

SEO/16/05/2021

Warszawa, dnia 20 maja 2021 r.

**Sz. P. Andrzej Adamczyk**  
**Minister Infrastruktury**

Szanowny Panie Ministrze,

Działając w imieniu Stowarzyszenia Energii Odnawialnej, w nawiązaniu do pisma Ministra Infrastruktury z dnia 5 maja br., znak GM-DGM-7.0211.1.2020, kierującego drugą wersją projektu *rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie oceny wniosków złożonych w postępowaniu rozstrzygającym* do konsultacji publicznych, poniżej przedstawiamy uwagi Stowarzyszenia do przedmiotowego projektu.

Pozytywnie odnotowujemy fakt, że znaczna część naszych uwag złożonych w ramach konsultacji publicznych pierwszej wersji projektu rozporządzenia została uwzględniona. W związku z istotną ewolucją projektu rozporządzenia i nowymi elementami, które pojawiły się w treści drugiej wersji projektu, niniejszym zgłaszamy nowe uwagi.

W niniejszym piśmie wskazujemy na kluczowe zagadnienia i węzłowe problemy, które wynikają z proponowanej treści projektu. Rozwiązanie tych problemów i wprowadzenie zmian, których kierunek wskazujemy poniżej, jest niezbędne dla 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”)*.

Zgodnie z art. 27g ust. 2 UOM minister właściwy do spraw gospodarki morskiej w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe kryteria oceny wniosków, sposób ustalania najistotniejszego kryterium oceny wniosków, punktację za każde kryterium oceny wniosków, minimum kwalifikacyjne oraz minimalny zakres informacji i dokumentów, o których mowa w art. 27d ust. 2 pkt 2 UOM, kierując się koniecznością właściwego zagospodarowania wyłącznej strefy ekonomicznej oraz zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wszystkich podmiotów, które złożyły kompletne wnioski, w ramach postępowania rozstrzygającego. Innymi słowy, zapewnienie równego traktowania wszystkich wnioskodawców i brak dyskryminacji jakichkolwiek klas wnioskodawców jest kluczowy dla prawidłowego wykonania delegacji ustawowej, a tym samym – dla zgodności projektowanego rozporządzenia z prawem.

Proponowane brzmienie przepisów projektu skierowanego do konsultacji budzi zasadnicze wątpliwości co do zgodności z zasadami, o których mowa powyżej. Konstrukcja projektowanych przepisów stwarza istotne ryzyko ich wykładni i stosowania w sposób, który naruszałby zasady niedyskryminacji i równego traktowania wszystkich wnioskodawców.

Po pierwsze, brzmienie projektu wydaje się wykluczać wszystkich tych inwestorów, którzy zamierzają się ubiegać o wydanie pozwoleń na wznoszenie sztucznych wysp, konstrukcji i urządzeń w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej (dla projektów morskich farm wiatrowych i nie tylko) poprzez utworzone specjalnie w tym celu spółki celowe, tzw. SPV (ang. *special purpose vehicle*).

Zgodnie z obecnym brzmieniem projektu, spełnienie określonych kryteriów szczegółowych odnosić ma się w sposób bezpośredni do wnioskodawcy. Mając jednak na uwadze, że pojęcie „wnioskodawca” nie zostało zdefiniowane odrębnie w przepisach UOM ani w projekcie rozporządzenia należałoby przyjąć, iż jest to wyłącznie podmiot składający wniosek. W takim ujęciu oceniając spełnienie kryteriów – w zakresie m.in. ratingu, możliwości finansowania projektu czy doświadczenia – należałoby brać pod uwagę wyłącznie zasoby i doświadczenie podmiotu składającego wniosek, nie zaś podmiotów z nim powiązanych (wspólników, spółek dominujących, innych spółek powiązanych) lub podmiotów, które na podstawie stosownych umów oddały swoje zasoby i doświadczenie do dyspozycji podmiotu składającego wniosek.

Spółki celowe ze swojej natury nie mają własnych zasobów ani doświadczenia. Są tworzone na potrzeby realizacji konkretnego przedsięwzięcia, więc nie mają historii działalności, która pozwalałaby wykazać się doświadczeniem. Brak historii operacyjnej znacząco utrudnia uzyskanie ratingu, zaś uzyskanie ratingu wymaganego przepisami rozporządzenia jest dla spółek celowych w zasadzie niemożliwe. Okoliczności te przesądzają, że inwestor ubiegający się o pozwolenie, o którym mowa w art. 23 ust. 1 UOM, za pośrednictwem utworzonej w tym celu spółki celowej, nie miałby szans uzyskać pozwolenia, ani nawet spełnić minimum kwalifikacyjnego.

Należy jednak podkreślić, że spółki celowe – stanowiąc wehikuł wykorzystywany przez ich wspólników - rozwijają dany projekt korzystając z zasobów swoich wspólników. W rzeczywistości zatem zasobami i doświadczeniem spółek celowych są doświadczenia i zasoby ich wspólników, względnie osób trzecich zaangażowanych w działanie spółki celowej, które formalnie nie mają statusu wspólnika (np. w ramach tzw. konsorcjum).

Tworzenie spółek celowych jest powszechną i utrwaloną praktyką inwestycyjną stosowaną przy realizacji skomplikowanych projektów infrastrukturalnych. W tej formule realizowane są w zasadzie wszystkie projekty morskich farm wiatrowych na świecie. Jest to dominująca, przyjęta za standard formuła zarządzania tego rodzaju projektami. Realizacja projektów w innych formułach stanowiłaby swoisty ewenement, stąd ukształtowanie przepisów w sposób wymagający odejścia od sprawdzonych, powszechnie stosowanych sposobów realizacji projektów i zarządzania nimi stwarza jedynie dodatkowe, zbędne ryzyko dla inwestorów oraz realizacji projektów (jest to zbędne utrudnienie w zarządzaniu projektem). Co więcej, wykorzystanie spółek celowych znacząco ułatwia stworzenie zaplecza kadrowego, organizacyjnego i logistycznego, pozwalającego na realizację planowanych przedsięwzięć (por. art. 27g ust. 1 pkt 5 UOM).

