

Michał Motylewski*

Zasady techniki prawodawczej a ustawa o OZE

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Przykłady niestarannej redakcji
 1. Problem składni
 2. Przedmiot aukcji
 3. Formuły cenowe
 4. Inne błędy redakcyjne
- III. Poważniejsze wątpliwości interpretacyjne
 1. Zakres podmiotowy – uczestnicy aukcji
 2. Problemy z definiowaniem terminów
 3. Nieprzejrzyste zasady dotyczące modernizacji
 - 3.1. Zakres przedmiotowy
 - 3.2. Okres wsparcia dla modernizacji
 - 3.3. Definicja modernizacji
 4. Oświadczenia składane pod rygorem odpowiedzialności karnej
- IV. Problem oznaczenia ilości aukcji
 1. Artykuł 72
 2. Typy aukcji 12
- IV. Cenne poprawki Senatu 13
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

3 kwietnia 2015 r. opublikowana została ustawa z 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (dalej: uoze). Jest to jeden z najważniejszych aktów prawnych kształtujących rynek energii w Polsce ostatnich lat. Legislacyjna jakość uoze dalece odbiega od pożądaných standardów legislacyjnych – wybrane przykłady takich uchybień zostały poddane w artykule krytycznej analizie. Podstawą rozważań jest załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 980; dalej: ZTP). Uoze zawiera liczne przykłady niestarannej legislacji, w przypadku niektórych – mimo niestaranności językowej – można w zasadzie ustalić treść norm prawnych bez nadmiernych wątpliwości. Omawiane są jednak także przykłady błędów redakcyjnych, które stwarzają dalej idące trudności interpretacyjne. Wybór obejmuje ograniczenia kręgu podmiotów, które mogą uczestniczyć w aukcjach, problem określania w uoze upływu czasu oraz regulacje dotyczące modernizowanych

* Radca prawny, członek Zespołu Energetyki i Zasobów Naturalnych kancelarii DENTONS; e-mail: michal.motylewski@dentons.com.

instalacji. Osobnej krytyce poddany został sposób ujęcia odrębnych typów aukcji, jakie mają być organizowane przez Prezesa URE.

Artykuł ma zachęcić do dalszej refleksji nad standardami należytej legislacji, których przejawy niejednokrotnie trudno dostrzec w uoże w oczekiwaniu na zapowiedzianą techniczną i doprecyzowującą nowelizację ustawy.

Słowa kluczowe: aukcja; cena referencyjna; energia elektryczna; modernizacja; odnawialne źródło energii; OREO; organ regulacji energetyki; OZE; Prezes URE; regulamin aukcji; sprzedawca z urzędu; sprzedawca zobowiązany; standardy legislacji; system aukcyjny; system wsparcia źródeł odnawialnych; świadectwo pochodzenia; ustawa o OZE; zasady techniki prawodawczej; zielony certyfikat.

I. Wprowadzenie

3 kwietnia 2015 r. w Dzienniku Ustaw opublikowana została ustawa z 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii¹. Jest to jeden z najważniejszych aktów prawnych kształtujących rynek energii w Polsce ostatnich lat. Uoże określa m.in. zasady i warunki wykonywania działalności w zakresie wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii oraz mechanizmy i instrumenty wspierające wytwarzanie tej energii (art. 1 ust. 1 pkt 1 i 2 uoże). Tym samym niezwykle szeroki jest krąg adresatów, na których sytuację prawną ustawa ta wpłynie bezpośrednio (inwestorzy, wytwórcy, przedsiębiorstwa energetyczne uczestniczące w systemie wsparcia) albo pośrednio (odbiorcy, instytucje finansujące inwestycje w źródła odnawialne).

Ustawa doczeka się z pewnością wielu opracowań krytycznych, niemniej bezpośrednio po jej uchwaleniu i podpisaniu warto odnotować kilka zagadnień związanych z podejściem ustawodawcy do techniki legislacyjnej, które mogą mieć znaczenie dla późniejszego procesu wykładni. Tym bardziej, że 18 marca 2015 r., jeszcze przed opublikowaniem uoże w Dzienniku Ustaw, wiceminister gospodarki Jerzy Pietrewicz zapowiedział, iż resort gospodarki rozważa możliwość nowelizacji uoże; miałyby ona charakter techniczny i doprecyzowujący².

