

RAPORT 2024

# JAK SAMORZĄDY MOGĄ SKUTECZNIE KUPOWAĆ ZIELONĄ ENERGIĘ

Praktyczny przewodnik dla samorządów oraz jednostek samorządowych



PPA



**RE-Source POLAND**

Energia z OZE dla przedsiębiorstw w Polsce



## **RE-Source POLAND**

Energia z OZE dla przedsiębiorstw w Polsce

### **Fundacja RE-Source Poland Hub**

71-325 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 187/4-5

### **Adres biura w Warszawie:**

00-112 Warszawa, ul. Bagno 2, pok. 212 (7 piętro)

[www.resourcepoland.pl](http://www.resourcepoland.pl)

### **Autorzy:**

Bartłomiej Kuraś

Szymon Kowalski

Bartosz Wilk

Rafał Malarowski

Mateusz Mazur

# Spis treści

<b>SŁOWO WSTĘPNE</b> .....	<b>5</b>
<b>1. WSTĘP</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Jak odbiorcy mogą pozyskać zieloną energię i dlaczego warto rozważyć model cPPA</b> .....	<b>7</b>
<b>2.1</b> Co to jest umowa cPPA? .....	9
<b>2.2</b> Przykładowe typy umów cPPA .....	10
<b>3. Dlaczego warto podjąć inwestycję (wysiętek) w celu zmiany modelu zakupu energii i zacząć kupować w modelu cPPA?</b> .....	<b>14</b>
<b>3.1</b> Istniejące uwarunkowania zamawiających publicznych.....	14
<b>3.2</b> Wyjście poza schemat modelu zakupu energii .....	15
<b>3.3</b> Korzyści wynikające z zawierania korporacyjnych umów zakupu energii (cPPA) .....	16
<b>3.3.1</b> Długoterminowa niezmiennosc cen energii elektrycznej.....	16
<b>3.3.2</b> Korzystniejsze warunki cenowe .....	17
<b>3.3.3</b> Zabezpieczenie długookresowe w cPPA a cenie giełdowej .....	19
<b>4. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania dla modelu cPPA</b> .....	<b>20</b>
<b>4.1</b> Wstępne konsultacje rynkowe .....	20
<b>4.2</b> Analiza potrzeb i wymagań – zdefiniowanie i analiza potrzeb .....	21
<b>4.3</b> Analiza potrzeb i wymagań – wybór modelu umowy cPPA .....	24
<b>4.4</b> Oszacowanie wartości zamówienia .....	24
<b>4.5</b> Wybór trybu postępowania .....	25
<b>4.5.1</b> Uzasadnienie dla trybu negocjacji z ogłoszeniem .....	25
<b>4.5.2</b> Przesłanki dla trybu negocjacji z ogłoszeniem .....	26
<b>4.6</b> Opis potrzeb i wymagań .....	28
<b>4.7</b> Zaprojektowanie przebiegu postępowania .....	29
<b>4.7.1</b> Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu .....	29
<b>4.7.2</b> Maksymalna ilość wykonawców i kryteria selekcji .....	31
<b>4.7.3</b> Oferty wstępne .....	32
<b>4.7.4</b> Kryteria oceny ofert .....	32
<b>4.7.5</b> Zaplanowanie przyszłych negocjacji .....	34
<b>4.7.6</b> Przedmiot przyszłych negocjacji .....	34
<b>4.7.7</b> Przebieg negocjacji – kwestie finansowe, formuły cenowe, zabezpieczenie finansowe .....	36
<b>4.7.8</b> Przebieg negocjacji – odpowiedzialność za niewykonanie albo nienależyte wykonanie, kary umowne .....	36
<b>4.7.9</b> Przebieg negocjacji - termin obowiązywania umowy cPPA.....	37
<b>4.8</b> Zakończenie negocjacji, oferty ostateczne oraz wybór wykonawcy .....	39

<b>5. Podstawowe kierunki zmian przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, w celu ułatwienia udzielania zamówień publicznych w modelu cPPA .....</b>	<b>40</b>
<b>5.1</b> Rekomendowane kierunki zmian przepisów ustawy p.z.p. ....	41
<b>5.1.1</b> Okres na jaki może zostać zawarta umowa .....	41
<b>5.1.2</b> Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (cenowo – kosztowa) .....	43
<b>5.1.3</b> Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (podatkowa) .....	44
<b>5.1.4</b> Minimalne wymagania w zakresie opisu potrzeb i wymagań .....	46
<b>5.1.5</b> Analiza potrzeb i wymagań .....	47
<b>5.1.6</b> Szacowanie wartości zamówienia .....	49
<b>6. Podsumowanie i Wnioski .....</b>	<b>51</b>
<b>7. Słownik pojęć i skróty .....</b>	<b>53</b>
<b>Słowo o autorach: .....</b>	<b>55</b>

# SŁOWO WSTĘPNE

Rynek energii w Polsce ulega coraz szybszym przeobrażeniom. W ostatnich kilkunastu latach znacznej przebudowie uległa struktura Krajowego Systemu Elektroenergetycznego. Nie składa się on już z kilkunastu centralnie dysponowanych elektrowni węglowych, ale z wielu rozproszonych często Odnawialnych Źródeł Energii.

Zmianie uległy również ceny energii, sposób jej wyceny oraz ryzyk z tym związanych. Do tego dochodzą również zmiany w postrzeganiu samej energii jako elementu, który nie tylko umożliwia nam rozwój cywilizacyjny, ale także postrzegana jest jako zagrożenie w kontekście zmian środowiskowych. To wszystko powoduje, że odbiorcy energii przeformułowują swoje podejście do sposobu zakupu energii. Odbiorcy poszukują nowych rozwiązań, które pozwolą im przewidzieć cenę energii w dłuższej perspektywie czasowej niż tylko kolejny rok, tak aby zniwelować ryzyka związane z wahaniami cen na rynku. Do tego chcieliby aby energia, którą kupują miała jak najmniejsze oddziaływanie na środowisko stąd coraz częściej decydują się zakontraktowanie zielonej energii bezpośrednio od wytwórców np. w formule cPPA.

O ile te rozwiązania w sektorach komercyjnych są już powszechnie znane i stosowane o tyle w sektorze publicznym widzimy cały czas braki w wiedzy i doświadczeniu w tym zakresie. A to sektor publiczny jak pokazują nam doświadczenia ostatnich kilku lat na wahaniami cen energii ucierpieł najbardziej. Mając na uwadze

powyższe fundacja RE-Source Poland Hub zdecydowała się na przygotowanie praktycznego podręcznika właśnie dla podmiotów publicznych zatytułowanego „*Jak samorządy mogą skutecznie kupować zieloną energię*”. W przewodniku tym nasi eksperci w praktyczny sposób tłumaczą czym są umowy cPPA oraz w jaki sposób podmioty publiczne powinny przystąpić do kontraktowania energii w tej formule.

Wobec powyższego zapraszam Państwa do lektury i praktycznego korzystania z zawartej w raporcie wiedzy.

Dziękuję za uwagę.  
*Szymon Kowalski*



**SZYMON KOWALSKI**

Wiceprezes Fundacji RE-Source Poland Hub

# 1. WSTĘP

Zachodzące zmiany na rynku energii nie mogą i nie powinny pozostać obojętne dla szeroko rozumianego sektora publicznego, także w zakresie, w jakim sektor ten zobowiązany jest do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Szanse wynikające z tych zmian powinny zostać wykorzystane przez jednostki zobowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych<sup>1</sup>, aby w nie mniejszym stopniu niż sektor prywatny uczestniczyły one w możliwościach lepszego zarządzania energią, optymalizacją modeli zakupu i zaopatrywania w energię. Dzisiaj taką szansę na optymalizację zakupów energii, ale także na uznanie aspektów środowiskowych dają Odnawialne Źródła Energii. To dzięki zielonej energii możemy obecnie szukać szans na obniżenie kosztów pozyskania energii, zmniejszenia śladu węglowego, co w efekcie wpływa także korzystanie na poprawę wizerunku i tworzy nowe obszary partnerstwa.

Podkreślić należy także – co w przypadku sektora publicznego pozostaje szczególnie ważne – że inwestycje oparte na zielonej energii to także sposób budowania bezpieczeństwa energetycznego, a tym samym bezpieczeństwa publicznego. Wykorzystanie energii z krajowych Odnawialnych Źródeł Energii, jest sposobem na uodpornienie sektora publicznego na skutki kryzysów energetycznych oraz niepewności wynikającej ze zmiennej dostępności innych

paliw, pochodzących z zagranicy, w tym węglowodorów.

Celem niniejszej publikacji jest wskazanie praktycznej ścieżki zakupu zielonej energii przez zamawiających publicznych przy wykorzystaniu umów cPPA (*corporate Power Purchase Agreement*). Raport ma na celu zaznajomienie zamawiających publicznych z koncepcją cPPA oraz przedstawienie możliwych sposobów ich wdrożenia w praktyce. Służy również jako wskazówka dla prawodawcy, co należy zmienić w przepisach, aby zamawiający publiczni mogli łatwiej kontraktować zieloną energię.

Zatem niniejsza publikacja jest pierwszym kompleksowym raportem, który zderza zakupy zielonej energii w modelu cPPA z przepisami o zamówieniach publicznych. Raport opiera się na analizie barier i ocenie możliwości realizacji modelu cPPA na gruncie zamówień publicznych. Dokonana analiza wskazuje, że o ile że o ile w aktualnych przepisach nie brakuje istotnych barier dla wdrożenia modelu cPPA na gruncie zamówień publicznych i cena byłaby w tym zakresie ingerencja prawodawcy, o tyle model taki nie jest wykluczony. Zwłaszcza na rynku zamówień publicznych, gdzie bezpośrednio ingerencje prawodawcy tak krajowego jak i europejskiego nie są częste, a wiele miejsca poświęca się budowaniu praktyk oraz elastycznej interpretacji przepisów.

<sup>1</sup> Art. 4. Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są:

1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.);

2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;

3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

a) finansują je w ponad 50% lub

b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.



## 2. Jak odbiorcy mogą pozyskać zieloną energię i dlaczego warto rozważyć model cPPA<sup>2</sup>

Jednym ze sposobów na pozyskanie zielonej energii jest zakup energii elektrycznej pochodzącej z Odnawialnych Źródeł Energii. Energię tzw. zieloną można kupić na wiele sposobów. Najbardziej popularnym sposobem pozyskania takiej energii jest nadal zakup gwarancji pochodzenia. Zgodnie z przepisami<sup>3</sup> gwarancja pochodzenia energii elektrycznej wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii w instalacjach odnawialnego źródła energii, wydawana jest w postaci elektronicznej, zwana dalej „gwarancją pochodzenia” i jest jedynym dokumentem poświadczającym odbiorcy końcowemu wartości środowiskowe wynikające z unikniętej emisji gazów cieplarnianych oraz że określona w tym dokumencie ilość energii elektrycznej wprowadzonej do sieci dystrybucyjnej lub sieci przesyłowej została wytworzona z odnawialnych źródeł energii w instalacjach odnawialnego źródła energii.

Mechanizm gwarancji pochodzenia jest o tyle ułomny, że jest on instrumentem fikcyjnym, który nie daje odbiorcy poczucia, że energia, którą kupił jest faktycznie zielona oraz nie przynosi odbiorcy bezpośrednich korzyści finansowych. Dlatego odbiorcy zaczęli poszukiwać rozwiązań, które pozwolą im na zwiększenie pewności, że energia, którą faktycznie kupią będzie energią zieloną i w tym celu zaczęli interesować się korporacyjnymi umowami na zakup energii elektrycznej tzw. cPPA

(*Corporate Power Purchase Agreement*). Sprzedaż/zakup energii oparty na tym modelu oznacza, że wytwórca energii elektrycznej z odnawialnego źródła energii podpisuje umowę sprzedaży tej energii bezpośrednio z odbiorcą i z nim za tak wyprodukowaną energię się rozlicza. Zatem Sprzedaż energii oparta o formułę cPPA stosowana jest dzisiaj najczęściej między przedsiębiorcami, dlatego nazwa tego kontraktu poprzedzona jest słowem „korporacyjne...” i nie stosuje się ich raczej do odbiorców w gospodarstwach domowych, chociaż liczymy, że w przyszłości również tego typu umowy będzie można stosować do tej grupy odbiorców. W tym miejscu warto podkreślić, że umowy tego typu nie są w praktyce ograniczane do firm i z powodzeniem w rolę kupującego mogą wcielić się również kupujący publiczni, dla których może być to w najbliższym czasie doskonałe narzędzie nie tylko do redukcji śladu węglowego, ale także skutecznym narzędziem trwałego obniżenia cen energii elektrycznej.

Obecnie cPPA staje się bardzo popularnym modelem zakupu energii elektrycznej w większości państw Unii Europejskiej. Boom na zieloną energię dla firm, który od kilku lat obserwujemy w Europie zaczyna być bardzo mocno widoczny również i w Polsce. Z danych zebranych przez RE Source Platform wynika, że na koniec 2023 roku było zawartych w całej Europie umów na moc w źródłach wynoszącą 36,2 GW (**Rys. 1**). Przy

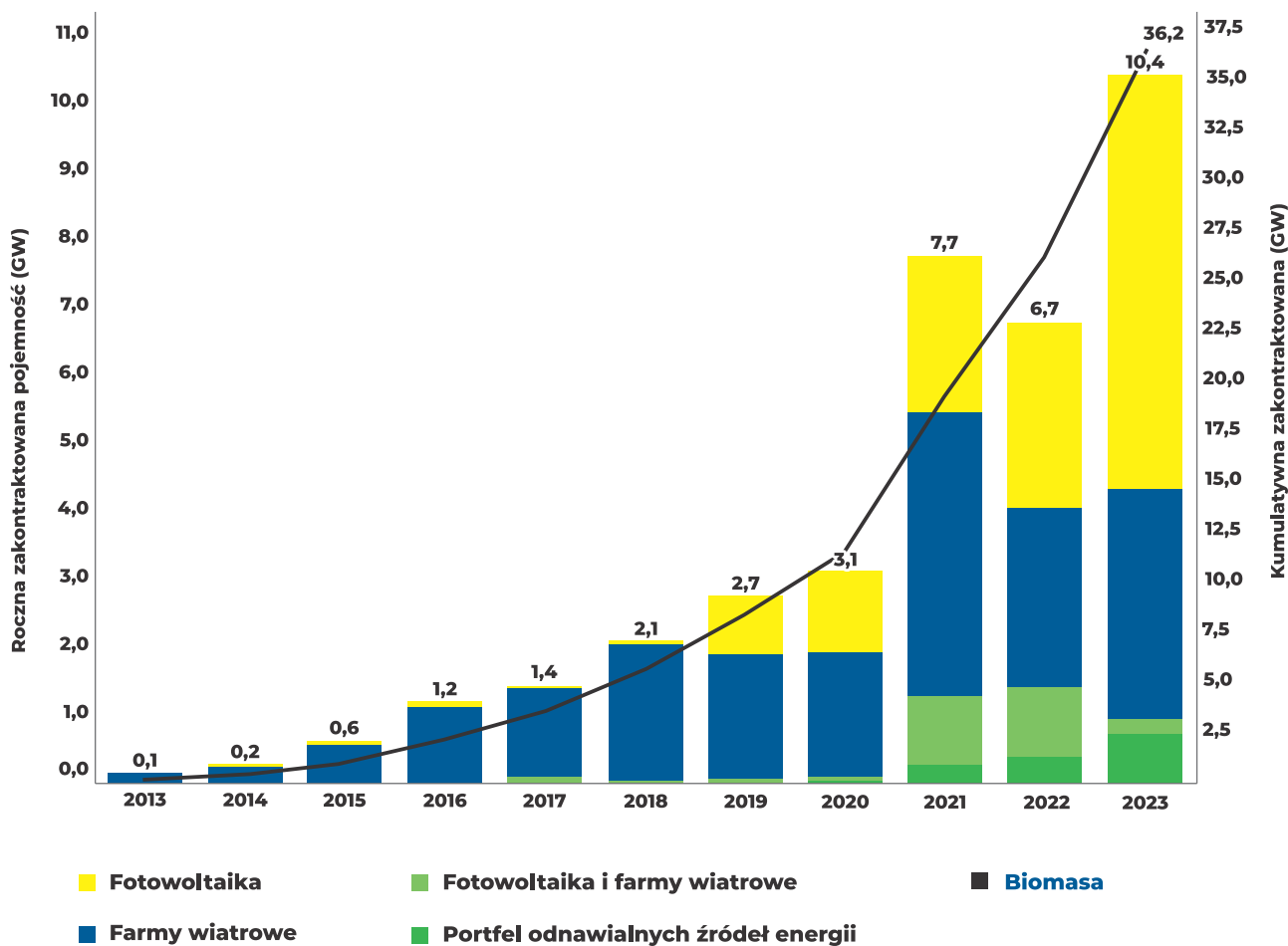
<sup>2</sup> Rozdział przygotowany na podstawie i przy wykorzystaniu fragmentów tekstu z raportu RE-Source Poland Hub oraz WISE Europa pn. „Wymogi ESG, a konkurencyjność przedsiębiorstw. Praktyczny przewodnik dla małych, średnich i dużych przedsiębiorstw”, Paweł Wróbel, Szymon Kowalski Warszawa 2021 r.;

<sup>3</sup> Art. 120 ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2015 Nr 478 z późn. Zm.).

czym największy wzrost obserwujemy w ostatnich 3-4 latach. Wzrost ilości tych umów spowodowany jest nie tylko chęcią zazielenienia

swojego mixu energetycznego, ale także chęcią ustabilizowania cen po jakich odbiorcy kupują energię elektryczną.

**Rys. 1** Umowy PPAs z podziałem na państwa (dane aktualne na czwarty kwartał 2023)



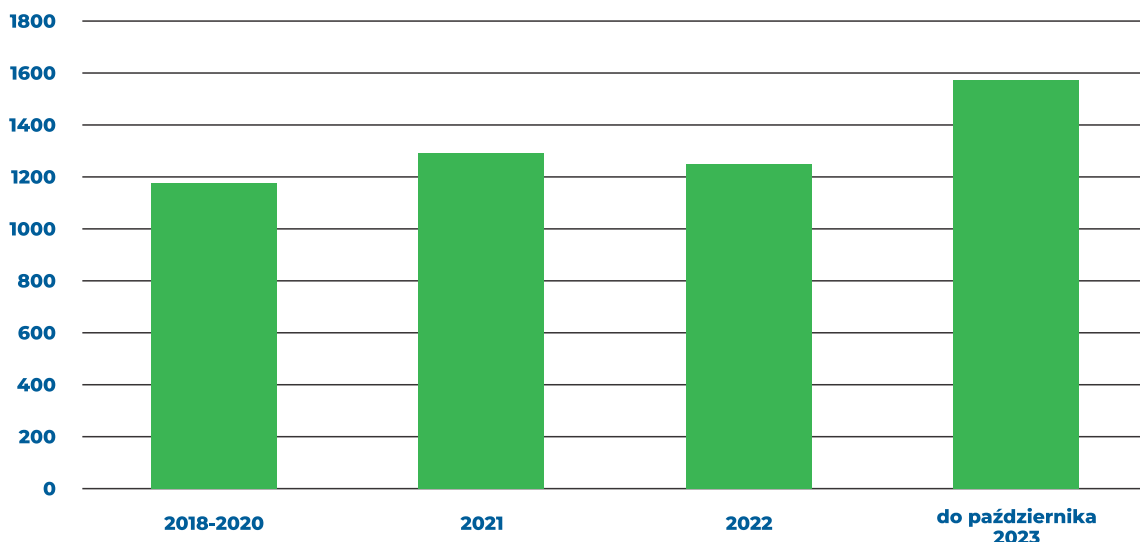
Źródło: Analiza RE-Source Platform; <https://resource-platform.eu/buyers-toolkit2/ppa-deal-tracker/> Source: Analysis of RE-Source Platform; <https://resource-platform.eu/buyers-toolkit2/ppa-deal-tracker/>

W Polsce również obserwujemy dynamiczny wzrost zapotrzebowania na zieloną energię elektryczną. Tylko w pierwszych III kwartałach 2023 zostało zakontraktowane prawie 1,6 mln

Mwh (Rys. 2), co w przeliczeniu na gospodarstwa domowe odpowiada zapotrzebowaniu ok. 640 tys. tego typu odbiorców.



**Rys. 2** Wolumeny energii elektrycznej zakontraktowanej w ramach umów cPPA wyrażone w GWh/rok



Źródło: Raport Fundacji RE-Source Poland Hub oraz DWF Poland Jamka Sp. z o.o. pn. „Rynek cPPA w Polsce cPPA market in Poland”

Zatem cPPA z jednej strony dają odbiorcom możliwość zakupu zielonej energii i wykazanie tego faktu w swojej sprawozdawczości oraz są wsparciem tych odbiorców i pomagają obniżyć i stabilizować ceny energii, a z drugiej strony w dużej mierze są wsparciem dla rozwoju od-

nawialnych źródeł energii elektrycznej w Polsce. Taki kierunek rozwoju OZE i ewolucji rynku jest pożądanym przez Komisję Europejską, która jednoznacznie wskazała, że cPPA są szansą na szybszą i sprawiedliwą transformację energetyczną.