Wreszcie, nie sposób pominąć faktu, że dotychczas pozwolenia, o których mowa w art. 23 ust. 1 UOM były wydawane w większości na rzecz spółek celowych, w szczególności to spółki celowe uzyskały owe pozwolenia na projektów morskich farm wiatrowych. Sytuacja, gdy dotychczas wydawano pozwolenia na rzecz spółek celowych, zaś obecnie dla nowych projektów możliwość uzyskania pozwoleń przez inwestorów działających poprzez spółki celowe będzie wyłączona, również nosi znamię dyskryminacji.

Po wtóre, zgodnie z projektowanym § 5 ust. 5 pkt 2 lit. a rozporządzenia, wykazanie możliwości realizacji planowanego przedsięwzięcia z własnych środków wnioskodawcy może nastąpić co najmniej na podstawie sprawozdania finansowego, sporządzonego na zasadach i w trybie określonym w *ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości* (Dz. U. z 2021 r. poz. 217) („**ustawa o rachunkowości**”) i *ustawie z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym* (Dz. U. z 2020 r. poz. 1415), zbadanego przez biegłego rewidenta. Podkreślić należy, że przywołane kryterium finansowe stanowi jedno z najwyższych punktowanych kryteriów szczegółowych w ramach całej procedury.

Brzmienie rozporządzenia sugeruje, że o ile spełnienie tego kryterium może być wykazane poprzez złożenie innych dokumentów (zastosowane wyrażenie „co najmniej”), złożenie sprawozdania finansowego, o którym mowa powyżej, stanowi minimum formalne.

Stosownie do art. 2 ustawy o rachunkowości, jej przepisów – co do zasady – nie stosuje się wobec podmiotów zagranicznych. Tym samym konieczność przedstawienia sprawozdania finansowego sporządzonego zgodnie z krajowym ustawodawstwem w praktyce jest jednoznaczne z wykluczeniem podmiotów zagranicznych z przywołanej procedury. Takie wykluczenie narusza wyrażoną w art. 27g ust. 2 UOM zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wnioskodawców. Jest niezgodne z wyrażonymi

w art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP zasadami równości wobec prawa i niedyskryminacji m.in. w życiu gospodarczym. Co więcej, narusza art. 18 TFUE, zgodnie z którym „zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową”. Analogiczne polskie przepisy dotyczące wydawania koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złóż węglowodorów – przewidujące wymóg, by wnioskodawca był zarejestrowany w stosownym polskim rejestrze przedsiębiorców (zatem w praktyce dopuszczające wyłącznie polskie podmioty jako wnioskodawców) – zostały uznane wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2013 r., C-569/10, za niezgodne z prawem Unii Europejskiej.

Z uwagi na powyższe, wskazujemy, że przyjęcie przepisów w proponowanym kształcie może wiązać się z szeregiem ryzyk.

Po pierwsze, w przypadku przeprowadzenia postępowań rozstrzygających w oparciu o proponowane, dyskryminujące kryteria, uczestnicy postępowania rozstrzygającego, którzy nie uzyskają najwyższej oceny, prawdopodobnie skorzystają z przysługujących im środków prawnych. 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.

Po wtóre, Komisja Europejska – o ile uzna, że Rzeczpospolita Polska naruszyła swoje zobowiązania na gruncie TFUE – może pozwać Rzeczpospolitą Polską przed Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Co więcej, uznanie przez Komisję Europejską, że pozwolenia na wznoszenie sztucznych wysp dla projektów morskich farm wiatrowych zostały przyznane na skutek dyskryminującej i nietransparentnej 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. To z kolei znacząco negatywnie odbije się na realizacji programu morskiej energetyki wiatrowej w Polsce i utrudni realizację celów polityki energetycznej Rzeczpospolitej Polskiej.

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.

W ślad za powyższym postulujemy wprowadzenie następujących zmian do projektu rozporządzenia:

(a) ocena spełnienia kryteriów przez wnioskodawcę powinna opierać się na ocenie zasobów i doświadczenia podmiotów trzecich współpracujących z wnioskodawcą. Podstawą dokonania oceny byłoby wykazanie przez taki podmiot trzeci, że dysponuje zasobami i doświadczeniem (np. środkami finansowymi, legitymuje się ratingiem, posiada doświadczenie) na podstawie co najmniej dokumentów określonych obecnie w projekcie rozporządzenia oraz na podstawie oświadczenia (zobowiązania na gruncie prawa polskiego) takiego podmiotu, że udostępni swoje zasoby i doświadczenie (analogicznie, jak to jest przyjęte na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych – por. art. 118 ust. 1 – 4 tej ustawy).

(b) sprawozdanie finansowe powinno być przygotowane alternatywnie, zgodnie z ustawą o rachunkowości albo zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości, Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej oraz związanymi z nimi interpretacjami ogłoszonymi w formie rozporządzeń Komisji Europejskiej, zwanymi „MSR”. Wymóg, by sprawozdanie finansowe było zbadane przez biegłego rewidenta powinien być usunięty, względnie ograniczony do sprawozdań sporządzonych zgodnie z ustawą o rachunkowości (bowiem polscy biegli rewidenci nie dokonują badania sprawozdań finansowych spółek zagranicznych). To ograniczy ryzyko dyskryminacji ze względu na państwo pochodzenia wnioskodawcy;

Odnosząc się do kryterium związanego z doświadczeniem wnioskodawcy podkreślić należy, że nowa wersja projektu nie przewiduje przyznawania dodatkowych punktów związanych z doświadczeniem wnioskodawcy w budowie lub eksploatacji inwestycji w obszarach morskich lub inwestycji rodzajowo podobnych do morskich farm wiatrowych, które to kryteria były uwzględnione w poprzedniej wersji tego dokumentu.

