

***ESCO I PPP
W KLASTRACH
ENERGII***

ANALIZA STRATEGICZNA

***ESCO I PPP
W KLASTRACH ENERGII***

ANALIZA STRATEGICZNA



**Brysiewicz
Bokina
Sakławski**

KANCELARIA PRAWNA



KLASTRY ENERGII

SPIS TREŚCI

| | |
|----|--|
| 06 | PRZEDMIOT STRATEGII |
| 07 | ZASTRZEŻENIA |
| 08 | PODSTAWA PRAWNA I ANALIZOWANE DOKUMENTY |
| 10 | STAN FAKTYCZNY |
| | <ul style="list-style-type: none">• STATUS PRAWNY I PRZEDMIOT DZIAŁALNOŚCI WYKONAWCY• STATUS PRAWNY I PRZEDMIOT DZIAŁALNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO• ZAŁOŻENIA WYKONAWCY CO DO WSPÓŁPRACY W RAMACH ESCO |
| 14 | ANALIZA PRAWNA |
| | <ul style="list-style-type: none">• UMOWY O POPRAWĘ EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ• WYTWARZANIE ENERGII W INSTALACJACH PV• OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PROCESU INWESTYCYJNO-BUDOWLANEGO DLA INSTALACJI OZE• PROCEDURA UDZIELANIA ZAMÓWIENIA• PROCEDURA PRZEKAZANIA URZĄDZEŃ ZAMAWIAJĄCEMU |
| 49 | PODSUMOWANIE |
| 51 | PRZYPISY KOŃCOWE |

AUTORZY



**Brysiewicz
Bokina
Sakławski**
KANCELARIA PRAWNA

Strategia sporządzona przez:
Jana Sakławskiego
BRYSIEWICZ BOKINA SAKŁAWSKI
Kancelaria Prawna



KLASTRY ENERGII

Na zlecenie:
XOOG Klastry Energii P.S.A.

Opracowanie graficzne:
Kaja Kubacka



PRZEDMIOT STRATEGII

Niniejsza strategia („Strategia”) została przygotowana na zlecenie XOOG Klastry Energii Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie („XOOG Klastry Energii”, „Klient” lub „Wykonawca”).

Przedmiotem Strategii jest analiza prawna możliwych form współpracy Klienta z Rejonowym Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Zawierciu („RPWiK w Zawierciu” lub „Zamawiający”) w związku z zamiarem przeprowadzenia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego działań mających na celu obniżenie przez RPWiK w Zawierciu kosztów zużycia energii elektrycznej o zagwarantowaną przez Wykonawcę wielkość uzysku energetycznego, uzyskaną dzięki produkcji energii elektrycznej w instalacjach PV zaprojektowanych, zainstalowanych i oddanych do eksploatacji przez XOOG Klastry Energii.

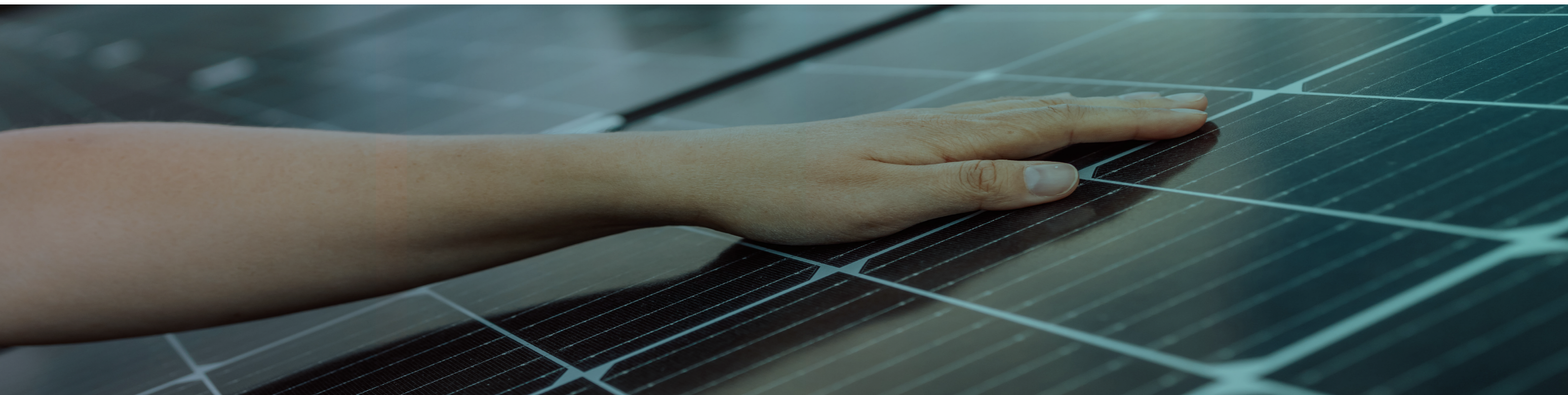
W Strategii przedstawiono charakterystykę procesu inwestycyjno-budowlanego dla instalacji fotowoltaicznych, omówiono kwestie regulacyjne związane z wytwarzaniem energii elektrycznej w instalacjach odnawialnych źródeł energii oraz opisano procedurę udzielenia zamówienia na gruncie ustawy PZP i PPP, a także procedurę przekazania instalacji fotowoltaicznych Zamawiającemu.

ZASTRZEŻENIA

Zakresem Strategii nie są objęte żadne inne kwestie, poza wskazanymi w pkt. 2 i 3 powyżej.

W szczególności niniejsza Strategia nie opisuje jakichkolwiek kwestii podatkowych związanych z planowaną realizacją opisanego projektu.

Strategia została sporządzona na podstawie stanu prawnego z dnia kwietnia 2022 r. w związku z czym, w przypadku zmiany przepisów po tej dacie, Autorzy zastrzegają sobie prawo do aktualizacji treści Strategii, tak by była ona zgodna z bieżącym stanem prawnym. Wszystkie tabele w tekście to opracowania własne Autorów.



PODSTAWA PRAWNA I ANALIZOWANE DOKUMENTY

NINIEJSZA STRATEGIA ZOSTAŁA PRZYGOTOWANA NA PODSTAWIE DOKUMENTÓW I INFORMACJI PRZEKAZANYCH PRZEZ KLIENTA, W SZCZEGÓLNOŚCI NA PODSTAWIE:

- audytu przedsiębiorstwa Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zawierciu z października 2021 sporządzonego przez inż. Piotra Krawca („Audyt przedsiębiorstwa”);
- regulaminu udzielania zamówień w RPWiK Sp. z o.o. w Zawierciu z listopada 2017 r. („Regulamin udzielania zamówień RPWiK”);
- formularza pytań i odpowiedzi dotyczących projektowanej transakcji („Sesja Q&A”).

PODSTAWĄ SPORZĄDZENIA NINIEJSZEJ STRATEGII BYŁY POWSZECHNIE OBOWIĄZUJĄCE AKTY PRAWNE, W SZCZEGÓLNOŚCI:

- ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 610 z późn. zm., „ustawa OZE”);
- ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 716 z późn. zm., „Prawo energetyczne”);
- ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2166 z późn. zm., „ustawa EE”, „ustawa o efektywności energetycznej”);
- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE (Dz. U. UE. L. z 2012 r. Nr 315, str. 1 z późn. zm., „dyrektywa EE”);

- ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm., „Prawo budowlane”);
- ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2373 z późn. zm., „ustawa OOS”);
- ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 503, „ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”);
- ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., „PZP”);
- ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 407, „PPP”);
- ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 541, „ustawa o umowie koncesji”);
- ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm., „UFP”);
- ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2028, „ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków”);
- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm., „KC”);
- ustawa z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm., „KSH”);
- ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 679, „ustawa o gospodarce komunalnej”).

STAN FAKTYCZNY

STATUS PRAWNY I PRZEDMIOT DZIAŁALNOŚCI WYKONAWCY

XOOG Klastry Energii jest przedsiębiorstwem świadczącym usługi energetyczne, specjalizującym się w realizacji przedsięwzięć służących poprawie efektywności energetycznej (*energy saving company, ESCO*).

Ideą spółki jest wsparcie transformacji polskiego sektora energetycznego w kierunku osiągnięcia neutralności klimatycznej. W tym celu XOOG Klastry Energii wspiera członków inicjatyw klastrowych w procesach inwestycyjnych oraz współpracuje z jednostkami samorządu terytorialnego i sektorem przemysłowym. Klient realizuje projekty polegające na budowie odnawialnych źródeł energii, a także przedsięwzięcia związane z termomodernizacją, elektromobilnością oraz wodoromobilnością. Spółka nie posiada koncesji na obrót energią elektryczną.



STATUS PRAWNY I PRZEDMIOT DZIAŁALNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający jest spółką komunalną Gminy Zawiercie świadcząca usługi użyteczności publicznej w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę oraz zbiorowego odprowadzania i oczyszczania ścieków z obszaru gminy. Zgodnie z odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla RPWiK w Zawierciu, przedmiotem działalności spółki jest także wytwarzanie, przesyłanie, dystrybucja oraz handel energią elektryczną, jak i wykonywanie robót związanych z budową linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych. Spółka nie posiada jednak koncesji lub promesy koncesji na prowadzenie działalności w zakresie wytwarzania lub obrotu energią elektryczną.

Zamawiający eksploatuje urządzenia kanalizacyjne i wodociągowe oraz zarządza oczyszczalnią ścieków komunalnych i przemysłowych. Spółka prowadzi działalność w obrębie kilku lokalizacji na terenie Gminy Zawiercie. W poniższej tabeli przedstawiono tytuły prawne Zamawiającego do nieruchomości, na których prowadzona jest działalność w zakresie gospodarki komunalnej:



ZAŁOŻENIA WYKONAWCY CO DO WSPÓŁPRACY W RAMACH ESCO

Wykonawca zamierza zawrzeć z Zamawiającym umowę o poprawę efektywności energetycznej (Energy Performance Contracting, EPC) na okres od 8 do 10 lat. W ramach współpracy w formule ESCO, Klient wybuduje piętnaście instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy zainstalowanej do 1,2 MW, które zostaną posadzone na gruncie lub na dachach budynków wykorzystywanych przez Zamawiającego do prowadzenia działalności gospodarczej. Przez cały okres obowiązywania umowy EPC, instalacje PV będą stanowić własność Wykonawcy, a następnie zostaną przekazane Zamawiającemu.

W ocenie Wykonawcy, wysokość rozliczeń z tytułu usług świadczonych w ramach ESCO powinna być uzależniona od ilości energii elektrycznej wytworzonej w instalacjach PV. Ze względu na rosnące ceny surowców energetycznych oraz wzrost cen uprawnień do emisji, należy rozważyć, czy rozliczenie w formule ESCO powinno uwzględniać koszt energii ponoszony przez Zamawiającego, czy też opierać się na stałej wysokości rat podlegającej corocznej waloryzacji o wskaźnik inflacji.

