

SEO/33/08/2021

Warszawa, dnia 25 sierpnia 2021 r.

Sz. P. Andrzej Adamczyk
Minister Infrastruktury

Szanowny Panie Ministrze,

Działając w imieniu Stowarzyszenia Energii Odnawialnej, w związku z publikacją zaktualizowanej wersji projektu *rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie oceny wniosków złożonych w postępowaniu rozstrzygającym* i skierowania jej do rozpatrzenia przez Komisję Prawniczą, poniżej przedstawiamy uwagi Stowarzyszenia dotyczące niektórych zmian wprowadzonych do projektu w wyniku zakończenia drugiej tury uzgodnień międzyresortowych oraz konsultacji publicznych, jednocześnie wskazując na szereg istotnych ryzyk, które mogą wystąpić na skutek ich przyjęcia.

W ostatnim piśmie zawierającym uwagi Stowarzyszenia przekazywane w ramach konsultacji publicznych wskazywaliśmy jednoznacznie, że zapewnienie równego traktowania wszystkich wnioskodawców i brak dyskryminacji jakichkolwiek klas wnioskodawców jest kluczowy dla prawidłowego wykonania delegacji ustawowej zawartej w art. 27g ust. 2 *ustaw z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej*, a tym samym – dla zgodności projektowanego rozporządzenia z prawem.

W ślad za powyższym pozytywnie odnotowaliśmy fakt uwzględnienia znacznej części złożonych przez Stowarzyszenie uwag. Powyższe dotyczy między innymi kwestii umożliwienia spełnienia określonych kryteriów przez wnioskodawcę w oparciu o zasoby i doświadczenia podmiotów trzecich z nim współpracujących, czy też modyfikację wymogów związanych ze sprawozdaniami finansowymi, co pozwoliło na dopuszczenie do procedury podmiotów zagranicznych i stanowiło pozytywny krok w kierunku zapewnienia konkurencyjnej procedury o niedyskryminacyjnym charakterze.

Mając na uwadze powyższe krytycznie należy odnieść się do części zmian, które zostały wprowadzone do projektu po zakończeniu ostatniej tury uzgodnień międzyresortowych i konsultacji publicznych, stojących w kontrze wobec kierunku wskazanego powyżej, do których, jako organizacja zrzeszająca inwestorów zainteresowanych rozwijaniem projektów morskich farm wiatrowych, nie mieliśmy możliwości odniesienia się.

W niniejszym piśmie wskazujemy na kluczowe problemy, które wynikają z części zaproponowanych do projektu zmian. W ocenie Stowarzyszenia rozwiązanie tych problemów i wprowadzenie modyfikacji, których kierunek wskazujemy poniżej, jest niezbędne dla wypracowania efektywnego i niedyskryminacyjnego procesu wyłaniania podmiotów, które będą realizowały inwestycje w zakresie morskich farm wiatrowych w wyłącznej strefie ekonomicznej Rzeczypospolitej Polskiej na Morzu Bałtyckim. Jest również niezbędne dla zapewnienia zgodności projektowanego rozporządzenia z przepisami prawa polskiego, tj. Konstytucją RP oraz *ustawą z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej („UOM”)*, w szczególności z wytycznymi zawartymi w delegacji do wydania przedmiotowego rozporządzenia (art. 27g ust. 2 UOM), jak również zgodności z przepisami prawa Unii Europejskiej, w szczególności art. 18 *Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”)* oraz z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 328, str. 82 z późn. zm.) ("**Dyrektywa RED II**").

Podkreślić należy, że opisane w dalszej części pisma zmiany do projektu pozostają w sprzeczności z kluczową dla rozwoju rynku energii odnawialnej w Unii Europejskiej Dyrektywie RED II. Jak wynika z punktu 43 preambuły Dyrektywy RED II: *„(...) przy stosowaniu przepisów w odniesieniu do szczegółowych projektów procedura stosowana do celów wydawania zezwoleń, certyfikatów i koncesji w przypadku elektrowni wykorzystujących energię odnawialną musi być obiektywna, przejrzysta, niedyskryminująca i proporcjonalna. W szczególności należy unikać wszelkich zbędnych obciążeń, które mogłyby wynikać z zaklasyfikowania projektów dotyczących energii odnawialnej jako instalacji stwarzających duże zagrożenie dla zdrowia.”*

Analogiczna regulacja znalazła odzwierciedlenie w art. 15 ust. 1 litera b Dyrektywy RED II, zgodnie z którym: *„(...) państwa członkowskie podejmują w szczególności właściwe kroki niezbędne, aby zapewnić: obiektywność, przejrzystość, proporcjonalność i niedyskryminacyjny wobec wnioskodawców charakter przepisów dotyczących wydawania zezwoleń, certyfikatów i koncesji oraz pełne uwzględnienie w tych przepisach charakterystyki poszczególnych technologii związanych z energią odnawialną.* Biorąc pod uwagę opublikowaną treść projektu, należy jednoznacznie stwierdzić, że pozostaje ona w sprzeczności z przywołanymi postanowieniami Dyrektywy RED II. Jak wykazano poniżej, szereg przepisów zawartych w projekcie ma charakter dyskryminacyjny wobec pewnej części inwestorów zainteresowanych udziałem w realizacji projektów morskich farm wiatrowych w Polsce. Jeżeli rozporządzenie w obecnym kształcie wejdzie w życie to będzie pozostawało w sprzeczności z Dyrektywą RED II, czym Polska może narazić się na bezpośrednie konsekwencje związane z nieprzestrzeganiem prawa wspólnotowego.