## 2.1 Co to jest umowa cPPA?

W poprzednim punkcie wskazaliśmy, że umowa cPPA, czyli *corporate Power Purchase Agreement* to umowa pomiędzy wytwórcą i odbiorcą energii elektrycznej. Czyli na pozór nic innego jak zwykła umowa zakupu energii elektrycznej przez odbiorcę energii. Niemniej jednak ta umowa charakteryzuje się pewnymi specyficznymi założeniami. Po pierwsze umowa zawierana jest między wytwórcą energii a odbiorcą (w standardowych umowach zawie-

ranych przez kupujących publicznych stroną najczęściej jest kupujący i spółka obrotu). Pod drugie są to umowy zawierane na długi okres tj. najczęściej 8-10 lat. Po trzecie może przyjąć formę dostawy fizycznej lub mieć formę kontraktu finansowego CfD (szczegółowe różnice poniżej). Po czwarte najczęściej odbiór energii jest zgodny z harmonogramem produkcji (*model Pay as Consumed*)<sup>4</sup>. Po piąte, należy wskazać, że tego typu umowy nie doczekały się usta-

<sup>4</sup> W chwili przygotowania niniejszego opracowania jest to najpopularniejszy model rozliczania energii. Dostępne na polskim rynku są również inne modele np. *Pay as Consumed*, ale są one zdecydowanie mniej popularne.

wowych definicji. Niemniej jednak podmioty operujące na rynku energii definiują tego typu umowy na własne potrzeby, przy czym należy zastrzec, że definicji tych jest wiele i każdy

podmiot dostosowuje je do własnych potrzeby stąd możemy w literaturze spotkać wiele różnych definicji.

## 2.2 Przykładowe typy umów cPPA

Zgodnie z powyżej przedstawioną definicją widzimy, że umowy cPPA stanowią dosyć pojemne pojęcie i mieszczą się w nim takie kontrakty jak z umowa fizyczną dostawą energii, umowa finansowa (CfD) zwana także kontraktem różnicowym (ang. *Contract for differences* – CfD), bezpośrednia sprzedaż energii do odbiorcy za pomocą linii bezpośredniej, czy wreszcie umowy typu OZE as a service. Poza nimi istnieje również szereg innych typów kontraktów cPPA, które jednak w głównej mierze są pochodną od wyżej wymienionych. i różnią się detalami. W tym miejscu nie ma potrzeby wymieniania ich wszystkich i omówione zostaną wskazane po-

wyżej.

Cechą wspólną tych modeli umów jest to, że dochodzi w nich do zawarcia umowy pomiędzy wytwórcą energii z OZE a odbiorcą. Główną różnicą jest fakt, że nie przy każdym kontrakcie dochodzi do fizycznego przekazania energii, a przekazanie to może następować w sposób wirtualny. Niemniej jednak z punktu widzenia pozyskania zielonej energii skutek obu typów kontraktu jest taki sam. Poniżej znajdują się podstawowe informacje na temat już wymienionych typów kontraktów wraz z opisem możliwości implementacji ich w Polskich warunkach.

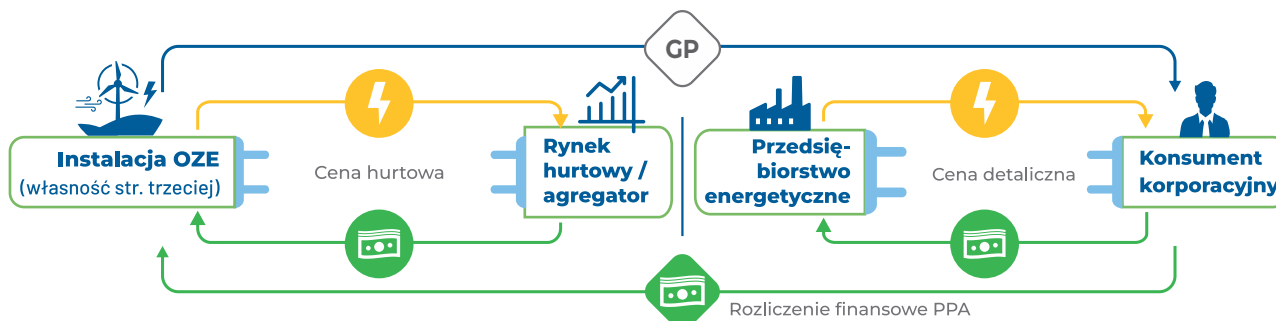
### Finansowa umowa cPPA (CfD)

Jak każda umowa cPPA zawarta jest pomiędzy wytwórcą i odbiorcą z tym, że jest ona tylko kontraktem finansowym i nie dochodzi w tym przypadku do fizycznego przekazania energii elektrycznej. W tej umowie zarówno sprzedawca jak i odbiorca sprzedają/kupują energię na rynku (od sprzedawcy albo bezpośrednio z TGE) a między sobą umawiają się na cenę energii po jakiej będą rozliczali swoją umowę. Zatem w tym

przypadku kontrakty te nie mają nic wspólnego z faktyczną ceną po jakiej odbiorca zakupi energię, a wytwórca ją sprzeda. Zatem z punktu widzenia odbiorcy i wytwórcy będą obowiązywały dwa kontrakty. Jeden pomiędzy stronami umowy cPPA i drugi pomiędzy każdym z tych podmiotów, a spółką obrotu. W tym przypadku dochodzi również do przekazania odpłatnej lub nie gwarancji pochodzenia.

**Przykład:** *Wytwórca i odbiorca umówili się, że odbiorca odkupi od wytwórcy energię po cenie 350 zł/MWh. Przyczym wytwórca sprzedał ją na giełdzie po cenie 380 zł/MWh bo taka była w danym dniu cena energii np. na TGE. Zatem przy założeniu, że odbiorca kupił energię po cenie z TGE nabył ją również po cenie 380 zł/MWh. Oznacza to, że wytwórca zarobił na sprzedaży energii więcej niż miał to zakontraktowane z odbiorcą, a odbiorca musiał za tą energię zapłacić więcej niż umówił się z wytwórcą stąd wytwórca tą nie planowaną nadwyżkę zwraca odbiorcy.*

**Rys. 3** Schemat rozliczenia kontraktu finansowego



## Fizyczna umowa cPPA

W przypadku tego kontraktu dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy wytwórcą i odbiorcą, w którym strony zobowiązują się do fizycznego przekazania energii od wytwórcy do odbiorcy po określonej cenie. Nie oznacza to jednak fizycznego przepływu energii od źródła do odbiorcy. W odróżnieniu do umów wirtualnych wytwórca sprzedaje energię do odbiorcy z pominięciem TGE. W tym kontrakcie bardzo ważną rolę odgrywa spółka obrotu, która może pełnić dwójaką funkcję od pośrednika poprzez podmiot, który

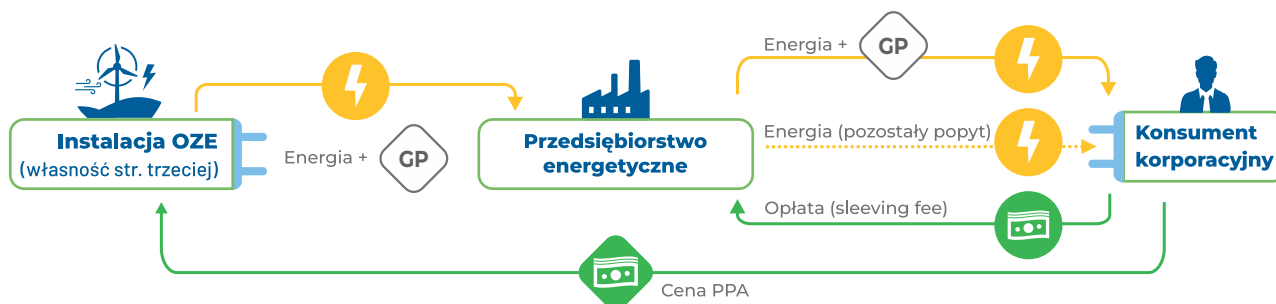
pomoże stronom rozliczyć oraz zbilansować kontrakt. Warto podkreślić, że teoretycznie spółka obrotu mogłaby nie uczestniczyć w tym modelu, niemniej jednak praktycznie sfinalizowanie kontraktu bez jej udziału jest bardzo utrudnione, a często nawet niemożliwe. W tym modelu strony nie są zależne od rynkowej ceny energii, a rozliczają się po umówionej wcześniej cenie. Oczywiście wraz z energią odbiorca powinien otrzymać również odpłatnie lub nie gwarancje pochodzenia.

**Przykład 1:** Wytwórca i odbiorca umówili się, że odbiorca odkupi od wytwórcy energię po cenie 350 zł/MWh. Zatem odbiorca zapłaci za 1 MWh 350 zł i nie następuje tutaj żadne wyrównanie, ponieważ doszło do fizycznego przekazania energii.

**Przykład 2:** Wytwórca i odbiorca umówili się, że odbiorca odkupi od wytwórcy 1000 MWh energii po cenie 350 zł/MWh. Zatem odbiorca zapłacił za te 1000 MWh 350 zł/MWh. Niemniej jednak wytwórca zużył tylko 900 MWh. Zatem pomimo mniejszego zużycia odbiorca zapłacił za całość zamówionej energii, z tym że spółka obrotu w jego imieniu odsprzeda pozostałą ilość MWh i zwróci odbiorcy pozyskane w ten sposób pieniądze pomniejszone o umówioną wcześniejszą marżę.

Dla lepszego zobrazowania tego kontraktu poniżej prezentujemy wykres.

**Rys. 4**



## On site cPPA

W ramach tego rodzaju umów cPPA można rozróżnić dwa zasadnicze typy tj. *on site* cPPA

w oparciu o linię bezpośrednią oraz OZE *as a service*.

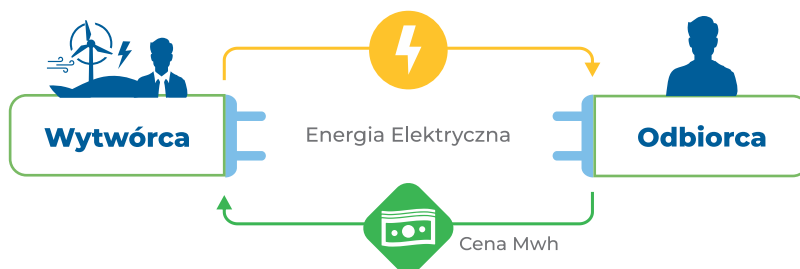
### On site cPPA z linią bezpośrednią

W modelu *on site* cPPA z linią bezpośrednią sprzedaż energii polega na umowie, w której wytwórca zobowiązuje się wybudować i przyłączyć źródło wytwórcze bezpośrednio do instalacji odbiorczej przy wykorzystaniu wybudowanej wcześniej linii bezpośredniej łączącej dwie instalacje. W ramach tej umowy strony umawiają się na konkretną kwotę za MWh, która z punktu widzenia wytwórcy powinna pokrywać koszty budowy dedykowanego źródła oraz linii bezpośredniej. Taki model ma szereg zalet zarówno z perspektywy odbiorcy i wytwórcy, ale także

systemu energetycznego. Rozwój źródeł bezpośrednio w lokalizacji odbiorcy powoduje z punktu widzenia odbiorcy ograniczenie kosztów pozyskania energii, a wytwórca ma zagwarantowany odbiór energii dzięki czemu praktycznie nie ponosi ryzyka rynkowego. Warto podkreślić, że ten typ umowy jest możliwy do wdrożenia w Polsce *de facto* od września 2023 r. kiedy ustawodawca po kilku latach publicznych dyskusji zdecydował się na zmianę przepisów umożliwiających zastosowanie tego modelu umowy cPPA.

**Przykład:** Odbiorca posiada wolną przestrzeń w lokalizacji lub w niedalekiej odległości i chciałby pozyskać energię z OZE. Jednak nie ma funduszy albo nie jest zainteresowany posiadaniem własnego źródła, zatem zwraca się do podmiotu, który byłby zainteresowany wybudowaniem i sprzedażą mu energii z takiego źródła. Strony umawiają się na kwotę 350 zł/MWh i taką kwotę odbiorca zapłaci. Z tym, że w odróżnieniu od dwóch powyższych umów cPPA kwota ta nie zostanie powiększona o pełne koszty utrzymania systemu, a jedynie o uiszczenie opłat wchodzących w skład tzw. opłaty solidarnościowej i opłaty mocowej.

Rys. 5



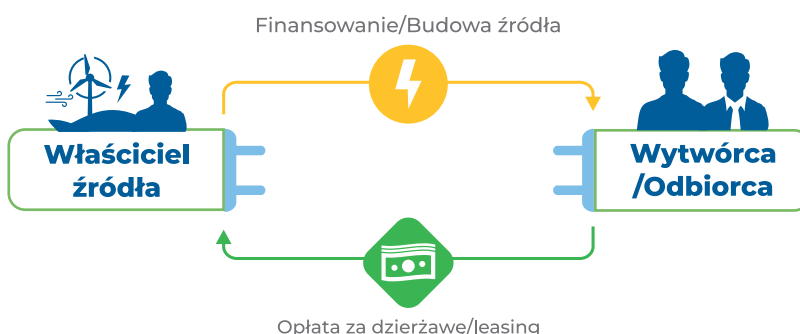
## OZE as a service

Model cPPA OZE as service jest stosunkowo nowym modelem cPPA funkcjonującym w Polsce. Model ten zakłada, że wytwórca energii buduje źródło, a następnie dzierżawi go odbiorcy energii, przy czym model ten może zostać zastosowany zarówno w lokalizacji odbiorcy, jak rów-

nież i poza nią. Wytwórca i odbiorca nie umawiają się na sprzedaż energii elektrycznej, ale na wynagrodzenie za dzierżawę instalacji, z której korzysta odbiorca. Cena za dzierżawę źródła nie powinna być bezpośrednio związana z ceną energii.

**Przykład:** Odbiorca posiada wolną przestrzeń w lokalizacji lub poza lokalizacją i chciałby pozyskać energię z OZE. Jednak nie ma funduszy albo nie jest zainteresowany posiadaniem własnego źródła, zatem zwraca się do podmiotu, który byłby zainteresowany wybudowaniem takiego źródła i wydzierżawieniem go odbiorcy, który będzie ją słucał za określoną roczną kwotę. Jednocześnie wydzierżawiający deklaruje utrzymanie i serwis instalacji oraz określoną jej produktywność, a wszelkie odstępstwa od produktywności mogą powodować obniżenie czynszu dzierżawnego. Umowa taka może przewidzieć również, że po pewnym czasie taka instalacja przejdzie na własność zamawiającego.

Rys. 6



Reasumując powyższych rodzajów umów cPPA jest bardzo wiele i każdy odbiorca jest w stanie znaleźć model optymalny dla siebie. Implementacja nie wszystkich rozwiązań w Polskim systemie jest łatwa niemniej znaczną większość

nasze regulacje dopuszczają. Dodatkowo należy podkreślić, że wszystkie opisane rodzaje umów wpisują się w taksonomie, a zatem i w redukcję śladu węglowego.

## 3. Dlaczego warto podjąć inwestycję (wysiętek) w celu zmiany modelu zakupu energii i zacząć kupować w modelu cPPA?

### 3.1 Istniejące uwarunkowania zamawiających publicznych

Aktualnie dominującym wśród sektora publicznego modelem zakupu energii elektrycznej są roczne kontrakty zawierane w modelu stałej ceny, tj. ceny jednostkowej za 1MWh określonej dla całego okresu trwania umowy i objętego umową wolumenu energii (ilości MWh stanowiącej przedmiot umowy) – tzw. kontrakt *fixed price, Pay as Consume*. Taki model zakupu niewątpliwie minimalizuje nakłady organizacyjne po stronie zamawiającego publicznego. Organizacja postępowania zakupowego sprowadza się w takim modelu do ustalenia własnego zapotrzebowania zamawiającego na energię elektryczną w skali rocznej – co w praktyce czynione jest na podstawie porównania zużycia w latach poprzednich, z uwzględnieniem niewielkich zmiennych, jak np. planowane remonty.

Typowym trybem postępowania są w takim przypadku niemal bez wyjątku tryby bez możliwości negocjacji ofert, oparte wyłącznie na porównaniu ofert<sup>5</sup>, tj. tryb przetargu nieograniczonego albo tryby podstawowe bez negocjacji. Warto zauważyć, że tryby, w których zamawiający nie mogą prowadzić negocjacji z wykonawcami dominują wśród stosowanych w praktyce trybów udzielania zamówień. Jak wynika z da-

nych statystycznych Urzędu Zamówień Publicznych, w 2023 r. w trybie przetargu nieograniczonego przeprowadzono w ponad 98% postępowań, zaś w trybie podstawowym bez negocjacji ponad 85% postępowań. W tym samym czasie tryby udzielania zamówienia z udziałem negocjacji stanowiły mniej niż 0,5% postępowań, a w przypadku samego trybu negocjacji z ogłoszeniem było to mniej niż 0,3% postępowań<sup>6</sup>. Urząd Zamówień Publicznych nie publikuje danych statystycznych, z których wynikałyby trendy dla samych zakupów energii elektrycznej, jednak przytłaczające wartości podane powyżej nie pozwalają przyjąć, że postępowania te różnią się w zasadniczy sposób pod tym względem. Warto zaznaczyć, że postępowania prowadzone w trybach bez negocjacji są w praktyce prowadzone najszybciej, tj. najmniejszym nakładem czasu<sup>7</sup>.

Nie będzie zatem zaskoczeniem stwierdzenie, że zamawiający publiczni – niezależnie od przedmiotu zamówienia – posługują się pewnymi schematami działań. Z jednej strony wybór modelu zakupu energii w oparciu o cenę ustaloną minimalizuje nakład pracy potrzebny do przygotowania postępowania, z drugiej zaś

<sup>5</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*;

<sup>6</sup> Informator Urzędu Zamówień publicznych nr 1/2023 r. s. 56; Informator Urzędu Zamówień publicznych nr 4/2023 r. s. 52;

<sup>7</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*; one.



zastosowanie trybów postępowania jak przetarg nieograniczony czy tryby podstawowe pozwala odciążyć zamawiających organizacyjnie, wykorzystać istniejące i funkcjonujące wzory dokumentów, a w rezultacie angażuje zasoby kadrowe w najkrótszej perspektywie czasowej.

Wszystko to skłania do refleksji nad tym, dla-

czego zamawiający publiczni w ogóle mieliby zarysowany wyżej model postępowania zmieniać. Sama zaś zmiana musi być poparta wiedzą na temat korzyści jakie mogą płynąć z odstąpienia od utartych schematów i podejścia do zakupu energii w sposób nowy, korespondujący ze zmieniającym się rynkiem odnawialnych źródeł energii elektrycznej.

### 3.2 Wyjście poza schemat modelu zakupu energii

Opis sytuacji rynku zakupów energii w sektorze publicznym byłby niepełny, gdyby nie dostrzeżono działań zamawiających publicznych nakierowanych na przełamanie zarysowanego wyżej schematu.

Zamawiający dostrzegając zmiany rynku energii elektrycznej podejmują próby zmian modelu zakupowego, aby zapewnić sobie pewne dostosowanie do nowych uwarunkowań rynku, a w szczególności wpłynąć na obniżenie ceny. Do takich prób należy zaliczyć w szczególności zamówienia, w których zakłada się rezygnację z przyjmowania sztywnej ceny energii za 1 MWh obowiązującej w całym okresie umowy sprzedaży energii. Zamiast tego zamawiający publiczni proponują przedsiębiorstwom obrotu pewien podział ryzyka związanych z kształtowaniem finalnej ceny energii elektrycznej za 1 MWh, po to aby w skali całej umowy osiągnąć lepsze wyniki cenowe. Mowa tu o modelach zakupu, w których przedsiębiorstwo obrotu oferuje w składanej ofercie wyłącznie jeden (lub więcej) czynników cenowych – zazwyczaj marżę, zaś zamawiający przyjmuje na siebie ryzyka związane z kosztem energii elektrycznej kształtowanej w oparciu np. o indeksy produktowe na Towarowej Giełdzie Energii, a czasem także związane z kosztami zakupu praw majątkowych.

