamówień publicznych*, Samorząd Terytorialny, nr 12, 2016, s. 62-72.

³⁰ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2014, *passim*.

lanych, dostaw lub usług, z tym że katalog rodzajowy nie został zamknięty, a więc umowy o podobnym charakterze stają się zamówieniami publicznymi³¹.

W celu odniesienia powyższych uwag do podjętego tematu trzeba wskazać, że zgodnie z OZE ustawą: „obowiązek zakupu energii elektrycznej, o którym mowa w art. 41 ust. 1, w art. 42 ust. 1 oraz w art. 92 ust. 1 [tj. energii wytworzonej w źródłach odnawialnych – przyp. M.P.] wykonuje wyznaczony przez Prezesa URE sprzedawca energii elektrycznej [tj. sprzedawca zobowiązany – przyp. M.P.], na podstawie umowy, o której mowa w art. 5 ustawy – Prawo energetyczne”. W tym miejscu zatem kluczowe staje się określenie charakteru prawnego wskazanej umowy zawieranej pomiędzy spółką komunalną a sprzedawcą zobowiązanym w odniesieniu do kryteriów ustanowionych w art. 2 pkt 13 PZP ustawy. Zacząć należy od tego, że nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że umowa taka (tj. umowa związana z dostarczaniem energii odnawialnej, której postanowienia determinowane są treścią art. 5 PE ustawy) jest odpłatna³², bowiem mamy tu do czynienia z klasycznym przyporządkowaniem jednej ze stron i korzyścią majątkową drugiej ze stron, a przedmiotem takiej umowy są usługi dostarczenia wyprodukowanej energii (po określonej cenie). Koniecznie trzeba podkreślić, że w zakresie treści takiej umowy możliwe są dwie regulacje. Po pierwsze, spółka komunalna może sprzedawać wytworzoną energię, ale nie jest zainteresowana odbiorem takiej energii w celu zaspokojenia potrzeb mieszkańców (w zakresie dostarczania energii). Należy zatem od razu dodać, że w tym wariancie nie będzie spełniony jeden z warunków ustanowionych w art. 3 ust. 1 pkt 3 *in fine* PZP ustawy, ponieważ taka spółka komunalna będzie sprzedawała wyprodukowaną energię wyłącznie w celu osiągnięcia zysku. Po drugie, spółka komunalna może sprzedawać wytworzoną energię i jednocześnie dojść do porozumienia z przedsiębiorstwem energetycznym, że energia ta będzie dostarczana mieszkańcom gminy. W tym przypadku działalność w zakresie wytwarzania energii odnawialnej, a następnie jej sprzedaż nie będzie prowadzona w celach zarobkowych, lecz w celu zaspokojenia potrzeb mieszkańców, zatem będzie spełniony warunek ustanowiony w art. 3 ust. 1 pkt 3 *in fine* PZP ustawy, tj. będziemy mieli do czynienia z działaniem, którego celem nie jest wypracowanie zysku. Swobodny wybór dostawcy energii, która będzie dostarczana mieszkańcom wspólnoty samorządowej, jest możliwy ze względu na tzw. zasadę TPA (*Third Party Access*) obowiązującą w prawie energetycznym³³.

Przeprowadzone wywody prowadzą do wniosku, że sprzedaż energii wytworzonej w odnawialnych źródłach przez spółkę komunalną może spełnić znamiona postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w obszarze podmiotowym, jeżeli ziszczą się warunki określone w PZP ustawie (tj. te określone w art. 3 ust. 1

³¹ Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej z dnia 6 października 2014 r., nr BDF1/4900/20/22/14.

³² M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, *passim*.