W przypadku przeprowadzenia postępowań rozstrzygających w oparciu o proponowane, dyskryminujące kryteria, uczestnicy postępowania rozstrzygającego, których prawa zostaną naruszone, będą mieć możliwość skutecznego dochodzenia swoich praw. W takim wypadku istnieje wysokie ryzyko, że sąd

administracyjny rozpatrujący sprawę – nie będąc związany rozporządzeniem (bowiem zgodnie z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP sędziowie podlegają tylko Konstytucji i ustawom, a nie rozporządzeniom) – uzna jego przepisy za niezgodne z prawem i odmówi jego zastosowania, a tym samym wzruszy wynik postępowania rozstrzygającego. Ryzyko takiego rozstrzygnięcia z kolei przełoży się na ryzyko wzruszenia wydanych pozwoleń, o których mowa w art. 23 ust. 1 UOM, co może być postrzegane przez inwestorów i podmioty finansujące jako ryzyko systemowe oraz okoliczność zmniejszająca atrakcyjność tego rodzaju przedsięwzięć, a tym samym utrudniająca ich sprawną realizację. Z pewnością wpłynie to na opóźnienia względem zakładanego harmonogramu rozwoju wchodzenia nowych mocy wytwórczych z morskich farm wiatrowych do krajowego systemu elektroenergetycznego. Wreszcie, nie można wykluczyć, że inwestorzy, którzy nie uzyskają pozwoleń, o których mowa w art. 23 ust. 1 UOM, z uwagi na zastosowanie dyskryminujących kryteriów, po podjęciu działań w celu wzruszenia tych rozstrzygnięć będą ubiegać się o odszkodowania od Skarbu Państwa.

Co więcej, przyznanie pozwoleń na wznoszenie sztucznych wysp na skutek dyskryminującej procedury, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, może spowodować, że Komisja nie zatwierdzi pomocy publicznej dla przyszłych morskich farm wiatrowych, dla których pozwolenia mają być wydane. Zgodnie z art. 4 ust. 4 Dyrektywy RED II, *Państwa członkowskie zapewniają przyznawanie wsparcia na rzecz energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w sposób otwarty, przejrzysty, konkurencyjny, niedyskryminujący i racjonalny pod względem kosztów*. Analogiczne stwierdzenia znalazły się w pkt 19 preambuły Dyrektywy RED II, gdzie wskazuje się, że w celu zwiększenia skuteczności postępowań i zminimalizowania ogólnych kosztów wsparcia, postępowania powinny być dostępne w sposób niedyskryminacyjny dla wszystkich producentów energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych.

Dyskryminacyjny charakter rozporządzenia może stanowić zagrożenie dla całego aukcyjnego systemu wsparcia morskich farm wiatrowych, zatwierdzonego zgodnie z unijnymi zasadami pomocy państwa przez Komisję Europejską. W zawiadomieniu Komisji Europejskiej z dnia 20 maja 2021 r. (C(2021) 3436 *final*) o udzieleniu zgody na system wsparcia dla morskich farm wiatrowych, wielokrotnie podkreśla się, że zgoda zostaje udzielona z uwagi na zobowiązanie władz polskich do zorganizowania konkurencyjnych aukcji na podstawie jasnych, przejrzystych i niedyskryminujących kryteriów, co ma zapewnić minimalizację możliwych zakłóceń konkurencji. Uznanie przez Komisję Europejską, że pozwolenia na wznoszenie sztucznych wysp dla projektów morskich farm wiatrowych zostały przyznane na skutek dyskryminującej procedury, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, może doprowadzić do naruszenia podstaw uznania przyszłej pomocy publicznej dla morskich farm wiatrowych w Polsce za niezgodną z zasadami wspólnego rynku. Konsekwencje wskazanych niezgodności mogą negatywnie wpłynąć na cały system aukcyjny zaakceptowany przez Komisję Europejską i zniweczyć działania Polski w dążeniu do neutralności klimatycznej i rozwoju morskich farm wiatrowych na Morzu Bałtyckim.

Podkreślenia wymaga, iż procedura przyznawania pozwoleń na wznoszenie sztucznych wysp stanowiła jeden z istotnych elementów procedury notyfikacyjnej systemu wsparcia morskich farm wiatrowych. Zgodnie z deklaracją polskich władz, procedura ta jest uznawana za otwartą i konkurencyjną, ponieważ wszystkie zainteresowane strony mogą swobodnie przeprowadzać badania polskiej wyłącznej strefy ekonomicznej w celu określenia najkorzystniejszych lokalizacji dla projektów morskich i ubiegać się o wydanie pozwoleń. Uzyskanie PSZW jako formalny, ale i konieczny warunek dopuszczenia do wytwórców energii elektrycznej z morskich farm wiatrowych do udziału w aukcjach, stanowi zatem istotny element programu pomocowego w rozumieniu rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 TFUE, jako że zawęża on krąg podmiotów mogących ubiegać się o przyznanie pomocy publicznej w ramach aukcyjnego systemu wsparcia morskich farm wiatrowych. Jednocześnie zawężenie kręgu podmiotów mogących się ubiegać o przyznanie wsparcia w przypadku wejścia rozporządzenia w życie zostanie dokonane z naruszeniem kryteriów jasności, przejrzystości i braku dyskryminacji. Spełnianie przez system wsparcia tych kryteriów było przedmiotem dociekliwego zainteresowania Komisji Europejskiej, która wielokrotnie w swoim Zawiadomieniu podkreśla, że tylko taki system wsparcia jest zgodny z rynkiem wewnętrznym stosownie do art. 107 ust. 3 lit. c TFUE.

Podkreślamy, że pomoc publiczna która narusza przepisy lub ogólne zasady prawa UE, nie może zostać uznana za zgodną ze rynkiem wewnętrznym. Za pomoc publiczną niezgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznany system wsparcia morskich farm wiatrowych w przypadku wejścia rozporządzenia w życie z powodów opisanych w niniejszym piśmie. Jego wejście w życie powoduje bowiem, że system wsparcia morskich farm wiatrowych przestanie spełniać kryteria jasności, przejrzystości i braku dyskryminacji, gdyż pozwolenia na wznoszenie sztucznych wysp nie będą przyznawane w zgodzie z tymi kryteriami.

Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że Rozporządzenie narusza nie tylko zasady określone w Dyrektywie RED II, ale również warunki udzielenia Polsce zgody na system wsparcia morskim farm wiatrowych.