Model taki, jak już zauważono, nakierowany jest wyłącznie na zamiar uzyskania lepszych wyników cenowych średniej ceny energii z 1 MWh

w okresie obowiązywania umowy. Podkreślić trzeba zatem, że w takim modelu zamawiający świadomie rezygnują z opisanego wcześniej podejścia asekuracyjnego opartego o niezmienną cenę, po to aby zakup tejże energii optymalizować w zakresie cenowym. Widoczne staje się, że zamawiający publiczni dostrzegają potrzebę zmian utartych standardów i otwarcia się na modele dające lepsze rezultaty, nawet kosztem większego nakładu pracy nad przygotowaniem postępowania i późniejszą obsługą umowy oraz – co w tym najważniejsze – kosztem przyjęcia na siebie ryzyka zmian cen na TGE czy kosztów nabycia praw majątkowych.

Kolejnym sygnałem potrzeby zmian w podejściu do zakupów energii elektrycznej przez zamawiających publicznych są postępowania



(zamówienia), w których zamawiający starają sobie zapewnić „poczucie korzystania z zielonej energii”. Określenie to używane jest celowo. Do tychczas stosowane rozwiązania opierały się bowiem o zobowiązanie przedsiębiorstwa obrotu do przedstawiania zamawiającemu gwarancji pochodzenia energii wytwarzanej w odnawialnym źródle, co w domyśle ma dowodzić, że dostarczana w ramach umowy energia elektryczna pochodzi z ze źródła odnawialnego. Gwarancja pochodzenia potwierdza bowiem, że określona ilość energii elektrycznej wprowadzona do sieci dystrybucyjnej została wytworzona w źródle odnawialnym.

Opisywane wyżej rozwiązania nie tylko nie zasługują na krytykę, ale wręcz godne są pochwały

i dostrzeżenia. Sygnalizują one bowiem wyraźnie, że sektor publiczny dostrzega potrzebę zmian w podejściu do zakupu energii, zarówno w płaszczyźnie optymalizacji cenowej, jak i potrzebie zwiększania (czy też zapewnienia sobie w ogóle) dostępu do energii wyprodukowanej w źródłach odnawialnych. Także wówczas, gdy otwarcie się podmiotu publicznego na te uwarunkowania może wiązać się ze wzrostem ryzyk, które ponieść musi zamawiający i większym nakładem organizacyjnym.

Potrzeba zmian podejścia i otwarcia się na rynek OZE została zatem przez sektor publiczny zmanifestowana wyraźnie. Rolą rynku jest wskazać mechanizmy w jakich potrzeby te mogą zostać zaspokojone.

### 3.3 Korzyści wynikające z zawierania korporacyjnych umów zakupu energii (cPPA)

#### 3.3.1 Długoterminowa niezmienność cen energii elektrycznej

Wiadomym jest, że koszty wytworzenia energii elektrycznej w elektrowni konwencjonalnej i źródle wytwórczym OZE pozostają różne i różna jest alokacja tych kosztów w tzw. cyklu życia<sup>8</sup>. W przypadku źródła OZE największe nakłady dotyczą momentu powstania źródła wytwórczego. W okresie eksploatacji źródło to co do zasady nie wykorzystuje do wytworzenia energii paliwa<sup>9</sup>, nie generuje zatem CO<sub>2</sub>, a nakłady serwisowe nie są znaczne i dają się dość łatwo oszacować w dłuższej perspektywie. Inaczej niż w przypadku źródła konwencjonalnego - koszt wytworzenia energii z OZE nie zależy od szeregu zmiennych istniejących w przypadku źródła konwencjonalnego, a których wpływu na końcowy koszt produkcji energii w długiej perspektywie dokładnie oszacować nie można. Mowa tu chociaż-

by o wskazanych wyżej cenach zakupu paliwa wykorzystywanego do produkcji energii w źródle konwencjonalnym, czy kosztach zakupu praw do emisji.

Ceny oferowane w ramach kontraktu cPPA pozostają w konsekwencji oderwane od przejściowych czynników kształtujących ceny energii, jak chociażby sytuacja geopolityczna wpływająca na ceny paliw kopalnych. Wskutek tego, możliwe jest zabezpieczenie niezmienności ceny w długim horyzoncie czasowym. Długoterminowe zabezpieczenie ceny oraz minimalizacja ryzyk kształtujących końcową cenę pozostaje podstawowym wyróżnikiem polityki kształtowania cen na gruncie umów cPPA.

<sup>8</sup>. Zagadnienie to nie jest w tym miejscu podnoszone kompleksowo, a tylko sygnalizowane. Szczegółowe rozważania w tym zakresie należałoby oprzeć o wskaźnik LCOE (*Levelized Cost of Energy*), który porównuje koszty wytworzenia 1 MWh energii w różnych źródłach wytwórczych. Szczegółowe porównanie wskaźników LCOE można znaleźć m.in. w: *Energetyka w Liczbach*, Instytut Jagielloński, październik 2022 r.;

<sup>9</sup>. W przypadku instalacji PV lub wiatrowych, które są w zdecydowanej większości przedmiotem umów cPPA.

### 3.3.2 Korzystniejsze warunki cenowe

Samo długookresowe zabezpieczenie cen stanowi tylko jeden z korzystnych czynników cenowych w kontraktach cPPA. Mowa tu o zupełnie innym modelu długookresowego kształtowania ceny niż w ramach typowych kontraktów zakupowych, o których była mowa powyżej (tzw. kontrakty *fixed price*, *Pay as Consumed*).

W przypadku typowego kształtowania ceny energii elektrycznej, sprzedawca musi wziąć pod uwagę koszt zakupu energii od wytwórcy. Podstawowym produktem służącym do zaopatrzenia sprzedawców w energię na potrzeby realizacji przez nich kontraktów sprzedaży jest tzw. *baseload*, którego notowania prowadzi Towarowa Giełda Energii<sup>10</sup>. Produkt zakupiony na TGE stanowi gwarancję stałej mocy (MW) i ceny w określonej perspektywie czasowej. Nie są to jednak wszystkie czynniki kształtujące cenę po stronie sprzedawcy. Co więcej, przedsiębiorstwo obrotu nie może przewidzieć wszystkich zmian czynników wpływających na cenę w perspektywie długoterminowej, a które (w uproszczeniu) doliczyć należy do ceny zakupu samej energii od wytwórcy. Dlatego dla kalkulacji ceny jednostkowej za 1 MWh wliczyć należy wszystkie ryzyka realizacyjne takie jak koszty bilansowania, koszty profilu, ewentualne zmiany wolumenu np. powodowane w zwartym w umowie na dostawę prawie opcji zwiększenia, zmiany wycen zakupu powodowanych wahaniami kosztów produkcji, np. z powodu sytuacji geopolitycznej wpływającej na ceny paliw kopalnych, akcyza i jej możliwe zmiany w okresie obowiązywania umowy, koszty certyfikatów, czyli praw majątkowych i ich ewentualne zmiany.

W efekcie powyższego, cena oferowana odbiorcy (podmiotowi publicznemu) w takim przypadku,



gdzie wszystkie zmiany czynników cenotwórczych energii elektrycznej ponosi sprzedawca energii, to cena owszem stała, ale w okresie realizacji umowy bezpieczna przede wszystkim dla przedsiębiorstwa obrotu, bowiem uwzględniająca wszystkie ryzyka realizacyjne i przenosząca je na sprzedawcę. Jeśli te ryzyka nie wystąpią, a co do zasady nie wystąpią wszystkie zakładane przy wycenie, powiększa to zysk sprzedawcy, kosztem zawyżonej wyceny dla odbiorcy.

Warto podkreślić także, że najdłuższy produkt giełdowy na TGE występuje w horyzoncie kolejnych 4 lat, choć w praktyce obrotu wyłącznie produkt na rok kolejny posiada realne wyceny i jest na tyle płynny, aby mógł służyć zabezpieczeniu dostaw sprzedawcy. Im dłuższy zatem ma być kontrakt zawierany w modelu cen ustalonej (*fixed price*) tym większe będą jego ryzyka realizacyjne. A skoro wszystkie one przeniesione zostają w tym modelu na sprzedawcę, to tym wyższa będzie cena energii oferowana odbiorcy.

<sup>10</sup>. Na towarowej Giełdzie Energii dostępny jest rynek SPOT (dobowo – godzinowy, tzw. rynek dnia następnego) oraz rynek terminowy obejmujący produkty BASE wypełniające perspektywę miesiąca, kwartału lub roku albo produkty *peak*, *off-peak*, *baseload*). Główna różnica produktów to czas notowań i pokrycie zapotrzebowania. Różnicują one strategię zakupu energii przez spółkę obrotu, ale zasada obrotu pozostaje zawsze ta sama – zaopatrzenie spółki obrotu w energię na potrzeby realizacji transakcji sprzedaży do odbiorców.

Co istotne, aktualne przepisy nakazujące dokonywanie transakcji pomiędzy wytwórcami a spółkami obrotu wyłącznie za pośrednictwem Towarowej Giełdy Energii zostały zniesione – tzw. „obligo giełdowe”. Pozwala to na dokonywanie transakcji między grupowych pomiędzy obrotem a wytwórcami. Prowadzone prace legislacyjne i decyzje polityczne wskazują jednak, że tzw. „obligo giełdowe” może powrócić już w 2024 r., co ponownie przywróci wyłączność obrotu pomiędzy wytwórcami a sprzedawcami poprzez Towarową Giełdę Energii. Istniejące aktualnie mechanizmy pozwalające na kształtowanie cen energii w oderwaniu od notowań na TGE przestaną obowiązywać<sup>11</sup>. Należy podkreślić, że tzw. „obligo giełdowe” nigdy dotąd nie obejmowało transakcji związanych z energią pochodzącą z OZE.

Cena oferowana przy zakupie energii elektrycznej w modelu cPPA w ogóle nie musi szeregu powyższych ryzyk (choć nie wszystkich) uwzględniać. Nie tylko nie jest ona kształtowana okresowymi kosztami paliw czy praw do emisji, ale w momencie oferowania sprzedaży energii większość kosztów cyklu życia danego źródła (poniesione na etapie budowy i uruchomienia), jest już znana i może zostać rozłożona w czasie na cały okres eksploatacji źródła wytwórczego. W efekcie, cena początkowa oferowana przez sprzedawcę w ramach modelu cPPA może być (i będzie) już wyjściowo korzystniejsza dla odbiorcy.

Oczywistym jest, że w przypadku umów cPPA – zawieranych typowo na okres od 5 do 15 lat także nie można przewidzieć wszystkich ryzyk cenowych. Ryzyka w modelu cPPA będą zale-

żeć w szczególności od modelu umowy cPPA, dlatego trudno mówić o uniwersalnym katalogu ryzyk. Warto zauważyć, że w obrocie każde ryzyko powinno być wycenione i alokowane i umowa cPPA nic w tym zakresie nie zmienia. Kontrakt cPPA daje jednak możliwość alokacji ryzyka, w sposób, który obie jego strony (odbiorca i wytwórca) ma postawić w maksymalnie możliwej korzystnej sytuacji – co docelowo jest wynikiem negocjacji warunków takiej umowy. Strony dochodzą zatem w toku negocjacji do porozumienia w zakresie akceptowalnej dla nich alokacji ryzyk i kosztów, zamiast prostego ich przenoszenia na sprzedawcę, jak ma to miejsce w typowym modelu zakupu energii. Fakt, że odbiorca uczestniczy razem z wytwórcą (sprzedawcą) w pewnych ryzykach (ich zakres i charakter zależą będzie od modelu umowy cPPA) pozwala osiągnąć znacznie lepsze rezultaty cenowe.

Zasadniczą korzyścią dla wytwórcy będzie pokrycie odbioru energii z instalacji OZE w perspektywie długoterminowej. Innymi słowy, umowa cPPA zapewnia wytwórcy stabilny przychód w perspektywie długoterminowej. To wpływa na tempo zwrotu inwestycji w źródło, otwiera możliwości finansowania i refinansowania wydatków inwestycyjnych, polepsza sytuację wytwórcy na rynku na potrzeby kolejnych projektów. Dlatego pomiędzy długością trwania umowy cPPA, a atrakcyjnością warunków cenowych będzie zachodzić bezpośrednio związek.

Dla odbiorcy ważne jest to, że umowa cPPA w zakresie oferowanej ceny w ogóle nie musi

<sup>11</sup> Podkreślić należy, że do dnia 6 grudnia 2022 r. wytwórcy energii ze źródeł konwencjonalnych zobowiązani byli do sprzedaży całej wyprodukowanej energii za pośrednictwem Towarowej Giełdy Energii (TGE). Oznaczało to, że Przedsiębiorstwa obrotu na potrzeby wykonania umów sprzedaży energii oraz wytwórcy dokonywali między sobą transakcji wyłącznie za pośrednictwem TGE – tzw. „obligo giełdowe”. Na mocy ustawy z dnia 29 września 2022 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. poz. 2370 z późn. zm.) tzw. „obligo giełdowe” zostało zniesione, co dało czasową możliwość dokonywania transakcji międzygrupowych, tj. pomiędzy wytwórcami a spółkami obrotu tej samej grupy. Wola polityczna przywrócenia tzw. obligo giełdowego została już zmanifestowana w projekcie ustawy – Druk nr 72, projekt ustawy z dnia 28 listopada 2023 r. z dnia [...] o zmianie ustaw w celu wsparcia odbiorców energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła oraz niektórych innych ustaw, gdzie zaplanowano przywrócenie obligo giełdowego od dnia 1 lipca 2024 r. Projekt w ostatecznym kształcie nie objął tych regulacji, jednak nad stosownymi rozwiązaniami przywrócenia obligo giełdowego pracuje aktualnie Rada Ministrów;



uwzględniać części ryzyk, jakie występują w polityce cenowej energii pochodzącej ze źródeł konwencjonalnych – jak prawa do emisji czy koszty zakupu paliwa, co bezpośrednio wpływa na wycenę energii w stosunku do modelu stan-

dardowego. Wskazuje się nawet, że możliwości kształtowania warunków cenowych energii elektrycznej, jakie dają kontrakty cPPA nie daje aktualnie żadna alternatywna opcja dostaw<sup>12</sup>.

### 3.3.3 Zabezpieczenie długookresowe w cPPA a cenie giełdowej

Model cPPA nie jest oczywiście jedynym sposobem zabezpieczenia ceny w perspektywie dłuższego okresu. Nawiązując do opisywanych wyżej sposobów zakupu energii w oparciu o ceny produktów giełdowych na TGE, można stwierdzić, że podobne zabezpieczanie wynika z istniejących w obrocie giełdowym produktów długoterminowych. Także to porównanie wskazywać będzie jednak na model cPPA jako model pozwalający kształtować cenę w sposób korzystniejszy.

Po pierwsze bowiem perspektywa czasowa, w jakiej dokonuje się obrotu w warunkach giełdowych jest znacznie krótsza niż perspektywa zabezpieczenia ceny w modelu cPPA. Wynika to z tych samych uwarunkowań, o których była już mowa wyżej, tj. konieczności uwzględnienia szeregu zmiennych wpływających na cenę energii elektrycznej w tzw. mixie energetycznym. Im dłuższa jest perspektywa czasowa danego produktu giełdowego, tym większa będzie skala ryzyk koniecznych do uwzględnienia w wycenie, tym mniejsza jego płynność i atrakcyjność cenowa, zwłaszcza względem umowy cPPA.

Po drugie, zaopatrywanie się przez zamawia-

jącego w produkty krótkoterminowe podnosi koszty obsługi kontraktu. Przyjmując, że większość zamawiających publicznych nie będzie dysponować zasobami kadrowymi do intensywnej (nawet codziennej) obsługi kontraktów zakładających kształtowanie cen energii w oparciu o rynek SPOT czy produkty giełdowe, o krótszych terminach – to albo zdolności takie zamawiający publiczny będzie musiał pozyskać na zewnątrz, albo zmuszony będzie podnieść inne koszty zapewnienia sobie takich kompetencji. Nawet zatem jeśli uda się w ramach tych działań jakkolwiek zoptymalizować koszty zakupu energii, to korzyści mogą być zminimalizowane albo nawet zniesione przez stałe koszty obsługi, jakie będzie trzeba ponieść na obsługę takich umów.

Reasumując, decydując się na model cPPA, zamawiający publiczny może zabezpieczyć cenę energii w dłuższym horyzoncie czasowym po niższej cenie, także w porównaniu do modelu korzystania z instrumentów giełdowych. Decydujący będzie tu czynnik czasu, w jakim korzystana cena będzie obowiązywać i minimalizacja nakładów w toku obsługi kontaktu w całej perspektywie czasowej jego obowiązywania.

<sup>12</sup> P. Czopek, Sz. Kowalik, P. Malik, G. Skarżyński, B. Wilk, cPPA jako szansa na tanią energię z OZE. Praktyczny przewodnik dla firm, Warszawa 2022 r. s. 13.

## 4. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania dla modelu cPPA

### 4.1 Wstępne konsultacje rynkowe

Zgodnie z art. 84 ustawy PZP, jednostka zamawiająca może przed wszczęciem postępowania, a docelowo także przed rozpoczęciem przygotowania dokumentacji zamówienia na potrzeby tego postępowania przeprowadzić konsultacje z potencjalnymi wykonawcami, ekspertami czy innymi podmiotami, które mogą posiadać informacje specjalne, niedostępne dla zamawiającego.

Konsultacje ukierunkowane mogą być na uzyskanie informacji niezbędnych dla przygotowania postępowania. W tym ujęciu konsultacje służą do uzupełnienia wiedzy zamawiającego, na temat przedmiotu zamówienia, możliwości rynku w realizacji zamówienia. Wynikiem konsultacji będzie w takim przypadku wypracowanie wyważonego opisu potrzeb i wymagań w sposób, który realizował będzie potrzeby zamawiającego, a nie będzie nadmiernie ograniczał konkurencji, ustalenia danych nt. szacowania wartości zamówienia, pozyskanie informacji specjalistycznych np. sposobów mitygacji ryzyka wynikającego z profilu zużycia energii w kontekście dostępnych na rynku profili produkcji (miksów technologicznych), propozycji rynku na temat doboru rodzaju i modelu umowy cPPA w zależności od potrzeb i wolumenu, wpływu i zależności pewnych ustaleń na cenę produktu – np. zależności pomiędzy modelem umowy cPPA czy czasem jej trwania, a ceną. Konsultacje mogą pozwolić także zamawiającemu skonkretyzować własne potrzeby.

Warto nadmienić, że konsultacje nie są w stanie zastąpić zamawiającemu odpowiednich kompetencji niezbędnych do przygotowania postę-

powania – wykonawcy w toku konsultacji nie muszą być obiektywni i bezstronni. Jednak dobrze przeprowadzone konsultacje dają zamawiającemu spory wachlarz informacji nt. możliwości rynku w danym czasie i względem planowanego zamówienia.

To co powinno stać się podstawowym celem wstępnych konsultacji rynkowych to pozyskanie informacji pozwalających zamawiającemu publicznie podjąć decyzję co do typu kontraktu cPPA (wirtualny, fizyczny) oraz formuły produktowej cPPA, najbardziej efektywnej i odpowiadającej jego potrzebom (*Pay as Produce, baseload, Pay as Consume*). Pozwoli to na odpowiednie ukształtowanie przyszłego postępowania. Zamawiający w każdym czasie może w tym celu skorzystać także z fachowego doradztwa zewnętrznego podmiotu, co zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający nie ma doświadczenia w kontraktach cPPA i własnych kompetencji w tym zakresie należy rekomendować jako dobra praktyka.





Istotnym jest także, że celem konsultacji może być także poinformowanie potencjalnych wykonawców o planowanym zamówieniu, umożliwienie im bliższego zapoznania z przedmiotem i celem zamówienia oraz umożliwienie rezerwacji zasobów wykonawców<sup>13</sup>.

W przypadku organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na do-

stawę energii elektrycznej, które udzielone ma zostać w modelu cPPA cennym i celowym będzie sięgnięcie do mechanizmu wstępnych konsultacji rynkowych. Dobrze prowadzone konsultacje nie tylko uzupełnią wiedzę zamawiającego na temat własnych potrzeb i możliwości rynku ich zaspokojenia, ale także z powodzeniem uczynią przyszłe negocjacje umowy bardziej efektywnymi.

## 4.2 Analiza potrzeb i wymagań – zdefiniowanie i analiza potrzeb

Pierwszym z wymaganych przez ustawę p.z.p. działań jest analiza potrzeb, o której mowa w art. 83 ustawy p.z.p. Analiza potrzeb traktowana ma być jako narzędzie zarządcze, które służy ustaleniu potrzeb zamawiającego i dopasowaniu do tych potrzeb najbardziej efektywnych i najskuteczniejszych metod i sposobów ich zaspokojenia<sup>14</sup>. Rzetelnie sporządzona analiza potrzeb powinna odpowiadać zatem co najmniej na pytania co zamawiający zamierza osiągnąć oraz czy potrzeba ta powinna być zaspokojona w trybie udzielenia zamówienia publicznego, a jeśli tak, to w jakim trybie i na jakich warunkach zamówienia. Innymi słowy, z analizy powinno wynikać, czy w ogóle i jak zamawiający ma przeprowadzić proces zakupu.