Podstawą rozważań będzie załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 980; dalej: ZTP). W wyroku z 12 grudnia 2006 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „zasady techniki prawodawczej są regułami konstruowania poprawnych aktów normatywnych i rzetelnego dokonywania zmian w systemie, wiążącymi rządowego prawodawcę. Także ustawodawca nie powinien od tych zasad odstępować. Nierzadko, w następstwie błędów w technice prawodawczej, rozwiązania aktu normatywnego stają się tak dalece wadliwe, że naruszają standardy prawodawstwa w państwie prawa. Z wyrażonej w art. 2 Konstytucji klauzuli demokratycznego państwa prawnego doktryna i orzecznictwo wyprowadzają (m.in.) wymagania co do techniki legislacyjnej, określane jako zasady przyzwoitej (poprawnej) legislacji. Stąd w wielu orzeczeniach Trybunał Konstytucyjny odwołuje się subsydiarnie do zasad techniki prawodawczej, a niejednokrotnie niepoprawne sformułowanie aktu prawnego (przepisu) skutkuje stwierdzeniem jego niekonstytucyjności, zwłaszcza gdy prowadzi

¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 478.

² Depesza PAP z 18.03.2015 r. cytowana przez większość ogólnopolskich serwisów informacyjnych.

do naruszenia praw i wolności konstytucyjnych bądź jest źródłem poważnych problemów ze stosowaniem prawa”³. Niniejsze opracowanie ma zachęcić czytelników do zestawienia wybranych przykładów redakcji uoze z powyższym kanonem należytej legislacji.

Już zapowiedź technicznej nowelizacji dowodzi, że sam projektodawca spodziewa się poważnych problemów ze stosowaniem uoze. Przedstawione poniżej przykłady swobodnego, można rzec, podejścia do zasad techniki legislacyjnej potwierdzają tę tezę. Gdyby uznać, że waga chociażby części naruszeń może uzasadniać zarzut niekonstytucyjności regulacji, brak dostatecznej staranności przy redagowaniu postanowień uoze może skutkować zakłóceniem nawet samego przyznawania uprawnień do korzystania z instrumentów wsparcia dla instalacji odnawialnego źródła energii. To z kolei mogłoby wpływać np. na decyzje inwestycyjne uczestników rynku energii odnawialnej.

Tekst ma na celu zobrazowanie skali i różnorodności problemów wynikających z niedotrzymania ustalonych standardów techniki legislacyjnej. Ma też stanowić przyczynek do dalszej, pogłębionej analizy prezentowanych zagadnień. Ilość fragmentów tekstu uoze, co do których w dyskursie publicznym już wyrażono wątpliwości i zastrzeżenia, czyni niemożliwym wyczerpanie tematu w jednym artykule.

Z zarzutem niestarannej legislacji wiąże się potrzeba oceny konstytucyjności komentowanych fragmentów regulacji. Mając jednak na względzie zapowiedzianą nowelizację uoze o charakterze doprecyzowującym i technicznym, wydaje się zasadne, by na obecnym etapie skoncentrować się na wskazaniu ustawodawcy fragmentów o wątpliwej treści normatywnej. Analiza konstytucyjności zyska dodatkowe znaczenie praktyczne po zapoznaniu się z zakresem proponowanych poprawek i będzie mogła zostać przeprowadzona w kolejnym kroku.

Zasady techniki prawodawczej już na samym wstępie formułują postulaty co do sposobu poprawnego posługiwania się językiem polskim przez ustawodawcę. W szczególności przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie (§ 5 ZTP), zdania w ustawie redaguje się zgodnie z powszechnie przyjętymi regułami składni języka polskiego, unikając zdań wielokrotnie złożonych (§ 7 ZTP), posługując się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu (§ 8 ust. 1 ZTP).