Zgodnie z założeniami Klienta, energia elektryczna wytworzona w każdej z pięciu lokalizacji będzie wykorzystywana wyłącznie przez RPWiK w Zawierciu (autokonsumpcja, instalacje wpięte za licznik). Wykonawca zakłada, że instalacje PV na terenie biura oraz zakładu oczyszczania ścieków będą mogły funkcjonować w ramach net-billingu. Jednocześnie, ze względu na niewielkie zużycie energii przez przepompownię oraz zbiorniki, nie można wykluczyć sytuacji, w których nadwyżki energii z instalacji PV będą wprowadzane do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej w celu wykorzystania Zamawiającego w pozostałych lokalizacjach.

Jak wynika z przekazanych informacji, XOOG Klastry Energii będzie wyłącznie odpowiedzialny za dobór odpowiednich instalacji i urządzeń, wykonawstwo instalacji fotowoltaicznych, pozyskanie wymaganych w toku procesu inwestycyjno-budowlanego decyzji administracyjnych, zezwoleń czy koncesji, a także za ubezpieczenie inwestycji oraz za zapewnienie bieżącej naprawy i konserwacji instalacji i urządzeń składających się na instalacje PV. Szacowany koszt świadczenia usług bieżącej obsługi instalacji wyniesie 600 zł netto/rok dla instalacji o mocy niższej niż 50kW oraz 1200 zł netto/rok dla instalacji o mocy powyżej 50 kW.

| LOKALIZACJA | NR DZIAŁEK | NR KSIĘGI WIECZYSTEJ | TYTUŁ PRAWNY |
|-----------------------------|---|----------------------|---|
| Siedziba biura | 4/13, 4/31, 4/30, 4/14, 4/18 | CZ1Z/00032635/5 | Użytkowanie wieczyste |
| | 4/20, 4/21, 4/24 | CZ1Z/00032997/0 | Użytkowanie wieczyste |
| | 4/11 | CZ1Z/00025794/5 | Użytkowanie wieczyste |
| Zakład Oczyszczalni Ścieków | 36/3, 37/3, 38/3, 74/1, 76/1, 79/1, 81/1, 82/1, 85/1, 113/1, 115/1, 87/2, 87/3, 88/3, | CZ1Z/00022371/3 | Umowa dzierżawy zawarta z Gminą Zawiercie |
| Przepompownia | 12/13, 12/14 | CZ1Z/00043018/4 | Użytkowanie wieczyste |
| | 176/5 | CZ1Z/00026181/2 | Użytkowanie wieczyste |
| | 177 | CZ1Z/0007378/1 | Trwały zarząd |
| Zbiorniki I (Kosowska Niwa) | - | - | - |
| Zbiorniki II (Łośnice) | 10/4 | - | Własność Skarbu Państwa |

ANALIZA PRAWNA

UMOWY O POPRAWĘ EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ

Przepis art. 2 pkt 27 dyrektywy EE definiuje umowę o poprawę efektywności energetycznej jako „*umowę pomiędzy beneficjentem a dostawcą realizującym środek poprawy efektywności energetycznej, weryfikowaną i monitorowaną w trakcie całego okresu jej obowiązywania, zgodnie z którą inwestycje (roboty, dostawa lub usługa) w ten środek są spłacane w relacji do uzgodnionego w umowie poziomu poprawy efektywności energetycznej lub innego uzgodnionego kryterium charakterystyki energetycznej, na przykład oszczędności finansowych*”. W świetle tej definicji cechą szczególną umów EPC jest uzależnienie wysokości wynagrodzenia dostawcy usług służących poprawie efektywności energetycznej od wielkości oszczędności energii uzyskanej w wyniku realizacji przedsięwzięcia proefektywnościowego.

Pojęciem umów o poprawę efektywności energetycznej posługuje się także ustawa o efektywności energetycznej. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o EE umowy EPC mogą być wykorzystywane przez jednostki sektora publicznego w celu finansowania i realizacji przedsięwzięć służących poprawie efektywności energetycznej. W założeniu ustawodawcy, umowy EPC powinny być zawierane w trybie przepisów dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego.

W przypadku umów o poprawę efektywności energetycznej, beneficjent usługi energetycznej ponosi koszty realizacji inwestycji w ten sposób, że całość lub część finansowej wartości oszczędzonej energii przeznaczana jest na spłatę kosztów inwestycji poniesionych przez firmę ESCO. Wskazany system zwrotu kosztów pozwala beneficjentowi na rozłożenie obciążenia finansowego związanego z realizacją inwestycji służącej efektywności energetycznej, stwarzając jednocześnie zachętę dla firmy ESCO do maksymalizacji uzyskanej w wyniku prac dostawcy oszczędności w zużyciu energii.



W ramach umów realizowanych w formule ESCO wyróżnia się umowy na określony efekt energetyczny (*Energy Performance Contracting, EPC*) oraz umowy na dostawę energii (*Energy Delivery Contracting, EDC*). Niezależnie od przyjętego modelu, rolą firmy ESCO jest dostarczenie rozwiązań służących poprawie efektywności energetycznej. W umowach typu EPC firma ESCO ponosi ryzyko finansowe za realizację inwestycji oraz odpowiada za minimalny poziom oszczędności energii, od którego osiągnięcia uzależnione jest jej wynagrodzenie. Umowy EDC opierają się na długoterminowych i gwarantowanych dostawach energii. W ramach EDC firma ESCO odpowiada za wdrożenie rozwiązania służącego poprawie efektywności energetycznej, którym może być w szczególności budowa instalacji odnawialnego źródła energii, oraz za dostawę energii z wybudowanych instalacji

UMOWY NA POPRAWĘ EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ ESCO

| | EPC UMOWY Z GWARANCJĄ OSZCZĘDNOŚCI ENERGII ENERGY PERFORMANCE CONTRACTING | EDC UMOWY Z GWARANCJĄ DOSTAW ENERGII ENERGY DELIVERY CONTRACTING |
|----------------------------------|---|---|
| INFORMACJE OGÓLNE | Umowy pomiędzy beneficjentem a dostawcą środków poprawy efektywności energetycznej (firma ESCO). | Umowy pomiędzy beneficjentem a dostawcą środków poprawy efektywności energetycznej (firma ESCO). Umowy ustalają warunki eksploatacji, budowy lub modernizacji źródeł energii. |
| OBOWIĄZKI ORAZ RYZYKO FIRMY ESCO | <p>Wyróżnia się cztery podstawowe rodzaje umów:</p> <ul style="list-style-type: none"> Umowy, w których firma ESCO oferuje finansowanie, dają jednocześnie klientowi gwarancję oszczędności - ponosi więc niemal całkowicie ryzyko inwestycji. Umowy, w których klient/właściciel odpowiada za finansowanie, a firma ESCO daje gwarancję oszczędności energii - ryzyko jest podzielone między strony umowy. Umowy przewidujące całkowitą cesję na firmę ESCO wartości oszczędności z tytułu zmniejszonych kosztów energii, aż do całkowitej spłaty inwestycji. Umowy o zarządzanie zużyciem energii, na podstawie których firma ESCO otrzymuje zapłatę za świadczenie usługi energetycznej. | <p>Zadania firmy ESCO obejmują projektowanie, finansowanie oraz budowę lub przejęcie źródła energii będącego przedmiotem umowy a następnie zarządzanie tj. utrzymanie techniczne i eksploatacja obiektu, będącego przedmiotem umowy.</p> <p>Ryzyko wykonywania prac eksploatacji, budowy lub modernizacji źródeł energii ponosi firma ESCO.</p> |
| MODEL WYNAGRADZANIA FIRMY ESCO | Inwestycja spłaca się według określonego w umowie harmonogramu zależnego od osiągniętego poziomu poprawy efektywności energetycznej, który jest gwarantowany przez ESCO. | Wynagrodzeniem są głównie, płatności za energię dostarczoną zamawiającemu/ podmiotowi publicznemu. |

Budowa instalacji PV możliwa jest w kilku modelach biznesowych, w tym w modelu własnościowym z zawarciem umowy na realizację inwestycji PV „pod klucz” (*EPC, engineering, procurement and construction*) czy w ramach umowy leasingu lub dzierżawy instalacji odnawialnych źródeł energii¹. W ramach modelu własnościowego zawierana jest umowa EPC, na podstawie której wykonawca (np. firma ESCO) jest obowiązany do budowy i uruchomienia instalacji PV oraz do pozyskania wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych. Wybudowane przez wykonawcę instalacje stają się własnością inwestora. Oprócz umowy EPC zawierane są także odrębne umowy dotyczące ubezpieczenia oraz zapewnienia obsługi serwisowej instalacji (*Operations & Maintenance, O&M*). Leasing instalacji PV obejmuje swoim zakresem model własnościowy, a ponadto finansowanie, ubezpieczenie, zarządzanie i utrzymanie wybudowanej instalacji PV. Wysokość opłaty dzierżawnej (raty leasingu) nie zależy od wolumenu wytworzonej energii elektrycznej. Po zakończeniu umowy leasingu, odpłatnie albo po wniesieniu opłaty końcowej, elektrownia PV przechodzi na własność inwestora.

Kolejnym z dostępnych modeli realizacji inwestycji OZE może być umowa typu *on-site corporate Power Purchase Agreement* (cPPA). On-site cPPA to umowa fizycznej sprzedaży energii elektrycznej do odbiorcy końcowego bezpośrednio od wytwórcy energii, tj. z pominięciem sieci elektroenergetycznej właściwego OSD. W omawianym modelu jednostka wytwórcza może być zlokalizowana na dachu odbiorcy albo na gruncie w bezpośredniej odległości od odbiorcy, za licznikiem odbiorcy. W celu uniknięcia ryzyka inwestycyjnego czy operacyjnego, odbiorca energii zleca usługę budowy i bieżącej obsługi jednostki wytwórczej podmiotowi trzeciemu, zwanego deweloperem. Deweloper pozostaje właścicielem instalacji wytwórczej i odpowiada za uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych związanych z budową i eksploatacją instalacji. Obowiązkiem odbiorcy jest natomiast wydzierżawienie deweloperowi części swojej nieruchomości albo gruntu, w celu zagwarantowania tytułu prawnego niezbędnego do posadowienia instalacji.

WYTWARZANIE ENERGII W INSTALACJACH PV

Jedną z podstawowych różnic między umową on-site cPPA a umową leasingu jest model rozliczeniowy. Raty leasingowe dotyczą korzystania z instalacji PV, podczas gdy w umowie on-site cPPA płatności stanowią opłaty za wyprodukowaną energię elektryczną, która nie jest obciążona żadnymi opłatami dystrybucyjnymi. Lokalne umowy cPPA są powszechnie wykorzystywane na rynku hiszpańskim, niderlandzkim, czy brytyjskim². Polskie otoczenie prawne zasadniczo uniemożliwia zawieranie takich umów, ponieważ zgodnie z art. 5 ust. 1 Prawa energetycznego, dostarczanie energii (także sprzedaż) odbywa się po uprzednim przyłączeniu do sieci, co oznacza, że nawet energia wytworzona w jednostce wytwórczej zlokalizowanej bezpośrednio u odbiorcy (np. na dachu), nie mogłaby zostać sprzedana z pominięciem sieci elektroenergetycznej.