W naszej ocenie doświadczenie w realizacji przywołanych inwestycji jest istotne z punktu widzenia uprawdopodobnienia realizacji przedsięwzięć przez poszczególnych inwestorów oraz wdrożenia najbardziej efektywnych rozwiązań na polskim rynku. W ślad za powyższym postulujemy, by wykazywanie doświadczenia w realizacji oraz eksploatacji odnosiło się do inwestycji realizowanych w sektorze energetyki odnawialnej. Dodatkowo konieczne jest wprowadzenie doprecyzowania, zgodnie z którym wykazywanie spełnienia przedmiotowego kryterium możliwe było poprzez potwierdzenie realizacji i eksploatacji jednej lub większej liczby inwestycji, których łączna wartość byłaby wyższa od wskazanej w projekcie wartości minimalnej. Jednocześnie jako niezrozumiałe oceniamy ograniczanie zasięgu przestrzennego doświadczeń w realizacji lub eksploatacji przedsięwzięć wskazanych w projekcie rozporządzenia wyłącznie do państw członkowskich UE lub EFTA. Należy także dodać, że uwzględnione powinny być inwestycje zrealizowane również w wyłącznych strefach ekonomicznych. Podkreślić należy, iż odwoływanie się do terytorium państw co do zasady wyłącza możliwość wykazywania doświadczenia w zakresie inwestycji obejmujących morskie farmy wiatrowe, sytuowane głównie w wyłącznych strefach ekonomicznych, niestanowiących *sensu stricto* terytorium państw.

Zgodnie z § 3 projektu, wnioski dotyczące morskich farm wiatrowych będą podlegać ocenie w zakresie spójności harmonogramu realizacji i eksploatacji tych przedsięwzięć z polityką energetyczną państwa oraz *planem rozwoju w zakresie zaspokojenia obecnego i przyszłego zapotrzebowania na energię elektryczną* (dalej: „plan rozwoju sieci”). Podkreślić należy, iż w ramach przywołanego kryterium minimum kwalifikacyjne pokrywa się z maksymalną liczbą punktów możliwych do uzyskania, a co za tym idzie, stwierdzenie ewentualnych rozbieżności rodzi poważne ryzyko odrzucenia wniosku. Jednocześnie należy odnotować występujące pomiędzy przywołanymi dokumentami rozbieżności w zakresie prognozowanych mocy wytwórczych morskich elektrowni wiatrowych. W przypadku *Polityki Energetycznej Polski do roku 2040* przewiduje się, że moc zainstalowana tych źródeł w perspektywie 2030 r. może sięgnąć 5,9 GW, przy czym w jednym ze scenariuszy planu rozwoju sieci jest to 10,1 GW.

W ślad za powyższym oraz mając na uwadze, że przedmiotowy projekt rozporządzenia stanowi bardzo istotny element regulacyjny w ramach rynku morskiej energetyki wiatrowej w Polsce, postulujemy uwzględnienie uwag przedstawionych w niniejszym piśmie oraz uwag szczegółowych, które przekazujemy w załączeniu.

Z poważaniem,



---

Łukasz Zagórski

Prezes Zarządu



---

Sebastian Kwapuliński

Wiceprezes Zarządu

**Załącznik:** uwagi szczegółowe Stowarzyszenia Energii Odnawialnej do projektu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie oceny wniosków złożonych w postępowaniu rozstrzygającym

### **1) Metodyka przyznawania punktów za realizację polityk sektorowych**

Zgodnie z § 7 ust. 5 projektu, ustalenie spełnienia kryteriów związanych z wkładem w realizację krajowych i unijnych polityk sektorowych następuje na podstawie informacji lub dokumentów potwierdzających określony wkład jakościowy.

Wnoskujemy o wyjaśnienie, czy jest możliwe uzyskanie maksymalnej liczby punktów, w przypadku przedłożenia jedynie informacji lub jedynie dokumentów potwierdzających taki wkład jakościowy.

Dodatkowo, wnoskujemy o wyjaśnienie, jak należy rozumieć potwierdzenie danego wkładu jakościowego i czy powyższe powinno być realizowane w sposób bezpośredni, poprzez na przykład wpisanie danego przedsięwzięcia do określonego programu sektorowego realizowanego na poziomie unijnym lub krajowym.

### **2) Wykazywanie możliwości realizacji innych funkcji niż podstawowa**

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 lit. c projektu, wnioskodawca może uzyskać dodatkowe punkty w przypadku wykazania, że w danym akwencie będzie możliwe realizowanie funkcji innych niż bezpośrednio związane z realizacją przedsięwzięcia. Jednocześnie, zgodnie z ust. 5 pkt 2 tego paragrafu, ustalenie spełnienia przywołanego kryterium następuje co najmniej na podstawie przekazanych przez inwestora informacji o sposobie umożliwienia realizacji pozostałych funkcji w danym akwencie.

Zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy w powyższym zakresie wystarczające będą oświadczenia i informacje od wnioskodawcy, czy konieczne będzie przedstawienie również dokumentów, takich jak chociażby opracowania naukowe.