Zastrzec trzeba, że obowiązku sporządzenia analizy potrzeb nie stosuje się do zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Biorąc jednak pod uwagę, że analizowane kontrakty mają dotyczyć wieloletniego zabezpieczenia dostaw energii elektrycznej oraz zważywszy na wysokość tzw. progu unijnego, to założyć należy, że analiza ta będzie niezbędna w większości przypadków.

Pierwszym elementem analizy potrzeb będzie – choć nie zostało to wprost wymienione w treści art. 83 w ust. 1 oraz ust. 2 p.z.p., ale wydaje się oczywiste – zidentyfikowanie potrzeb/-y zakupowej zamawiającego. Oczywistym jest, że zasadniczą potrzebą będzie zapewnianie dostaw energii elektrycznej na potrzeby działalności zamawiającego. Skoro jednak zamawiający w ogóle powziął rozważania nad modelem zakupu energii w kontrakcie cPPA, oznacza to że potrzebę tę chce zrealizować przy jakichś specyficznych i dodatkowych uwarunkowaniach. Należać będzie do nich na przykład zamiar zabezpieczenia ceny energii elektrycznej na korzystnym rynkowo poziomie w perspektywie długookresowej ze względu na specyficzne potrzeby, na które energia elektryczna jest wykorzystywana. Długookresowe zabezpieczenie cen będzie obiektywnie uzasadnioną potrzebą, w każdej sytuacji, gdy w długim horyzoncie czasowym zamawiający (ze względu na zadania własne lub zlecone) będzie potrzebował tej energii w określonym celu – np. na potrzeby utrzymania oświetlenia dróg czy innej infrastruktury miejskiej (stadiony, hale itp.). Nie budzi bowiem wątpliwości, że obiekty takie muszą zostać zasilone energią, a potrzeba ta

<sup>13</sup>. Nowak, M. Winiarz red., Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 287;

<sup>14</sup>. H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Warszawa 2021 r., s. 285.

jest immanentnie związana z istnieniem tych obiektów i zadaniami własnymi zamawiającego. Tym samym, zamiar optymalizacji ceny poprzez długookresowe zabezpieczenie cen na korzystnym poziomie będzie celem (potrzebą) samym w sobie, którą obok samego zapotrzebowania na energię należałoby zdefiniować w analizie. Jest to także pierwszy krok preferujący kontrakt cPPA przed tradycyjnym kontraktem terminowym.

Idąc dalej, w ramach identyfikacji potrzeby, zamawiający winien odpowiedzieć, czy istotnym jest dla niego pozyskanie zielonej energii w modelu fizycznym cPPA, czy zadowolony jest wyłącznie rezultatami wynikającymi z finansowego modelu cPPA. Chęć pozyskania zielonej energii (model fizyczny) może być celem w samym sobie. Zamawiający publiczny może chcieć zrealizować w ten sposób swoje konkretne zamierzenia – np. w o charakterze promocyjnym. Zamawiający – zwłaszcza jednostka samorządu terytorialnego, w związku z prowadzoną działalnością promocyjną nakierowaną na innowacyjność, rozwój nowych technologii itp. może chcieć zachęcić potencjalnych inwestorów do lokowania ich kapitału na terenie tej jednostki. Strategię rozwoju dużych koncernów są aktualnie ukierunkowane na minimalizację śladu węglowego, zapewnienie sobie zielonej strategii i ekologiczną produkcję energii. Ze strategii promocyjnej jednostki publicznej może wynikać, że takie działania zwrócą uwagę inwestorów, którzy swój kapitał postanowią ulokować na terenie jednostki. Korzyść z takiego stanu rzeczy będzie zresztą w perspektywie długiego okresu obustronna. Tak zdefiniowana potrzeba zakupu będzie nie tylko wskazywała na model cPPA, ale w ramach rozwiązań cPPA preferowała za założenia model fizyczny.

W efekcie powyższego, już samo wyraźne zdefiniowanie potrzeb jednostki publicznej może wskazać nie tylko na zasadność sięgnięcia po rozwiązanie cPPA, ale także wskazać konkretne rozwiązania, które w tym modelu warto zasto-

sować. Analiza potrzeb nie powinna jednak na tym tylko zostać zakończona.

Dalej zakres analizy potrzeb wyznacza art. 83 w ust. 1 oraz ust. 2 p.z.p., zaś pierwszym ustawowo zdefiniowanym aspektem badanym w analizie potrzeb jest możliwość zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb (o czym mowa wyżej) z wykorzystaniem zasobów własnych. W przypadku zamówień na energię elektryczną chodzić będzie tutaj w szczególności o możliwość zaspokojenia zapotrzebowania z własnych źródeł produkcji energii. Typowym przypadkiem będzie posiadanie przez zamawiającego instalacji OZE. Zamawiający nieeksploatujący własnego źródła OZE albo nawet takie źródło posiadający, ale o zdolnościach produkcyjnych niewystarczających na pokrycie wstępnie definiowanego zapotrzebowania (co będzie zasadą) zyskuje kolejne wyraźne wskazanie na konieczność sięgnięcia po model zakupu oparty o kontrakt cPPA.

Dalej ustawa p.z.p. nakazuje dokonania rozeznania rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb. Innymi słowy, jeśli zidentyfikowaną potrzebą zakupową jest nabycie dostaw energii elektrycznej z OZE, jednostka dokonuje alternatywnych możliwości zaspokojenia tej potrzeby, traktując model cPPA jako jedną z alternatyw. Alternatywy te mogą diametralnie różnić się od siebie począwszy od możliwości przewidzenia odpowiednich kryteriów jakościowych oceny ofert i późniejszego przedstawiania zamawiającemu potwierdzenia umorzenia certyfikatów (pamiętając jednak, że w zderzeniu z modelem finansowego cPPA, ten drugi powinien dać lepsze wyniki cenowe), aż do modelu cPPA i jego różnych wariantów. Warto także podkreślić, że jeżeli jednak na wstępie analizy zdefiniowano potrzebę faktycznego pozyskania (przeniesienia zielonej energii z źródła na odbiorcę), to w tym przypadku w istocie model fizycznego cPPA nie będzie posiadał racjonalnych alternatyw rynkowych.

Ważne jest także, aby analiza potrzeb i wymagań (w ślad za wymaganiami wynikającym z art. 83 ust. 3 pkt 1 ustawy p.z.p.) wskazywała szacowane wartości różnych wariantów lub alternatyw realizacji zamówienia. W tym miejscu najistotniejsze będzie wykazanie finansowej zasadności sięgnięcia po rozwiązanie oparte o kontrakt cPPA. Zarys ramowy takiej analizy przedstawiono już wyżej porównując korzyści wynikające z modelu cPPA w stosunku do tradycyjnego modelu *fixed price, Pay as Consume* – wskazujące na długookresowe zabezpieczenie cen oraz wyższą konkurencyjność cenową w ramach cPPA. Warto, aby w dobrze wykonanej analizie znalazły się odpowiednie wyliczenia pokrywające wskazane tam okoliczności. Analizy takie (modele) są możliwe do pozyskania na rynku przez każdego zainteresowanego zamawiającego, który nie byłby w stanie analiz takich przeprowadzić we własnym zakresie. Oczywiście jest także, że takie ustalenia na tym etapie mają wyłącznie orientacyjny charakter. Końcowa cena zależy od szeregu zmiennych i nie może być dla kontraktów cPPA ustalona odgórnie. Na tym etapie istotnym będzie wyłącznie wykazanie efektywności cenowej rozwiązania cPPA względem rozwiązań standardowych.

Ważnym elementem analizy potrzeb w kontekście modelu cPPA będzie ocena potencjalnych ryzyk związanych z realizacją zamówienia. W przypadku modelu sprzedaży energii na podstawie konwencjonalnej umowy sprzedaży energii elektrycznej ryzyka te są w całości przeniesione na sprzedawcę i wiążą się raczej z dodatkowymi obowiązkami leżącymi po stronie spółki obrotu, aniżeli z ryzykiem objętym świadczeniem głównym (dostawy energii). Inny rozkład ryzyk występował będzie w modelu cPPA. Przede wszystkim ze względu na długi okres obowiązywania umowy cPPA ryzyka mogą dotyczyć kosztów bilansowania, których spółki obrotu nie

są w stanie oszacować w całej perspektywie 10 czy 15 – sto letniej umowy cPPA. Dalej w sferę ryzyk włączyć należy charakterystykę źródła energii w postaci OZE, z czym wiąże się chociażby kwestia profilu użycia i profilu produkcji (koszt profilu)<sup>15</sup>. Jednostka powinna jednocześnie zastosować adekwatne środki przeciwdziałające zidentyfikowanym ryzykom, które powinny zostać uwzględnione albo w samym modelu zakładanego zakupu energii albo w poszczególnych rozwiązaniach, które będą negocjowane na etapie ustalenia treści umowy cPPA. Szczegółowy sposób rozkładu większości ryzyk będzie przedmiotem późniejszych negocjacji umowy cPPA. W efekcie, cena co do zasady będzie tym korzystniejsza im więcej ryzyk strony podzielą między siebie. Planowane kierunki i sposoby zabezpieczenia ryzyk mogą być wskazane już w samej analizie, nawet jeśli dalsze ich rozwinięcie i skonkretyzowanie będzie miało miejsce w toku negocjacji. I tak, w przypadku wspomnianego ryzyka profilu produkcji OZE zasadniczym sposobem mitygacji ryzyka jest dobór określonych źródeł wytwórczych bądź zdefiniowanie określonego miksu technologicznego (udział różnych źródeł wytwórczych OZE w produkcji – tzw. miks technologiczny) lub wprowadzenie pewnego gwarantowanego wolumenu produkcji.

Ustawa p.z.p. zakłada także możliwość uwzględniania aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia w dokonywanej analizie, co w przypadku kontraktu cPPA może mieć szczególne znaczenie w kontekście charakterystyki źródła energii jaką jest OZE. W zależności od potrzeby zakupowej zidentyfikowanej przez jednostkę przyjęcie modelu zakupu tzw. zielonej energii w modelu cPPA stanowić będzie samo w sobie aspekt środowiskowy i społeczny związany z realizacją zamówienia.

<sup>15</sup> W przypadku umów cPPA oprócz profili konsumpcji należy uwzględnić także profil produkcji danego źródła wytwórczego, z którego energia ma pochodzić. Źródło OZE nie produkuje energii w sposób liniowy przez cały rok. Profil produkcji różni się od warunków pogodowych oraz sezonu. W przypadku źródeł wiatrowych występować będzie mniejsza przewidywalność produkcji, ale produkcja ta będzie mniej sezonowa. Odwrotnie jest co do zasady w przypadku źródeł PV, gdzie sezonowość jest wyraźna, ale w sezonie poziom produkcji łatwiejszy do przewidzenia.

### 4.3 Analiza potrzeb i wymagań – wybór modelu umowy cPPA

Punktem analizy potrzeb i wymagań, który powinien się w niej znaleźć jest ocena możliwych wariantów realizacji zamówienia, jeżeli takie warianty istnieją.

Jeżeli analiza prowadzi w kierunku nabycia energii wytworzonej w OZE w modelu cPPA, to kolejnym punktem analizy będzie analiza wariantów zakupu korporacyjnego, w szczególności rozważenie modelu finansowego oraz fizycznego.

Jeżeli zaś analiza doprowadzi do ustalenia, że oba modele mogą stanowić dla jednostki rozwiązania alternatywne, co zazwyczaj będzie wiązało się ustaleniem na wstępie, że umowa cPPA ma mieć głównie aspekt finansowy, to z tym punktem analizy musi wiązać się rzetelna ocena obu rozwiązań. Okoliczności, które przy wyborze modelu cPPA należałoby wziąć pod uwagę to m.in.: wielkość wolumenu zamawianej energii oraz profil zapotrzebowania i odniesienie go do profilu wytwórczego, zdolność do poniesienia

przez jednostkę kosztów finansowych i osobowych raportowania i sprawozdawczości finansowej związanej z umowami finansowego cPPA.

Jeżeli analiza potrzeb nie jest w stanie dać odpowiedni co do tego jaki model cPPA będzie optymalny, jednostka zamawiająca ma w tym miejscu dwie możliwości. Pierwsza, to skorzystanie z mechanizmu wstępnych konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 84 ustawy p.z.p. i zasięgnięcie informacji bezpośrednio u zainteresowanych zamówieniem wykonawców. Druga, to skorzystanie z kompetencji zewnętrznego doradcy zajmującego się konsultingiem w branży energetycznej. Zważywszy na rangę przedsięwzięcia, nabywanie kluczowego zasobu jakim jest energia elektryczna oraz fakt wiązania się kontraktem wieloletnim, pozyskanie informacji zewnętrznych przez jednostkę, zawsze będzie wartościowe i przyczyni się do lepszego efektu końcowego.

### 4.4 Oszacowanie wartości zamówienia

Kolejnym działaniem zamawiającego publicznego powinno być oszacowanie wartości zamówienia, czyli ustalenie z należytą starannością całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług. Zasady oszacowania określają m.in. art. 28 – art. 29 oraz art. 36 ustawy PZP.

W wieloletniej praktyce zamawiających najczęstszym sposobem zapewnienia oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością, jest pozyskanie informacji o możliwych wycenach od podmiotów działających na rynku, oferujących realizację tego zamówienia. Jednostki zamawiające przesyłają do potencjalnych wykonawców zapytania ofertowe wraz z opisem

przedmiotu zamówienia, zaznaczając przy tym, że ma to miejsce w trybie ustalenia wartości zamówienia. Z zebranych informacji najczęściej ustala się średnią wycenę danego przedmiotu zamówienia, która przyjmowana jest jako wartość szacunkowa zamówienia. O ile ustawa PZP nie nakazuje takiego działania, to jednak jest ono powszechnie stosowane w niemal każdym rodzaju zamówień.



Powyższa praktyka dozna jednak w analizowanym przypadku ograniczenia zważywszy na opisywane wyżej problemy z ustaleniem opisu przedmiotu zamówienia na wstępnym etapie organizacji zamówienia. Skoro bowiem opis przedmiotu zamówienia nie jest zamknięty to też wyceny, które na jego podstawie będą w stanie zaproponować potencjalni wykonawcy mogą nie być porównywalne i miarodajne. Innymi słowy, na tym etapie jednostka zamawiająca może nie być w stanie dostarczyć wykonawcom wszystkich informacji, które pozwolą na szacowanie wartości zamówienia na gruncie zapytania zamawiającego.

Należy jednak podkreślić, że jednostka publiczna zobowiązana jest do działania z należytą starannością w tych okolicznościach, w których się znajduje. Miary sposobu przeprowadzania oszacowania wartości zamówienia, jaką stosuje do zamówień ogłaszanych w trybie przetargu nieograniczonego, z zamkniętym i jasno sprecyzowanym opisem przedmiotu zamówienia nie można stosować do zamówień, których kształt ma zostać dopiero określony w toku negocjacji z wykonawcą. Jednocześnie szereg informacji na temat przyszłej umowy cPPA jednostka zgromadziła już na etapie analizy potrzeb i wymagań, które może wykorzystać na tym etapie w zapytaniach do potencjalnych wykonawców. Infor-

macje takie jak szacowany wolumen, informacje o planowanym profilu zużycia, a może także wynikającym stąd (i oczekiwanym przez jednostkę) profilu źródła wytwórczego albo profilu miksu technologicznego, predykcja co do preferowanego modelu finansowego lub fizycznego w zależności od zamiaru faktycznego pozyskania zielonej energii i inne informacje dadzą odpowiednią bazę do uzyskania wstępnych wycen, w zakresie jakim potrzebne są one do oszacowania wartości zamówienia.

Niezwykle cenne byłoby także – co należy rekomendować zważywszy na charakter kontraktu cPPA - włączenie do procesu oszacowania także wspomnianych już wyżej wstępnych konsultacji rynkowych o których mowa w art. 84 ustawy PZP. O ile przepis ten nie wskazuje wprost na możliwość prowadzenia konsultacji w przedmiocie oszacowania wartości zamówienia to możliwość taka nie budzi wątpliwości prawnych<sup>16</sup>.

W ramach konsultacji jednostka zamawiająca pozyska bezpośrednio od potencjalnych informację o możliwych wycenach, w tym o różnicy w wycenach w zależności od doprecyzowanych założeń opisu przedmiotu zamówienia albo opisu potrzeb i wymagań.

## 4.5 Wybór trybu postępowania

### 4.5.1 Uzasadnienie dla trybu negocjacji z ogłoszeniem

W dalszej kolejności jednostka publiczna dokonuje wyboru trybu postępowania. Jedyным trybem obecnym w przepisach ustawy p.z.p., który w naszej ocenie nadaje się do przeprowadzenia postępowania zmierzającego do

zawarcia umowy cPPA, tj. zamówienia, w którym zdecydowaną większość elementów mających wpływ na przyszłe zamówienia trzeba będzie ustalić dopiero w toku postępowania w ramach negocjacji – jest tryb negocjacji z ogłoszeniem.

<sup>16</sup>. Por. Urząd Zamówień Publicznych P, Dokumenty wzorcowe – wstępne konsultacje rynkowe; REGULAMIN PRZEPROWADZANIA WSTĘPNYCH KONSULTACJI RYNKOWYCH, stan prawny 26 stycznia 2022 r.



Warto podkreślić, że zgodnie z motywem 42 oraz 43 Dyrektywy 2014/24/UE - tryb negocjacji z ogłoszeniem należy uważać za podstawową alternatywę dla trybów otwartych, gdy te drugie nie mogą przynieść zadowalających efektów w procedurze udzielenia zamówienia, co należy brać pod uwagę jako wskazówkę interpretacyjną przesłanek zastosowania tego trybu.




Tryb ten dotyczy co prawda włączenie zamówień, których wartość jest równa lub przekracza tzw. próg unijny. Bez wątplenia zdecydowana większość zamówień na dostawy energii w modelu cPPA będzie ten tryb przekraczać, chociażby ze względu na zakładaną perspektywę czasową tego typu kontraktów wynoszącą 5 – 15 lat. Dalsze rozważania poświęcono postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W razie, gdyby według dokonanego oszacowania tzw. próg unijny nie był jednak przekroczony, to czynione dalej uwagi dotyczące przebiegu postępowania należałoby odnieść odpowiednio

do uregulowanego art. 275 pkt 3 ustawy PZP trybu podstawowego z obligatoryjnymi negocjacjami. Tryb ten stanowi swoiste przeniesienie możliwości jakie daje tryb negocjacji z ogłoszeniem właśnie na grunt zamówień tzw. zamówień krajowych<sup>17</sup>.

Postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem cechuje się wyłącznie ramowym regulowaniem na gruncie przepisów ustawy p.z.p. Poszczególne etapy, zakres możliwych negocjacji i ich przedmiot, liczba wykonawców na poszczególnych etapach, rodzaj dokumentów podmiotowych i przedmiotowych przedkładanych na poszczególnych etapach, a nawet ilość ofert odbieranych od wykonawców w toku postępowania zależą będzie od organizacji tej procedury w dokumentach zamówienia. Dlatego daje on możliwość zorganizowania postępowania w sposób indywidualny w zależności od wielkości i złożoności planowanego kontraktu cPPA.

## 4.5.2 Przesłanki dla trybu negocjacji z ogłoszeniem

Tryb negocjacji z ogłoszeniem jest trybem, którego zastosowanie zależy od możliwości wykazania przez zamawiającego publicznego przesłanki jego dopuszczalności. Katalog przesłanek zastosowania trybu określa art. 153 ustawy p.z.p. Zgodnie z nimi negocjacje z ogłoszeniem mogą mieć miejsce w przypadku, gdy zachodzi co najmniej jedna z okoliczności:

-  rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego;
-  zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami;
-  jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej, lub referencji technicznej<sup>18</sup>.

<sup>17</sup>. Por. M. Jaworska [w]: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2023, wyd. 5, komentarz do art. 275;

<sup>18</sup>. Przesłankę z art. 153 pkt 2 oraz pkt 5 pominięto jako nie mające wpływu na dalsze rozważania.



Powyższe przesłanki łączy cecha wspólna, polegająca na konieczności dookreślenia warunków zamówienia i przedmiotu zamówienia w toku negocjacji prowadzonych już w postępowaniu, bez czego zamówienie nie może zostać udzielone. Innymi słowy, cechą wspólną tych trzech różnych przesłanek będzie sytuacja, w której na rynku nie istnieje gotowy produkt „z półki”, tj. taki który posiada ustandaryzowane parametry, odpowiadające generalnym potrzebom zamawiającego<sup>19</sup>.

Przesłanki zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w dużym stopniu odpowiadają specyfice zamówienia udzielanego w modelu cPPA.