W związku z powyższym ograniczeniem, w praktyce umowy on-site cPPA są zawierane w formie umowy dzierżawy instalacji OZE, na podstawie której odbiorca płaci deweloperowi umówiony czynsz. Ponieważ tytuł prawny do instalacji (w postaci dzierżawy) posiadać będzie w takiej sytuacji odbiorca, to on będzie wówczas zarówno producentem jak i odbiorcą energii, czyli autokonsumentem. Nie dojdzie w takim przypadku do sprzedaży energii z instalacji, a tym samym odbiorca uniknie chociażby kosztu certyfikatów zawartego w cenie oferowanej przez podmiot sprzedający, zaś umowa pozostanie poza reżimem Prawa energetycznego.

CHARAKTERYSTYKA I STATUS PRAWNY PROJEKTOWANYCH INSTALACJI PV

Klient zamierza wybudować piętnaście instalacji fotowoltaicznych (PV) w pięciu lokalizacjach na terenie Gminy Zawiercie. Instalacje PV zostaną posadowione na gruntach, do których tytuł prawny posiada Zamawiający lub na dachach budynków wykorzystywanych przez Zamawiającego do prowadzenia działalności gospodarczej.

Projektowane instalacje stanowią instalacje odnawialnych źródeł energii (OZE) w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy OZE, tj. instalacje stanowiące wyodrębniony zespół urządzeń służących do wytwarzania energii opisanych przez dane techniczne i handlowe, w których energia wytwarzana jest ze źródeł odnawialnych. Instalacje OZE o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej mniejszej niż 50 kW, przyłączone do sieci elektroenergetycznej o napięciu znamionowym niższym niż 110 kV (nn, SN), stanowią mikroinstalacje³, natomiast instalacje OZE o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej większej niż 50 kW i mniejszej niż 1 MW, przyłączone do sieci niskich lub średnich napięć, stanowią małe instalacje⁴. Charakterystykę projektowanych instalacji PV przedstawia tabela.



| LOKALIZACJA | POSADOWIENIE | LICZBA INSTALACJI | ŁĄCZNA MOC | KLASYFIKACJA PRAWNA |
|--|----------------------|-------------------|------------|---------------------|
| Siedziba biura RPWiK w Zawierciu | Dach budynków | 5 | 138,93 kW | Mała instalacja |
| Zakład Oczyszczalni Ścieków | Grunt, dach budynków | 6 | 690,01 kW | Mała instalacja |
| Przepompownia | Grunt, dach budynków | 2 | 37,29 kW | Mikroinstalacja |
| Zbiorniki I (Kosowska Niwa) | Grunt | 1 | 44,5 kW | Mikroinstalacja |
| Zbiorniki II (Łośnice) | Grunt | 1 | 249,48 kW | Mała instalacja |
| Łączna moc zainstalowana elektryczna projektowanych instalacji PV: 1.160,21 MW | | | | |

Należy rozważyć, czy projektowane instalacje OZE mogłyby zostać uznane za jedno przedsięwzięcie. Kwestia ta jest istotna, ponieważ sztuczny podział projektu inwestycyjnego na kilka jednostek wytwórczych mógłby zostać uznany za próbę obejścia prawa przez inwestora (wytwórcę). W sytuacji, gdy ze względu na powiązania technologiczne, strategiczne, prawne lub bliskość geograficzną, kilka mikroinstalacji lub małych instalacji mogłoby być uznane za jedną instalację OZE o mocy większej niż 1 MW, niezbędne mogłoby okazać się uzyskanie koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej. Łączna moc zainstalowana elektryczna projektowanych instalacji OZE wpływa także na wymogi stawiane inwestorom w ramach procesu budowlanego dla inwestycji. Okolicznością, która mogłaby świadczyć o tym, że kilka instalacji stanowi jedno przedsięwzięcie, byłoby objęcie wszystkich instalacji jedną decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach czy jedną decyzją o warunkach zabudowy.

Wydaje się, że w przypadku instalacji wybudowanych w ramach formuły ESCO, ryzyko uznania projektu za sztuczny nie zachodzi ze względu na brak bliskości geograficznej i rozdzielność technologiczną instalacji PV. W ramach każdej z lokalizacji powstanie samodzielne źródło wytwórcze składające się z zespołu naziemnych lub dachowych instalacji fotowoltaicznych, niepowiązane technologicznie z pozostałymi instalacjami PV oraz oddalone od pozostałych miejsc wytwarzania energii. Ryzyko sztucznego podziału inwestycji jest tym niższe, że na Wykonawcy nie ciąży obowiązek uzyskania decyzji środowiskowej oraz decyzji o warunkach zabudowy dla projektowanych instalacji, z czym wiąże się brak ryzyka objęcia wszystkich instalacji jedną decyzją administracyjną. Kwestia ta zostanie szczegółowo omówiona w dalszej części niniejszej Strategii.

WYMOGI KONCESYJNE I SPRAWOZDAWCZE DLA WYTWÓRCÓW ENERGII ELEKTRYCZNEJ W INSTALACJACH OZE

Stosownie do art. 3 ustawy OZE, podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wymaga uzyskania koncesji na zasadach i warunkach określonych w ustawie Prawo energetyczne. Jako że z obowiązku uzyskania koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej (WEE) w instalacji OZE zwolnione są m.in. mikroinstalacje i małe instalacje, Zamawiający nie będzie zobowiązany do uzyskania koncesji WEE.

Wytwarzanie energii z odnawialnych źródeł energii w małej instalacji jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru wytwórców wykonujących działalność w zakresie małych instalacji, który jest prowadzony przez Prezesa URE („Rejestr MIOZE”). Prezes URE zobowiązany jest dokonać wpisu przedsiębiorcy (wytwórcy) do rejestru w terminie 21 dni od dnia wpływu wniosku o wpis zawierającego wymagane załączniki⁵. W przypadku, gdy od daty wpływu wniosku upłynęło 28 dni, a Prezes URE nie wezwał wnioskodawcy do uzupełnienia braków we wniosku, wytwórca może rozpocząć działalność wytwórczą w małej instalacji pomimo braku wpisu do Rejestru MIOZE. Stawka opłaty skarbowej wnoszonej w związku ze złożeniem wniosku o wpis wynosi 616 zł⁶.

Wytwórca energii elektrycznej z OZE w małej instalacji, zarówno w momencie wpisu do Rejestru MIOZE, jak i w trakcie prowadzenia działalności w zakresie wytwarzania energii w małej instalacji, musi posiadać tytuł prawny do obiektów budowlanych, w których będzie wykonywana działalność gospodarcza w zakresie małych instalacji oraz tytuł prawny do małej instalacji. Prawo do dysponowania nieruchomością (obiektów budowlanych) może mieć charakter prawnorzeczowy (np. własność) lub obligacyjny (np. dzierżawa, najem)⁷. Ponadto, wytwórca energii w małej instalacji ma obowiązek posiadać zawartą umowę o przyłączenie małej instalacji do sieci, z czym wiąże się konieczność uzyskania warunków przyłączenia małej instalacji do sieci elektroenergetycznej właściwego OSD (z zastrzeżeniem, że w przypadku instalacji off-grid nie będzie takiego obowiązku).

PRZYŁĄCZENIE DO SIECI INSTALACJI FOTOWOLTAICZNYCH

Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Klienta w ramach Sesji Q&A, nie można wykluczyć, że poszczególne instalacje PV będą generowały nadwyżki energii, które będą musiały zostać wprowadzone do sieci dystrybucyjnej. W ocenie Wykonawcy możliwe jest, że ze względu na niskie zużycie energii na terenie przepompowni i zbiorników, energia wytworzona w instalacjach PV zlokalizowanych w tych lokalizacjach będzie wprowadzana do sieci, celem jej wykorzystania w pozostałych lokalizacjach RPWiK w Zawierciu. Należy jednak zastrzec, że wprowadzenie energii do sieci, a w konsekwencji jej sprzedaż, będą równoznaczne z prowadzeniem przez wytwórcę działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii. To zaś spowoduje konieczność uzyskania warunków przyłączenia i zawarcia umowy przyłączeniowej (względnie zgłoszenia mikroinstalacji), wpisu do MIOZE (w przypadku małych instalacji), a także zawarcia umowy dystrybucyjnej na etapie eksploatacyjnym.

Instalacje OZE są przyłączane do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej na zasadzie pierwszeństwa. Obowiązek przyłączenia istnieje wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną następujące przesłanki: (i) istnienie warunków technicznych i ekonomicznych przyłączenia do sieci, (ii) spełnienie przez podmiot ubiegający się o przyłączenie warunków przyłączenia do sieci, (iii) dysponowanie przez podmiot przyłączany tytułem prawnym do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których ma być dostarczana energia elektryczna.

W przypadku mikroinstalacji, RPWiK w Zawierciu jako przedsiębiorca niebędący prosumentem energii odnawialnej, ma obowiązek poinformować operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, do którego sieci zostaną przyłączone wskazane instalacje, o lokalizacji i terminie przyłączenia, rodzaju odnawialnego źródła energii wykorzystywanego w mikroinstalacji oraz o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy OZE wskazane informacje należy przekazać nie później niż w terminie 30 dni przed dniem planowanego przyłączenia instalacji PV do sieci. Obowiązki te są pochodną decyzji o wykorzystanym profilu zużycia energii w projektowanych instalacjach (autokonsumpcja lub częściowa autokonsumpcja).

Na wytwórcy energii w małej instalacji ciąży obowiązek sprawozdawczy. Wytwórca jest zobowiązany do przedkładania Prezesowi URE sprawozdań półrocznych, zawierających w szczególności informację o łącznej ilości energii wytworzonej w małej instalacji energii, rodzaju i łącznej ilości zużytych paliw oraz o łącznej ilości energii sprzedanej sprzedawcy zobowiązanemu i wprowadzonej do sieci dystrybucyjnej. W przypadku Zamawiającego, konieczne byłoby składanie odrębnych sprawozdań dla każdej małej instalacji⁸.

W odniesieniu do mikroinstalacji PV zlokalizowanych na terenie przepompowni oraz zbiorników przy ul. Nowowiejskiej 92 w Zawierciu, Zamawiający nie będzie zobowiązany ani do uzyskania wpisu do Rejestru MIOZE, ani do uzyskania koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej.

Niezależnie od poinformowania OSD o planowanym przyłączeniu mikroinstalacji, podmiot ubiegający się o przyłączenie ma obowiązek zgłoszenia mikroinstalacji do przyłączenia w trybie art. 7 ust. 8d4 Prawa energetycznego albo do złożenia wniosku o określenie warunków przyłączenia, a następnie zawarcia umowy przyłączeniowej. W praktyce obie czynności mogą być wykonane łącznie, tj. podmiot przyłączający informuje OSD o planowanym przyłączeniu, składając jednocześnie zgłoszenie lub wnioski o określenie warunków przyłączenia. Zgodnie z przekazanymi przez Klienta informacjami, moc zainstalowana mikroinstalacji nie przekroczy mocy przyłączeniowej obiektu lub nieruchomości określonej dla RPWiK w Zawierciu. Oznacza to, że mikroinstalacje będą mogły zostać przyłączone w oparciu o zgłoszenie. W przypadku procedury zgłoszeniowej, przyłączenie nastąpi po zainstalowaniu odpowiednich układów zabezpieczających i urządzenia pomiarowo-rozliczeniowego. Koszt instalacji wskazanych urządzeń ponosi właściwy OSD. Z tytułu przyłączenia mikroinstalacji do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej nie pobiera się opłaty⁹.