³³ *Ibidem*.

pkt 3 PZP ustawy oraz warunki kwotowe). Z kolei w sferze przedmiotowej umowa o sprzedaż energii (zawierana pomiędzy spółką komunalną a przedsiębiorstwem energetycznym) zawsze będzie miała charakter odpłatny, co świadczy o tym, że spełniony jest warunek *sine qua non*, o którym mowa w art. 2 pkt 13 PZP ustawy. W dalszej kolejności powyższe ustalenia należy odnieść do trybów sprzedaży energii odnawialnej, uregulowanych w OZE ustawie. Zacząć należy od postępowania aukcyjnego na sprzedaż energii odnawialnej. Każdy podmiot, który bierze udział w tym postępowaniu (w tym spółka komunalna), podlega prawu energii odnawialnej. W tym obszarze spółka komunalna musi spełniać wszystkie warunki wynikające z OZE ustawy, a w zakresie ceny sprzedaży wytworzonej energii uprawniona jest do wskazania ceny równej (lub niższej)³⁴ cenie referencyjnej, tj. cenie ustalonej przez ministra właściwego do spraw energii. W trybie aukcyjnym spółka komunalna podlega zatem wszystkim zasadom OZE ustawy, nie PZP ustawy. Identyczna sytuacja ma miejsce wtedy, gdy spółka komunalna zamierza sprzedać energię wytworzoną w źródłach odnawialnych poprzez złożenie oferty sprzedawcy zobowiązanemu w trybie art. 42 OZE ustawy. Odpłatność tej umowy zależy bowiem również wyłącznie od regulacji zawartych w OZE ustawie, a nie w PZP ustawie. Jak wspominało wcześniej, w takim przypadku cena sprzedaży energii wytworzonej w źródłach odnawialnych jest równa średniej cenie sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w poprzednim kwartale, ogłoszonej przez Prezesa URE zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 18a PE ustawy. Oznacza to, że spółka komunalna, na mocy OZE ustawy, ma prawo oczekiwać od sprzedawcy zobowiązanego konkretnej ceny (tj. ceny ogłoszonej przez Prezesa URE). Dopiero wówczas gdy spółka komunalna nie korzysta z powyższych trybów, a więc decyduje się na sprzedaż wytworzonej energii na zasadach rynkowych (tj. na zasadzie porozumienia stron umowy, w tym odnośnie do ceny sprzedaży energii), zobowiązana jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na zasadach wynikających z PZP ustawy (jeżeli są spełnione warunki podmiotowo-przedmiotowe uregulowane w tej ustawie), jednak wyłącznie, kiedy z odbiorem wyprodukowanej energii skorelowany jest obowiązek jej dostarczenia na obszar danej gminy.

4. Zakończenie

Przedmiotem prowadzonych rozważań były zasady sprzedaży energii wytworzonej ze źródeł odnawialnych przez spółki komunalne. Głównym ich celem była odpowiedź na pytanie, czy spółki komunalne, które wytwarzają energię ze źródeł odnawialnych, są zobowiązane do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadkach sprzedaży wyprodukowanej energii ze źródeł niekonwencjonalnych. W tym zakresie ustalono, że jeżeli utworzona przez gminę

³⁴ Zgodnie z OZE ustawą oferty na sprzedaż energii wytworzonej w źródłach odnawialnych zawierające ceny przewyższające cenę referencyjną zostają odrzucone.

– w celu wytwarzania energii odnawialnej – spółka komunalna przybiera formę organizacyjno-prawną, która spełnia warunki określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP ustawy, a wartość sprzedaży takiej energii przekracza progi kwotowe określone w tej ustawie, to wspomniana spółka zobowiązana jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w tych przypadkach, w których nie korzysta z trybów sprzedaży energii uregulowanych w OZE ustawie. Innymi słowy, wspomniana spółka podlega przepisom PZP ustawy w sytuacjach, gdy planuje sprzedać energię na zasadach rynkowych, a nie w trybie aukcji oraz złożenia oferty za zasadach przewidzianych w OZE ustawie. Oznacza to, że kryteria podmiotowo-przedmiotowe ustanowione w systemie prawa zamówień publicznych mają zastosowanie do sytuacji, w której gmina sprzedaje energię wyprodukowaną ze źródeł odnawialnych. Świadczy to o tym, że przyjęte i uregulowane w PZE ustawie tryby udzielenia zamówienia publicznego należy odnieść do tej sprzedaży, z tym jednak kluczowym zastrzeżeniem, iż gmina nie oferuje sprzedaży wyprodukowanej energii w trybie postępowania aukcyjnego uregulowanego ustawą OZE. Zatem w sytuacji, gdy gmina, zachęcona obowiązującą w danym roku ceną sprzedaży energii odnawialnej (ustaloną w rozporządzeniu przez ministra właściwego do spraw energii), decyduje się na wzięcie udziału w aukcji organizowanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki – w celu sprzedaży wyprodukowanej przez siebie energii – nie jest zobligowana skorzystać z trybu udzielenia zamówienia publicznego uregulowanego w PZP ustawie. W pozostałych sytuacjach, tj. kiedy planuje sprzedać energię w trybie ofertowym, ale poza postępowaniem aukcyjnym regulowanym OZE ustawą, obowiązują ją reżim PZE ustawy.