Aktualny rozwój techniki umożliwia ustalenie powszechnie przyjętych reguł składni języka polskiego i znaczenia wyrażen językowych w sposób niezwykle łatwy⁴. Pomimo tej łatwości i jednoznacznych, jak można by sądzić, reguł wskazanych w ZTP, uoze może z pewnością stanowić interesujący przedmiot dociekań dla niejednego polonisty.

II. Przykłady niestarannej redakcji

1. Problem składni

Wiele przypadków niestaranego posługiwania się językiem polskim nie stoi na przeszkodzie prawidłowemu, jak można mniemać, dekodowaniu treści norm prawnych zgodnie z zamysłem ustawodawcy.

³ Wyr. TK z 12.12.2006 r., P 15/05, OTK-A 2006 Nr 11, poz. 171.

⁴ Wystarczy przywołać internetową bazę wiedzy Wydawnictwa Naukowego PWN, zawierającą zarówno słownik języka polskiego, słownik ortograficzny, jak i zbiór zasad pisowni języka polskiego: sjp.pwn.pl.

Jednym z bardziej charakterystycznych przykładów niefrasobliwego podejścia ustawodawcy do składni może być art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 uoZE. Odpowiedni adresaci dyspozycji tych przepisów obowiązani są do „prowadzenia dokumentacji dotyczącej ilości, wyrażonej w MWh, i ceny energii elektrycznej, pomniejszonej o kwotę podatku od towarów i usług, wytworzonej z odnawialnych źródeł energii w instalacji odnawialnego źródła energii zakupionej [sprzedanej] w danym miesiącu, wyrażonej w złotych z dokładnością do jednego grosza za 1 MWh, z uwzględnieniem [...]”.

Treść tę można skonfrontować z postulatem zwięzłego i przejrzystego redagowania zdań w ustawie i rzeczony obowiązek ująć w dyspozycji przepisu w sposób następujący: „[Adresaci] obowiązani są do prowadzenia dokumentacji dotyczącej ilości oraz ceny energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii w instalacji odnawialnego źródła energii i zakupionej [sprzedanej] w danym miesiącu, z uwzględnieniem [...]. Ilość energii wyraża się w MWh, cenę energii pomniejsza się o kwotę od podatku od towarów i usług i wyraża w złotych z dokładnością do jednego grosza za 1 MWh”.

2. Przedmiot aukcji

Innym przykładem jest oznaczenie przedmiotu aukcji przeprowadzanych przez Prezesa URE. Od strony założeń systemowych w drodze aukcji wyłania się beneficjentów systemów wparcia wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii. Tymczasem ustawodawca, również wbrew kolejnej dyrektywie ZTP, aby do oznaczenia jednakowych pojęć używać jednakowych określeń (§ 10 ZTP), wskazuje m.in., że:

- 1) Rada Ministrów określa, w drodze rozporządzenia, ilość i wartość energii elektrycznej, „wytworzonej przez wytwórców [...] – która może zostać sprzedana w drodze aukcji w następnym roku kalendarzowym” (art. 72 uoZE);
- 2) „przedmiotem aukcji jest wytwarzanie energii elektrycznej” (art. 73 ust. 2 uoZE; por. też art. 80 ust. 4 uoZE);
- 3) aukcje przeprowadza się „na sprzedaż energii elektrycznej” (art. 73 ust. 3 uoZE);
- 4) ogłoszenie o aukcji zawiera „wskazanie maksymalnej ilości i wartości energii [...], jaka może zostać sprzedana w drodze aukcji” (art. 78 ust. 2 pkt 3) uoZE);
- 5) oferta złożona przez uczestnika aukcji zawiera w szczególności „cenę [...], za jaką uczestnik zobowiązuje się sprzedać tę energię” (art. 79 ust. 3 pkt 3 uoZE).

Drobnym uchybieniem jest posłużenie się kolokwialnym zwrotem „za cenę” w miejsce prawidłowej dla czynności powtarzalnych formy „po cenie”. Nie ma to w ocenie autora znaczenia normatywnego, choć wpływa na kształtowanie kultury języka jako takiej. Bardziej istotne jest posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniami, których znaczenie jedynie pośrednio nawiązuje do rzeczywistej treści opisywanego pojęcia.