W przypadku małych instalacji, RPWiK w Zawierciu powinien wystąpić do właściwego OSD z wnioskiem o wydanie warunków przyłączenia i zawrzeć umowę przyłączeniową. Szacowana wysokość opłaty przyłączeniowej dla małej instalacji ustalana jest przez właściwego OSD na etapie wydawania warunków przyłączenia.

W poniższej tabeli przedstawiono właściwy tryb przyłączenia instalacji wybudowanych przez XOOG Klastry Energii do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej wraz ze wskazaniem podmiotu odpowiedzialnego za kontakt z właściwym OSD.

| | PROCEDURA PRZYŁĄCZENIOWA | PODMIOT ODPOWIEDZIALNY |
|---|---|------------------------------|
| MIKROINSTALACJA* <small>* o mocy zainstalowanej mniejszej od mocy przyłączeniowej</small> | zgłoszenie instalacji do OSD w trybie art. 7 ust. 8d(4) Prawa energetycznego poinformowanie OSD o lokalizacji i terenie przyłączenia, rodzaju OZE i mocy instalacji do 30 dni przed dniem planowanego przyłączenia | RPWiK w Zawierciu (wytwórca) |
| MAŁA INSTALACJA | złożenie wniosku do OSD o ustalenie warunków przyłączenia zawarcie umowy przyłączeniowej | RPWiK w Zawierciu (wytwórca) |

OBRÓT WYTWORZONĄ ENERGIĄ I ZASADY ROZLICZEŃ Z OPERATOREM SYSTEMU DYSTRYBUCYJNEGO

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Prawa energetycznego, „dostarczanie paliw gazowych lub energii odbywa się, po uprzednim przyłączeniu do sieci (...), na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji”. Oznacza to, że oprócz umowy przyłączeniowej, każdy podmiot, który korzysta z sieci elektroenergetycznej, ma obowiązek zawrzeć umowę sprzedaży (zarówno w kierunku wytwarzania, jak i odbioru) oraz umowę o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji z właściwym operatorem systemu. Powyższe oczywiście przy założeniu, że instalacja będzie wprowadzać nadwyżki energii do sieci.

Z tytułu świadczenia usług dystrybucyjnych, Zamawiający będzie zobowiązany do uiszczenia na rzecz właściwego OSD opłat dystrybucyjnych, na które składają się m.in. opłaty stałe, zmienne, przejściowe, jakościowe, ale także opłata OZE, opłata kogeneracyjna, czy opłata mocowa. Należy dodać, że w kontekście opłat dystrybucyjnych nie ma znaczenia odległość między instalacją wytwórczą a odbiorcą, tj. w przypadku Zamawiającego odległość między poszczególnymi nieruchomościami. W polskim systemie elektroenergetycznym nie został dotychczas wprowadzony tzw. rynek węzłowy, na którym stawki usług dystrybucji uzależnione byłyby od lokalizacji miejsc wytwarzania i odbioru. Jeśli zatem wytwórca wprowadza energię do „publicznej” sieci elektroenergetycznej, zaś odbiorca pobiera energię z tej sieci, to nawet niewielka odległość nie pozwoli uniknąć ponoszenia kosztów dystrybucji. Innymi słowy, koszt transportu energii na 10 km jest z punktu widzenia odbiorcy taki sam, jak koszt transportu tej energii na 100 km¹⁰.

Ze względu na wytwarzanie energii elektrycznej na własne potrzeby zarówno w mikroinstalacjach, jak i małych instalacjach, Zamawiający nie mógłby zostać uznany za prosumenta energii odnawialnej w rozumieniu art. 2 pkt 27a ustawy OZE, co oznacza, że nie mógłby korzystać z systemów wsparcia dedykowanych prosumentom. Dotychczas rozliczenie prosumenckie opierało się na systemie opustów, który nie umożliwiał prosumentom sprzedaży energii do sieci. Z dniem 1 kwietnia 2022 r. system opustów został zastąpiony rozliczeniem energii w oparciu o rynkową wartość energii ustalaną według cen energii z Rynku Dnia Następnego (tzw. net-billing)¹¹. Systemem net-billingu nie zostaną objęci prosumenci korzystający z mikroinstalacji przyłączeni do sieci do dnia 31 marca 2022 r. oraz prosumenci, którzy do dnia 31 marca 2022 r. prawidłowo złożyli wniosek o zgłoszenie mikroinstalacji.

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA PROCESU INWESTYCYJNO -BUDOWLANEGO DLA INSTALACJI OZE

Nie można jednocześnie wykluczyć, że w trakcie obowiązywania umowy EPC (względnie umowy dzierżawy instalacji PV) zawartej z XOOG Klastry Energii, RPWiK w Zawierciu mógłby zostać uznany za wirtualnego prosumenta. Przepisy dotyczące prosumenta wirtualnego wejdą w życie z dniem 2 lipca 2024 r. Zgodnie z definicją ustawową, prosumentem wirtualnym energii odnawialnej jest „odbiorca końcowy wytwarzający energię elektryczną wyłącznie z odnawialnych źródeł energii na własne potrzeby w instalacji odnawialnego źródła energii przyłączonej do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej w innym miejscu niż miejsce dostarczania energii elektrycznej do tego odbiorcy, która jednocześnie nie jest przyłączona do sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej za pośrednictwem wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku wielolokalowego, pod warunkiem że w przypadku odbiorcy końcowego niebędącego odbiorcą energii elektrycznej w gospodarstwie domowym wytwarzanie to nie stanowi przedmiotu przeważającej działalności gospodarczej określonej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej”.

W świetle powyższej definicji, prosument wirtualny to taki odbiorca, który posiada udział w instalacji OZE przyłączonej do sieci dystrybucyjnej w innym miejscu niż punkt przyłączenia odbiorcy lub jest jej jedynym właścicielem. Energia wytwarzana w takiej instalacji jest zaś traktowana – w części odpowiadającej wielkości udziału – jako „wirtualna” autokonsumpcja. W modelu tym odbiorca końcowy ma jednak obowiązek uiszczania pełnych opłat dystrybucyjnych, bowiem energia elektryczna transportowana jest za pomocą sieci elektroenergetycznych. Sprzedawca energii elektrycznej (spółka obrotu) ma zaś obowiązek rozliczenia energii elektrycznej wprowadzonej do sieci (odpowiedniej części tej energii) z energią konsumowaną przez odbiorcę, a także zapewnić odbiorcy sprzedaż energii powyżej bieżącej produkcji.

Różnica pomiędzy wirtualnym prosumentem a modelem funkcjonującym w oparciu o umowę dzierżawy jest taka, że lokalizacja źródeł musi różnić się od lokalizacji odbiorców. Ta zaś okoliczność powoduje, że po pierwsze, problematyczne byłoby umiejscowienie źródeł w bezpośrednim sąsiedztwie odbiorców, zgodnie z aktualnym planem XOOG. Po drugie, każda instalacja musiałaby w takich warunkach uzyskać bezpośrednio przyłączenie do sieci. Nie byłoby więc w tej sytuacji możliwości przyłączenia instalacji „za licznikiem” i rozliczania jedynie nadwyżek wprowadzanych do sieci. Miejsca przyłączenia instalacji wytwórczej i instalacji odbiorczej musiałyby wówczas być różne.

WYMOGI LOKALIZACYJNE

Lokalizowanie przedsięwzięć z zakresu OZE może nastąpić na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub w przypadku jego braku – na podstawie decyzji o warunkach zabudowy.

Rozmieszczenie instalacji OZE o mocy zainstalowanej większej niż 500 kW, a także ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie oraz zagospodarowaniu terenu, powinny być uwzględnione w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy¹². Wskazany wymóg nie dotyczy wolnostojących urządzeń fotowoltaicznych o mocy nie większej niż 1 MW zlokalizowanych na glebach o niskiej przydatności rolnej (użytki rolne klas V, VI, VIz lub nieużytki) oraz urządzeń innych niż wolnostojące (np. dachowe instalacje PV), a więc nie dotyczy instalacji projektowanych przez Klienta¹³. Z tych powodów analiza przepisów studium Gminy Zawiercie – skądinąd dokumentu, który nie może wpływać na sytuację prawną inwestorów ze względu na brak charakteru aktu prawa miejscowego, nie będzie przedmiotem dalszej analizy. Na marginesie można jedynie wskazać na niesprzyjającą inwestorom linię orzeczniczą sądów administracyjnych, zgodnie z którą jeżeli w studium nie wyznaczono obszarów przeznaczonych dla instalacji OZE o mocy większej niż 500 kW, to nie jest możliwe wydawanie na ten obszar decyzji o warunkach zabudowy dotyczących inwestycji w tego rodzaju źródła. Sądy kwestionują w tych orzeczeniach pozostające od wielu lat poza sporem stanowisko zgodnie z którym treść studium nie ma wpływu na możliwość wydania decyzji o warunkach zabudowy. Tymczasem studium wiąże jedynie gminę w ramach ustalania treści MPZP poprzez m.in. zasadę nienaruszania ustaleń studium uwarunkowań przez MPZP¹⁴. Niezgodność MPZP z kierunkami zagospodarowania terenu wyznaczonymi w studium, może stanowić naruszenie zasad sporządzania MPZP i prowadzić do jego nieważności¹⁵. Studium nie może jednak wpływać na treść decyzji administracyjnych ponieważ organy je wydające nie są adresatami tego aktu.



Stosownie do art. 15 ust. 3 pkt 3a ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego określa się, w zależności od potrzeb, granice terenów pod budowę urządzeń wytwarzających energię z OZE o mocy zainstalowanej większej niż 500 kW oraz stref ochronnych wokół tych urządzeń. Rozmieszczanie jednostek wytwórczych OZE jest elementem fakultatywnym planu miejscowego. Co istotne, brak wyraźnego wskazania w MPZP, że teren jest przeznaczony na budowę odnawialnych źródeł energii nie oznacza, że taka budowa jest niedopuszczalna¹⁶.