Po analizie przepisów PZE oraz OZE ustaw w zakresie podjętego tematu można wyciągnąć jeszcze jeden wniosek, a mianowicie warto wskazać, odwołując się do doktrynalnej koncepcji zamówienia publicznego (prezentowanej m.in. przez M. Szydło)³⁵, że sprzedaż energii odnawialnej przez spółkę komunalną musi być dokonywana w celu wykonywania zadań publicznych przez zamawiającego, a więc w celu zaopatrzenia wspólnoty samorządowej w energię elektryczną. Wyłącznie w takim przypadku spełniony zostanie wymóg stawiany przez ustawodawcę w art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP ustawy („jej celem nie jest wypracowanie zysku”). Należy zatem

³⁵ Autor wskazuje, że: „Wprawdzie w doktrynie prawa zamówień publicznych dość często można się spotkać z twierdzeniem, że zamówienia publiczne służą zamawiającym do wykonywania spoczywających na nich zadań publicznych, ale twierdzenia tego nie można w żadnym razie absolutyzować i utrzymywać, że jest ono zawsze i w każdym poszczególnym przypadku prawdziwe. Istnieją bowiem i takie zamówienia publiczne, których zamawiający udziela nie w celu realizowania nałożonych na niego zadań publicznych. Przy czym może się zdarzyć, że udzielenie danego zamówienia publicznego nie służy wprawdzie wykonywaniu nałożonych przez prawodawcę na zamawiającego zadań publicznych, ale mimo to wykonywanie tego zamówienia jest zadaniem publicznym, gdyż świadczenie będące przedmiotem tego zamówienia zaspokaja potrzebę zamawiającego o charakterze publicznym i/lub przynosi zamawiającemu bezpośrednie przysporzenie gospodarcze mające charakter publiczny”. Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja...*

dodać, że umowa sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w źródłach odnawialnych, zawierana pomiędzy spółką komunalną a sprzedawcą zobowiązany (tj. co do zasady przedsiębiorstwem dystrybucyjnym), musi zawierać odpowiednie postanowienia, tzn. musi z niej wynikać, że sprzedawca zobowiązany będzie jednocześnie dostarczał energię na obszar danej gminy.

Literatura

- Behrens A., 2010, *The role of renewables in the interaction between climate change policy and energy security in Europe*, Renewable Energy Law and Policy Review, no. 5, s. 5-15.
- Bohdan A., Przybylska M., 2015, *Podstawy prawne odnawialnych źródeł energii i gospodarki odpadami w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa.
- Boute A., 2009, *The potential contribution of international investment protection law to combat climate change*, Journal of Energy & Natural Resources Law, no. 3, s. 333-376.
- Czarnow S., 2002, *Komunalna działalność gospodarcza a zadania publiczne samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 10, s. 41-52.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE, Dz.U. UE L 09.140.16.
- Gonet W., 2008, *Uwagi o formach prowadzenia gospodarki komunalnej*, Samorząd Terytorialny, nr 7-8, s. 65-75.
- Kosiński E., Trupkiewicz M., 2016, *Gmina jako podmiot systemu wspierania wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, LXXVIII, z. 3, s. 93-106.
- Przybylska M., 2016, *Aukcja jako nowy instrument regulacji sektora energii odnawialnej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, nr 7 (817), s. 2-10.
- Przybylska M., 2017, *Prawa prosumenta na rynku energii elektrycznej*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, nr 3(6), s. 101-107.
- Swora M., Muras Z. (red.), 2010, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa.
- Szydło M., 2014, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa.
- Szydło M., 2016, *Spółki komunalne jako podmioty prawa publicznego w znowelizowanym prawie zamówień publicznych*, Samorząd Terytorialny, nr 12, s. 62-72.
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 446, ze zm.
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 827.
- Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 220, ze zm.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1148, ze zm.