### **3) Rozbieżności terminologiczne**

W § 7 ust. 5 pkt 1 i 2 projektu, w odniesieniu do kryterium realizacji polityk sektorowych, zostało użyte sformułowanie „potwierdzających wkład jakościowy”, przy czym w § 2 ust. 2 pkt 2 lit. c, w odniesieniu do kryterium realizacji pozostałych funkcji w akwencie użyto sformułowania „wykazanie możliwości realizacji danej funkcji” i dalej w ust. 5 pkt 2 „informacji o sposobie umożliwienia realizacji pozostałych funkcji w akwencie”.

Wnoskujemy o wyjaśnienie, z czego wynikają powyższe rozbieżności, tj. konieczność potwierdzenia wkładu jakościowego w przypadku kryterium realizacji polityk sektorowych i jedynie wykazania możliwości w przypadku kryterium związanego z realizacją funkcji innej niż podstawa, oraz jakie niosą praktyczne skutki dla oceny realizacji przywołanych kryteriów i przedkładanej przez wnioskodawców dokumentacji.

#### **4) Doprecyzowanie terminu, od którego należy liczyć okres 15 miesięcy dla ratingu kredytowego**

Zgodnie z § 4 ust. 7 projektu, warunkiem uznania ratingu kredytowego za aktualny, jest nadanie lub podtrzymanie określonej kategorii ratingowej nie wcześniej niż w ciągu ostatnich 15 miesięcy kalendarzowych.

Konieczne jest doprecyzowanie, od kiedy powinien być liczony przywołany okres 15 miesięcy.



L.p.	Przedmiot uwagi	Treść uwagi	Propozycja zmiany
1.	§ 2 ust. 1 pkt 2, § 2 ust. 2 pkt 2 i § 2 ust. 5 pkt 2 projektu rozporządzenia – kryterium szczegółowe polegające na zgodności z opiniami organów, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy	<p>Projekt rozporządzenia przewiduje, że w przypadku braku planu kryterium, o którym mowa w art. 27g ust. 1 pkt 1 ustawy o obszarach morskich jest oceniane m.in. w oparciu o kryterium szczegółowe, jakim jest pozytywne zaopiniowanie wniosku przez organy, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy lub brak zastrzeżeń, o którym mowa w art. 23 ust. 2a ustawy.</p> <p>Wprowadzenie takiego kryterium nie jest zgodne z przepisami ustawy. W art. 27g ust. 1 pkt 1 ustawa wyraźnie rozróżnia dwie sytuacje, tj. w przypadku przyjęcia planu zagospodarowania obszarów morskich RP, kryterium jest zgodność z tym planem, zaś jedynie w przypadku braku tego planu - możliwość przeznaczenia akwenu na wnioskowane cele z uwzględnieniem opinii, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy. Ustawodawca wyraźnie zaznaczył, że opinie należy brać pod uwagę wyłącznie w przypadku braku planu. Wynika to z faktu, że plan zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich RP jest regulacją kompleksową i zupełną, zatem jeżeli jest przyjęty i obowiązuje, zgodność z tym planem weryfikować należy wyłącznie w oparciu o jego przepisy. Tymczasem w projektowanym rozporządzeniu – niezgodnie z intencją Ustawodawcy – zgodność z planem miałyby być oceniana w oparciu o opinie, które mają zupełną inny przedmiot, bowiem dotyczą nie zgodności z planem, lecz kwestii zagrożeń, o których mowa w art. 23 ust. 3 ustawy, na co wskazuje jednoznacznie brzmienie art. 23 ust. 4 ustawy. Wystąpienie takich zagrożeń jest przy tym podstawą</p>	<p>Wykreślenie w § 2 ust. 1 pkt 2 lit. a) w dotychczasowym brzmieniu i nadanie literom b) i c), odpowiednio, oznaczeń a) i b).</p> <p>W związku z powyższą zmianą, w § 2 ust. 2 pkt 2 proponuje się:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nadanie lit. a) brzmienia: „lit. a przyznaje się 10 punktów,”;</li> <li>- wykreślenie lit. b) w dotychczasowym brzmieniu;</li> <li>- nadanie dotychczasowej lit. c) oznaczenia lit. b) .</li> </ul> <p>Zmiana brzmienia § 2 ust. 5 pkt 2 poprzez odwołanie do treści wniosku (dokumentu źródłowego) zamiast do</p>

		<p>odmowy wydania pozwolenia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy, niezależnie od przebiegu postępowania rozstrzygającego.</p> <p>Wreszcie, projektowane przepisy rozporządzenia są niespójne. W ramach dokumentów, na podstawie których ocenia się spełnienie kryterium szczegółowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 lit. a projektu rozporządzenia, zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 2 oceny dokonuje się „co najmniej na podstawie informacji o zgodności planowanego przedsięwzięcia z ustaleniami planu dotyczącymi akwenu objętego wnioskiem i informacji o sposobie umożliwienia realizacji pozostałych funkcji w akwencie”. Nie wskazano natomiast opinii organów, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy (a tym samym dopuszcza się, że ocena zgodności z tymi opiniami może nastąpić bez odwołania do samych opinii – wydaje się, że gdyby ocena w oparciu o opinie była utrzymana, należałoby wyraźnie zaznaczyć, że dokonywana jest ona w oparciu o treść takich opinii lub stwierdzenie okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 2a ustawy, tj. braku zastrzeżeń w związku z nieprzedstawieniem stanowiska w terminie).</p>	<p>odrębnej informacji o zgodności przedsięwzięcia z planem, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:</p> <p><i>„pkt 2 następuje co najmniej na podstawie treści wniosku i informacji o sposobie umożliwienia realizacji pozostałych funkcji w akwencie.”</i></p>
2.	§ 3 ust. 1 pkt 1 projektu rozporządzenia – kryterium szczegółowe polegające na zgodności z polityką energetyczną	Projektowane brzmienie § 3 ust. 1 pkt 1 projektu rozporządzenia, w przypadku projektów morskich farm wiatrowych, nakazuje oceniać zgodność z kryterium, o którym mowa w art. 27g ust. 1 pkt 2 ustawy w oparciu o kryterium szczegółowe, którym jest „spójność planowanych dat rozpoczęcia i zakończenia budowy przedsięwzięcia oraz jego eksploatacji z realizacją polityki energetycznej państwa, o której mowa w art. 15a ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2021 r. poz. 716), a	Zmiana § 3 ust. 1 pkt 1 poprzez nadanie mu następującego brzmienia: <p><i>„w przypadku wniosku dotyczącego morskich farm wiatrowych, o których mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 2020 r. o promowaniu wytwarzania</i></p>