W kontekście wszystkich przedstawionych powyżej zastrzeżeń, jako Stowarzyszenie zwracamy uwagę, że swoboda przepływu towarów i usług jest jednym z fundamentów polityki Unii Europejskiej prowadzonej w celu ustanowienia rynku wewnętrznego, obszaru, w którym zapewniona jest swobodna cyrkulacja ekonomiczna. W aspekcie przepływu towarów i usług powinno to oznaczać zniesienie przez państwa członkowskie różnego typu barier, które dyskryminują towary i usługi pozostałych państw członkowskich i utrudniają obrót wewnątrz Unii Europejskiej. Natomiast w świetle przedstawionych w projekcie propozycji nie można mówić o zapewnieniu teź swobody w zakresie inwestycji w morskie farmy wiatrowe w Polsce. Przedstawione kryteria wskazane w Rozporządzeniu niejednokrotnie utrudniają pewnym grupom podmiotów (w tym podmiotom zagranicznym) dostęp do polskiego rynku morskich farm wiatrowych, jednocześnie skutkując tym, że nie będą mieli oni równych szans z podmiotami krajowymi, które do tej pory realizują inwestycje związane z wytwarzaniem energii elektrycznej z paliw kopalnych.

Takie działanie może stanowić przejaw dyskryminacji faktycznej, która stanowi bezpośrednie naruszenie swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, bądź swobody świadczenia usług w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, jako podstawowych zasad wynikających z art. 28 TFUE.

Powyższe stanowić będzie istotny czynnik ryzyka systemowego, negatywnie odbijając się na realizacji programu morskiej energetyki wiatrowej w Polsce i utrudniając realizację celów polityki energetycznej Rzeczypospolitej Polskiej.

Jako Stowarzyszenie wyrażamy przekonanie, że zarówno skala, jak i charakter wprowadzanych zmian powinny wiązać się z koniecznością przeprowadzenia dodatkowych konsultacji publicznych. Rozumiejąc jednak, iż czas pozostaje istotnym czynnikiem determinującym rozwój sektora morskiej energetyki wiatrowej w Polsce, oraz ze względu na powagę ryzyk, jakie dla rozwoju polskiego programu morskiej energetyki wiatrowej niesie projekt rozporządzenia w zaproponowanym kształcie, zwracamy się z wnioskiem o uwzględnienie przedłożonych uwag w toku dalszych uzgodnień międzyresortowych lub innego trybu pozwalającego na uniknięcie istotnego wydłużenia całej procedury.

Jednocześnie zwracamy się z prośbą o odbycie spotkania umożliwiającego przeprowadzenie pogłębionej dyskusji dotyczącej kierunków zmian zaproponowanych w projekcie i koniecznych w ocenie Stowarzyszenia do wprowadzenia modyfikacji. Jako Stowarzyszenie liczymy, że podobnie jak w przypadku ostatnich konsultacji publicznych, kiedy udało się wypracować rozwiązania regulacyjne godzące interesy poszczególnych stron, również teraz będzie możliwe ich wprowadzenie, pozwalając tym samym na uniknięcie opisanych w niniejszym piśmie istotnych ryzyk związanych z zaburzeniem zasad konkurencji na rynku.

Z poważaniem,



Andrzej Konarowski

Wiceprezes Zarządu

Do wiadomości:

Minister Klimatu i Środowiska

1. Doświadczenie ograniczone do terytorium UE lub EFTA na moment składania informacji i dokumentów

Zastrzeżenia Stowarzyszenia wzbudza projektowane kryterium doświadczenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 w zw. z ust. 6 pkt 1 lit. a oraz kryterium dodatkowe, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 1 lit. c w zw. z ust. 7, w zakresie, w jakim propozycja ta ogranicza terytorialnie możliwość wykazywania doświadczenia przez wnioskodawcę jedynie do inwestycji oddanych do eksploatacji na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej bądź państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA).

Podkreślić należy, że ograniczanie terytorialne możliwości wykazywania doświadczenia w realizacji poszczególnych inwestycji z oczywistych względów jest dotkliwie dla inwestorów zagranicznych. Mając na uwadze, że sektor morskiej energetyki wiatrowej w dalszym ciągu znajduje się na stosunkowo wczesnym etapie rozwoju, każde doświadczenie w tej dziedzinie, bez względu na kraj, w którym zostało zdobyte, powinno być brane pod uwagę i adekwatnie ocenione w ramach postępowania rozstrzygającego. Powyższe zostało dostrzeżone w ramach uzgodnień międzyresortowych przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska, które zarekomendowało rozszerzenie przywołanego terytorium o Wielką Brytanię, jednakże przedmiotowa uwaga została odrzucona. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z bieżącym brzmieniem wykluczane są projekty i inwestycje realizowane w Wielkiej Brytanii, która dotychczas może poszczycić się największym w Europie potencjałem już eksploatowanych i realizowanych projektów morskich farm wiatrowych. Co równie istotne, Wielka Brytania jest jednym z krajów, gdzie inwestorzy zobowiązani są do budowy infrastruktury przyłączeniowej.

Kryterium doświadczenia stanowi istotny element realizacji jednego z celów postępowania rozstrzygającego, jakim jest wyłonienie inwestora zapewniającego największe prawdopodobieństwo realizacji inwestycji morskiej farmy wiatrowej. Mając na uwadze powyższe, tym bardziej zasadne jest umożliwienie każdemu z potencjalnych wnioskodawców posłużenia się w możliwie jak najszerszym zakresie zdobytym przez niego doświadczeniem.

Zaproponowane rozwiązania pozostają niezgodne z postanowieniami Traktatu Karty Energetycznej z dnia 17 grudnia 1994 r. ("**Traktat Karty Energetycznej**"), którą ratyfikowało wiele państw europejskich, w tym Polska, nakładającymi obowiązek działania zgodnie z zasadą unikania dyskryminacji oraz odpowiedniego traktowania inwestorów zagranicznych na warunkach nie mniej korzystnych niż są przyznawane w podobnych okolicznościach jej własnym przedsiębiorstwom (tzw. zasada traktowania narodowego), oraz zasadą największego uprzywilejowania. Zasady te zrównują – na płaszczyźnie najwyższych standardów, prawa i oczekiwania inwestorów i przedsiębiorstw zagranicznych z przedsiębiorstwami krajowymi. Przedmiotowe wymogi są także zwielokrotnione przez inne, wiążące Polskę, umowy międzynarodowe, a w tym:

- Umowę o handlu i współpracy między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej, z

jednej strony, a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, z drugiej strony,

- Traktat z 21 marca 1990 r. o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki,
- Kompleksową umowę gospodarczo-handlową (CETA) z 30 października 2016 r. między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