Posługiwanie się pojęciem sprzedaży wydaje się być nieadekwatne z kilku przyczyn. Można twierdzić, że najbliższe faktycznej funkcji aukcji jest sformułowanie, iż przedmiotem aukcji jest wytwarzanie energii elektrycznej⁵. Uczestnik aukcji zobowiązuje się w ofercie do wytworzenia w kolejnych latach kalendarzowych określonej ilości energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych pod rygorem kary pieniężnej, o której mowa w art. 168 pkt 15 i art. 170 ust. 6 uoZE. W zamian

⁵ Por. art. 1 ust. 1 pkt 2, tytuł rozdziału 4 oraz art. 73 ust. 2 uoZE.

zwycięski uczestnik uzyskuje przywilej gwarantowanego zbytu wytworzonej przez siebie energii elektrycznej zgodnie z art. 92 ust. 1 uoaze albo prawo do pokrycia ujemnego salda zgodnie z art. 92 ust. 5 uoaze.

Z samej ustawy wynika, że przedmiotem oferty nie jest zobowiązanie do dostarczenia energii elektrycznej oznaczonego odbiorcy ani zobowiązanie do jej odbioru i zapłaty ceny. Zobowiązanie takie nie jest też objęte treścią ogłoszenia Prezesa URE o wynikach aukcji. W tym kontekście szczególnie myląca jest treść art. 74 i art. 81 ust. 8 pkt 1 lit. b) uoaze, w których odpowiednio mowa o tym, że energia elektryczna „może zostać sprzedana w drodze aukcji” i „została sprzedana w drodze aukcji”. W tym przypadku właściwe byłoby posłużenie się sformułowaniem „może zostać zaoferowana na aukcji”. Podobnie rzecz się ma w przypadku art. 79 ust. 3 pkt 3 uoaze, nawiązującego do ceny „za jaką uczestnik aukcji zobowiązuje się sprzedać” energię elektryczną. Brak nawet sankcji za naruszenie tak rozumianego zobowiązania.

Ewentualnie można rozważać czy w przypadku jednej tylko grupy instalacji – poniżej 500 kW – Prezes URE nie zobowiązuje się, że osoba trzecia (sprzedawca zobowiązany), zaciągnie zobowiązanie do odbioru energii elektrycznej i zapłaty ceny. Jednak i w tym przypadku z art. 82 ust. 1 uoaze wynika, że do zawarcia umowy sprzedaży dochodzić będzie na drodze odrębnej czynności prawnej pomiędzy zwycięskim wytwórcą a właściwym sprzedawcą zobowiązanym. Także w tym przypadku wytwórca podlega sankcji z art. 168 pkt 15 uoaze, tj. karze pieniężnej w razie niewytworzenia określonej ilości energii elektrycznej w poszczególnych okresach sprawozdawczych.

W przypadku instalacji o mocy 500 kW i większej przywilej polega na pokrywaniu tzw. ujemnego salda przez Operatora Rozliczeń Energii Odnawialnej S.A. (dalej: OREO). OREO nie nabywa energii elektrycznej od uprawnionych wytwórców, nie dopłaca też do ceny sprzedaży uzyskanej przez tych wytwórców w poszczególnych transakcjach. Rozliczenie z OREO ma związek ze sprzedażą energii elektrycznej przez wytwórcę tylko o tyle, że wartość ujemnego salda kalkulowana jest w oparciu o ilość energii elektrycznej faktycznie sprzedanej przez tego wytwórcę w poszczególnych miesiącach okresu, w którym przysługuje wsparcie uzyskane na aukcji (art. 93 ust. 2 uoaze). Jednak cena, po jakiej wytwórca będzie sprzedawał energię elektryczną, nie będzie brana pod uwagę przy obliczaniu wartości ujemnego salda. Upraszczając, będzie to średnia cena rynkowa wyznaczana w sposób określony w uoaze. Brak też podmiotu zobowiązanego do zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej z wytwórcą, którego oferta wygrała aukcję.