Zgodnie z przekazanymi informacjami, każda z działek, na której mają zostać zlokalizowane elektrownie PV, została objęta miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego (MPZP). Należy zatem przeanalizować, czy postanowienia MPZP zezwalają na lokalizację elektrowni fotowoltaicznych w projektowanych przez Klienta lokalizacjach. Na podstawie informacji przekazanych przez Klienta ustalono przeznaczenie terenu dla każdej z lokalizacji, na której mają powstać instalacje PV. Podsumowanie tych informacji przedstawia tabela.

| LOKALIZACJA | PRZEZNACZENIE TERENU | SPOSÓB ZAGOSPODAROWANIA |
|---|--|--|
| Siedziba biura RPWiK w Zawierciu ul. Wojska Polskiego 23 | Zabudowa usługowa | Dopuszcza się lokalizację m.in. budynków, urządzeń i sieci infrastruktury technicznej. |
| Zakład Oczyszczalni Ścieków ul. Włodowska 21 | Zabudowa usługowa Teren infrastruktury technicznej - Tereny oczyszczalni ścieków | Dla terenu oczyszczalni ścieków: Przeznaczenie podstawowe: <ul style="list-style-type: none"> • budynki, budowle i urządzenia oczyszczalni ścieków; • Wyznaczono nieprzekraczalne linie zabudowy w stosunku do rzeki Warty oraz kolejowych terenów zamkniętych; • Minimalny udział powierzchni biologicznie czynnej: 20%. |
| Przepompownia ul. Stary Rynek | Teren infrastruktury technicznej - wodociągi (symbol 1ITW) Tereny zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej, tereny zabudowy usługowej (symbol 2MW/U) Teren komunikacji drogi wewnętrznej (symbol 1KDW) | <ul style="list-style-type: none"> • Na całym obszarze planu dopuszcza się lokalizację obiektów, urządzeń i sieci infrastruktury technicznej, przy zachowaniu pozostałych ustaleń MPZP¹⁷; • Na całym obszarze planu dopuszcza się stosowanie odnawialnych źródeł energii o mocy do 100kW, z wyjątkiem urządzeń wykorzystujących do produkcji energię z wiatru¹⁸; |
| Zbiorniki I ul. Nowowiejska 92 | Teren infrastruktury technicznej wodociągowej | <ul style="list-style-type: none"> • Przeznaczenie terenu: infrastruktura techniczna wodociągowa; • Maksymalna wielkość powierzchni zabudowy w stosunku do powierzchni działki budowlanej: 40%. |
| Zbiorniki II ul. Łośnicka 79-81 | Tereny infrastruktury technicznej - zaopatrzenie w wodę | <ul style="list-style-type: none"> • Przeznaczenie podstawowe: obiekty i urządzenia ujęcia wody (zakaz lokalizacji zabudowy niezwiązanej z przeznaczeniem podstawowym¹⁹); • Nakaz przestrzegania ograniczeń wynikających z ustanowionej strefy ochrony bezpośredniej ujęcia wody; • Minimalny udział powierzchni biologicznie czynnej: 30%. |

WYMOGI ŚRODOWISKOWE

Informacje przedstawione w powyższej tabeli nie mają charakteru oficjalnego. Przed przystąpieniem do transakcji, rekomendujemy uzyskanie wypisów i wyrysów z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla wszystkich nieruchomości, na których mają zostać zlokalizowane elektrownie fotowoltaiczne, zarówno naziemne jak i dachowe. Prawo do wglądu do MPZP ma charakter powszechny, a podmiot domagający się otrzymania wypisu i wyrysu z tego aktu normatywnego nie musi wykazywać interesu prawnego²⁰.

Zgodnie z art. 15 ust. 4 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, MPZP przewidujący możliwość lokalizacji budynków, umożliwia również lokalizację mikroinstalacji, również w przypadku innego przeznaczenia terenu niż produkcyjne, chyba że ustalenia planu miejscowego zakazują lokalizacji takich instalacji. Oznacza to, że co do zasady mikroinstalacje można posadzić na tych obszarach, dla których plan miejscowy dopuszcza lokalizację budynków.

Zabudowa przemysłowa, w tym zabudowa systemami fotowoltaicznymi, wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni większej niż 1 ha stanowi przedsięwzięcie mogące potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, dla którego wymagane jest uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach²¹. Zgodnie z przekazanymi informacjami, powierzchnia planowanej zabudowy systemami fotowoltaicznymi nie przekroczy 1 ha, a zatem Wykonawca nie będzie zobowiązany do uzyskania decyzji środowiskowej.

Niezależnie od obowiązku uzyskania decyzji środowiskowej, posadowienie elektrowni fotowoltaicznej bezpośrednio na gruncie może wiązać się z obowiązkiem uzyskania decyzji zezwalającej na włączenie gruntu z produkcji rolniczej. Uzyskanie decyzji zezwalającej na rozpoczęcie innego niż rolnicze użytkowanie gruntów wymagają: użytki rolne wytworzone z gleb pochodzenia mineralnego i organicznego klas I, II, III, IIIa, IIIb, użytki rolne klas IV, IVa, IVb, V, VI wytworzone z gleb pochodzenia organicznego oraz inne grunty rolne wskazane przez ustawę o ochronie gruntów rolnych i leśnych²². Z tytułu wyłączenia gruntów z produkcji rolnej należy uiścić tzw. „należność” oraz opłaty roczne.

Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Klienta, instalacje fotowoltaiczne nie będą posadowione na gruntach rolnych. Przed zawarciem umowy EPC (względnie umowy dzierżawy instalacji PV) rekomendujemy uzyskanie urzędowych zaświadczeń o braku konieczności wyłączenia gruntów z produkcji rolniczej w odniesieniu do wszystkich działek objętych inwestycją. Przedmiotowe zaświadczenia będą mogły zostać załączone do wniosku o wydanie pozwoleń na budowę dla instalacji PV.



PROCES BUDOWLANY

Kolejnym etapem procesu inwestycyjno-budowlanego dla instalacji OZE jest uzyskanie pozwolenia na budowę. Przed wydaniem decyzji, organ administracji architektoniczno-budowlanej weryfikuje zgodność projektu zagospodarowania działki i terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego z ustaleniami MPZP i innych aktów prawa miejscowego, a także z wymogami ochrony środowiska. Na tym etapie weryfikowane są także wszelkie wymagane opinie, uzgodnienia, pozwolenia i sprawdzenia, do których można zaliczyć decyzję o wyłączeniu gruntu z produkcji rolnej lub zaświadczenie o braku konieczności takiego wyłączenia.

Uzyskanie pozwolenia na budowę jest wymagane dla instalacji fotowoltaicznej o mocy zainstalowanej elektrycznej większej niż 50 kW, niezależnie od tego, czy instalacja jest posadowiona na gruncie czy na dachu budynku. Oznacza to, że Klient będzie zobowiązany do uzyskania pozwoleń na budowę dla instalacji PV zlokalizowanych na terenie siedziby RPWiK w Zawierciu, zakładu oczyszczalni ścieków oraz w pobliżu zbiorników mieszczących się przy ul. Łośnickiej w Zawierciu. Podkreślenia wymaga, że pozwolenie budowlane dotyczy całego zamierzenia budowlanego, także wówczas gdy poszczególne roboty budowlane – w tym przypadku poszczególne instalacje fotowoltaiczne lokalizowane w obrębie jeden z pięciu lokalizacji, mogłyby być wykonywane na podstawie zgłoszenia lub bez zgłoszenia (ze względu na moc zainstalowaną elektryczną)²³.

Stosownie do art. 33 ust. 1 Prawa budowlanego, w przypadku zamierzenia budowlanego obejmującego więcej niż jeden obiekt, na wniosek inwestora pozwolenie na budowę może dotyczyć wybranych obiektów lub zespołu obiektów, mogących samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem. Wskazany przepis umożliwiłby etapowanie realizacji instalacji PV w obrębie każdej z pięciu lokalizacji.

Co istotne, na etapie uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę, organ administracji architektoniczno-budowlanej weryfikuje, czy wnioskodawca (inwestor) legitymuje się prawem do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Potwierdzeniem wskazanej legitymacji jest oświadczenie inwestora, składane pod rygorem odpowiedzialności karnej, dołączone do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę.

Prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane może wynikać z prawa własności, użytkownika wieczystego, zarządu, ograniczonego prawa rzeczowego (np. użytkownika) albo stosunku zobowiązaniowego (np. dzierżawy) przewidującego uprawnienia do wykonywania robót budowlanych. Powszechną praktyką jest wydawanie przez właścicieli tymczasowych zgód na wykorzystanie gruntów na cele budowlane na rzecz faktycznego inwestora. Taka zgoda nie jest co prawda regulowana prawnie, ale organy nadzoru budowlanego nie sprzeciwiają się tego rodzaju praktyce. Oczywiście, kwestia zgody oraz tytułu do wybudowanej instalacji będzie musiała zostać szczegółowo uregulowana w umowie.

Rozpoczęcie użytkowania instalacji PV o mocy zainstalowanej elektrycznej większej niż 50 kW musi być poprzedzone zawiadomieniem organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy²⁴. W terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, organ może wnieść sprzeciw w drodze decyzji administracyjnej lub wydać zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu, które uprawnia inwestora do rozpoczęcia użytkowania obiektu. Prawo budowlane nie określa podmiotu zobowiązanego do wniesienia zawiadomienia o zakończeniu budowy, jednak przyjmuje się, że podmiotem tym jest inwestor²⁵. Dodatkowo, w przypadku instalacji PV o mocy większej niż 6,5 kW wymagane jest zawiadomienie organów Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania instalacji. Organy PSP zajmują stanowisko w sprawie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym²⁶.

W przypadku mikroinstalacji zlokalizowanych na terenie przepompowni oraz w pobliżu zbiorników przy ul. Nowowiejskiej w Zawierciu, uzyskanie pozwoleń na budowę nie będzie konieczne. Wykonywanie robót budowlanych polegających na instalowaniu instalacji PV o mocy zainstalowanej mniejszej niż 50kW (mikroinstalacja) nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia robót²⁷. W przypadku mikroinstalacji innych niż wolnostojące, wymóg uzyskania zgłoszenia dotyczy sytuacji, gdy wysokość instalacji PV przekracza 3 m²⁸. Należy jednocześnie pamiętać, że w przypadku mikroinstalacji o mocy zainstalowanej większej niż 6,5 kW wymagane jest jedynie uzgodnienie projektu urządzeń z rzeczoznawcą do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych oraz zawiadomienie właściwych organów Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania²⁹.

PRZEBIEG PROCESU BUDOWLANEGO

MAŁA INSTALACJA*

* więcej niż 50 kW

Uzyskanie pozwolenia na budowę

Zawiadomienie organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy

Zawiadomienie Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy

MIKROINSTALACJA*

* o mocy zainstalowanej mniejszej od mocy przyłączeniowej

Brak konieczności uzyskania pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót*

W przypadku mocy zainstalowanej większej niż 6,5kW:

Uzgodnienie projektu urządzeń z rzeczoznawcą do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych

Zawiadomienie Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy

*W przypadku mikroinstalacji innych niż wolnostojące, wymóg uzyskania zgłoszenia dotyczy sytuacji, gdy wysokość instalacji PV przekracza 3m.

RPWiK W ZAWIERCIU JAKO ZAMAWIAJĄCY PUBLICZNY

Dla celów niniejszej Strategii istotne jest ustalenie, czy do procedury zawarcia umowy EPC, umowy dzierżawy (leasingu) instalacji PV lub umowy dotyczącej zapewnienia obsługi serwisowej instalacji (O&M) należałoby stosować przepisy o zamówieniach publicznych. Podstawowe znaczenia dla ustalenia, czy Zamawiający ma obowiązek stosowania PZP w zakresie nawiązania współpracy z Wykonawcą jest ocena, czy RPWiK w Zawierciu jako spółka komunalna jest zamawiającym w świetle przepisów tej ustawy.

Stosownie do art. 4 PZP, przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są:

- a. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów UFP;
- b. państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, niebędące jednostkami sektora finansów publicznych;
- c. osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w lit. a i b powyżej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50%, lub posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (tzw. podmioty prawa publicznego);
- d. związki podmiotów, o których mowa w lit. a lub b powyżej, lub podmiotów, o których mowa w lit. c powyżej.