W kontekście ww. regulacji, nie sposób uznać, aby projektowane w Rozporządzeniu ograniczenia w wykazaniu się doświadczeniem w realizacji projektów energetycznych, w tym projektów morskich farm wiatrowych, było zgodne z zasadami równego traktowania i najwyższego uprzywilejowania. To powoduje uzasadnione i realne ryzyko, że kryteria postępowania rozstrzygającego uznane zostaną za niesprawiedliwe i arbitralne, powodując naruszenie kolejnych postanowień ww. umów międzynarodowych, a to: art. 12.3 CETA oraz art. 155 i art. 156 Umowy o handlu i współpracy między UE a Zjednoczonym Królestwem. Te ostatnie wymagają dodatkowo, by warunki wydania zezwoleń/ przyjęte procedury selekcji obejmowały kompetencje i zdolności do prowadzenia działalności gospodarczej, co tym bardziej wymaga nadania należytego określenia kryterium doświadczenia i niewprowadzania nieuzasadnionych ograniczeń w tym względzie.

W ramach przyjętych celów Rozporządzenia, należy także przywołać art. 319 Umowy o handlu i współpracy między UE a Zjednoczonym Królestwem, który wymaga, by każda z umawiających się stron wspierała efektywność energetyczną i wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych oraz zapewniła, by przepisy mające zastosowanie do wydania licencji (lub innych podobnych środków zw. z OZE) były niezbędne i proporcjonalne. Tymczasem brak jest jakichkolwiek elementów niezbędności lub proporcjonalności w limitowaniu inwestorom prawa do wykazywania się całością posiadanego przez nich doświadczenia.

Na marginesie wskazujemy, że nie jest wiadomym, czy przedmiotowe ograniczenie terytorialne ma również zastosowanie do wykazania doświadczenia w posiadaniu lub eksploatacji magazynów energii elektrycznej, bowiem w myśl § 8 ust. 7 projektu należy stosować odpowiednio § 6 ust. 6 projektu ale tylko w odniesieniu do oceny mocy zainstalowanej magazynu energii elektrycznej, co sugeruje, że nie obejmuje to wprowadzonego mocą § 6 ust. 6 pkt 1) lit. a) projektu ograniczenia terytorialnego.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest wykreślenie ograniczenia terytorialnego dotyczącego doświadczenia wskazanego w § 6 ust. 6 pkt 1 lit. a projektu.

2. Brak możliwości wykorzystania potencjału formuły joint venture

W ocenie Stowarzyszenia jednym z kluczowych zagadnień koniecznych do modyfikacji pozostaje kwestia postanowień projektu w zakresie wykorzystywania potencjału wszystkich współników spółki celowej będącej wnioskodawcą w postępowaniu rozstrzygającym. Jakkolwiek pozytywnie należy ocenić uwzględnienie możliwości wykorzystania spółek celowych (SPV) do wnioskowania o PSZW i uwzględnianiu

przy ocenie poszczególnych kryteriów wszystkich podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której należy wnioskodawca, tym niemniej obecne brzmienie projektu pomija wartości wynikające ze współpracy w formule partnerstwa *joint venture*.

W obecnym kształcie projektu, przy ocenie kryteriów szczegółowych oraz dokumentów wskazanych w § 4-8 uwzględnia się wnioskodawcę, a w przypadku, gdy wnioskodawca wchodzi w skład grupy kapitałowej, w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), wszystkie podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej, do której należy wnioskodawca (§ 10 ust. 1 Rozporządzenia). Zgodnie z definicją ustawową, przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę (definicja w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275)). W przypadku, gdy nie jest możliwe określenie przedsiębiorcy sprawującego kontrolę nad spółką będącą wnioskodawcą, przedmiotem oceny jest wnioskodawca oraz podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej jednego z udziałowców, posiadającego co najmniej 30% udziałów lub akcji w spółce będącej wnioskodawcą, wskazanego przez wnioskodawcę (§ 10 ust. 2 Rozporządzenia). Co więcej, do oceny wszystkich kryteriów o których mowa w § 4-8 Rozporządzenia wnioskodawca może wskazać wyłącznie jednego z udziałowców (§ 10 ust. 3 Rozporządzenia).

Powyższe przepisy przesądzają o tym, że przy ocenie kryteriów brane są pod uwagę jedynie zasoby jednej grupy kapitałowej. Takie rozwiązanie ogranicza wykorzystywanie formuły *joint venture* w formie wspólnej SPV, która w przypadku tak skomplikowanych inwestycji jakimi są morskie farmy wiatrowe, mogłaby przynieść znaczące korzyści. Zasobami i doświadczeniem spółek celowych są doświadczenia i zasoby ich wszystkich wspólników, nie tylko spółki dominującej. Zatem ocena spełnienia kryteriów przez wnioskodawcę powinna opierać się na ocenie zasobów i doświadczenia partnerów biznesowych, którzy wspólnie utworzyli spółkę celową wnioskującą o PSZW.

Powyższe rozwiązanie zwiększyłoby wśród potencjalnych wnioskodawców zainteresowanie wykorzystaniem formuły *joint venture*, co w konsekwencji mogłoby pozytywnie wpłynąć na jakość i bezpieczeństwo realizowanych w wyłącznej strefie ekonomicznej projektów morskich farm wiatrowych. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że jest to rozwiązanie preferowane zarówno przez inwestorów krajowych jak i zagranicznych, bowiem daje największe szanse na realizację morskich farm wiatrowych. Obecne brzmienie projektu powoduje, że na etapie ubiegania się o PSZW i udziału w postępowaniu rozstrzygającym partnerstwo *joint venture* (czy to w drodze realizacji poprzez wspólną SPV czy w trybie konsorcjalnym) staje się niejako fikcyjne.