W szczególności na polskim rynku energii elektrycznej model cPPA pozostaje w fazie rozwoju zaczynają klarować się standardy rynkowe, tworzone są postulaty dostosowania przepisów prawa do potrzeb rynku w tym zakresie<sup>20</sup>. Potrzebę standaryzacji rynku cPPA w przyszłości dostrzeżę także prawodawca unijny, jednak właściwe przepisy dopiero powstają<sup>21</sup>. Z racji tego warunki zamówienia udzielanego na gruncie kontraktu cPPA nie tylko muszą, ale i wręcz powinny być kształtowane nie arbitralnie przez zamawiającego, ale w sposób bilateralny w toku negocjacji z potencjalnymi wykonawcami. Ważna jest także przy tym charakterystyka źródła wytwórczego OZE powodującego różne uwarunkowania i różnych dostawców w różnym czasie, które powinny zostać rozpoznane i uwzględnione w toku negocjacji, tak aby do udzielenia zamówienia dochodziło w warunkach jak największej konkurencyjności. Tym samym, w przypadku zamówienia obejmującego cPPA mowa będzie zarówno o sytuacji, w której rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich

dostosowania, potrzeb zamawiającego (art. 154 pkt 1 ustawy PZP), jak i o zamówieniu, które nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych (art. 154 pkt 3 ustawy PZP).

Założenie zakupu energii elektrycznej w modelu cPPA i związana z tym specyfika wyklucza możliwość narzucenia pewnych uwarunkowań technicznych i biznesowych potencjalnym wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia. W tym kontekście dopuszczalność trybu negocjacji z ogłoszeniem znajduje oparcie także w przesłance braku możliwości opisanego przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej (art. 154 pkt 4 ustawy PZP). Również zatem tę przesłankę można uważać za umożliwiającą zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem, choć już przesłanki wskazane wcześniej i tak w pełni wyczerpują podstawę zastosowania tego trybu w analizowanym przypadku.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem daje możliwość prowadzenia postępowania, w tym negocjacji warunków zamówienia i otrzymywanie ofert cenowych, z wieloma wykonawcami, co z kolei daje możliwość kształtowania warunków przyszłego zamówienia w oparciu o różne interesy, konkurujących ze sobą wykonawców, z korzyścią dla wszystkich stron przyszłej umowy. Praktyka rynku zamówień wskazuje, że średnio w jednym postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem bierze udział niespełna 3 wykonawców (2,88), co stanowi najwyższy od-

<sup>19</sup>. R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), *EU Procurement Law. Brussels Commentary*, Baden-Baden 2018, s. 386;

<sup>20</sup>. Centrum Informacji o Rynku Energii, Rynek umów cPPA rośnie w siłę wobec coraz wyższych cen energii, [dostęp 18.05.2023]: <https://www.cire.pl/artykuly/serwis-informacyjny-cire-24/rynek-umow-cppa-rosnie-w-sile-wobec-coraz-wyzszych-cen-energii->;

<sup>21</sup>. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending regulations (EU) 2019/943 and (EU) 2019/942 as well as directives (EU) 2018/2001 and (EU) 2019/944 to improve the Union's electricity market design, COM(2023); 2023/0077(COD), Strasbourg, 14.3.2023 [dostęp 18.05.2023]: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0148>.

setek zainteresowania ze wszystkich trybów negocjacyjnych<sup>22</sup>. Choć w tej statystyce nie ma zamówień obejmujących dostawę energii elektrycznej w modelu cPPA, to fakt ten pokazuje to,

że owy tryb istotnie wpływa na zwiększenie konkurencyjności w toku postępowania z elementem negocjacji.

## 4.6 Opis potrzeb i wymagań

Kolejnym zadaniem przed jakim staną jednostki zamawiające zamierzające wdrożyć model cPPA będzie sporządzenie w ramach trybu negocjacji z ogłoszeniem opisu potrzeb i wymagań. W przypadku bowiem trybu negocjacji z ogłoszeniem zamawiający nie sporządza opisu przedmiotu zamówienia, a jego miejsce zajmuje właśnie opis potrzeb i wymagań.

Opis potrzeb i wymagań zawierać może wyłącznie ogólne określenie przedmiotu zamówienia, gdyż jego doprecyzowanie następować będzie co do zasady w ramach negocjacji<sup>23</sup>. Zamawiający może także ograniczyć zakres przyszłych

negocjacji poprzez wskazanie minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia<sup>24</sup> – dalej nazywane „**minimalnymi wymaganiami**”. W takim przypadku dalsze negocjacje będą mogły być prowadzone tylko w tym w zakresie, w jakim zamawiający nie zastrzegł, że stanowią one „minimalne wymagania”. Z jednej strony pozwala to już na wstępie zdeterminować zakres możliwych pól negocjacyjnych i przestrzeń do postulatów wykonawców, z drugiej jednak zamawiający powinien zważyć, aby jako „minimalne wymagania” nie zdefiniować tego, co w dalszym etapie z korzyścią dla niego może być przedmiotem ustaleń z wykonawcami.

W zakresie „minimalnych wymagań”, co do których nie mogą być prowadzone dalsze negocjacje, zamawiający może przewidzieć w szczególności:

### Przykład:

- ◆ rodzaj kontraktu cPPA – wirtualny albo fizyczny
- ◆ model produktowy kontraktu cPPA – Pay as produce, Pay as consume, baseload
- ◆ planowany wolumen zużycia energii elektrycznej
- ◆ min. wielkość dostarczanego wolumenu
- ◆ moment rozpoczęcia dostaw
- ◆ obowiązek dostarczenia/sprzedaży gwarancji pochodzenia odpowiadających wolumenowi dostarczonej energii

<sup>22</sup> Urząd Zamówień Publicznych, Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa, maj 2021 r. str. 38;

<sup>23</sup> art. 156 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP;

<sup>24</sup> art. 156 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W pozostałym zakresie zamawiający powinien rozważyć pozostawienie możliwości prowadzenia ustaleń z wykonawcami w drodze negocjacji. Nie musi oznaczać to braku zdefiniowania preferencji i wymagań zamawiającego. Ważne jednak, aby ogólne określenie przedmiotu

zamówienia, które może podlegać negocjacji zostało wyodrębnione od „minimalnych wymagań”. Warto zaznaczyć także, że co do zasady zamawiający nie ma obowiązku podawania w opisie potrzeb minimalnych wymagań i może ich zdefiniowanie pozostawić na etap negocjacji.

## 4.7 Zaprojektowanie przebiegu postępowania

Wskazana powyżej elastyczność trybu negocjacji z ogłoszeniem pozwala na zaprojektowanie przebiegu postępowania w zależności od złożoności potencjalnego zamówienia i ilości danych, które nie mogą zostać jednoznacznie ustalone przez jednostkę zamawiającą na etapie sporządzenia analizy potrzeb lub opisu potrzeb i wymagań.

W poniższych punktach zaprezentowano przykładowy sposób organizacji postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem dla potencjalnego kontraktu cPPA. W tekście zaznaczono możliwości rozwinięcia zakreślonego modelu o dodatkowe możliwości i kierunki, które można (a w niektórych przypadkach trzeba) zastosować. Determinantą będzie tutaj przede wszystkim wielkość potencjalnego kontraktu cPPA ale także ilość

informacji, które samodzielnie (lub ze wsparciem podmiotu zewnętrznego) zgromadzić potrafi jednostka zamawiająca. Im więcej danych może zostać zidentyfikowanych i skonkretyzowanych na etapie przygotowania postępowania, tym mniej danych wymagać będzie negocjacji i tym prostszy może być przebieg potencjalnego postępowania. Należy jednak zawsze mieć na względzie, że zbyt precyzyjne i hermetyczne skonkretyzowanie warunków zamówienia na początku postępowania, zwłaszcza w ramach minimalnych wymagań, może znacząco utrudnić albo wyłączyć możliwości wynikające z negocjacji z wykonawcami, co w przypadku umowy cPPA wymagającej elastycznego dostosowania w toku negocjacji, może także zniweczyć całe postępowanie.

### 4.7.1 Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Pierwszym etapem postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest składanie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>25</sup>. Przygotowując w dokumentach zamówienia ten etap zamawiający może (i powinien) sformułować pierwsze wymagania podmiotowe do udziału w dalszym postępowaniu, tak aby do dalszego etapu dopuścić tylko wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia<sup>26</sup>. Warunki dla

dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (i) zdolności do prowadzenia określonej działalności; (ii) zdolności w zakresie zawodowym i technicznym, jak doświadczenie, posiadanie określonych mocy wytwórczych OZE na pewnym minimalnym poziomie lub dostępności pewnych rodzajów profili produkcji, jeśli na tym etapie mogą zostać zdefiniowane przez zamawiającego; (iii) zdolności finansowych lub ekonomicznych. Ten

<sup>25</sup> art 158 ustawy PZP;

<sup>26</sup> art. 112 ust. 2 ustawy PZP.

ostatni element może mieć znaczenie w kontekście długiego okresu na jaki zawierana jest umowa cPPA i wynikającej stąd potrzeby kontroli wiarygodności biznesowej wykonawcy. Do dalszego etapu postępowania przejdą w rezultacie tylko ci wykonawcy, którzy we wniosku wykażą spełnienie postawionych przez jednostkę zamawiającą warunków i wymagań.

W przypadku postępowania nakierowanego na udzielenie zamówienia w modelu cPPA w większości przypadków (zależać będzie to od modeli

planowanego cPPA) zdefiniować będzie trzeba co najmniej jeden warunek, tj. warunek w zakresie zdolności prowadzenia określonej działalności – posiadania koncesji w zakresie wytwarzania energii elektrycznej, o której mowa w przepisach art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266) wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki albo w zakresie koncesji na obrót, o której mowa art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266).

### **Przykład:**

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

*- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. Wykonawca musi posiadać aktualną koncesję w zakresie wytwarzania energii elektrycznej, o której mowa w przepisach art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 266) wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki.*

*W przypadku składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z Wykonawców musi posiadać uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej i zrealizuje dostawy, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.*

Sformułowanie innych warunków podmiotowych będzie zależać od specyficznych cech planowanej umowy cPPA, przez którą zamawiający zamierza udzielić zamówienia – o ile mogą zostać zdefiniowane i nie będzie miało to wpływu na zwężenie konkurencyjności postępowania poprzez nadmierne ograniczenie katalogu potencjalnych wykonawców.

Dla przykładu, zamawiający który zmierza w kierunku zwarcia umowy w modelu finansowym (wirtualnym), czyli w modelu, który ma docelowo odnieść skutki cenowe, winien mieć na względzie konieczność zabezpieczenia finansowego

przyszłego kontraktu i wybrać wiarygodnego finansowo wykonawcę. W takim przypadku zdecydowanie zamawiający powinien postawić warunek w zakresie zdolności finansowej lub ekonomicznej, zwłaszcza poprzez potwierdzenie określonej kondycji finansowej przyszłego wykonawcy.

Jeżeli w toku przygotowania zamówienia zostanie ustalone, że istotne dla zamawiającego jest ryzyko wynikające z profilu użycia, wówczas powinien rozważyć już na tym etapie zbudowanie odpowiedniego warunku w zakresie zdolności technicznej wykonawcy co do posiadania

odpowiednich zasobów w zakresie miksu technologicznego, którego profil w jak najszerszym stopniu pokryje profil zużycia zamawiającego. Ponownie jednak warto zachować w tej mierze ostrożność, aby nadmiernie nie zawęzić konkurencyjności postępowania poprzez zbyt hermetyczne określenie wymagań. Prowadzenie negocjacji z jednym albo niewielką ilością wyko-

nawców będzie miało miejsce na niekorzyść zamawiającego. Aby jednak zapewnić w toku negocjacji udział tylko najlepiej rokujących wykonawców, a z odbytych wstępnych konsultacji rynkowych wynika, że na rynku występuje duże zainteresowanie potencjalnym zamówieniem, to właściwsze będzie sięgnięcie do kryteriów selekcji.

#### 4.7.2 Maksymalna ilość wykonawców i kryteria selekcji

Zamawiający sporządzając dokumentację zamówienia może określić również maksymalną ilość wykonawców, których po etapie składania wniosków dopuści do negocjacji, spośród tych, którzy wykażą się spełnieniem warunków podmiotowych. Zamawiający, choćby tylko z przyczyn organizacyjnych może chcieć bowiem prowadzić dalsze postępowanie tylko z 3 czy 4 najlepiej rokującymi wykonawcami, spośród tych których, którzy złożyli prawidłowe wnioski i wykazali wstępne warunki udziału.

W tym celu zamawiający może określić kryteria selekcji, czyli dodatkowe wymagania dotyczące właściwości wykonawcy i wskazuje maksymalną ilość wykonawców dopuszczonych do dalszego etapu. Do dalszego etapu zostaną w rezultacie dopuszczeni ci wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe wnioski, tj. spełnili warunki podmiotowe oraz którzy jednocześnie wykazali kryteria selekcji w najwyższym stopniu (uzyskali najwięcej punktów w kryteriach selekcji).

W typowej sytuacji nie wydaje się celowe korzystanie z powyższych rozwiązań. Mowa o zamówieniu specjalistycznym udzielanym na rynku, który w warunkach polskiego rynku energetycznego dopiero się rozwija (choć dynamicznie). Kryteria selekcji i ograniczenie ilości wykonawców ma za zadanie z puli wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia wybrać tych, którzy dają największą rękojmię jego prawidłowej realizacji. W przypadku zamówienia specjalistycznego zawężanie katalogu wykonawców mogłoby mieć miejsce ze szkodą dla przekroju rynku reprezentowanego na dalszych etapach postępowania. Po narzędzie jakim są kryteria selekcji i ograniczenie ilości wykonawców powinni w rezultacie sięgnąć ci zamawiający, którzy posiadają znajomość rynku wykonawców cPPA, potrafią dobrze skonkretyzować swoje potrzeby albo mają już doświadczenie w podobnych kontraktach.







Gdyby zamawiający zdecydował się na wprowadzenie kryteriów selekcji i zechciał ograniczyć ilość potencjalnych wykonawców zaproszonych do negocjacji, to przykładowe postanowienia mogłyby brzmieć następująco:

### **Przykład:**

*Zamawiający ogranicza liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych do nie mniej niż 3 i nie więcej niż 5 wykonawców. Zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy uzyskali najwyższy wynik punktowy w kryteriach selekcji spośród wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu.*

*Zamawiający ustanawia następujące kryteria selekcji:*

-  Gwarantowany minimalny roczny wolumen produkcji – Zamawiający przyzna wykonawcy w ramach kryterium punkty według następującej skali (...)
-  Gwarantowana roczna dostępność instalacji wytwórczej w całym okresie realizacji zamówienia - Zamawiający przyzna wykonawcy w ramach kryterium punkty według następującej skali (...)

## **4.7.3 Oferty wstępne**

Niezbędnym elementem postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem<sup>27</sup> jest złożenie ofert wstępnych. Zaproszenie do składania ofert wstępnych zamawiający kieruje do wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w razie zastosowania kryteriów selekcji i ograniczenia liczby wykonawców – do tych, którzy dodatkowo spełnili wymagania

zamawiającego w tym zakresie i zostali zakwalifikowani do negocjacji. Oferty wstępne stanowią zatem z założenia punkt wyjścia dla negocjacji. Biorąc jednak pod uwagę, że w przypadku umowy cPPA większość elementów przyszłego kontraktu będzie musiała być ustalona w toku negocjacji, etap złożenia ofert wstępnych należy postrzegać bardziej przez pryzmat niezbędnej formalności w postępowaniu.

## **4.7.4 Kryteria oceny ofert**

To co na tym etapie należy wziąć pod uwagę w przygotowaniu postępowania to kwestia kryteriów oceny ofert. Należy bowiem podkreślić, że już na etapie sporządzenia opisu potrzeb i wymagań należy określić opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, które nie podlegają negocjacom<sup>28</sup> ani nie mogą ulegać zmianie w toku postępowania<sup>29</sup>. Kryteria oceny ofert zdefiniowane zatem

już na pierwszym etapie postępowania, tj. w opisie potrzeb i wymagań, pozostaną właściwe dla oceny zarówno ofert wstępnych, ewentualnych ofert podlegających negocjacom (tj. po etapach negocjacji, jeśli zamawiający to przewiduje), a także – co najważniejsze – znajdą zastosowania także na ostatnim etapie, do oceny ofert końcowych.

<sup>27.</sup> Z wyłączeniem sytuacji, o której mowa w art. 154 ust. 1 ustawy p.z.p., ta jednak jako wyjątek nie będzie mieć zastosowania w analizowanym przypadku;

<sup>28.</sup> Art. 156 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p.;

<sup>29.</sup> Art. 164 ustawy p.z.p.



Zamawiający winien zatem z rozważą podejść do kwestii określenia kryteriów oceny ofert, ponieważ – jak wskazano – podlegają one utrwaleniu w całym postępowaniu. Kryteria określone zbyt pochopnie mogą zatem skutecznie pozbawić uczestników postępowania możliwości osiągnięcia zadowalających efektów negocjacji i w rezultacie całego postępowania. Zarówno zamawiający jak i wykonawca mogą bowiem być ograniczeni w swych propozycjach i oczekiwaniach negocjacyjnych zbyt wąsko określonymi kryteriami oceny, sformułowanymi na wstępie (jednostronnie) przez zamawiającego.

Należy zatem w tym miejscu rozważyć, jak określić kryteria ocen, aby uniknąć opisywanych wyżej negatywnych skutków dla postępowania o udzielenie zamówienia, a w rezultacie zmaksymalizować efektywność negocjacji.

Zasady określania kryteriów oceny ofert formułuje m.in. art. 246 ustawy p.z.p., które w ust. 1 wskazuje na generalną zasadę, zgodnie z którą cena nie może stanowić kryterium oceny ofert o wadze większej jak 60%. Wynika stąd zatem, że co do zasady kryteria oceny ofert powinny składać się co najmniej z kryterium ceny i przynajmniej jednego kryterium pozacenowego (jakościowego). Zamawiający przygotowujący postępowanie o udzielenie zamówienia na energię elektryczną (nie tylko w przypadku umowy cPPA) powinien jednak zwrócić uwagę na wyjątki sformułowane w art. 246 ust. 2 ustawy p.z.p., zgodnie z którym możliwe jest zastosowanie kryterium ceny o wadze większej niż 60% jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia określono wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Wyjątek ten znajdzie bezpośrednie zastosowanie w toku przygotowania postępowania na zakup energii elektrycznej, także w modelu cPPA i to bez ko-

nieczności czynienia dodatkowych postanowień na gruncie opisu potrzeb i wymagań przez stronę zamawiającego. Podkreślić bowiem trzeba, że parametry jakościowe energii elektrycznej określone są właściwymi przepisami prawa, w tym m.in. w przepisach rozporządzenia sektorowego, bez konieczności dalszego doprecyzowania tych parametrów przez zamawiającego czy strony w toku negocjacji<sup>30</sup>. Oznacza, to że w przypadku zamówień na energię elektryczną, także w przypadku opisywanego modelu cPPA w toku negocjacji z ogłoszeniem, cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert o wadze 100%.

W ocenie autora pozostaje to jednocześnie najbardziej pożądanym rozwiązaniem. Pozwoli bowiem kształtować w toku negocjacji warunki przyszłego kontraktu cPPA w sposób nieskrępowany odgórnymi założeniami, które mogą nie przystawać do kierunku, w jakim zmierzać będą ustalenia stron. Jednocześnie kryterium ceny nie będzie kolidować ze szczególnymi rozwiązaniami, które może chcieć wdrożyć zamawiający w toku postępowania – jak np. ofertami składanymi po zakończeniu etapów negocjacji.

Powyższe nie oznacza także, że zamawiający musi rezygnować z pewnych wymaganych przez siebie parametrów jakościowych przyszłego świadczenia, a zwłaszcza gdy samej dostawie energii mają towarzyszyć produkty poboczne. Wystarczy bowiem, że takie wymagania – jeśli są już znane na początku – wpisane zostaną w katalog „minimalnych wymagań” w opisie potrzeb i wymagań, co wyłączy jest z zakresu negocjacji i sprawi, że będą dla zamawiającego gwarantowane. W przypadku umów cPPA należy jednak zawsze zachować w tym zakresie daleko idącą ostrożność, aby działaniami podejmowanymi na początku postępowania nie zawęzić późniejszych możliwości.

<sup>30</sup> Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2023 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. poz. 819 z późn. zm.).

## 4.7.5 Zaplanowanie przyszłych negocjacji

Przepisy określające tok postępowania prowadzonego trybie negocjacji z ogłoszeniami dają zamawiającemu możliwość podzielenia negocjacji na etapy. Co istotne, zamawiający powinien na etapie przygotowania postępowania wyłącznie przewidzieć, czy negocjacje będą prowadzone etapami czy przewiduje się tylko jedną turę negocjacji. Zamawiający nie ma na etapie sporządzania opisu potrzeb i wymagań określania harmonogramu negocjacji, tj. w szczególności nie ma obowiązku określenia co i w jakiej kolejności zamierza poddać negocjacom.