Pierwszą kategorią zamawiających publicznie są jednostki sektora finansów publicznych, do których należą podmioty wymienione w art. 9 UFP. Zamawiający jest samorządową osobą prawną, powstałą w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników³⁰. Jednocześnie RPWiK w Zawierciu działa jako spółka prawa handlowego, wobec czego nie może być uznany za jednostkę sektora finansów publicznych.

Drugą kategorią zamawiających publicznie stanowią państwowe organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Spółka komunalna, jako podmiot tworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego, nie jest państwową jednostką organizacyjną.

Trzecią kategorię zamawiających tworzą tzw. podmioty prawa publicznego, a więc osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, które spełniają co najmniej jeden z warunków wskazanych w art. 4 pkt 3 lit. a-d PZP. Jak wyjaśnia Urząd Zamówień Publicznych, przez „potrzeby o charakterze powszechnym” należy rozumieć te potrzeby, których zaspokojenie jest związane z instytucjonalną działalnością państwa oraz zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie w celu zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu³¹. Przyjmuje się, że podstawą ustalenia, czy celem funkcjonowania danego podmiotu jest działalność skierowana na zaspokojenie potrzeb powszechnych, są odpowiednie przepisy ustawowe lub postanowienia aktów powołania³².

Odnosząc powyższe do przedmiotu działalności Zamawiającego należy wskazać, że zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzenie ścieków stanowi zadanie własne gminy³³. Oznacza to, że gmina jest zobowiązana do zapewnienia tych usług i do ich finansowania z własnego budżetu, przy czym do uznania gminy należy, czy obowiązek ten będzie realizowany przez gminny zakład budżetowy, czy w inny sposób³⁴. Ponadto, zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest niewątpliwie prowadzeniem gospodarki komunalnej w zakresie użyteczności publicznej³⁵. Stosownie do art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Jak wynika z art. 2 wskazanej ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.



Tym samym należy uznać, że RPWiK w Zawierciu jest podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, tj. spółką komunalną powołaną do wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej w Gminie Zawiercie, a ponieważ współnikiem większościowym Zamawiającego jest Gmina Zawiercie³⁶ (dominacja o charakterze kapitałowym), RPWiK w Zawierciu jest zamawiającym publicznie w rozumieniu art. 4 pkt 3 PZP.

Uzupełniająco można wskazać, że RPWiK w Zawierciu mógłby zostać uznany za zamawiającego sektorowego w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 PZP, jako że jest zamawiającym publicznie wykonującym działalność sektorową w zakresie gospodarki wodnej polegającą w szczególności na odprowadzaniu ścieków. Ze względu na to, że przedmiotem umowy z Wykonawcą nie będą roboty budowlane, dostawa lub usługi związane z działalnością sektorową Zamawiającego, dalsza analiza w zakresie trybu udzielania zamówień sektorowych jest niecelowa dla przedmiotu niniejszej Strategii.

UDZIELENIE ZAMÓWINIA PUBLICZNEGO

Status prawny RPWiK w Zawierciu jako zamawiającego publicznego nie oznacza jeszcze, iż każda umowa, której spółka jest stroną, powinna być zawarta w trybie przepisów PZP. Przepisy wskazanej ustawy przewidują szereg wyłączeń o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym, z którymi wiąże się brak obowiązku stosowania się do trybu udzielania zamówień przez zamawiających publicznych. Z tego powodu należy rozważyć, czy ze względu na przedmiot i wartość zamówienia (umowy), w zakresie procedury zawarcia umowy EPC, umowy dzierżawy (leasingu) instalacji PV lub umowy dotyczącej zapewnienia obsługi serwisowej instalacji (O&M) z Wykonawcą, Zamawiający byłby zobowiązany do stosowania przepisów PZP.

Zamówienie (publiczne) stanowi odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Przepisy PZP stosuje się do udzielania przez zamawiających publicznych zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000,00 PLN. Szczegółowe zasady ustalania wartości zamówienia zależą od przedmiotu zamówienia.

Przepisy PZP definiują dostawę jako nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Dostawą w rozumieniu PZP może być zatem instalacja oraz dzierżawa jednostki wytwórczej PV.


Przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych we wskazanych w art. 3 pkt 21 PZP przepisach prawa unijnego, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Definicja robót budowlanych zawarta w Regulaminie udzielania zamówień RPWiK odnosi się natomiast do robót budowlanych i realizacji obiektów budowlanych w rozumieniu Prawa Budowlanego.

Usługą w rozumieniu PZP jest natomiast świadczenie, które nie stanowi dostawy lub robót budowlanych. Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)³⁷. Ponadto, dla weryfikacji zamówienia jako usługi bez znaczenia pozostaje rodzaj zawieranej umowy, jako że ocenie podlega zakres materialny świadczenia wykonawcy, który to zakres w przypadku świadczenia usług nie mógłby wyczerpywać definicji robót budowlanych lub dostaw. Wydaje się, że usługą w rozumieniu art. 7 pkt 28 PZP byłby serwis lub okresowy przegląd instalacji PV.

Mając na uwadze powyższe można wskazać, że przedmiotem umowy między Zamawiającym a Klientem mogą być jednocześnie usługi (wykonanie projektu instalacji PV, zapewnienie obsługi serwisowej, uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych), jak i dostawa (dostarczenie instalacji) oraz roboty budowlane (trwałe zamontowanie instalacji na dachu lub gruncie). Stosownie do art. 27 ust. 1 PZP jeżeli zamówienie obejmuje jednocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia (tzw. zamówienie mieszane). Co istotne, wybór rodzaju zamówienia należy do zamawiającego – w tym przypadku RPWiK w Zawierciu.

Jeżeli zamówienie obejmuje usługi i dostawy, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 maja 2016 r. (sygn. akt II GSK 70/15): „roboty budowlane związane z instalacją kolektorów słonecznych są świadczeniami mającymi - przy ich dostawie - charakter uboczny, dodatkowy, roboty te służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia poprzez jego instalację. Instalacja stanowi, co prawda, element niezbędny do uruchomienia urządzenia, ale sama nie tworzy odrębnego celu zamówienia. To dzięki nabyciu kolektorów słonecznych oraz innych składników możliwe było ich rozmieszczenie i instalacja w budynkach mieszkalnych i użyteczności publicznej, gdyby nie nabycie tych urządzeń roboty budowlane nie miałyby miejsca. Niewątpliwie celem zamówienia było dostarczenie kolektorów słonecznych (mienia ruchomego), które bez szkody dla ich normalnego korzystania można przenieść w inne miejsce.

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE



W konsekwencji rację miał Sąd I instancji akceptując w pełni stanowisko organu, że w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie art. 6 ust. 2 p.z.p. - skoro zamówienie obejmuje równocześnie dostawę oraz instalację dostarczonej rzeczy, to do udzielenia tego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw. Nieprawidłowe jest w tym kontekście stanowisko autora skargi kasacyjnej, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowej instalacji solarnej, a zakup kolektorów słonecznych stanowi dostawę niezbędną do wykonania tych robót budowlanych”.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 6 PZP, przepisów ustawy nie stosuje się do nabycia własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. Na podstawie wskazanego przepisu, ustawy PZP nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności, praw rzeczowych (np. użytkowania wieczystego, służebności gruntowych, hipoteki) lub praw obligacyjnych (np. umowy najmu, dzierżawy) do istniejących nieruchomości lub budynków. Istotą tego wyłączenia jest okoliczność, że w praktyce niemożliwa jest konkurencja przy poszukiwaniu podmiotu, któremu zostanie udzielone zamówienie, ponieważ dana nieruchomość lub budynek ma konkretnego właściciela lub właścicieli.

Niestety, urządzenia techniczne takie jak instalacje fotowoltaiczne nie są przez Prawo Budowlane zaliczane do kategorii budynków (z uwagi na brak trwałego połączenia z gruntem) lecz za budowlę. Ponieważ PZP nie przewiduje analogicznego wyłączenia dla umów dzierżawy (leasingu), której przedmiotem nie jest nieruchomość lub budynek dzierżawa instalacji fotowoltaicznej przez Zamawiającego (przy założeniu, że wartość przedmiotu zamówienia przekroczy próg 130.000,00 PLN), podlegałaby pod reżim ustawy PZP.

Uniknięcie tego ograniczenia może nastąpić na dwa sposoby. Poprzez zawarcie umowy w ramach partnerstwa publiczno- prywatnego lub też w ramach udzielenia zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji in-house.

Przedsięwzięcia służące poprawie efektywności energetycznej na rzecz podmiotów z szeroko rozumianej sfery publicznej mogą być realizowane w formule partnerstwa publiczno- prywatnego (PPP). Partnerstwo publiczno- prywatne polega na współpracy podmiotu publicznego oraz partnera prywatnego, której celem jest wykonanie szeroko rozumianych zadań o charakterze publicznym. Podmiotem prywatnym mogą być jednostki sektora finansów publicznych oraz tzw. podmioty prawa publicznego, a więc spółki komunalne spełniające wymagania określone w art. 2 pkt 1 lit. b) PPP (analogiczne do wymogów określonych w PZP). Tym samym możliwe jest, aby w ramach realizacji przedsięwzięcia w formule PPP, Klient nawiązał współpracę zarówno z RPWiK w Zawierciu, jak i z Miastem Zawiercie.

Cechą odróżniającą przedsięwzięcie w formule PPP od zamówienia publicznego jest to, że zgodnie z art. 2 pkt 4 PPP, każde przedsięwzięcie realizowane w formule PPP musi obejmować utrzymanie lub zarządzanie składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno- prywatnego. Składnikiem majątkowym może być nieruchomość lub jej część składowa, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 551 KC, rzecz ruchoma lub prawo majątkowe. Samo przedsięwzięcie w formule PPP może polegać na budowie lub remoncie obiektu budowlanego, świadczeniu usług, wykonaniu dzieła lub innego świadczenia.

Przez umowę o partnerstwie publiczno- prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz do poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Wniesienie wkładu własnego w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy.

Postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego poprzedza sporządzenie oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule PPP przez podmiot publiczny. Z oceny powinno wynikać, dlaczego realizacja przedsięwzięcia w formule PP jest korzystniejsza niż jego realizacji w inny sposób, w szczególności poprzez zaangażowanie wyłącznie środków publicznych. O zastosowaniu modelu PPP mogą decydować m.in. wysokie koszty transakcyjne i wdrożeniowe, długi okres użytkowania infrastruktury publicznej, kapitałochłonność inwestycji realizowanych w ramach projektu PPP, czy niezmiennosc zakresu projektu w długim okresie. Wskazuje się, że za zastosowaniem formuły PPP może przemawiać praktyka rynkowa, która w przypadku projektów służących poprawie efektywności energetycznej potwierdza, że projekty te mogą być realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Ocenę efektywności może na rzecz RPWiK w Zawierciu przeprowadzić zewnętrzny doradca z zakresu PPP, nie jest to jednak wymóg ustawy.

Po sporządzeniu ww. oceny efektywności, Zamawiający może wystąpić do ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego z wnioskiem o opinię na temat zasadności realizacji przedsięwzięcia w formule PPP. Opinia jest wydawana w terminie 60 dni od dnia otrzymania kompletnego wniosku i ma charakter poufny. Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, zasięgnięcie opinii jest zalecane w szczególności w przypadku, gdy podmiot publiczny opracowuje ocenę efektywności samodzielnie, bez konsultacji z zewnętrznym doradcą.