Warto zwrócić uwagę, że ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2021 r. wprost przewiduje możliwość wspólnego

ubiegania się o udzielenia zamówienia publicznego przez wykonawców. Swoistym *novum* względem dotychczasowych przepisów, które zostały wprowadzone przez ustawodawcę na gruncie nowej ustawy jest unormowanie, zgodnie z którym zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, przy ustalaniu formy wspólnego ubiegania się o zamówienie, wykonawcy korzystają z uprawnień, jakie dają im przepisy art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, czyli korzystają z zasady swobody umów¹). Takie rozwiązanie otwiera rynek zamówień publicznych dla wykonawców, którzy mogą organizować się w szereg form prawnych w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i jego wspólną realizację, w szczególności w formie konsorcjum będącej formą współdziałania podejmowanego między gospodarczo niezależnymi podmiotami, które nie decydują się na powołanie wspólnej spółki celowej (SPV) do realizacji ich interesów. Jednocześnie zasoby kapitałowe, doświadczenie takich podmiotów czy ich zaplecze kadrowe i organizacyjne traktowane jest, co do zasady, równoprawnie w procesie oceny oferty złożonej wspólnie przez te podmioty.

W odniesieniu do powyższego, należy wskazać, że w projekcie brak jest odpowiednich przepisów, które regulowałyby sytuację złożenia wniosku o PSZW przez dwa lub więcej podmioty np. wchodzące w skład konsorcjum (stworzonego na podstawie cywilnoprawnej umowy nienazwanej). Natomiast taka możliwość nie została wykluczona przepisami UoM, a zatem – możliwym jest wydanie PSZW (będącej decyzją administracyjną) na rzecz dwóch lub więcej podmiotów. Jednakże, w takiej sytuacji brak jest regulacji, które by określały, jak należy ocenić doświadczenie czy zdolność finansowania inwestycji w odniesieniu do takiego wnioskodawcy będącego dwoma niezależnymi gospodarczo podmiotami. W naszej ocenie wykluczenie możliwości wykorzystania konsorcjum i zalet jakie ta formuła może przynieść w odniesieniu do realizacji morskich farm wiatrowych prowadzi do ograniczenia swobody działalności gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe, postulujemy:

- 1) Uwzględnienie w Rozporządzeniu szczegółowych rozwiązań dotyczących obliczania punktów za spełnienie poszczególnych kryteriów, w sytuacji, gdy z jednym wnioskiem o PSZW występuje kilka podmiotów np. w ramach konsorcjum.
- 2) Oparcie oceny spełnienia przez wnioskodawcę kryteriów, o których mowa w § 4 -8, Rozporządzenia na ocenie zasobów i doświadczenia partnerów biznesowych, którzy wspólnie utworzyli spółkę celową wnioskującą o PSZW.

3. Realizacja inwestycji / eksploatacja sieci elektroenergetycznej

Zastrzeżenia Stowarzyszenia budzą kryteria szczegółowe zaproponowane w § 6 ust. 1 pkt 1 lit. b i c projektu,

¹ T. Kocowski, Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym, Prawo zamówień publicznych 2021, s. 21, SIP Legalis.

przyznające punkty w związku z realizacją infrastruktury służącej do wyprowadzania mocy z morskiej farmy wiatrowej o sumarycznej długości równej co najmniej odległości od wnioskowanego obszaru do linii brzegowej, oraz za realizację inwestycji w zakresie budowy jednostki fizycznej wytwórczej w rozumieniu ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o runku mocy lub eksploatację przez co najmniej 3 lata takie jednostki o mocy osiągalnej brutto wynoszącej co najmniej 50 % mocy zainstalowanej wnioskowanej morskiej farmy wiatrowej.

Odnosząc się do kryterium doświadczenia związanego z eksploatacją infrastruktury przyłączeniowej podkreślić należy, że nie w każdym z państw istnieje możliwość realizacji infrastruktury przyłączeniowej morskiej farmy wiatrowej przez indywidualnych inwestorów. Niejednokrotnie podmiotem za to odpowiedzialnym pozostaje właściwy operator systemu przesyłowego. Jak już wyżej wspomniano, jednym z państw, gdzie jest to możliwe, jest Wielka Brytania, jednak zgodnie z obecnym brzmieniem projektu doświadczenie z realizacji i eksploatacji inwestycji na jej terytorium nie jest możliwe.

Co więcej, obecna treść projektu uzależnia uznanie doświadczenia w realizacji inwestycji w zakresie budowy infrastruktury przyłączeniowej od jej sumarycznej długości. W ocenie Stowarzyszenia powyższe ograniczenie nie jest merytorycznie uzasadnione i nie wpływa jakościowo na zdobyte przez danego inwestora doświadczenie w tym zakresie, gdyż doświadczenie tworzy liczba zrealizowanych projektów a nie ich długość, co wynika z tego, że każdy projekt dotyczy innej struktury podłoża, warunków klimatycznych, charakterystyki płytwów itp. Realizacja infrastruktury przyłączeniowej dla morskich farm wiatrowych znajdujących się bliżej brzegu, w naszej ocenie zapewnia wystarczającą gwarancję posiadania przez inwestorów odpowiedniego doświadczenia, sugerujemy zatem ograniczenie kryterium odległości do ułamka, np. 20% planowanej odległości.

Jak wynika z brzmienia § 6 ust. 1 pkt 1 lit. b projektu, przy ocenie spełnienia kryterium realizacji inwestycji w zakresie budowy jednostki fizycznej wytwórczej brana pod uwagę będzie tylko jedna jednostka fizyczna wytwórcza, której moc osiągalna brutto wynosić musi co najmniej 50% mocy zainstalowanej wskazanej w charakterystycznych parametrach technicznych przedsięwzięcia jako maksymalna moc zainstalowana morskiej farmy wiatrowej. Za spełnienie omawianego kryterium otrzymać można 8 punktów i wartość ta nie podlega stopniowaniu. Z oczywistych względów konstrukcja tego kryterium premiuje jednostki fizyczne wytwórcze będące konwencjonalnymi elektrowniami wykorzystującymi do produkcji energii paliwa kopalne. Biorąc pod uwagę, że maksymalna moc zainstalowana morskiej farmy wiatrowej wynosić może ponad 1000 MW, nie jest możliwym spełnienie tego kryterium uwzględniając pojedynczą inwestycję w lądową farmę wiatrową lub inwestycję w mniejszą morską farmę wiatrową.

Morskie farmy wiatrowe to przedsięwzięcia cechujące się wysokim poziomem skomplikowania, których realizacja wiąże się z określonymi wyzwaniami, wymagającymi posiadania szczegółowej wiedzy oraz doświadczenia. Fakt ten jest szczególnie istotny w kontekście inwestycji planowanych do realizacji w

polskich obszarach morskich, gdzie do tej pory nie powstała żadna morska farma wiatrowa, nieocenione może okazać się zatem doświadczenie inwestorów zagranicznych realizujących tego typu inwestycje w innych częściach świata, a w szczególności w innych częściach Morza Bałtyckiego.