Zamawiający może wykorzystać także etapy do składania przez wykonawców tzw. ofert podlegających negocjacom. Są to oferty, które z założenia mają stanowić uszczegółowienie ofert wstępnych, a ich złożenie służy stopniowej redukcji liczby wykonawców w kolejnych etapach negocjacji. Innymi słowy, tzw. oferty negocjacyjne mają na celu wyeliminować z ko-

lejnych etapów negocjacji tych wykonawców, którzy w poprzedniej turze negocjacji nie są w stanie sprostać propozycjom negocjacyjnym konkurentów. Także tutaj wystarczy, aby zamawiający składanie tzw. ofert negocjacyjnych przewidział w opisie potrzeb i wymagań. To rozwiązanie powinno być stosowane jednak z dużą rozwagą i powinno być zarezerwowane wyłącznie dla zamawiających posiadających duże rozeznanie w przedmiocie zamówienia, znajomość rynku cPPA i umiejętność identyfikowania własnych potrzeb w tym zakresie. W typowym przebiegu postępowania można z niego zrezygnować.

Tymczasem, rozwiązanie obejmujące możliwość podziału zamówienia na etapy (bez składania tzw. ofert negocjacyjnych) należy ściśle rekomendować każdemu zamawiającemu przygotowującemu postępowanie zmierzające do zwarcia umowy cPPA.

### **Przykład:**

*Zamawiający przewiduje prowadzenie negocjacji etapami. Zamawiający nie przewiduje składania ofert w toku negocjacji, o których mowa w art. 163 ust. 4 ustawy pzp (tzw. oferty podlegające negocjacom). Wskazany w opisie potrzeb i wymagań podział na etapy ma charakter informacyjny, przez co przedmiot, zakres i ilość etapów może ulegać zmianie.*

## 4.7.6 Przedmiot przyszłych negocjacji

Jak wskazano zamawiający nie ma obowiązku określać w opisie potrzeb i wymagań harmonogramu negocjacji, w tym ilości oraz przedmiotu etapów. Należy jednak rekomendować, aby chociaż przewidywany plan tych negocjacji w opisie potrzeb i wymagań znalazł swoje miejsce.



Do podstawowych elementów negocjacji wyznaczających także etapy tychże negocjacji, które już na etapie sporządzenia dokumentacji zamówienia należy wziąć pod uwagę to:

- ◆ wybór technologii i zgodność profilu (fotowoltaika, wiatr, miks technologiczny oraz jego parametry), a tym samym sposób dopasowania profilu produkcji do profilu konsumpcji;
- ◆ wielkość produkcji, która będzie zakontraktowana oraz wolumen konsumpcji (zwłaszcza w przypadku modelu *Pay as Produce*);
- ◆ okres trwania kontraktu;
- ◆ formuły cenowe rozliczeń oraz formuły waloryzacyjne;
- ◆ pokrycie ryzyka stabilności finansowej oraz zabezpieczenia (w przypadku umowy cPPA finansowego);
- ◆ alokacja ryzyk, w tym odpowiedzialność za ryzyka systemowe;
- ◆ limity odpowiedzialności, kary umowne, możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy;
- ◆ warunki zmiany / renegotjacji umowy.

Nie wszystkie etapy z zaproponowanych powyżej wystąpią w każdym typie i modelu umowy cPPA. W toku negocjacji może okazać się, że pewne zagadnienia zostały wyczerpane na wcześniejszym etapie i nie ma potrzeby podnosić ich ponownie. Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie ma obowiązku w opisie potrzeb i wymagań określać harmonogram negocjacji, a także jeśli zamawiający nie przewidział złożenia ofert podlegających negocjacji po każdym etapie – nie ma przeszkód, aby zarysowany porządek negocjacji był w toku postępowania dostosowany do faktycznego przebiegu negocjacji.

Zamawiający powinien jednocześnie prowadzić

negocjacje w taki sposób, aby zakończenie negocjacji w danym etapie pozwalało na sformułowanie konkretnych wymagań zamawiającego w tym zakresie na potrzeby końcowego rozstrzygnięcia postępowania. Wartościowe jest zatem takie podejście zamawiającego do negocjacji, w którym każdy kolejny zakończony etap negocjacji materializowany jest w formułowaniu poszczególnych elementów przyszłego opisu przedmiotu zamówienia oraz umowy. Zamawiający powinien zatem „na bieżąco” aktualizować swoje zidentyfikowane potrzeby i wymagania zmierzając w ten sposób do przygotowania końcowej Specyfikacji Warunków Zamówienia i oceny ofert końcowych.

#### 4.7.7 Przebieg negocjacji – kwestie finansowe, formuły cenowe, zabezpieczenie finansowe

Do jednych z najważniejszych kwestii przyszłych negocjacji należeć będą zagadnienia finansowe (formuły cenowe). Zamawiający winien zmierzać w toku negocjacji do precyzyjnego ustalenia (i wyboru przez niego) preferowanej formuły cenowej i rozliczeń. Mowa tu chociażby o kwestii określenia częstotliwości fakturowania, danych jakie powinna zawierać faktura oraz określenia podmiotu odpowiedzialnego za dostarczanie danych, włącznie ze sposobem obliczania wolumenu dostarczonej energii. Ważnym elementem będzie zdefiniowanie w toku negocjacji kwestii okresów rozliczeniowych czy czasu na weryfikację faktur. Zaś w przypadku modeli cenowych Strony przyszłych negocjacji mogą poruszać się w pojęciach takich jak cena stała, cena stała indeksowana, cena w odniesieniu do rynku, cena z ograniczeniem dolnym lub górnym, bądź cena ze stopniową eskalacją lub inna wskazana.

W przypadku zabezpieczeń kontraktu – zama-

wiający jako jednostka publiczna korzystał będzie z preferencyjnej pozycji. Wiadomym jest, że wykonawcę w relacji z jednostką publiczną zabezpieczają przepisy finansów publicznych gwarantujące pokrycie w planie finansowym (budżecie)<sup>31</sup> jednostki kosztów obsługi umowy, fizycznym, a inna w modelu wirtualnym, pod rygorem prawnej odpowiedzialności<sup>32</sup>. Inaczej będzie w przypadku wytwórcy. Zamawiający winien w toku negocjacji zbadać wpływ zabezpieczeń na cenę kontraktu biorąc pod uwagę m.in. wymagania co do wiarygodności podmiotu udzielającego odpowiednie znaczenia (rating). Tak, aby na podstawie informacji pozyskanych z negocjacji, zamawiający potrafił wyznaczyć poziom stanowiący wystarczające zabezpieczenie przy akceptowalnym wpływie na końcową cenę. Warto zaznaczyć, że rola zabezpieczenia będzie inna w przypadku umów cPPA w modelu fizycznym, a inna w modelu wirtualnym.

#### 4.7.8 Przebieg negocjacji – odpowiedzialność za niewykonanie albo nienależyte wykonanie, kary umowne

Nie mniej ważnym elementem negocjacji winny być także ryzyka umowne i kwestie odpowiedzialności, które z istoty wpływają na cenę. Umowa cPPA, w stopniu nie mniejszym jak każda inna umowa długoterminowa, wiązać się będzie z katalogiem ryzyk występujących po obu stronach umowy.

Katalog potencjalnych ryzyk będzie różnić się w zależności od okoliczności – w tym typu umowy cPPA, modelu, sposobu rozliczeń, postanowień finansowych czy czasu trwania umowy,

ale także w zależności od tego, czy źródło wytwórcze OZE, z którego pochodzą mają dostawy istnieje, czy jest dopiero w fazie realizacji. Zwłaszcza tym ostatnim przypadku – najpierw w toku negocjacji, a później w docelowej umowie – należy podnieść kwestię zabezpieczeń odbiorcy na okoliczność opóźnień w osiągnięciu przez źródło gotowości produkcyjnej. Innymi słowy, strony powinny omówić i zabezpieczyć przypadek opóźnienia po stronie wytwórcy i jego zobowiązania do dostarczenia odbiorcy energii elektrycznej po ustalonej w umowie

<sup>31.</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.);

<sup>32.</sup> Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 104).

cenie, na czas opóźnień z uruchomieniem docelowego źródła.

Ryzyka dotyczące okresu eksploatacji jednostki wytwórczej to m.in. ryzyka dotyczące ograniczeń produkcji wskutek polecenia operatora systemu przesyłowego (redysponowanie nierynkowe), jak również ograniczeń po stronie odbiorczej na polecenie OSD. Strony powinny zmierzać do takiego ułożenia wzajemnych stosunków, aby zapewnić, że takie sytuacje (niezależne od woli stron) nie będą stanowiły naruszenia warunków umowy.

Kwestie kar umownych i zabezpieczeń kontraktu mają szczególne znaczenie w kontekście umów w sprawach zamówień publicznych, gdyż to właśnie w tych umowach obszar ten nierzadko bywa problematyczny. Wyrażna jest bowiem tendencja do przeskalowywania zastrzeżonych kar umownych czy formułowania ich nadmiernej liczby<sup>33</sup>. Okoliczności te w przypadku umów cPPA będą mieć w szczególności przełożenie na

atrakcyjność cenową oferty końcowej, zwłaszcza że w takiej umowie wykonawca musi uwzględnić ryzyka wynikające z kar umownych w wyjątkowo długim terminie. Warto zatem, aby na tym obszarze wyraźnie zidentyfikować ryzyka i zapewnić ich proporcjonalne zabezpieczenie<sup>34</sup>.

Zasadniczymi polami, na których w toku negocjacji należy poruszać w kontekście kar umownych są kary za: niezrealizowania zobowiązań strony w zakresie dostarczenia albo odebrania określonych wolumenów energii elektrycznej, jak i kary za wcześniejsze rozwiązanie umowy przed terminem zakończenia. Ta druga kara ma rekompensować stronie brak korzyści, które wynikałyby z realizacji umowy cPPA w długim (całym) terminie jej pierwotnie zakładanej realizacji. Warto zatem, aby kara ustalana była według określonego mechanizmu – im wcześniej umowa zostanie rozwiązana, tym odpowiedzialność strony winnej tego stanu powinna być większa.

#### 4.7.9 Przebieg negocjacji - termin obowiązywania umowy cPPA

Ważnym zagadnieniem – wartym osobnego omówienia – dla swobody prowadzenia przez zamawiających publicznych negocjacji jest kwestia terminu realizacji umowy. Umowa cPPA jest bowiem z założenia kontraktem długo-terminowym.

W myśl podstawowej zasady obowiązującej na gruncie art. 434 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP umowy w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas oznaczony, a w przypadku świadczeń ciągłych<sup>35</sup> jak np. dostawa energii, na czas nie dłuższy niż 4 lata. Z przepisów prawa wynika

generalny zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony<sup>36</sup>, a wyłączenia tego zakazu zostały określone w art. 435 ustawy PZP. Możliwość zawierania umów na czas nieokreślony obejmuje jednak wyłącznie usługi przesyłowe oraz dystrybucyjne energii elektrycznej, a nie obejmuje obrotu energią.

Analizując zagadnienie cPPA w kontekście zamówień publicznych wskazać trzeba na wyjątek wynikający z art. 434 ust. 2 *in fine*, zgodnie z którym umowa obejmująca świadczenia ciągłe (jak dostawa energii elektrycznej) może

<sup>33</sup>. UZP, *Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych*, Warszawa, marzec 2018 r., [dostęp]: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0018/36414/Raport-kary\\_umowne\\_2018.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf);

<sup>34</sup>. Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa, *Rekomendacje w zakresie formułowania postanowień umów dotyczących kar umownych*, Warszawa, wrzesień 2023 r. [dostęp]: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/wazne-rekomendacje-prokuratorii-generalnej--kompleksowe-wskazowki-dot-zastrzegania-kar-umownych>;

<sup>35</sup>. E. Łętowska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, 2013, s. 215, Legalis;

<sup>36</sup>. Nowak, M. Winiarz red., *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 197 - 202.



zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli: (i) wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub (ii) jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub (iii) zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Z przepisu wynikają zatem dwie samodzielne przesłanki, pozwalające na wydłużenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego ponad 4 lata, a jednocześnie ustawa w takim przypadku nie określa dodatkowego, maksymalnego limitu czasu, na jaki umowa może zostać zawarta. Oznacza to, że przy spełnieniu przesłanki, możliwe jest zawarcie umów na świadczenia ciągłe nawet w wymiarze 5 – 15 lat, jak w typowych przypadkach cPPA.

Dla modelu cPPA najistotniejszą okaże się przesłanka pierwsza (i), która wiąże długość okresu realizacji umowy z oszczędnością kosztów realizacji tego zamówienia. Mowa tu jednak nie o jakiegokolwiek oszczędności, tylko wyniku porównania kosztów wynikających z realizacji tego samego zamówienia o charakterze ciągłym (jak dostawa energii) dla okresu czteroletniego oraz alternatywnego okresu planowanego przez jednostkę zamawiającą. Możliwość wykazania oszczędności w przypadku realizacji tego samego zamówienia w okresie dłuższym niż 4 lata, będzie dawało podstawę do zastosowania wyjątku, a w efekcie stanowiło będzie podstawę zawarcia umowy z dłuższym okresem obowiązywania, bez jego maksymalnego wymiaru.

Nie sposób kategorycznie z góry przesądzić, że dla modelu cPPA zawsze wyżej wskazany wyjątek znajdzie zastosowanie. Będzie to zależało od wielu parametrów, które jednostka będzie określać w ramach przedmiotu zamówienia,

choć możliwość wykazania takiej przesłanki w modelu cPPA wydaje się jak najbardziej możliwa. Była o tym już mowa wyżej w porównaniu strategii kształtowania ceny w przypadku kontraktu cPPA oraz w typowym modelu umowy *Pay as Consume* ze stałą ceną. Wyraźnie wskazano tam bowiem na preferencyjne czynniki cenotwórcze w przypadku kontraktów cPPA, które z założenia w okresie długoterminowym będą pozwalały na wykazanie warunków, wymaganych przez ww. przepis. Można przyjąć bowiem jako pewne założenie, że cena jednostkowa energii elektrycznej dostarczana w ramach cPPA będzie z zasady niższa, niż cena energii z w obrocie rynkowym.

Zamawiający dokonując powyższej analizy musi poprzeć ją odpowiednimi prognozami i symulacjami cenowymi, tak aby nadać jej walory obiektywizmu, a to z kolei – o czym także była już mowa – winno znaleźć swoje miejsce w rzetelnie przygotowanej analizie potrzeb.

Reasumując, zastosowanie modelu cPPA w oparciu o przesłankę i wyjątek wynikające z art. 434 ust. 2 ustawy PZP jest możliwe, ale musi zostać poparte rzetelną analizą danych.

Podkreślić należy także, że ograniczenie w zawieraniu umów o udzielenie zamówień publicznych na okres nie dłuższy niż 4 lata oraz wyjątki wymienione w art. 434 ust. 2 ustawy PZP stanowią wyłącznie rozwiązanie krajowe, występujące w prawie polskim, tj. takich ograniczeń nie przewidują aktualnie obowiązujące przepisy Dyrektywy 2014/24/UE. Stąd realizacja postulatu zmian przepisów i idące za tym ułatwienie możliwości posługiwania się modelem cPPA, o czym będziemy pisać w 5 niniejszego opracowania.



## 4.8 Zakończenie negocjacji, oferty ostateczne oraz wybór wykonawcy

Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) – na zasadach ogólnych, tj. takich jak w przetargu nieograniczonym czy trybie podstawowym bez negocjacji. Ustawa p.z.p. nie określa jednocześnie konkretnego momentu, w którym zamawiający kończy etap negocjacji i przystępuje do prac nad SWZ. Jak wskazano już wyżej, dobrze, aby zamawiający podszedł do sporządzenia SWZ stopniowo, w miarę zamykanych etapów negocjacji. Najlepiej, aby dokonane w toku negocjacji ustalenia stopniowo znajdowały odzwierciedlenie w skonkretyzowanych wymaganiach zamawiającego sprowadzanych do treści SWZ. Podkreślić trzeba także, że również w przygotowanym SWZ znajdują zastosowania kryteria oceny ofert, które opisane zostały w opisie potrzeb i wymagań, przez to nie mogą one ulegać zmianie w stosunku do opisu potrzeb i wymagań – o czym była mowa już wyżej.

Podkreślić trzeba, że obowiązkowym elementem SWZ także w tym przypadku będzie wzór umowy (istotne postanowienia umowy), którą po wyborze oferty końcowej strony zawrą. Podkreślić należy także, że do takiej umowy znajduje pełne zastosowanie regulacja art. 454 oraz 455 ustawy p.z.p. – czyli zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do opublikowanego wraz z SWZ wzoru. Zamawiający winien dołożyć zatem najwyższej staranności,

aby sposób zredagowania wzoru umowy odzwierciedlał informacje, które zamawiający pozyskał w toku negocjacji oraz aby był to wzór, który uczestnicy tych negocjacji będą w stanie przyjąć.

Jeśli mowa o wzorze umowy to zauważyć można, że pewnym punktem wyjścia dla zamawiającego mogą być standardowe wzory umów cPPA przygotowane przez różne organizacje tym chociażby przez Bank Światowy czy European Federation of Energy Traders (EFET). Zamawiający powinien brać jednak pod uwagę, że takie wzory mogą stanowić co najwyżej punkt wyjścia do pracy nad umową i nie zastąpią aktu umowy sporządzonego z uwzględnieniem indywidualnych ustaleń negocjacyjnych stron, prowadzonych w toku postępowania.

Ostatnim etapem postępowania jest zaproszenie wykonawców do złożenia ofert końcowych. Wykonawcy składają oferty końcowe w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia oraz SWZ określonego we wcześniejszym kroku. Analogicznie wygląda także badanie i ocena tych ofert.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający może przystąpić do zawarcia umowy cPPA. Postępowanie dobiega końca, a zamówienie zostaje udzielone.



## 5. Podstawowe kierunki zmian przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, w celu ułatwienia udzielania zamówień publicznych w modelu cPPA

Przeprowadzona analiza przepisów ustawy p.z.p.<sup>37</sup> wskazuje, że już w obecnym stanie prawnym możliwe jest zorganizowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na kontrakt cPPA. Jednak, aby rozwiązanie to mogło stać się powszechnie stosowane należy dokonać co najmniej kilku zmian w przepisach, które w praktyce stanowiącą mogą barierę dla realizacji takiego modelu zakupu.

W niniejszej części opracowania skupiono się na wskazaniu podstawowych obszarów rekomendowanej ingerencji prawodawcy wraz ze zdefiniowaniem kierunków tych zmian.

Opracowanie ma charakter kierunkowy, gdyż wskazuje wyłącznie podstawowe rodzaje i kierunki proponowanych zmian przepisów.

W zależności od redakcji i sposobu wdrożenia potencjalnej nowelizacji, może pojawić się także potrzeba dodatkowych modyfikacji przepisów, których w tym opracowaniu nie wymieniono. Jednocześnie dla czytelności rekomendacji ograniczono się do sytuacji prawnej zamawiających publicznych, tj. bez odniesienia się m.in. do zamówień sektorowych i Dyrektywy 2014/25/UE<sup>38</sup>, gdzie rekomendacje te będą miały zastosowanie odpowiednio.

Niniejsze opracowanie wskazuje jednocześnie na zmiany, których celem byłby likwidacja zidentyfikowanych barier dla jednostek publicznych chcących udzielić zamówienia a modelu umowy cPPA. Rekomendacje przygotowane są zatem przy założeniu minimalizacji zakresu zmian przepisów.

<sup>37.</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.);

<sup>38.</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.).

## 5.1 Rekomendowane kierunki zmian przepisów ustawy p.z.p.

### 5.1.1 Okres na jaki może zostać zawarta umowa

#### Przepis i stan aktualny

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 434 ust. 1 i ust. 2 p.z.p.:

1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.
2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

Przepis zawiera generalny zakaz zawierania umów w sprawach zamówień publicznych na czas dłuższy niż 4 lata, co jest okresem krótszym niż typowy okres obowiązywania umowy cPPA.

Udzielenie zamówienia w modelu cPPA aktualnie jest możliwe wyłącznie przy powołaniu się na wyjątek zredagowany w art. 434 ust. 2 PZP, o ile zamawiający będzie w stanie wykazać, że wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego.