	<p>państwa oraz planem rozwoju sieci</p>	<p><i>także z planem rozwoju, o którym mowa w art. 16 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne obejmującym akwen, na którym jest planowane przedsięwzięcie”.</i></p> <p>Po pierwsze, tak skonstruowane kryterium szczegółowe jest niespójne z treścią art. 27g ust. 1 ustawy. Ustawodawca w art. 27g ust. 1 pkt 2 wyraźnie wskazał, że w ramach tego kryterium oceniane są „proponowane przez wnioskodawców okresy obowiązywania pozwolenia, w tym daty rozpoczęcia i zakończenia budowy i eksploatacji planowanych Przedsięwzięć”. Z kolei w ramach kryterium, o którym mowa w art. 27g ust. 1 pkt 6 ustawy oceniany jest „wkład planowanych przedsięwzięć w realizację unijnych i krajowych polityk sektorowych”. Tym samym kwestia okresu obowiązywania pozwolenia, w tym daty rozpoczęcia i zakończenia budowy oraz okres eksploatacji i kwestia realizacji polityk (w tym: zgodności i spójności z politykami sektorowymi) są odrębnymi kryteriami. Tymczasem autorzy projektu rozporządzenia w istocie dokonali pomieszczenia tych dwóch kryteriów, w ramach kryterium z art. 27g ust. 1 pkt 2 odwołując się do zgodności z polityką energetyczną państwa, a więc polityką sektorową. Istnieje poważne ryzyko uznania, że taka treść przepisu jest niezgodna z ustawą i wykracza poza zakres delegacji do wydania rozporządzenia.</p> <p>Po wtóre, tak skonstruowane kryterium szczegółowe jest nieostre, bowiem odwołuje się do odrębnych dokumentów, które nie przewidują konkretnych, jasnych i wyraźnych dat rozpoczęcia i zakończenia budowy oraz rozpoczęcia i zakończenia eksploatacji przedsięwzięć w zakresie morskich farm wiatrowych. W szczególności, dokument pn.</p>	<p><i>energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 234 i 784) - planowana data rozpoczęcia budowy przedsięwzięcia nie później niż [...] i nie wcześniej niż [...], planowana data zakończenia budowy nie później niż [...] i nie wcześniej niż [...] oraz planowana data rozpoczęcia eksploatacji przedsięwzięcia nie później niż [...] i nie wcześniej niż [...]”</i></p>
--	--	--	---

	<p>Polityka Energetyczna Polski do 2040 r., przyjęty uchwałą nr 22/2021 Rady Ministrów z dnia 2 lutego 2021 r., nie ma charakteru normatywnego, tylko w dużej mierze ma charakter prognozy. Innymi słowy, nie ustala, kiedy ma się rozpoczynać lub kończyć budowa morskich farm wiatrowych, ale jedynie przewiduje potencjał rynkowy – por. s. 65 tego dokumentu, gdzie stwierdzono, że „Przewiduje się, że moc zainstalowana tych źródeł w perspektywie 2030 r. może sięgnąć 5,9 GW. W 2040 r. potencjał oceniany jest do ok. 11 GW”. Z kolei plan rozwoju sieci przygotowany przez PSE przygotowany jest wariantowo – trudno ustalić, do którego wariantu odnosić się mają wnioskodawcy i który wariant będzie przedmiotem oceny przez ministra właściwego ds. gospodarki morskiej w postępowaniu rozstrzygającym. Trzeba też zauważyć niespójność Polityka Energetyczna Polski do 2040 r. z planem rozwoju sieci przygotowanym przez PSE S.A., który obejmuje okres wyłącznie do 2030 roku. Niespójność wynika, po pierwsze, z różnych okresów objętych przez te dokumenty. Po wtóre, różne są ich założenia – przykładowo, plan ten na stronach 38 i 39 przewiduje wariant RS30E, w ramach którego do 2030 roku zainstalowanych byłoby 10,1 GW (a nawet 11 GW) mocy z morskich farm wiatrowych, co już <i>prima facie</i> wskazuje na rozbieżność z prognozami PEP 2040. Nieostre kryterium zgodności z dokumentami, których treść nie ma charakteru normatywnego, a wręcz pozostaje sprzeczna, rodziłoby poważne ryzyko zakwestionowania wyników postępowań rozstrzygających.</p>	
--	--	--