Skoro, co do zasady, nadrzędnym celem postępowania rozstrzygającego powinno być wyłonienie oraz przyznanie pozwoleń na wznoszenie lub wykorzystywanie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w polskich obszarach morskich, podmiotom, które w najwyższym stopniu są w stanie zapewnić oraz zagwarantować możliwość realizacji morskich farm wiatrowych, to kryterium doświadczenia w realizacji tego typu inwestycji powinno znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w systemie przyznawania punktów w postępowaniu rozstrzygającym i premiować podmioty dysponujące takim doświadczeniem.

W obecnej wersji Rozporządzenia, aby uzyskać minimum kwalifikacyjne dla omawianego kryterium (minimum wynosi 14 punktów) wystarczy wykazać doświadczenie w realizacji lub eksploatacji jakiegokolwiek jednostki fizycznej wytwórczej oraz doświadczenie w realizacji lub eksploatacji sieci elektroenergetycznej. Biorąc pod uwagę opisane powyżej zasady budowy sieci elektroenergetycznych w innych krajach oraz fakt zrównania punktacji za realizację morskich farm wiatrowych z realizacją inwestycji w elektrownie konwencjonalne, z jednej strony bez uzasadnienia promuje się inwestorów opierających swoją działalność na energetyce konwencjonalnej, a dodatkowo stwarza poważne ryzyko, jeżeli chodzi o sukces realizacji morskich farm wiatrowych w przypadku przyznania pozwoleń podmiotom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie.

Ponadto, w odniesieniu do tego kryterium istotny jest wskazany w § 6 ust. 6 pkt 2 projektu sposób wyliczenia oceny mocy zainstalowanej morskich i lądowych farm wiatrowych, jak również innych fizycznych jednostek wytwórczych, a także oceny długości sieci elektroenergetycznej lub urządzeń służących do wyprowadzania mocy z morskiej farmy wiatrowej w sytuacji, gdy dana inwestycja nie była realizowana przez wnioskodawcę lub spółkę, w której wnioskodawca posiada 100% udziałów lub akcji. Wskazuje się wówczas, że należy uwzględnić doświadczenie takich podmiotów, ale proporcjonalnie do liczby udziałów lub akcji posiadanych przez wnioskodawcę w łącznym kapitale zakładowym tych spółek lub proporcjonalnie do liczby udziałów lub akcji posiadanych, pośrednio lub bezpośrednio, przez przedsiębiorcę kontrolującego grupę kapitałową w spółce będącej wnioskodawcą.

W naszej ocenie powyższe zapisy nie uwzględniają warunków realizacji inwestycji polegających na budowie morskich oraz lądowych farm wiatrowych, które odmienne są od realizacji projektów energetyki konwencjonalnej. Jeżeli chodzi o realizację projektów morskich oraz lądowych farm wiatrowych, co do zasady po realizacji określonego przedsięwzięcia w momencie, gdy projekt wchodzi w fazę eksploatacji, sprzedawana jest pewna część udziałów (przykładowo w takim wypadku inwestor większościowy staje się mniejszościowym), bądź też taki projekt sprzedawany jest w całości. Inna natomiast jest charakterystyka realizacji inwestycji konwencjonalnych, które z zasady są realizowane i eksploatowane przez ten sam

podmiot. W takiej sytuacji fakt posiadania tylko części udziałów, nie umniejsza w żaden sposób doświadczenia i zdolności inwestora początkowego do realizacji tego typu obiektów. (przy rozróżnieniu charakteru realizacji i eksploatacji powyżej opisanych przedsięwzięć) i przeliczanie punktów z uwzględnieniem liczby udziałów jest krzywdzące i nie oddaje rzeczywistego doświadczenia związanego z całym procesem rozwoju oraz realizacji projektu, jakie dany podmiot nabył. Ponadto, wykazywanie tego kryterium na moment składania informacji i dokumentów, o których mowa w art. 27d ust. 2 pkt 2 UoM, całkowicie mija się z realiami w jakich realizowane są morskie oraz lądowe farmy wiatrowe.

W związku z powyżej przedstawionymi uwagami postulujemy o:

- 1) Dokonanie modyfikacji w zakresie przyznawania punktacji za spełnienie kryteriów o których mowa w § 6 ust. 1 pkt 1) lit. a) oraz lit. b) Rozporządzenia w taki sposób, aby w najwyższym stopniu premiować doświadczenie związane z realizacją oraz eksploatacją inwestycji w morskie i lądowe farmy wiatrowe, a w odpowiednio mniejszym zakresie premiować doświadczenie związane z realizacją inwestycji w zakresie budowy jednostek fizycznych wytwórczych (innych niż farmy wiatrowe) oraz inwestycji w zakresie budowy i eksploatacji sieci elektroenergetycznej lub urządzeń służących do wyprowadzania mocy z morskiej farmy wiatrowej. Dodatkowo minimum kwalifikacyjne powinno zostać określone tak, aby doświadczenie w budowie oraz eksploatacji morskich i lądowych farm wiatrowych pozwalało na spełnienie kryterium minimalnego.
- 2) Analogicznie do przyznawania punktacji za kryterium opisane w § 6 ust. 1 pkt 1) lit. a) Rozporządzenia, gdzie przy ocenie uwzględnionych może zostać łącznie kilka inwestycji (morskie farmy wiatrowe/ lądowe farmy wiatrowe), tak samo przy ocenie kryterium z § 6 ust. 1 pkt 1 lit. b) Rozporządzenia sugerujemy uwzględnianie więcej niż jednej inwestycji w jednostki fizyczne wytwórcze.
- 3) Zrezygnowanie z regulacji zawartej w § 6 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia, a zatem uwzględnianie całego doświadczenia w realizacji jednostek wytwórczych (w tym morskie i lądowe farmy wiatrowe) oraz budowę linii i przyłącza niezależnie od liczby udziałów lub akcji, jakie posiada wnioskodawca w spółce z grupy kapitałowej, która takie przedsięwzięcie zrealizowała, a także nawet gdy dana inwestycja nie była zrealizowana przez wnioskodawcę.