Procedura wyboru partnera prywatnego, podobnie jak w tradycyjnych zamówieniach publicznych, opiera się na zasadzie uczciwej konkurencji, równego traktowania partnerów prywatnych, proporcjonalności i przejrzystości. W zależności od przyjętego mechanizmu wynagradzania partnera prywatnego i rozkładu ryzyka ekonomicznego w ramach projektu PPP, współpraca w ramach PPP może odbywać się w oparciu o różne podstawy prawne, w szczególności w oparciu o ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawę o umowie koncesji. Przepisy PPP stanowią najbardziej kompleksową regulację współpracy między partnerem publicznym i prywatnym i znajdują zastosowanie do większości projektów PPP, zarówno w aspekcie proceduralnym, jak i w zakresie konstrukcji umów na realizację projektów PPP. Z kolei ustawa o umowie koncesji znajduje zastosowanie do umów, które spełniają warunki określone w art. 3 ww. ustawy. W takim wypadku, ustawa o umowie koncesji będzie mogła regulować także procedurę wyboru partnera prywatnego. Stosowanie ustawy o umowie koncesji jest fakultatywne, a alternatywą do prowadzenia procedury na podstawie ustawy o umowie koncesji jest zastosowanie przepisów PZP w zakresie nieuregulowanym w PPP.



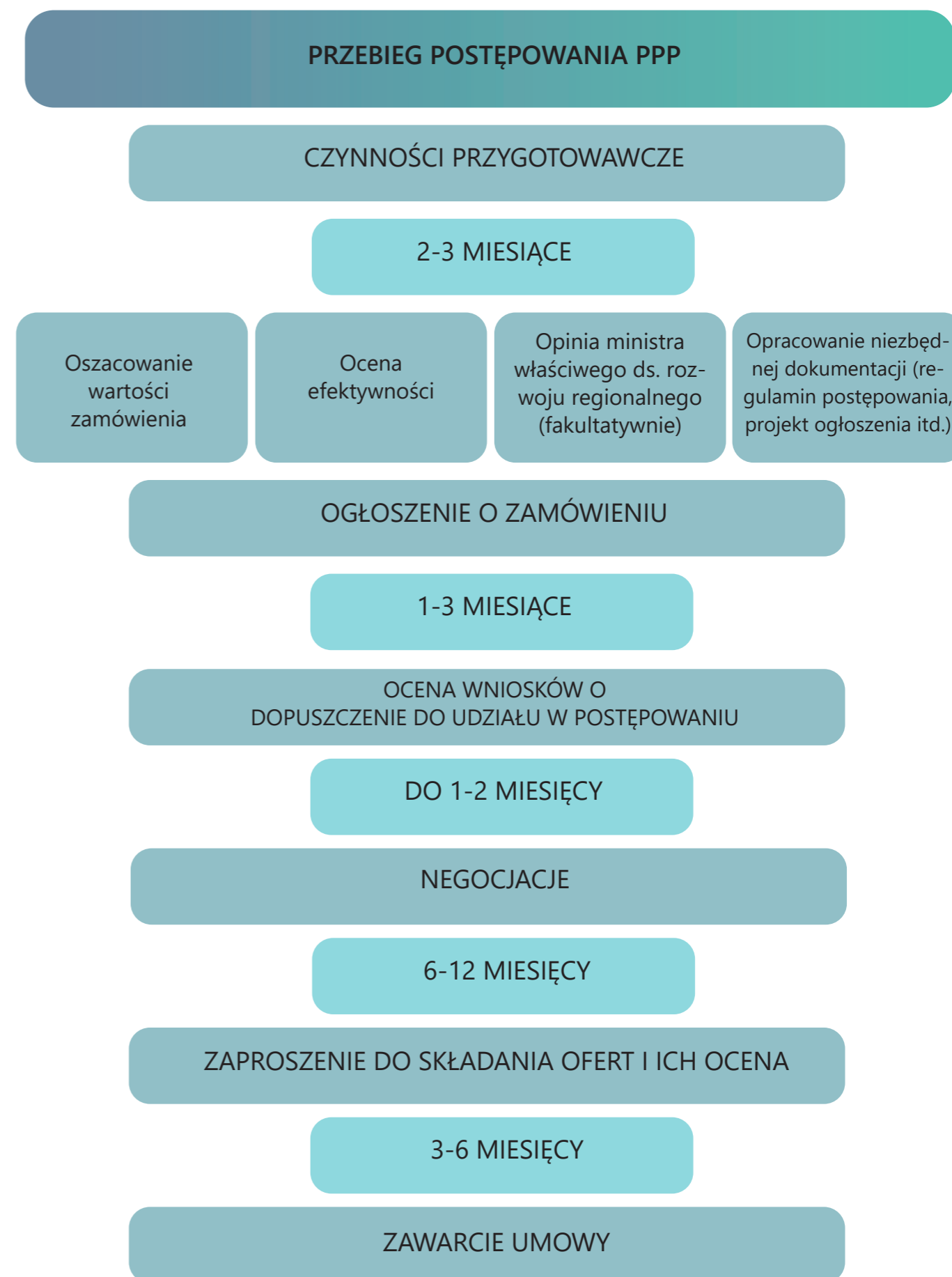
Ustawa o umowie koncesji znajdzie zastosowanie, jeżeli na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi wykonania robót budowlanych, wynagrodzenie stanowi wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane). Jeżeli koncesjonariuszowi powierza się świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, wynagrodzenie stanowi wyłączne prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

Co istotne, w przypadku umów koncesji, koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem i popytą. Należy przez to rozumieć, że zgodnie z umową koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.

Jeżeli Klient nie będzie skłonny do ponoszenia ryzyka ekonomicznego we wskazanym zakresie, rekomendowanym rozwiązaniem byłoby zastosowanie przez Zamawiającego do wyboru partnera prywatnego przepisów PZP oraz PPP. W przypadku prowadzenia postępowania w oparciu o ustawę o umowie koncesji, rekomendowanym trybem wyboru partnera prywatnego są negocjacje.

Wybór partnera prywatnego w oparciu o PZP i PPP jest możliwy w oparciu o tryb dialogu konkurencyjnego, rekomendowany dla zamówień powyżej progów unijnych, oraz tryb negocjacyjny podprogowy, rekomendowany dla zamówień poniżej progów unijnych. W ramach dialogu konkurencyjnego, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w dialogu wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Zastosowanie dialogu konkurencyjnego jest możliwe, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z warunków wskazanych w art. 153 PZP.

W przypadku projektów PPP, cena nie może stanowić jedyne kryterium oceny ofert przez podmiot publiczny. Na gruncie ustawy PPP za najkorzystniejszą ofertę uznaje się tę, w której przedstawiono najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia partnera prywatnego lub kosztu przedsięwzięcia ponoszonego przez podmiot publiczny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia. Wśród możliwych kryteriów oceny ofert wymieniono kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania i serwis. Kryterium wyboru ofert może być również m.in. planowany podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia między zamawiającym a wybranym partnerem prywatnym. Przedstawiona poniżej grafika ilustruje przebieg postępowania PPP ze wskazaniem przybliżonego okresu trwania poszczególnych etapów.



UDZIELENIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI W TRYBIE ZAMÓWIENIA IN-HOUSE

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne w przypadkach enumeratywnie wymienionych w art. 214 PZP. Jednym z tych przypadków jest tzw. zamówienie in-house, a więc zamówienie udzielane podmiotom będącym pod pełną pośrednią lub bezpośrednią kontrolą zamawiającego. Jednocześnie należy pamiętać, że taki podmiot musiałby sam – zgodnie z art. 4 pkt 3 PZP – przeprowadzić zakupy w ramach procedury zamówienia publicznego, a więc nie mógłby zawrzeć z Klientem umowy EPC poza reżimem PZP.

Istnieje jednak możliwość uniknięcia takiego obowiązku poprzez utworzenie spółki celowej, która docelowo byłaby właścicielem instalacji, którą wdzierzałaby Zamawiającemu na zasadach rynkowych. Utworzenie spółki prawa handlowego, w której zarówno Zamawiający jak i Wykonawca będą posiadali po 50% udziałów, a Zamawiający nie będzie posiadał kontroli za pośrednictwem możliwości powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego. W takich warunkach podmiot ten nie będzie zobligowany do stosowania PZP zgodnie z art. 4 pkt 3 tego aktu, w związku z czym będzie mógł zawrzeć umowę EPC z Wykonawcą w drodze standardowych negocjacji. Po zawarciu umowy będzie mogła nastąpić sprzedaż udziałów w całości do RPWIK, które będzie wówczas w stanie zawrzeć ze swoją spółką córką umowę na zasadzie zamówienia in-house.

Rozwiązanie to jest dość trudne prawniczo i wymaga dobrych zabezpieczeń w celu utrzymania stabilności relacji biznesowej po odkupie spółki córki, ale pozwala na uniknięcie reżimu PZP niemal w całości. Oczywiście w takich warunkach Umowa EPC musiałaby zakładać obsługę dzierżawionej instalacji przez cały okres trwałości projektu. Na koniec, RPWIK mogłoby dokonać połączenia ze spółką córką, w konsekwencji czego instalacja stałaby się własnością tego podmiotu, bez potrzeby zawierania umowy sprzedaży.

PROCEDURA PRZEKAZANIA URZĄDZEŃ ZAMAWIAJĄCEMU

Zgodnie z założeniem Klienta, w okresie trwania umowy EPC instalacje fotowoltaiczne będą stanowić własność XOOG Klastry Energii, a następnie zostaną przekazane Zamawiającemu. Dla celu niniejszej Strategii istotne jest określenie procedury przekazania urządzeń Zamawiającemu po wygaśnięciu umowy EPC oraz rozważenie, czy w związku ze zmianą właściciela instalacji PV konieczne stanie się przeniesienie decyzji administracyjnych, zezwoleń i wszelkiej dokumentacji projektowej na nowego właściciela.

TYTUŁ WŁASNOŚCI DO PROJEKTOWANYCH INSTALACJI PV A STATUS WYTWÓRCY ENERGII W INSTALACJI OZE

Dysponowanie tytułem prawnym do instalacji PV oraz do nieruchomości lub obiektów budowlanych, na których zostały zlokalizowane instalacje PV, jest jednym z wymogów wytwarzania energii elektrycznej w małej instalacji. Wymóg ten jest weryfikowany w szczególności na etapie ubiegania się o wpis do Rejestru MIOZE oraz w toku ubiegania się o uzyskanie warunków przyłączenia. W przypadku mikroinstalacji weryfikacja dysponowania tytułem prawnym do instalacji i nieruchomości (obiektów budowlanych) następuje na etapie ubiegania się o przyłączenie oraz zawarcie umowy sprzedaży energii. Zwracamy jednocześnie uwagę, że postanowienia umów przyłączeniowych mogą traktować utratę tytułu prawnego do nieruchomości (obiektów budowlanych) jako przesłankę odstąpienia od umowy przez właściwego OSD.