		<p>Po trzecie, treść kryterium szczegółowego nie jest jasna. Jego brzmienie pozwala bowiem na interpretację, w myśl której ocenie podlega zgodność dat rozpoczęcia i zakończenia budowy przedsięwzięcia oraz zgodność jego eksploatacji (tj. zgodności planowanego sposobu eksploatacji przedsięwzięcia, nie zaś zgodności planowanych dat eksploatacji) z polityką energetyczną państwa oraz planem rozwoju sieci. Wydaje się, że nie taka była intencja projektodawców, w szczególności zważywszy, że treść art. 27g ust. 1 pkt 2 w tym zakresie jest jasna – Ustawodawca odwołuje się wyraźnie do daty eksploatacji (a nie samej eksploatacji). Niemniej, niejednoznaczne brzmienie przepisu może powodować trudności interpretacyjne, być podstawą sporów, a także nie spełnia wymogu jednoznaczności brzmienia przepisów prawa (stanowiącego jedną z zasad poprawnej legislacji, wywodzonych z art. 2 Konstytucji RP).</p> <p>Tym samym, nawiązując do obecnego podejścia, tj. zgodności dat rozpoczęcia i zakończenia budowy oraz rozpoczęcia eksploatacji z planami Rządu, proponuje się określenie konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia budowy oraz rozpoczęcia eksploatacji przedsięwzięć w zakresie morskich farm wiatrowych wprost w tekście rozporządzenia. W takim ujęciu weryfikowana byłaby zgodność zamierzeń inwestorów z tymi datami: wnioskodawcy, których zamierzenia są zgodne ze wskazanymi datami otrzymywaliby maksimum punktów w ramach tego kryterium, zaś pozostali – zero, zatem nie osiągaliby minimum kwalifikacyjnego. Takie rozwiązanie umożliwiłoby dyskwalifikację wniosków niezgodnych z założeniami rozwoju sektora morskiej</p>	
--	--	---	--

		energetyki wiatrowej. Tego rodzaju rozwiązanie jest zgodne z zasadami poprawnej legislacji.	
3.	§ 4 ust. 8 – elementy gwarancji	<p>Rozporządzenie wskazuje, że elementem obligatoryjnym gwarancji bankowej jest „wskazanie, że wyłącznym beneficjentem gwarancji jest minister właściwy do spraw gospodarki morskiej”. W tym kontekście należy zaznaczyć, że minister właściwy do spraw gospodarki morskiej nie ma podmiotowości prawnej na gruncie prawa cywilnego, zatem nie może być beneficjentem gwarancji. Minister jako organ administracji może wyłącznie reprezentować Skarb Państwa jako tzw. <i>statio fisci</i>, bowiem Skarb Państwa działa za pośrednictwem swoich <i>stationes fisci</i>. W konsekwencji, brzmienie przepisu powinno być zmienione w taki sposób, by beneficjentem gwarancji był Skarb Państwa (który może być podmiotem stosunków cywilnoprawnych, jakim jest stosunek gwarancji bankowej). Utrzymanie obecnego brzmienia przepisu może powodować, że gwarancje mogą być uznane za nieważne (o ile banki zdecydują się wystawić tego rodzaju gwarancje).</p> <p>Po wtóre, nie uregulowano okresu obowiązywania gwarancji. W konsekwencji, wnioskodawcy mogą przedkładać gwarancje obowiązujące przez różne okresy. Na gruncie projektowanych przepisów trudno jednoznacznie wskazać konsekwencje sytuacji, gdy gwarancja wygaśnie przed wydaniem pozwolenia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy (np. w przypadku, gdy postępowanie rozstrzygające będzie trwało dłużej niż okres gwarancji, tj. dłużej niż wnioskodawcy przewidywali – czas trwania tego</p>	<p>Zmiana brzmienia § 4 ust. 8 w taki sposób, że:</p> <p>Pkt 5 otrzymuje brzmienie „wskazanie, że wyłącznym beneficjentem gwarancji jest Skarb Państwa - minister właściwy do spraw gospodarki morskiej;”</p> <p>Pkt 8 otrzymuje brzmienie „okres obowiązywania gwarancji – nie krótszy niż 12 miesięcy od dnia jej przedłożenia”</p>

		<p>postępowania nie jest okolicznością zależną od wnioskodawców ani uregulowaną ściśle przepisami prawa) – jeżeli w takim przypadku nastąpiłaby dyskwalifikacja takiego wnioskodawcy, mogłoby to być później podstawą długotrwałych sporów prawnych. Tym samym proponuje się, by gwarancja miała określony rozporządzeniem okres ważności, wynoszący nie krócej niż 12 miesięcy od dnia jej przedłożenia.</p> <p>Niniejsza uwaga w drodze analogii ma zastosowanie do innych proponowanych form zabezpieczenia (gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie).</p>	
4.	<p>§ 5 ust. 5 pkt 2 – wykazanie spełnienia kryterium szczegółowego w zakresie możliwości finansowania przedsięwzięcia</p>	<p>W odniesieniu do kryterium szczegółowego dotyczącego możliwość realizacji planowanego przedsięwzięcia ze własnych środków wnioskodawcy wskazano, że ocena następuje co najmniej na podstawie sprawozdania finansowego.</p> <p>Jak wskazano szerzej powyżej, aby ta regulacja nie miała charakteru dyskryminującego, sprawozdanie to powinno być sporządzone zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości, Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej oraz związanymi z nimi interpretacjami ogłoszonymi w formie rozporządzeń Komisji Europejskiej, zwanymi „MSR”. Należy również usunąć wymóg jego weryfikacji przez biegłego rewidenta (tj. polskiego biegłego rewidenta).</p> <p>Ponadto, planowane przedsięwzięcia będą realizowane nie wcześniej niż w latach 2025-2027, a więc kilka lat od zakończenia postępowania rozstrzygającego. Nie jest zatem możliwe wykazanie przez wnioskodawców, że będą dysponowali środkami własnymi na realizację przedsięwzięcia, bowiem nie sposób wykazać (udowodnić) faktu przyszłego.</p>	<p>§ 5 ust. 5 pkt 2 otrzymuje brzmienie:</p> <p><i>„a) sprawozdania finansowego, sporządzonego zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości, Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej oraz związanymi z nimi interpretacjami ogłoszonymi w formie rozporządzeń Komisji Europejskiej;</i></p> <p><i>b) dokumentów uprawdopodobniających możliwość</i></p>