Rezygnację z kryterium odległości przy ocenie doświadczenia w realizacji sieci elektroenergetycznych oraz urządzeń służących do wyprowadzania mocy z morskich farm wiatrowych, bądź ustanowienie go na mniejszym poziomie.

4. Wskaźnik zaawansowania transformacji klimatycznej

Zgodnie z zaproponowanym brzmieniem § 7 ust. 1 pkt 1) projektu, wprowadzone zostało podkryterium weryfikujące „pozytywny wpływ planowanego przedsięwzięcia na transformację energetyczną i ograniczenie emisji gazów cieplarnianych”. Jednocześnie wprowadzono doprecyzowanie, zgodnie z którym w przypadku wniosków dotyczących morskich farm wiatrowych, punkty przyznawane będą w oparciu o

„wskaźnik zaawansowania transformacji klimatycznej wnioskodawcy lub grupy kapitałowej”.

Co istotne, im przedmiotowy wskaźnik, określający proporcję wolumenu energii wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii w stosunku do całości energii wytwarzanej przez wnioskodawcę, jest wyższy, tym wnioskodawca otrzymuje mniej punktów za powyższe kryterium. Przywołana procedura w sposób bezpośredni promuje więc podmioty, których działalność oparta jest na wytwarzaniu energii elektrycznej z paliw kopalnych, a co za tym idzie stanowić może przejaw dyskryminacji podmiotów, które w produkcji energii elektrycznej miały większy udział źródeł odnawialnych.

Projektodawca w uzasadnieniu do wprowadzonych zmian deklaruje, że powyższe ma na celu zapewnienie szerokiej partycypacji w realizacji polityki klimatycznej jak największej liczby podmiotów. Należy jednak podkreślić, iż przedmiotowa procedura prowadzi do zakłócenia konkurencji i w praktyce stanowić będzie utrudnienie w dostępie do realizacji inwestycji morskich farm wiatrowych dla podmiotów z krajów, w których działania polityczne i gospodarcze ukierunkowane na rozwój odnawialnych źródeł energii są na bardziej zaawansowanym etapie.

Podkreślenia wymaga, iż przyznawanie pomocy publicznej na rzecz poszczególnych przedsiębiorstw, które prowadzi do zakłócenia konkurencji, jest niedozwolone. Głównym celem unijnych reguł konkurencji jest umożliwienie właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. TFUE określa reguły mające na celu zapobieganie ograniczaniu i zakłócaniu konkurencji na rynku wewnętrznym. W ocenie Stowarzyszenia akceptacja zaproponowanej procedury punktacji za kryterium z § 7 ust. 1 pkt 1) projektu naruszyłaby te reguły.

Jednocześnie zwracamy uwagę, że swoboda przepływu towarów i usług jest jednym z elementów polityki Unii Europejskiej prowadzonej w celu ustanowienia rynku wewnętrznego, obszaru, w którym zapewniona jest swobodna cyrkulacja ekonomiczna. W aspekcie przepływu towarów i usług powinno to oznaczać zniesienie przez państwa członkowskie różnego typu barier, które dyskryminują towary i usługi pozostałych państw członkowskich i utrudniają obrót wewnątrz Unii Europejskiej. Natomiast w świetle przedstawionych w projekcie propozycji nie można mówić o zapewnieniu tejże swobody w zakresie inwestycji w morskie farmy wiatrowe w Polsce.

Mając na uwadze powyższe, rekomendujemy rezygnację z wprowadzania projektowanego podkryterium lub zmniejszenie przewagi punktowej przyznawanej ze względu na niski wskaźnik transformacji klimatycznej poprzez wprowadzenie czterech przedziałów (0-25%, 26-50%, 51-75%, 76-100%).

5. Możliwość uzyskania PSZW tylko w przypadku doświadczenia w realizacji projektów związanych z magazynowaniem energii oraz w realizacji projektów wodorowych

W § 8 Rozporządzenia, na podstawie ustawowego upoważnienia do określenia dodatkowych kryteriów oceny wniosków o PSZW, zostały uregulowane dodatkowe kryteria oceny wniosków. W przypadku morskich

farm wiatrowych ustalono, że dodatkowymi kryteriami będą doświadczenie w realizacji projektów związanych z magazynowaniem energii, doświadczenie w realizacji projektów wodorowych oraz efektywność wykorzystania obszaru.

Za spełnienie przez wnioskodawcę szczegółowych kryteriów, o których mowa powyżej, Rozporządzenie przewiduje przyznanie maksymalnie po 5 punktów, przy czym minimum kwalifikacyjne, jakie zostało określone dla omawianego kryterium wynosi 6 punktów. Oznacza to zatem, że aby spełnić minimum kwalifikacyjne inwestor winien wykazać spełnienie dwóch z trzech kryteriów szczegółowych, co w praktyce oznacza, że powinien mieć doświadczenie w magazynowaniu energii lub w realizacji projektów wodorowych na bazie konwencjonalnych źródeł energii. Tym samym, bez doświadczenia w realizacji projektów związanych z magazynowaniem energii oraz w realizacji projektów wodorowych (nawet przy uzyskaniu 5 punktów za kryterium efektywności wykorzystania obszarów) potencjalni inwestorzy zostają na samym starcie pozbawieni możliwości uzyskania PSZW jako że nie osiągną wymaganego minimum kwalifikacyjnego za to kryterium. Niezrozumiałe jest wykorzystywanie przeciw doświadczonym wytwórcom energii z OZE faktu, że wytwarzanie wodoru z wykorzystaniem energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych jest obecnie technologią nieuzasadnioną ekonomicznie, a jednak długoterminowo pożądanym komponentem transformacji energetycznej.

Ministerstwo Infrastruktury w uzasadnieniu do Rozporządzenia podkreśla wagę rozwoju magazynów energii oraz wodoru dla transformacji oraz neutralności klimatycznej, jednakże zaproponowane zasady przyznawania punktacji za to kryterium nie znajdują uzasadnienia i stanowią istotną barierę dla wielu potencjalnych inwestorów, mających szerokie doświadczenie w realizacji morskich farm wiatrowych, jednakże dopiero przygotowujących się do realizacji projektów związanych z magazynowaniem energii czy inwestycjami wodorowymi.