Nie jest możliwe odgórne przesądzenia, że dla

modelu cPPA zawsze wyżej wskazany wyjątek znajdzie zastosowanie. Będzie to zależało od wielu parametrów, które jednostka będzie określać w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonując analizy na potrzeby wykazania takiej przesłanki musi poprzeć ją zatem odpowiednimi prognozami i symulacjami cenowymi. Innymi słowy, zamawiający każdorazowo musi wykazać możliwość zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata na gruncie przeprowadzonej przez siebie analizy porównawczej kosztów, co stanowi istotną barierę faktyczną w dostępie do analizowanego modelu cPPA. W porządku prawnym nie istnieje jednocześnie



mechanizm uprzedniej kontroli możliwości zastosowania wynikającego z art. 434 ust. 2 ustawy PZP wyjątku, tj. brak podstawy prawnej do zwrócenia się o kontrolę uprzednią skuteczności wykazania, że w danych okolicznościach określonych przez zamawiającego publicznego dopuszczalna jest umowa dłuższa niż 4 lata. To zaś zwiększa niepewność prawną związaną z przy-

jęciem takiego modelu przez jednostki zamawiającego.

Należy w rezultacie rekomendować zmianę obowiązującego stanu prawnego, który stanowi barierę faktyczną w dostępie do modelu kontraktu cPPA.

## Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która wprowadzi możliwości zawierania umów obejmujących model cPPA na okres dłuższy niż 4 lata, zarówno w wariantcie fizycznym jak i finansowym, bez konieczności prowadzenia przez jednostki analizy porównawczej kosztów takiej umowy, o której mowa w art. 434 ust. 2 p.z.p.

Rekomendowana zmiana nie koliduje z postanowieniami Dyrektywy 2014/24/UE<sup>39</sup>, gdyż regulacja art. 434 ust. 2 p.z.p. jest w całości unormowaniem krajowym<sup>40</sup>.

Postulatem podnoszonym na poparcie dotychczasowego unormowania w art. 434 ust. 2 p.z.p. jest twierdzenie o większej konkurencyjności umów terminowych i łatwiejszym ich dostosowaniu do zmian otoczenia rynkowego w krótszej perspektywie czasowej. Postulaty te są trafne, ale niekoniecznie uniwersalne i odpowiednie do wszystkich rodzajów umów. W przypadku kontraktów cPPA te same zabezpieczenia dla finansów publicznych wynikać będą z przepisów art. 44 ust. 3 u.f.p.<sup>41</sup>, „, zgodnie z którymi wszelkie wydatki powinny być wykonywane

w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zasady te zabezpieczone są prawnie odpowiedzialnością na gruncie przepisów ustawy o.n.d.f.<sup>42</sup>. Tym samym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że rekomendowana modyfikacja może prowadzić do szkody w wydatkowaniu środków publicznych bądź uwolnić istniejącą regulację w sposób niekorzystny dla finansów publicznych. Poziom konkurencyjności wykonawców w dostępie do kontraktów cPPA będzie zaś zapewniony na poziomie trybu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Jednocześnie rekomendowana zmiana w istocie wyłączy tylko obowiązek przeprowadzania przez jednostki analizy porównawczej kosztów, o której mowa w art. 434 ust. 2 p.z.p. dla konkretnego rodzaju dostawy i modelu zakupu (cPPA), stąd też zakres rzeczowy takiej zmiany nie byłby wyjątkowo szeroki. Miałyby na celu wyłącznie zniesienie istniejącej obecnie bariery dla tego typu kontraktów.

<sup>39</sup>. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.);

<sup>40</sup>. Por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 434;

<sup>41</sup>. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.);

<sup>42</sup>. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 104).

## 5.1.2 Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (cenowo – kosztowa)

### Przepis i stan aktualny

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 439 ust. 1 p.z.p.:

Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Przepis zawiera generalny nakaz wprowadzania do każdej umowy zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy – w tym także umów dostawy energii elektrycznej, niezależnie od modelu kontraktowania – klauzuli waloryzacyjnej, zgodnej z wytycznymi określonymi dalszych ustępach tego przepisu.

Oznacza to, że w umowach cPPA zamawiający zobowiązany będzie przewidzieć określoną klauzulę waloryzacyjną. Warunki przyszłego kontraktu cPPA będą musiały być przez strony wynegocjowane niemalże od podstaw. W tej sytuacji uznać należy, że art. 439 p.z.p. stanowi formalne uprzywilejowanie wykonawców w toku postępowania (i negocjacji) gdyż gwarantuje im co do zasady waloryzację ceny kontraktu, a z drugiej strony wyłącza kwestię waloryzacji ceny jako elementu negocjacyjnego, który wyko-

rzystać można na potrzeby warunków cenowych. Innymi słowy, strony będą mogły prowadzić negocjacje co do ewentualnych warunków waloryzacji, ale nie co do samej możliwości zmiany cen. Tymczasem, to strony w toku negocjacji powinny dojść do optymalnej dla zamawiającego (i wykonawcy) formuły cenowej, a obowiązek waloryzacji nie powinien stanowić tu ograniczenia.

Należy także zauważyć, że w praktyce działania zamawiających obowiązkowa waloryzacja kontraktów na dostawy energii elektrycznej oraz paliw spotyka się z krytyką od czasu zmiany art. 439 ust. 1 p.z.p.<sup>43</sup> Wskazuje się bowiem, że ceny energii oraz paliw w sposób wystarczający normowane są warunkami rynkowymi i dodatkowe zabezpieczenie ceny w formułach waloryzacyjnych nie jest potrzebne.

### Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która wyłączy obowiązek zawierania klauzuli waloryzacyjnej w umowach cPPA, zarówno w wariantcie fizycznym jak i finansowym.

Rekomendowana zmiana nie koliduje z postanowieniami Dyrektywy 2014/24/UE. Regulacja art. 439 ust. 1 p.z.p. jest rozwiązaniem krajowym. Do zmian umów w sprawie zamówień

<sup>43</sup> Ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. poz. 2185).

publicznych odnosi się m.in. motyw 111 Dyrektywy 2014/24/UE, jednak traktuje on w ogóle i klauzulach przeglądowych umów i nie nakłada na Państwa Członkowskie bezpośrednio obowiązku utrzymywania regulacji nakazującej waloryzację kontraktów, w sposób, jaki reguluje to art. 439 ust. 1 p.z.p. Przed wejściem w życie aktualnej ustawy p.z.p., tj. na gruncie poprzedniej ustawy z 2004 r.<sup>44</sup> brak było odpowiednika

obecnego art. 439 ust. 1 p.z.p., przy tożsamych postanowieniach Dyrektywy 2014/24/UE.

Jednocześnie w zakresie, w jakim art. 439 ust. 5 p.z.p. oraz art. 436 pkt 4 lit. a) p.z.p. obejmują ochronę podwykonawcy rekomendowana zmiana przepisów pozostaje neutralna, gdyż w analizowanych rodzajów kontraktów, co do zasady podwykonawcy nie występują.

### 5.1.3 Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (podatkowa)

#### Przepis i stan aktualny

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 436 pkt 4 lit. b) p.z.p.:

**b)** zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- ◆ stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- ◆ wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- ◆ zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- ◆ zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 46),
- ◆ jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Przepis zawiera nakaz tzw. waloryzacji podatkowej umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, co z zasady zobowiązuje do jego zastosowania zmawiającego w każdym potencjalnym kontrakcie cPPA. Owa waloryzacja podatkowa polega na dostosowaniu wartości wy-

nagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany kosztów i obciążeń publicznoprawnych określonych w treści cytowanej regulacji. Zmiany podatkowe stanowiąc będą jeden z rodzajów do tzw. ryzyk systemowych ciążących na stronach kontraktu.

<sup>44</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).



Argumenty przemawiającego za potrzebą zmiany są tożsame jak w przypadku omówionego wyżej art. 439 p.z.p., tj. możliwość zapewnienia stronom ułożenia warunków zamówienia, w tym zakresie ryzyk systemowych, w całości w toku negocjacji przy braku odgórnych wytycznych wynikających z przepisów prawa.

Analizowany przepis art. 436 p.z.p. jest powtórzeniem obowiązującego na gruncie poprzedniej ustawy z 2004 r. art. 142 ust. 5, gdzie został wprowadzony w 2014 r.<sup>45</sup>. Jak trafnie wprowadzenie tych przepisów podsumowano w doktrynie:

*Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów w sprawach zamówień publicznych mechanizmów umownych, które uwzględniały wpływ czynników makroekonomicznych na opłacalność realizowanego zamówienia. W tym ujęciu omawiane przepisy zmierzają do zwiększenia stanu równowagi kontraktowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w efekcie obarczenia każdej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przynajmniej częścią ryzyka gospodarczego będącego następstwem zmian sytuacji makroekonomicznej wywołanych zmianą określonych przepisów prawa<sup>46</sup>.*

Za zmianą tego przepisu przemawiać będą zatem te same okoliczności, co wskazane w przypadku waloryzacji cenowo – kosztowe (art. 439 p.z.p.). Przepis zakłada bowiem pewne uprzywilejowanie wykonawców realizujących kontrakty zawierane na okres dłuższy. Owo uprzywilejowanie ma na celu wymuszenie na zamawiających publicznych zagwarantowania wykonawcy mechanizmów korekty wynagrodzenia, poprzez ograniczenie pozycji dominującej zamawiającego. Tymczasem, zważywszy na charakter kontraktu cPPA i tryb jego zawierania oparty na negocjacjach, za pożądane uważać należy, aby to strony w toku negocjacji wypracowały najbardziej optymalny model równowagi kontraktowej, bez odgórnych wytycznych prawnych.

trzeba, że zarówno wdrożenie regulacji art. 142 ust. 5 ustawy p.z.p. z 2004 r., jak i powtórzenie analogicznej regulacji w aktualnej ustawie (art. 436 pkt 4 lit. b), nie stanowi transpozycji wy magań prawodawcy unijnego i jest decyzją krajową. Dlatego przepis może zostać zmodyfikowany w sygnalizowanym kierunku bez kolizji z przepisami i wymaganiami Dyrektywy.

## Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która wyłączy obowiązek stosowania w umowach cPPA klauzul przeglądowych gwarantujących wykonawcy zmianę umowy w razie zmian podatkowych – tak w modelu fizycznym, jak finansowym cPPA.

Rekomendowana zmiana nie koliduje z postanowieniami Dyrektywy 2014/24/UE. Podkreślić

<sup>45</sup>. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232 z późn. zm.);

<sup>46</sup>. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436.

## 5.1.4 Minimalne wymagania w zakresie opisu potrzeb i wymagań

### Przepis i stan aktualny

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 156 ust. 1 pkt 7) p.z.p.:

Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej:

( ... )

**7)** minimalne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty;

Przepis określa minimalny zakres treści opisu potrzeb i wymagań. Jednym z elementów treści opisu potrzeb i wymagań jest określenie minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że „minimalne wymagania” (art. 156 ust. 1 pkt 7) to co innego jak „określenie przedmiotu zamówienia”, które uregulowane zostało odrębnie (art. 156 ust. 1 pkt 4). Minimalne wymagania mają na celu dostarczenie tych elementów opisu, które mają pozostać niezmiennie w toku całego postępowania i co do których nie mogą toczyć się żadne negocjacje, ani które na etapie sporządzenia końcowego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji warunków zamówienia nie mogą ulegać zmianie. Zostają one zatem utrwalone od pierwszego ogłoszenia, aż do zakończenia postępowania.

Określenie owych „minimalnych wymagań” wymaga zatem od zamawiającego znajomości tych warunków zamówienia, które faktycznie może zdefiniować już na pierwszym etapie, przed negocjacjami. W przypadku kontraktów cPPA może być jednak tak, że zamawiający na pierwszym etapie będzie w stanie określić niewiele więcej niż podstawowe dane nt. planowanego zużycia energii, w tym potrzebny wolumen oraz profil zużycia, a i to wymagać będzie od zamawiającego określonych informacji specjalistycznych. Co więcej, nie jest w interesie zamawia-

jącego, aby nawet podstawowe dane określać w ramach „minimalnych wymagań”, gdyż w toku negocjacji z wykonawcami może okazać się że nadmiernie ogranicza to strony – np. może okazać się z korzyścią dla zamawiającego, że potrzebna jest dywersyfikacja zakładanego wolumenu pod kątem profili produkcji lub miksu technologicznego, jaki ma zostać zakontraktowany w danym cPPA. Tym samym, określenie minimalnych wymagań, które nie mogą podlegać negocjom i zmianom w toku postępowania, może istotnie ograniczać możliwości osiągnięcia najefektywniejszych wyników postępowania zakupowego. Zamawiający nie powinien rezygnować jednocześnie z określenia takich parametrów, lepiej będzie jednak, gdy uczyni to w ramach „określenia przedmiotu zamówienia” aniżeli „minimalnych wymagań”, bowiem wówczas nie ogranicza to pola do modyfikacji tego opisu na etapie negocjacji.



Aktualna redakcja przepisu nie pozwala na jednoznaczne ustalenia, czy zamawiający w opisie potrzeb i wymagań jest zobowiązany określić zawsze jakieś minimalne wymagania, czy też przepis odczytywać należy w ten sposób, że zamawiający może je określić o ile potrafi je zidentyfikować. Wykładani językowa wydaje się wskazywać na to pierwsze rozwiązanie, gdyż w art. 156 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wskazano, że:

„Opis potrzeb i wymagań zawiera co najmniej: (...) **7) minimalne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia**”. Prawodawca posłużył się tu zatem konstrukcją mogącą wskazywać, że jakieś minimalne wymagania zamawiający musi zawsze określić jakieś wymagania minimalne.

## Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która poprawi redakcję art. 156 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i wskaże, że zamawiający określa w opisie potrzeb i wy-

magań „minimalne wymagania”, tylko wówczas, o ile takie minimalne wymagania, niemogące podlegać negacjom, potrafi zdefiniować.

Rekomendowana zmiana nie koliduje z postanowieniami Dyrektywy 2014/24/UE.

Warto podkreślić, że na sposób rozumienia i wykładni art. 156 ust. 1 pkt 7 p.z.p. proponowany w niniejszej rekomendacji, tj. dający zamawia-

jącemu możliwość (a nie obowiązek) określenia minimalnych wymagań, o ile są mu znane, wskazano także w literaturze<sup>47</sup>.

## **5.1.5** Analiza potrzeb i wymagań

### Przepis i stan aktualny

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 83 ust. 4 p.z.p.

Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku, gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5.

Obowiązek sporządzenia analizy potrzeb dla zamówień o wartości szacunkowej przekraczającej tzw. progi unijne został wprowadzony

do ustawy p.z.p. wraz z jej wejściem w życie w roku 2021 r.

<sup>47</sup> D. Grześkowiak-Stojek [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2023, wyd. 5, art. 156.

Analiza potrzeb i wymagań pozwalać ma zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję typu make-or-buy, a więc czy realizować dane zadanie własnymi środkami, czy zlecać je wykonawcy wybranemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu, decydującemu się na udzielenie zamówienia publicznego, dostosować zamówienie do struktury rynku, zidentyfikować i przygotować się na ewentualne ryzyka oraz podjąć decyzję co do formy i trybu realizacji zamówienia<sup>48</sup>. W ramach analizy potrzeb i wymagań zamawiający publiczny poprzez kolejne działania dokonuje oceny czy najwłaściwszym środkiem zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby jest udzielenie zamówienia publicznego. Po zidentyfikowaniu konkretnej potrzeby bada możliwość jej zaspokojenia z wykorzystaniem zasobów własnych, poprzez rozeznanie rynku poszukuje możliwości zastosowania alternatywnych w stosunku do zamówienia środków ich zaspokojenia, a także bada możliwe warianty realizacji zamówienia w celu jej zaspokojenia<sup>49</sup>.

Wiele czynników, których przeanalizowania wymagają przepisy o analizie potrzeb, w przypadku kontraktu cPPA udzielanego w trybie negocjacji z ogłoszenia, nie będzie możliwych do zidentyfikowania bez przeanalizowania informacji płynących z rynku. Trudno będzie bowiem prowadzić analizę nie mając bieżących informacji z rynku chociażby nt. dostępnych dla konkretnego zamawiającego profili produkcji czy dostępności źródeł wytwórczych na potrzeby ewentualnego kontraktu. Zamawiający może oczywiście przed analizą potrzeb próbować pozyskać takie informacje w zakresie wstępnych konsultacji rynkowych, ale konieczność odtwarzania przebiegu wstępnych konsultacji w analizie potrzeb wydaje się wyłącznie nadmiernym formalizmem, niemającym faktycznego znaczenia dla zasady

efektywności zakupu. Wiele z tych elementów, które ustawa nakazuje analizować w ramach art. 83 p.z.p. będzie przedmiotem negocjacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia i dopiero wówczas zostanie zdefiniowana.

Jednocześnie sama potrzeba zakupowa, tj. zapewnienie dostaw energii elektrycznej, jest potrzebą dość oczywistą, co do której trudno prowadzić analizy na poziomie racjonalności takiej potrzeby czy efektywności udzielenia zamówienia. Trudno mówić także o możliwości zaspokojenia tych potrzeb siłami własnymi. Sam zamiar zakupu zielonej energii w ramach kontraktu cPPA pozostaje także (na ten moment) definiowany określoną strategią i wyborem jednostki, która chce realizować w ten sposób swoje cele – np. marketingowe, promocyjne czy związane z optymalizacją kosztową zakupów energii. Jest decyzja nie będąca wynikiem analizy konkretnego zamówienia tylko strategii działania i zarządzania danym podmiotem w ogóle.

O ile analiza potrzeb i wymagań stanowi realne wsparcie dla zasady efektywności zamówień i wyraźnie przyczynia się do podniesienia standardów planowania przez zamawiających, o tyle w analizowanym przypadku zakupu zielonej energii może nie spełniać swojej pozytywnej funkcji. Jak wynika bowiem z powyższego utrzymywanie wymogu sporządzenia analizy potrzeb w przypadku zamówień na zieloną energię w dla kontraktów cPPA stanowi raczej wymagany przez ustawę formalizm, aniżeli realne narzędzie zapewnienia efektywności zamówień.

<sup>48</sup>. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18.11.2021 r., KIO 3004/21;

<sup>49</sup>. Urząd Zamówień Publicznych, WSKAZÓWKI DLA ZAMAWIAJĄCYCH PUBLICZNYCH do opracowania ANALIZY POTRZEB I WYMAGAŃ w świetle nowego Prawa zamówień publicznych STRESZCZENIE; [dostęp]: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0024/45375/Streszczenie-wskazowek-do-opracowania-Analizy.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/45375/Streszczenie-wskazowek-do-opracowania-Analizy.pdf).

## Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która do określonego w art. 83 ust. 4 p.z.p. katalogów włączeń z obowiązku sporządzania analizy potrzeb i wymagań wprowadzi także zamówienia na dostawy energii elektrycznej w modelu cPPA.

Rekomendowana zmiana nie koliduje z postanowieniami Dyrektywy 2014/24/UE. Analiza służy realizacji zasady efektywności ustanowionej

w motywie 2 Dyrektywy 2014/24/UE, choć sama Dyrektywa nie określa dokładnie, że sporządzenie analizy potrzeb i wymagań jest obowiązkowym elementem tej zasady. Zatem sama narzędzie analizy potrzeb, choć poparte wynikającą z Dyrektywy zasadą efektywności jest rozwiązaniem krajowym. Wprowadzenie wyjątków od jego stosowania w powyższych okolicznościach mieści się w granicach Dyrektywy.

### 5.1.6 Szacowanie wartości zamówienia

#### Przepis i stan aktualny

Aktualnie obowiązujące przepisy *Rozdziału 5 Działu I* (Szacowanie wartości zamówienia i konkursu) nie określają szczególnych zasad ustalania wartości szacunkowej zamówienia na dostawy energii elektrycznej. Zastosowanie w tej mierze mają reguły ogólne, w tym art. 28 p.z.p. stanowiący, że „*podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością*”.

Aktualnie wykształcona praktyka szacowania wartości zamówienia na energię elektryczną polega na przeprowadzeniu zapytań do potencjalnych wykonawców, w których określa się niezbędne elementy przyszłego opisu przedmiotu zamówienia, w tym min.: wolumen, grupę taryfową, dane Punktów Poboru Energii, moc zamówiona, dane OSD, informację czy zamówienie obejmuje usługi dystrybucji oraz planowany termin rozpoczęcia dostaw. Wykonawcy podają szacunkowe wyceny, na podstawie których ustala się średnią cenę przyjmowaną jako podstawę do oszacowania (iloczyn średniej ceny i wolumenu). Są to dane, które w klasycznym modelu zakupu pozwalają w przybliżeniu określić potencjalnemu wykonawcy wycenę. Oczywiście warunki zamówienia, które zostaną zdefiniowane dopiero na etapie ogłoszenia mają

wpływ na wyceny szacunkowe, jednak w klasycznym modelu zakupu energii, w ramach ukształtowanej praktyki kontraktowej, są to wartości nie wpływające na prawidłowość tak przeprowadzonego szacowania.

Takie rozwiązanie może być stosowane także w przypadku planowanego zamówienia w modelu cPPA, jednak wyraźne stają się jego wady i ograniczenia. Te wynikają przede wszystkim z braku znajomości przez zamawiającego wszystkich warunków zamówienia, które ustalone będą dopiero w toku postępowania, a które zważywszy na charakterystykę kontraktu cPPA i długą perspektywę umowy cPPA będą miały znaczenie większy wpływ na warunki finansowe, niż wypisywanym wyżej przypadkiem. Problemem w kontekście kontraktu cPPA jest także dobór wykonawców, do których takie zapytanie skierować – wycenę szacunkową (o ile w ogóle) będą mogli sporządzić.