		<p>Nie można zarazem z wyłącznie z aktualnej sytuacji finansowej wnioskodawcy wywodzić jego zdolności do finansowania ze środków własnych kapitałochłonnej inwestycji, która będzie rozpoczęta za kilka lat. Sytuacja finansowa wnioskodawcy może się bowiem istotnie zmienić, m.in. na skutek zaangażowania w inne projekty lub zmiany otoczenia rynkowego. Należy zatem wskazać jednoznacznie, że chodzi o uprawdopodobnienie. Owo uprawdopodobnienie powinno zarówno odnosić się do aktualnej sytuacji wnioskodawcy, jak i zawierać element wiarygodnej prognozy na przyszłość.</p> <p>W zakresie finansowania przedsięwzięć ze środków publicznych, wymagane powinno być okazanie dokumentów potwierdzających uzyskanie takich środków, nie zaś wyłącznie złożenie kompletnego wniosku. W przeciwnym wypadku wnioskodawcy mogliby składać wnioski o dofinansowanie – które formalnie byłyby kompletne – lecz nie istniałyby podstawy do ich uwzględnienia, np. wniosków o dofinansowanie na kwoty rzędu kilku miliardów złotych składanych w ramach programów operacyjnych, w których łączna kwota dofinansowania wszystkich projektów jest dużo niższa. Stwarzałoby to ryzyko nadużyć i ewentualnych sporów prawnych na tym tle.</p>	<p><i>realizacji przedsięwzięcia z własnych środków wnioskodawcy;</i></p> <p><i>c) dokumentów potwierdzających możliwość uzyskania kredytu, pożyczki lub potwierdzających uzyskanie środków publicznych, w tym dotacji unijnych, przeznaczonych na finansowanie planowanych przedsięwzięć."</i></p>
5.	§ 6 ust. 1, ust. 2, ust. 4 i ust. 5 – kryterium doświadczenia	Zgodzić się należy, że realizacja i eksploatacja kapitałochłonnych przedsięwzięć jest dobrym sposobem wykazania możliwości stworzenia zaplecza organizacyjnego, logistycznego itp. Odnosząc się do jednak do kryterium związanego z doświadczeniem wnioskodawcy w nowej wersji projektu krytycznie należy odnieść się do	W § 6 ust. 1:  pkt 1 i pkt 2 otrzymują brzmienie



		<p>nieuwzględnienia doświadczenia wnioskodawcy w realizacji lub eksploatacji inwestycji rodzajowo podobnych do morskich farm wiatrowych. W naszej ocenie doświadczenie w realizacji przywołanych inwestycji jest istotne z punktu widzenia uprawdopodobnienia realizacji przedsięwzięć przez poszczególnych inwestorów.</p> <p>Mając na uwadze powyższe postulujemy, by wykazywanie doświadczenia w realizacji oraz eksploatacji przedsięwzięć odnosiło się do inwestycji realizowanych w sektorze energetyki odnawialnej. Dodatkowo, postulujemy wprowadzenie doprecyzowania, zgodnie z którym wykazywanie spełnienia przedmiotowego kryterium możliwe było poprzez potwierdzenie realizacji i eksploatacji jednej lub większej liczby inwestycji, których łączna wartość byłaby wyższa od wskazanej w projekcie minimalnej – 25 % wartości planowanego przedsięwzięcia.</p> <p>Wskazać należy jednocześnie, że pojęcie „realizacja” inwestycji jest nieostre. Może oznaczać realizację w charakterze wykonawcy lub nawet podwykonawcy. Proponowane brzmienie rozporządzenia umożliwia podmiotowi, który w ograniczonym zakresie uczestniczył w realizacji kapitałochłonnej inwestycji jako wykonawca lub podwykonawca argumentowanie, że spełnia to kryterium. To w sposób oczywisty odbiega od <i>ratio legis</i> tego przepisu. Stąd postuluje się, by doświadczenie w realizacji dotyczyło realizacji w charakterze inwestora lub współinwestora.</p>	<p><i>„1) wykazanie doświadczenia w realizacji, w charakterze inwestora lub współinwestora, w okresie 4 lat przed dniem złożenia informacji i dokumentów, jednej lub większej liczby inwestycji w zakresie odnawialnych źródeł energii, których łączna wartość wynosi co najmniej 25% wartości planowanego przedsięwzięcia;</i></p> <p><i>2) wykazanie doświadczenia w eksploatacji, w okresie 4 lat przed dniem złożenia informacji i dokumentów, jednej lub większej liczby inwestycji w zakresie odnawialnych źródeł energii, których łączna wartość wynosi co najmniej 25% wartości planowanego przedsięwzięcia.”</i></p>
--	--	--	---