Zarówno technologia wytwarzania wodoru, jak i magazynowania energii (szczególnie w postaci magazynów energii elektrycznej wykorzystujących reakcje chemiczne, o której mowa w Rozporządzeniu) znajdują się jeszcze na bardzo początkowym etapie rozwoju i w żadnym kraju na świecie nie są powszechnie stosowane, co oznacza, że wielu potencjalnych, doświadczonych w realizacji projektów OZE inwestorów nie dysponuje magazynem energii, ani nie wytwarza wodoru. Podkreślić należy, że jednocześnie wykazanie doświadczenia w ramach magazynów energii pracujących w fazie pilotażowej czy także doświadczenia z realizacji projektów wodorowych polegających na pilotażowym wytwarzaniu wodoru nie ma żadnego przełożenia na możliwość i zdolność realizacji projektów *morskich farm wiatrowych*.

W ocenie Stowarzyszenia uzasadnione i celowe jest umieszczenie w projekcie kryterium obejmującego doświadczenie w realizacji magazynów energii oraz produkcji wodoru, postulujemy jednak przyznawanie punktacji w taki sposób, aby premiować inwestorów mających doświadczenie w tych technologiach, także na etapie rozwoju projektów, ale przy tym nie eliminować inwestorów nieposiadających magazynów, ani

nie wytwarzających wodoru. Wobec tego, wnioskujemy o uwzględnienie punktacji za projekty w fazie rozwoju oraz zmniejszenie minimum kwalifikacyjnego tak, aby spełnienie jednego z trzech kryteriów szczegółowych pozwoliło na jego osiągnięcie.

6. Aktualny rating kredytowy

Budzi uzasadnione wątpliwości imienne wskazanie w § 5 ust. 5 pkt 2) Rozporządzenia trzech wybranych agencji ratingowych (tj. Fitch, Moody's i Standard&Poor's), których rating może być zaakceptowany na potrzeby wykazania spełnienia kryterium sposobu finansowania przedsięwzięcia w zakresie szczegółowego kryterium dotyczącego możliwości realizacji planowanego przedsięwzięcia ze środków pochodzących z kredytów lub pożyczek.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1060/2009 w sprawie agencji ratingowych ustanawia generalne zasady sporządzania ratingów i rejestracji agencji ratingowych w UE, gwarantujące, że ratingi kredytowe wydawane przez wszystkie agencje ratingowe zarejestrowane w UE, mają odpowiednią jakość i są wystawione przez agencje podlegające rygorystycznym wymogom. Wykaz zarejestrowanych w UE agencji prowadzony przez Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) zawiera szereg podmiotów uznanych za wiarygodne instytucje ratingowe w świetle standardów UE, swym zakresem wykraczając poza trzy agencje wskazane przez projektodawcę. Jako równie wiarygodne, instytucje te powinny także być dopuszczone do możliwości wystawiania ratingu kredytowego na potrzeby spełnienia przez wnioskodawcę kryteriów szczegółowych w postępowaniu rozstrzygającym.

Co więcej, uznaniowy wybór trzech agencji, jak się wydaje wyłącznie ze względu na ich dominującą pozycję rynkową i rozpoznawalność ich marek, jest praktyką budzącą wątpliwości natury prawnej. Jak wyżej nadmieniono, nie istnieją wskazania prawne, które uzasadniałyby sformułowanie przez ustawodawcę konieczności skorzystania z usług komercyjnych, świadczonych akurat przez wybrane trzy podmioty spośród wszystkich agencji zarejestrowanych w UE. Wyraźnie zakłócałoby to zasady uczciwej konkurencji i daje niesprawiedliwą przewagę rynkową wybranym podmiotom. Wnioskodawca będzie zmuszony do zakupu usług wskazanych agencji, w sytuacji ogromnej presji czasowej, aby mieć szansę skutecznie konkurować o lokalizację w polskich obszarach morskich. Nie wiadomo, czy ze względów czasowych byłoby to w ogóle możliwe, a zatem czy nie byłoby to rozwiązanie z góry wykluczające konkurentów. Warto również podkreślić, że imiennie wskazane w projekcie rozporządzenia trzy agencje tj. Fitch, Moody's oraz Standard & Poor's są agencjami amerykańskimi. Proponowane przepisy nie uwzględniają zatem żadnej z europejskich agencji ratingowych. W tym kontekście warto jeszcze zwrócić uwagę na brak spójności w prezentowanym przez Ministerstwo Infrastruktury podejściu. Z jednej strony w aspektach związanych z wykazaniem doświadczenia (zob. pkt I powyżej) pod uwagę brane są jedynie państwa członkowskie UE i EFTA, z drugiej natomiast strony przy ocenie ratingu kredytowego Ministerstwo imiennie wskazuje trzy agencje tj. Fitch, Moody's oraz Standard & Poor's, które są agencjami amerykańskimi, nie uwzględniając zatem żadnej z

europiejskich agencji ratingowych. Agencje są przedsiębiorcami prywatnymi, zatem dostęp do ich usług nie jest równy dla każdego z przedsiębiorców, gdyż swoboda kontraktowania (dyskrecjonalne kryteria dostępności usługi) umożliwia odmowę zawarcia umowy ratingowej albo tzw notching. Z uwagi na powyższe jest to kryterium niedopuszczalne w konkurencyjnym postępowaniu administracyjnym.

Warto także podkreślić, że na poziomie unijnym od dłuższego czasu podejmowane są działania regulacyjne na rzecz przełamywania oligopolu trzech największych agencji ratingowych. Inicjatywy Komisji Europejskiej skoncentrowane są w tym zakresie na zachęcaniu do korzystania z usług mniejszych agencji ratingowych, które spełniają unijne standardy (zob. np. art. 8d Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 462/2013 zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1060/2009 w sprawie agencji ratingowych). Wzmaganie konkurencyjności między agencjami ratingowymi jest działaniem pożądanym przez UE i powinna być również uznawana na poziomie państw członkowskich.

W związku z powyższym postulujemy o dopuszczenie możliwości posiadania aktualnego ratingu kredytowego również w odniesieniu do innych agencji ratingowych zarejestrowanych także w UE, ale nie tylko.