Aby znieść wątpliwości prawne co do sposobu przeprowadzania oszacowania zamówienia planowanego do udzielania w kontrakcie cPPA, cenna byłaby ingerencja prawodawcy, który określiłby takie zasady, znosząc wątpliwości prawne, które mogą na tym polu wystąpić w praktyce.

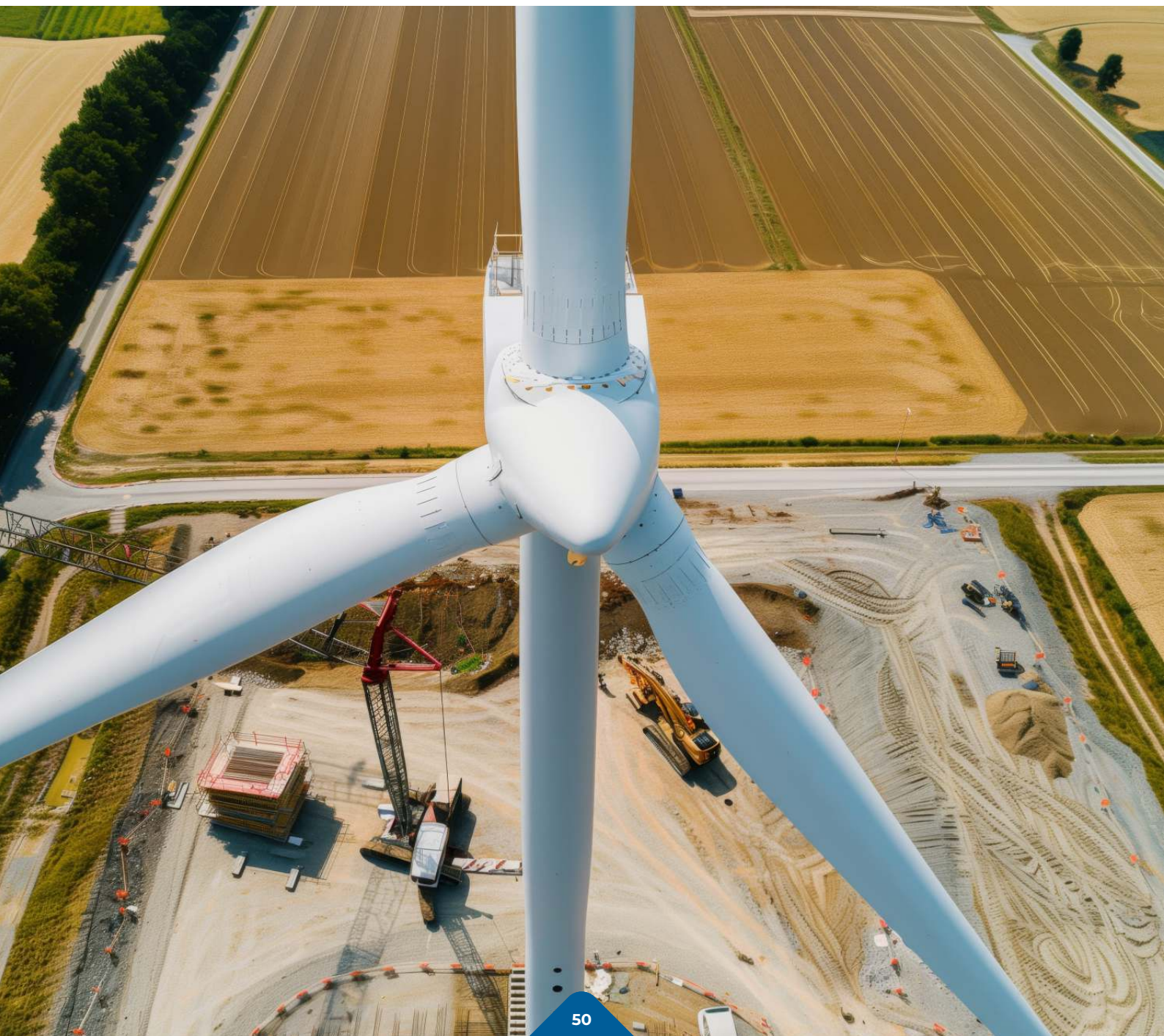


## Rekomendacja zmiany

Rekomendować należy zmianę przepisów, która do Rozdziału 5 Działu I (Szacowanie wartości zamówienia i konkursu) dodałaby przepisy o szacowaniu wartości zamówienia na energię elektryczną w ogóle, albo co najmniej dla zamówień udzielanych w modelu cPPA. Dokładny kierunek tej zmiany pozostaje do uznania prawodawcy. Może on polegać na usankcjonowaniu dotychczasowej praktyki jako właściwej także dla umów

cPPA (ze świadomością omówionych wyżej braków takiego rozwiązania), albo określenia nowego sposobu szacowania – np. z odesłaniem do średnich cen produktów na TGE.

Takie zmiany przepisów w zakresie Rozdziału 5 Działu I pozostają neutralne z punktu widzenia Dyrektywy 2014/24/UE.



## 6. Podsumowanie i Wnioski

Udzielenie zamówienia publicznego na dostawy energii elektrycznej w formule cPPA ocenić należy jako możliwe w istniejącym stanie prawnym, choć nie brak jest miejsc i zagadnień, w których warto oczekiwać reakcji legislacyjnej prawodawcy, a które mogłyby proces ten ułatwić. Zamawiający publiczny winien wziąć pod uwagę złożoność kontraktu cPPA i szerokie spektrum zagadnień wymagających ustalenia w toku negocjacji. Bez wątplenia pomocne będzie – zwłaszcza w przypadku pierwszych kontaktów z tym modelem zakupu energii – sięgnięcie przez zamawiającego publicznego po wsparcie wyspecjalizowanych podmiotów zewnętrznych. Z czasem zamawiający może zbudować własne zasoby kadrowe i kompetencje w tym zakresie.

Niewątpliwie wszczęcie i przeprowadzenie opisanej wyżej procedury będzie wymagać od zamawiającego istotnego wysiłku organizacyjnego i czasowego. Już jednak pobieżne przejrzanie korzyści jakie dla odbiorcy energii elektrycznej mogą wynikać z modelu cPPA wskazuje, że koszty te przewyższają i wynagradzają poczynione nakłady. Sama konieczność indywidualnego podejścia do procedury wynagradzana jest wieloletnim charakterem umowy cPPA, co sprawia, że nakłady na pozyskanie takiego kontraktu także ulegają czasowej amortyzacji. Nie jest to bowiem procedura, którą będzie trzeba powtarzać co rok czy dwa lata, jak w przypadku tradycyjnego modelu zakupu energii.

Reasumując, zamawiający publiczni mogą i powinni sięgnąć po te mechanizmy zakupu energii elektrycznej, które już teraz obecne są w sektorze prywatnym i z których sektor ten zaczyna w coraz

szerszym zakresie korzystać. Duże zainteresowanie sektora prywatnego<sup>38</sup> umowami cPPA może być dla jednostek publicznych także potwierdzeniem korzyści wynikających z tego modelu.

Niemniej jednak, aby zamawiający publiczny mógł w pełni korzystać z możliwości kontraktowania w ramach umów cPPA konieczne jest wprowadzenie szeregu zmian w prawie.

W raporcie sformułowano rekomendacje do zmian przepisów ustawy p.z.p., które można podzielić na trzy grupy.

Pierwsza z grup, to zmiany, które mają na celu usunięcia barier formalnych w dostępie zamawiających publicznych do zakupów energii w kontraktach cPPA. Do niej należałoby zaliczyć rekomendowaną zmianą w art. 434 ust. 2 p.z.p. polegającą na dopuszczeniu przez prawodawcę do zawierania umów cPPA na okres dłuższy niż 4 lata, bez konieczności dokonywania analizy porównawczej, o której mowa w aktualnie obowiązującym przepisie. Jest wyraźnie widoczne, że konieczność takiej analizy, zarówno ze względu na trudność w jej wykonaniu, konieczność posiadania wiadomości specjalnych, których zamawiający nie posiadają oraz niepewność związana ze spełnieniem się tych analiz w długim terminie (co immamentnie wpisane jest w tego typu prognozy), stanowi realne ograniczenie w dostępie do tego modelu, które powinno być zniesione w pierwszej kolejności.

Druga z grup, to rekomendacje mające na celu dostosowanie stanu prawnego do potencjalnego postępowania o udzielenie zamówienia w umowie cPPA i zagwarantowanie niezbędnej

<sup>50.</sup> Raport, Rynek cPPA w Polsce, [dostęp]: [https://resourcepoland.pl/wp-content/uploads/2023/12/raport\\_Rynek\\_cPPA\\_w\\_Polsce.pdf](https://resourcepoland.pl/wp-content/uploads/2023/12/raport_Rynek_cPPA_w_Polsce.pdf).



dla analizowanego modelu elastyczność negocjacji. Chodzi tu o zmiany w przepisach art. 439 ust. 1 (waloryzacja kosztowo – cenowa), art. 436 pkt 4 lit. b (waloryzacja podatkowa), art. 156 ust. 1 pkt 7 (minimalne wymagania w OPIW). Zmiany te pozwolą uczynić proces negocjowania jeszcze bardziej elastycznym, poprzez wszystkim poprzez usunięcie wynikających z przepisów przywilejów wykonawcy lub potwierdzą możliwość takiego sformułowania OPIW, że każdy z elementów opisu przedmiotu zamówienia będzie mógł być negocjowany przez strony (poprzez brak określenia minimalnych wymagań). Zmiany te nie są niezbędne, aby skutecznie wdrażać procesy zakupowe oparte o kontrakty cPPA, ale

mają duży potencjał dla zwiększenia efektywności tych procesów, a przez to ich atrakcyjności.

Z kolei trzecia grupa ma na celu zaproponowanie zmian w przepisach, które mają na celu wprowadzić pewne ułatwienia do przygotowania postępowania, co stanowić może naturalną zachętę dla zainteresowanych zamawiających, a przez to wpłynąć na popularyzację analizowanego modelu zakupu energii.

Reasumując niniejsze opracowanie jest wstępem do dalszej dyskusji na temat możliwości kontraktowania zielonej energii przez zamawiających publicznych.



## 7. Słownik pojęć i skróty

### Pojęcia:

- ◆ **cPPA (Corporate Power Purchase Agreement)** to bezpośrednia umowa między wytwórcą energii z OZE a odbiorcą, stabilizująca ceny energii i zapewniająca zakup zielonej energii.
- ◆ **Gwarancja pochodzenia** to dokument potwierdzający, że energia pochodzi z OZE, będący oficjalnym dowodem dla odbiorców potwierdzający, że zużywana przez nich energia pochodzi z OZE.
- ◆ **Finansowa umowa cPPA (cfd)** to kontrakt między wytwórcą a odbiorcą energii bez fizycznego przekazania energii. Strony ustalają cenę rozliczeniową, niezależnie od ceny rynkowej i zawierają osobne kontrakty ze spółką obrotu.
- ◆ **Fizyczna umowa cPPA** to kontrakt między wytwórcą a odbiorcą energii na fizyczne przekazanie energii po ustalonej cenie, z pominięciem TGE. Spółka obrotu rozlicza i bilansuje kontrakt, a odbiorca otrzymuje gwarancje pochodzenia energii.
- ◆ **OZE as a service** to model, w którym wytwórca energii buduje i dzierżawi instalację OZE odbiorcy, zamiast sprzedawać energię. Odbiorca płaci za dzierżawę, a wytwórca zapewnia utrzymanie i określoną produktywność.
- ◆ **On-site cPPA z linią bezpośrednią to model**, w którym wytwórca energii buduje i dzierżawi instalację OZE odbiorcy, zamiast sprzedawać energię. Odbiorca płaci za dzierżawę, a wytwórca zapewnia utrzymanie i określoną produktywność.
- ◆ **Towarowa Giełda Energii**, to miejsce handluje m.in. energią elektryczną, gazem ziemnym itp. Uczestnicy mogą kupować i sprzedawać na rynku krótkoterminowo i terminowym, zapewniając transparentność cen i stabilność handlu.
- ◆ **Model fixed price**, to umowa zakupu energii elektrycznej, gdzie cena jest stała przez cały okres, bez względu na zmiany na rynku.
- ◆ **Model Pay as Produce**, to sposób płatności za energię elektryczną, gdzie odbiorca deklaruje, że zużyje całość energii wyprodukowanej w instalacji.
- ◆ **Model Pay as Consumed**, to sposób płatności za energię elektryczną, gdzie odbiorca zadeklaruje, że zużyje tyle energii ile faktycznie potrzebuje.
- ◆ **Baseload**, to stałe, niezmiennie w ciągu dnia lub tygodnia zapotrzebowanie na energię elektryczną, które zaspokaja podstawowe potrzeby energetyczne odbiorcy.
- ◆ **Opis potrzeb i wymagań (OPIW)**, obejmuje zbiór zasad i kryteriów, które regulują różno-rodne procesy, w tym procedury zakupowe. Określa ogólne wymagania i warunki, które muszą być spełnione przez strony w danym procesie.
- ◆ **Mix energetyczny** odnosi się do proporcji, w jakich różne źródła energii są wykorzystywane do produkcji energii elektrycznej. Obejmuje to udział poszczególnych źródeł, takich jak np. energia odnawialna oraz inne.
- ◆ **Rynek spotowy (spot market)**, to rynek, na którym transakcje są dokonywane na bieżąco, natychmiastowo, zgodnie z aktualnymi cenami i dostępną podażą.
- ◆ **Make or buy**, czyli wybór pomiędzy wykonaniem zadania we własnym zakresie, a zleceniem go zewnętrznemu wykonawcy.

- ◆ **Minimalne wymagania** w procedurze negocjacji z ogłoszeniem to ustalone przez zamawiającego kryteria, których nie można później zmieniać. Określają one parametry zamówienia, jak rodzaj kontraktu, ilościowe aspekty dostawy i terminy realizacji, pozostawiając elastyczność w innych kwestiach.
- ◆ **Kryteria oceny ofert** – obiektywne i niedyskryminujące kryteria, określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Opisie Potrzeb i Wymagań mające na celu ocenę ofert, ułożenie rankingu ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej; Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć m.in. cech wykonawcy.
- ◆ **Kryteria selekcji** – należy przez to rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane w celu ograniczenia liczby wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu;
- ◆ **Warunki udziału w postępowaniu** – wymagania co do wykonawcy umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, w szczególności dot. doświadczenia albo uprawnień do prowadzenia określonej działalności (np. koncesja na wytwarzanie energii lub obrót energią).

## Skróty:

- ◆ **cPPA** – Korporacyjna umowa na zakup energii  
(z ang. *corporate power purchase agreement*)
- ◆ **CfD** – Kontrakt na różnicę kursową (z ang. *Contract for Difference*)
- ◆ **TGE** – Towarowa Giełda Energii
- ◆ **OZE** – Odnawialne Źródła Energii
- ◆ **PZP** – Prawo zamówień publicznych
- ◆ **OSD** – Operator sieci dystrybucyjnej
- ◆ **UZP** – Urząd Zamówień Publicznych
- ◆ **SWZ** – Specyfikacja Warunku Zamówienia
- ◆ **EFET** – Europejska Federacja Handlowców Energii  
(z ang. *European Federation of Energy Traders*)
- ◆ **u.f.p.** – Ustawa o finansach publicznych
- ◆ **o.n.d.f.** – Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych
- ◆ **OPIW** – Opis potrzeb i wymagań



# Słowo o autorach:



Fundacja RE-Source Poland Hub to polska platforma współpracy odbiorców i producentów energii z OZE.

Celem Fundacji jest umożliwienie przedsiębiorstwom w Polsce budowania przewag konkurencyjnych w oparciu o tanią i czystą energię ze źródeł odnawialnych. Fundacja podejmuje działania zmierzające do stworzenia otoczenia regulacyjnego sprzyjającego pozyskiwaniu czystej, zielonej energii przez przedsiębiorstwa, na przykład w formie cPPAs.

Fundacja powstała w lipcu 2019 roku, z inicjatywy Polskiego Stowarzyszenia Energetyki Wiatrowej, aby wspierać transformację energetyczną w Polsce. RE-Source Poland Hub działa w ścisłej współpracy z RE-Source Platform.

[www.resourcepoland.pl](http://www.resourcepoland.pl)



**SZYMON KOWALSKI**

Wiceprezes  
Fundacji RE-Source Poland Hub

Wiceprezes Zarządu Polskiego Stowarzyszenia Energetyki Wiatrowej oraz Fundacji RE-Source Poland Hub.

Szymon Kowalski - ekspert rynku energii związany z sektorem energetycznym od 15 lat. Wieloletni pracownik największych grup energetycznych w Polsce (TAURON Polska Energia S.A., PGE Energia Odnawialna S.A.) gdzie zajmował wysokie stanowiska menadżerskie. Był również pracownikiem Administracji publicznej szczebla centralnego biorąc czynny udział w pracach przy tworzeniu krajowych i unijnych regulacji w obszarze sektora energetycznego. Aktualnie zajmuje się doradztwem w obszarze rozwoju odnawialnych źródeł energii, optymalizacji sprzedaży i zakupów energii oraz strategiami transformacji energetycznej odbiorców energii. Aktywnie działa w organizacjach branżowych wspierających rozwój odnawialnych źródeł energii w Polsce.



**RAFAŁ MALAROWSKI**

Zastępca Dyrektora  
Fundacji RE-Source Poland Hub

Zastępca dyrektora w RE-Source Poland Hub zajmujący się kwestiami związanymi z funkcjonowaniem rynku cPPA w Polsce, regulacjami sektora OZE oraz polityką klimatyczną UE. Interesuje się wykorzystaniem OZE w państwach Bliskiego Wschodu i Afryki. Wcześniej pracował jako konsultant w Centrum Inwestycji Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu, gdzie doradzał przy największych inwestycjach realizowanych na terytorium Polski. W latach 2017-2021 pełnił funkcję konsula w Ambasadzie RP w Kairze. Magister prawa oraz orientalista ze specjalnością arabistyka.



**BARTŁOMIEJ KURAŚ**  
Radca Prawny, BES-Law

Radca prawny posiadający wieloletnie doświadczenie w obsłudze prawnej podmiotów rynku zamówień publicznych. Doradca oraz pełnomocnik zamawiających i wykonawców ze szczególnym uwzględnieniem zamówień i podmiotów sektora budowanego, rynku energetycznego oraz zamówień IT. Trener oraz autor szkoleń i warsztatów z zakresu zamówień publicznych.

Wspiera przedsiębiorców na rynku Odnawialnych Źródeł Energii w zakresie pozyskiwania, rozwoju i realizacji projektów elektrowni wiatrowych oraz fotowoltaicznych. Pogłębia specjalizację w zakresie korporacyjnych umów sprzedaży energii elektrycznej (cPPA) oraz obsługi podmiotów O&M.



**BARTOSZ WILK**  
Prezes Zarządu  
Business Energy Solutions

Ekspert rynku energetycznego, radca prawny, Partner w BES-LAW i Szef Departamentu Energii i Infrastruktury, Prezes Business Energy Solutions, od ponad 15 lat doradza firmom będącym liderami na rynku energetycznym. Swoją uwagę koncentruje głównie na rynku związanym z odnawialnymi źródłami energii oraz sprzedażą energii (negocjował znaczące kontrakty PPA i cPPA). Doradzał przy wielu znaczących transakcjach związanych z budową, eksploatacją lub nabyciem instalacji odnawialnych źródeł energii.

Negocjował umowy SPA oraz przeprowadzał procesy technicznego i prawnego due diligence. Posiada bogate doświadczenie w zakresie doradztwa technicznego, budowy i eksploatacji instalacji fotowoltaicznych oraz wiatrowych.

Współautor wielu analiz i opracowań dotyczących rynku energii w Polsce. Prelegent licznych konferencji i szkoleń z zakresu energetyki oraz umów PPA.



**MATEUSZ MAZUR**  
Asystent badawczy  
Fundacji RE-Source Poland Hub

Asystent badawczy w RE-Source Poland Hub zajmujący się kwestiami związanymi z przeprowadzaniem analiz oraz wsparcia w obszarze administracji. Interesuje się polityką energetyczną w kontekście stosunków międzynarodowych. Absolwent Europejskiej Szkoły Prawa na Uniwersytecie w Maastricht.



 **RE-Source POLAND**  
Energia z OZE dla przedsiębiorstw w Polsce

**Fundacja RE-Source Poland Hub**  
70-263 Szczecin, ul. Langiewicza 14/4  
[www.resourcepoland.pl](http://www.resourcepoland.pl)