		<p>Jednocześnie jako niezrozumiałe oceniamy ograniczanie zasięgu przestrzennego doświadczeń w realizacji lub eksploatacji przedsięwzięć wskazanych w § 6 ust. 1 rozporządzenia wyłącznie do państw członkowskich UE lub EFTA, które mają ten status w chwili przedkładania informacji i dokumentów. Należy także dodać, że uwzględnione powinny być inwestycje zrealizowane również w wyłącznych strefach ekonomicznych (odwołanie się do terytorium państw w zasadzie wyłącza doświadczenie w zakresie inwestycji obejmujących morskie farmy wiatrowe, sytuowane głównie w wyłącznych strefach ekonomicznych, niestanowiących <i>sensu stricto</i> terytorium poszczególnych państw). Tym samym brak uwzględnienia wyłącznych stref ekonomicznych (a jedynie terytorium państw) prowadzi do oczywistej i rażącej dyskryminacji przedsiębiorców z sektora offshore.</p>	<p>ust. 5 otrzymuje brzmienie:</p> <p><i>„5. Ustalenie spełnienia przez wnioskodawcę szczegółowych kryteriów, o których mowa w ust. 1 pkt 1-2 następuje co najmniej na podstawie informacji i dokumentów o inwestycjach zrealizowanych lub eksploatowanych nie wcześniej niż 4 lata przed dniem złożenia informacji i dokumentów.”</i></p>
6.	§ 8 ust. 1 i ust. 2	<p>W przedmiotowym przepisie wskazano, że punkty przyznawane są w liczbach całkowitych. W praktyce oznacza to istotne ograniczenie możliwości porównania wnioskodawców – w szczególności, że zgodnie z projektowanym tekstem rozporządzenia tylko kryteria, o których mowa w art. 27g ust. 1 pkt 4 i 6 umożliwiają efektywne porównanie wnioskodawców (należy się bowiem spodziewać, że w zakresie kryterium określonego w art. 27g ust. 1 pkt 1 zdecydowana większość wnioskodawców wykaże możliwość realizacji 4 dodatkowych funkcji, zaś w odniesieniu do kryterium</p>	<p>§ 8 otrzymuje brzmienie:</p> <p><i>„§ 8. Punkty za spełnienie przez wnioskodawcę poszczególnych kryteriów oceny wniosków przyznawane są z dokładnością do 0,1 punkta.”</i></p>

		<p>wskazanego w art. 27g ust. 1 pkt 3 ustawy – większość wnioskodawców przedłoży gwarancje bankowe jako zabezpieczenie).</p> <p>Co więcej, w zakresie kryterium szczegółowego zdefiniowanego w § 5 ust. 2 pkt 2 i 3 rozporządzenia przyznaje się ułamkowe części punktów za wykazanie możliwości finansowania przedsięwzięcia, odpowiednio, ze środków własnych lub poprzez pozyskanie finansowania zewnętrznego. Choć ideą jest premiowanie wnioskodawców finansujących przedsięwzięcia ze środków własnych, to zasada przyznawania punktów w liczbach całkowitych przy jednoczesnym zaokrągłaniu punktów w zakresie § 5 ust. 2 pkt 2 i 3 rozporządzenia do jedności prowadzi do tego, że wnioskodawca, który sfinansuje kilka procent więcej wartości przedsięwzięcia ze środków własnych otrzyma tyle samo punktów, co wnioskodawca, który te kilka procent wartości przedsięwzięcia sfinansował ze środków zewnętrznych. Takie podejście jest niekonsekwentne, prowadzi do nierównego, a tym samym dyskryminacyjnego traktowania wnioskodawców, a tym samym jest niezgodne z delegacją do wydania rozporządzenia.</p>	
7.	§ 9 rozporządzenia	Zgodnie z propozycją przedstawioną i wyjaśnioną w uwagach ogólnych, proponuje się dodanie przepisów umożliwiających wnioskodawcy polegać na zasobach podmiotów trzecich, zgodnie ze sprawdzonymi rozwiązaniami funkcjonującymi od wielu lat na gruncie Prawa zamówień publicznych.	<p>§ 9 otrzymuje brzmienie:</p> <p><i>„1. Wnioskodawca może w celu potwierdzenia spełniania kryteriów szczegółowych, polegać na zdolnościach technicznych doświadczeniu lub sytuacji finansowej</i></p>

			<p><i>lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.</i></p> <p><i>2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wnioskodawca wraz z dokumentami lub informacjami, o których mowa w rozporządzeniu, składa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na potrzeby realizacji przedsięwzięcia potwierdzające, że wnioskodawca realizując przedsięwzięcie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.</i></p> <p><i>3. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 1, podlega prawu polskiemu, potwierdza, że stosunek łączący wnioskodawcę z podmiotami</i></p>
--	--	--	--

			<p><i>udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:</i></p> <p><i>1) zakres dostępnych wnioskodawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;</i></p> <p><i>2) sposób i okres udostępnienia wnioskodawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy realizacji przedsięwzięcia.</i></p> <p><i>4. Do dokumentów pozwalających na ustalenie spełnienia przez wnioskodawcę kryteriów, o których mowa w art. 27g ust. 1 ustawy, sporządzonych w języku obcym, należy dołączyć tłumaczenie przysięgłe na język polski.”</i></p>
--	--	--	--

8.	§ 11 rozporządzenia	<p>Przepis § 11 określa sposób ustalenia najistotniejszego kryterium oceny. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie projekty morskich farm wiatrowych mają istotny wpływ na realizację polityki rozwoju, co potwierdzają w szczególności polityki Rządu, w tym Polityka Energetyczna Polski do 2040 roku, zatem do tego rodzaju przedsięwzięć – co do zasady – stosować należy § 11 ust. 2 pkt 1.</p> <p>Niemniej, zgodnie z wyrażoną w art. 27g ust. 2 ustawy zasadą równego traktowania wnioskodawców, dla wszystkich projektów morskich farm wiatrowych najistotniejsze kryterium powinno być jedno i to samo. Innymi słowy, niedopuszczalnym różnicowaniem wnioskodawców byłoby ustalanie odmiennych najistotniejszych kryteriów w poszczególnych postępowaniach rozstrzygających, w zależności od tego, którego z obszarów wyznaczonych w załączniku nr 2 do ustawy z dnia 17 grudnia 2020 r. o promowaniu wytwarzania energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych dotyczyłoby postępowanie.</p>	<p>W § 11 rozporządzenia po ust. 2 dodaje się ust. 3 w brzmieniu:</p> <p><i>„3. We wszystkich postępowaniach rozstrzygających dotyczących morskich farm wiatrowych, o których mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 2020 r. o promowaniu wytwarzania energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych ustala się to samo najistotniejsze kryterium”</i></p>
----	---------------------	--	--