Jak wynika z przekazanej dokumentacji, Zamawiający dysponuje tytułem prawnym do nieruchomości lub obiektów budowlanych, na których mają powstać instalacje fotowoltaiczne. Tytuł prawny Zamawiającego do instalacji będzie musiał zostać zagwarantowany w umowie EPC lub w odrębnej umowie (np. dzierżawy, leasingu), przy założeniu, że właścicielem tych instalacji przez okres 8-10 lat będzie Wykonawca.



W zakładanym modelu własność urządzeń po ich wybudowaniu pozostanie przy Wykonawcy, jednocześnie Zamawiający stanie się ich dzierżawcą. Oznacza to, że umowa powinna jasno określić, że instalacje nie będą trwale związane z gruntem, a co za tym idzie nie stanowią jego części składowych w rozumieniu art. 48 KC. W takich warunkach możliwa będzie ich zwrotna dzierżawa do Zamawiającego pomimo tego, że zostaną posadowione na gruncie będącym własnością tego podmiotu.

KWESTIE ZWIĄZANE Z PRZENOSZALNOŚCIĄ DECYZJI ADMINISTRACYJNYCH I ZEZWOLEŃ

Przeniesienie decyzji administracyjnej na inny podmiot jest możliwe wyłącznie, gdy zezwala na to przepis szczególny. W przypadku decyzji o pozwoleniu na budowę, przepis art. 40 Prawa budowlanego ustala warunki przeniesienia pozwolenia na budowę na nowego inwestora, bez potrzeby powtórnego przeprowadzania postępowania w sprawie wydania tej decyzji. Co istotne, przeniesienie pozwolenia na budowę jest możliwe wyłącznie w fazie realizacji inwestycji budowlanej (niezależnie od stopnia zaawansowania robót), a zatem musi nastąpić przed faktycznym i prawnym zakończeniem robót budowlanych³⁸. Formalnym zakończeniem robót będzie w tym przypadku oddanie instalacji do użytkowania.

Pierwszą z możliwych form współpracy między XOOG Klastry Energii a Zamawiającym jest zawarcie umowy EPC, której przedmiotem będzie zaprojektowanie, wybudowanie oraz oddanie do użytkowania i eksploatacji instalacji fotowoltaicznych, które przez czas oznaczony w umowie będą własnością Klienta jako firmy ESCO, a następnie zostaną przekazane RPWiK w Zawierciu. Umowa EPC powinna w szczególności uwzględniać obowiązki i wydatki ponoszone przez Wykonawcę związane z opracowaniem dokumentacji projektowej, przygotowaniem wniosku o wpis do Rejestru MIOZE, uzyskaniem zaświadczenia o braku konieczności wyłączenia gruntów z produkcji rolniczej oraz uzyskaniem pozwoleń na budowę dla instalacji o mocy większej niż 50 kW. Ubezpieczenie oraz obsługa serwisowa wybudowanych instalacji PV mogą być przedmiotem odrębnych umów lub zostać uwzględnione w ramach Umowy EPC.

W modelu umowy EPC z gwarancją oszczędności energii, zwrot wszelkich nakładów kapitałowych poniesionych przez wykonawcę może być dokonywany z udziału XOOG Klastry Energii w oszczędnościach Zamawiającego uzyskanych w wyniku produkcji energii z instalacji PV. Strony umowy mogą ustalić, że w przypadku nieosiągnięcia planowanego uzysku energetycznego określonego w Audycie przedsiębiorstwa, Wykonawca zwróci Zamawiającemu równowartość brakującego uzysku energetycznego.

Zawarcie umowy EPC może podlegać pod PZP, w sytuacji gdy wartość przedmiotu zamówienia (obejmującego roboty budowlane, usługi i dostawę) przekroczy 130.000,00 PLN. W takich warunkach zawarcie umowy poza reżimem PZP będzie konieczne w ramach jednego z wariantów opisanych wyżej.

Drugą z możliwych form współpracy między XOOG Klastry Energii a Zamawiającym jest zawarcie umowy dzierżawy instalacji PV oraz odrębnej umowy serwisowej. Przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do użytkowania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz.

Nie ma przeszkód prawnych, aby przedmiotem dzierżawy były instalacje fotowoltaiczne. Należy jednak zauważyć, że zawieranie umów dzierżawy instalacji lub umów im podobnych, zostało określone przez Prezesa URE jako „próba obchodzenia przepisów prawa”³⁹. Wątpliwości organu budzą w szczególności umowy, w których wolumen zużytej energii przekłada się na wysokość świadczeń należnych podmiotowi udostępniającemu instalację. Niezależnie od zakwalifikowania umowy jako umowy dzierżawy (lub leasingu instalacji), uzależnienie wysokości czynszu dzierżawnego (rat leasingu) od ilości wyprodukowanej energii może prowadzić do uznania, że udostępniający dokonuje sprzedaży energii i faktycznie zyskuje status przedsiębiorstwa energetycznego.

W ocenie autora Strategii stanowisko URE nie ma jednak oparcia w przepisach. Jest ono także powszechnie krytykowane przez rynek. Podobne umowy na dzierżawę instalacji (zwłaszcza PV) są już zresztą w Polsce zawierane. Co więcej, stanowisko to jest wręcz sprzeczne z unijną dyrektywą RED II, która w art. 21 ust. 5 stanowi wprost, iż strona trzecia może być właścicielem instalacji autokonsumenta energii odnawialnej lub może zarządzać taką instalacją w zakresie jej eksploatacji, w tym pomiarów, oraz konserwacji, pod warunkiem, że podlega ona instrukcjom autokonsumenta energii odnawialnej.

Niezależnie od ryzyka uznania umowy dzierżawy za umowę sprzedaży energii, należy pamiętać, że zawarcie umowy dzierżawy instalacji PV może podlegać pod PZP, w sytuacji, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekroczy 130.000,00 PLN. Ominięcie reżimu PZP może nastąpić poprzez przeprowadzenie projektu w ramach procedury PPP lub też w trybie zamówienia in-house.

1. https://www.eversheds-sutherland.com/documents/global/poland/articles_pdf/pl/raport-wlasna-instalacja-fotowoltaiczna.pdf
2. http://resourcepoland.pl/Przewodnik_po_CPPAs.pdf
3. Art. 2 pkt 19 ustawy OZE.
4. Art. 2 pkt 19 ustawy OZE.
5. Art. 11a ust. 1 ustawy OZE
6. Część I ust. 36 pkt 10 załącznika do ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej.
7. J. Baehr [w:] Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Komentarz, red. P. Lissoń, J. Pokrzywniak, M. Szambelańczyk, Warszawa 2016, art. 9
8. Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 2 sierpnia 2019 r. w sprawie wzoru sprawozdania kwartalnego wytwórcy energii w małej instalacji (Dz. U. poz. 1512).
9. Art. 7 ust. 8 pkt 3 lit. a Prawa energetycznego.
10. Stawki mogą się nieznacznie różnić w zależności od taryfy dango OSD, do którego sieci przyłączony jest odbiorca.
11. Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o odnawialnych źródłach energii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2376 z późn. zm.).
12. Art. 10 ust. 2a ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym
13. Zgodnie z przekazanymi informacjami, Klient nie przewiduje budowy instalacji PV na gruntach rolnych.
14. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt II SA/Po 672/20; A. Fogel, 4.8. Wyznaczanie w studium uwarunkowań i planie miejscowym lokalizacji urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii [w:] A. Fogel, W. Federczyk, A. Kosieradzka-Federczyk, Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym, W. Federczyk, A. Kosieradzka-Federczyk, Warszawa 2015.
15. Art. 28 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.
16. A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki [w:] Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany, red. M. Wierzbowski, LEX/el. 2021, art. 15; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. akt II SA/GI 248/16.
17. § 12 ust. 1 pkt 2 uchwały Rady Miejskiej w Zawierciu z dnia 27 października 2021 r. nr LIII/666/21, Dz. Urz. Woj. Śl. Z 2021 r. poz. 7060.
18. § 12 ust. 2 pkt 2 uchwały Rady Miejskiej w Zawierciu z dnia 27 października 2021 r. nr LIII/666/21, Dz. Urz. Woj. Śl. Z 2021 r. poz. 7060.
19. § 68 uchwały Rady Miejskiej w Zawierciu z dnia 31 marca 2010 r. nr XLIX/634/10.
20. Art. 30 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

21. § 3 ust. 1 pkt 54 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. z 2019 r. poz. 1839).
22. Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1326 z późn. zm.)
23. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 15 marca 2019 r., sygn. akt II SA/Łd 924/18.
24. Art. 54 ust. 1 Prawa budowlanego.
25. Z. Niewiadomski (red.), Prawo budowlane. Komentarz. Wyd. 10, art. 54, Warszawa 2021.
26. Art. 29 ust. 4 pkt 3 lit. c w zw. z art. 56 ust. 1a Prawa budowlanego.
27. Art. 29 ust. 4 pkt 3 lit. c Prawa budowlanego.
28. Art. 29 ust. 3 pkt 3 lit. a Prawa budowlanego.
29. Art. 29 ust. 4 pkt 3 lit. c w zw. z art. 56 ust. 1a Prawa budowlanego.
30. T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 318.
31. Opinia „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE” dostępna na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/>.
32. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, SIP Legalis.
33. Art. 3 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.
34. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 września 2010 r., sygn. akt II OSK 1405/09.
35. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. akt IV SA/Wr 715/11.
36. Według informacji dostępnych na stronie Zamawiającego, Gmina Zawiercie posiada 79,35% udziałów w spółce.
37. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2352/19
38. A. Kosicki [w:] Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, LEX/el. 2021, art. 40.
39. <https://www.ure.gov.pl/pl/urząd/informacje-ogolne/aktualnosci/9297,Rynek-OZE-Regulator-dostrzega-proby-obchodzenia-przepisow-prawa-w-umowach-typu-P.html>

Okładka: <https://stock.adobe.com/pl/68836936>
Strony 6-7: <https://stock.adobe.com/pl/530307084>
Strona 10: <https://stock.adobe.com/pl/39422380>
Strona 15: <https://stock.adobe.com/pl/308723179>
Strony 18-19: <https://stock.adobe.com/pl/357735235>
Strona 28: <https://stock.adobe.com/pl/306677436>
Strona 30: <https://stock.adobe.com/pl/552564634>
Strona 37: <https://stock.adobe.com/pl/302636150>

XOOG Klastry Energii P.S.A.

Spółka XOOG Klastry Energii P.S.A. powstała jako odpowiedź na wyzwania transformacji energetycznej przed którymi stoją polskie samorządy. Ludzie zaangażowani w tworzenie XOOG Klastry Energii P.S.A. mają za sobą ponad dekadę doświadczenia w branży energetycznej.

Nasze dotychczasowa współpraca z przedsiębiorstwami, samorządami, organami centralnymi, a także organizacjami pozarządowymi są rękojmią profesjonalizmu. Spółka XOOG Klastry Energii P.S.A. jest koordynatorem samorządowych klastrów energii oraz przemysłowych klastrów energii na obszarze całej Polski.

Informacje kontaktowe:

Telefon: +48 508-856-510
E-mail: biuro@klastry-energii.pl

Główna siedziba:

ul. Wróbla 24/1
02-736 Warszawa, Mazowieckie

Adres korespondencyjny:

ul. Powstańców Śląskich 1
43-190 Mikołów, Śląskie