Mechanizm aukcji istotnie wymaga, aby oferent oznaczył w ofercie cenę jednostkową energii elektrycznej. Będzie to jednak *sui generis* cena aukcyjna, w zasadzie jednostkowa wartość energii elektrycznej, która ma zapewnić wytwórcy inwestującemu w budowę nowego źródła odnawialnego zwrot zainwestowanego kapitału wraz z godziwym zyskiem (i skłonić do realizacji takiego przedsięwzięcia). *De lege ferenda* można rozważać czy wprowadzenie ceny aukcyjnej, jako ustawowo zdefiniowanego pojęcia, nie uprościłoby znacznie tekstu ustawy. Obecne odwołania do ceny aukcyjnej są bowiem znacząco rozbudowane, co więcej redagowane w niejednolity sposób⁶.

3. Formuły cenowe

Realizacja celów uoaze wymaga przeprowadzania wielu skomplikowanych operacji rachunkowych. Właściwe będzie zatem posługiwanie się dorobkiem królowej nauk, w zgodzie z dyspozycją

⁶ Por. art. 39 ust. 2 pkt 1; art. 79 ust. 3 pkt 9 ppkt 3 i 4; art. 92 ust. 1 i ust 10; art. 93 ust. 2 pkt 1 i 3 uoaze.

§ 5 ZTP. Należy docenić, że ustawodawca zastosował się do tej reguły w art. 47 ust. 4 uoaze, wskazując za pomocą wzoru sposób kalkulacji średnioważonych cen praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia, oraz w art. 80 ust. 6 uoaze, w którym wskazał za pomocą wzoru sposób obliczania ceny referencyjnej na potrzeby aukcji uzupełniającej.

Można zatem odnieść się krytycznie do faktu, że tą samą metodą ustawodawca nie posłużył się w art. 93 ust. 1 i ust. 2 uoaze, w których uregulowana została jedna z kluczowych instytucji nowego systemu wsparcia, tj. metodyka prowadzenia rozliczeń z OREO. Pomijając ogólnie niestaranną redakcję samych przepisów (o czym była mowa powyżej), zrozumienie tekstu ustawy i jej stosowanie byłoby istotnie ułatwione w razie posłużenia się przez ustawodawcę wzorem także na opisanie metody dokonywania obliczeń przez sprzedawców zobowiązanych i uprawnionych wytwórców na potrzeby przygotowywania sprawozdań składanych do OREO.

4. Inne błędy redakcyjne

Ustawodawca nie ustrzegł się też przed mniej znaczącymi błędami redakcyjnymi. Przykładowo w art. 41 ust. 12 uoaze zabrakło wskazania, iż rozporządzenie wydawane jest przez ministra, choć nie ma wątpliwości, że chodzi o ten właśnie rodzaj organu. Inną kwestią jest posłużenie się w tym przepisie odesłaniem do rozporządzenia, „o którym mowa poniżej”. Właściwe dla języka ustawy odesłanie wymaga jednoznacznego wskazania przepisu, do którego się odsyła (§ 156 ust. 3 ZTP); w tym przypadku powinno przyjąć formę „o którym mowa w ust. 13”.

Na potrzeby art. 79 ust. 3 pkt 9 uoaze zabrakło z kolei konsekwentnego rozpoznania podmiotu w ustawowej treści oświadczenia dołączanego do oferty składanej przez uczestnika aukcji. Oświadczenie formułowane jest w pierwszej osobie („Świadomy odpowiedzialności karnej [...] oświadczam, że”). Tymczasem w podpunktach 3 i 4 pojawiają się odwołania do podmiotu składającego oświadczenie w osobie trzeciej (gdzie mowa o „ofercie wytwórcy” i „dniu złożenia oferty przez tego wytwórcę”). Błąd ten umknął uwadze legislatorów sejmowych, mimo że komentowali redakcję powołanego przepisu⁷. Można się domyślać, że w obawie przed formalizmem przy weryfikacji treści ofert przez Prezesa URE błąd powyższy utrwalił się w praktyce w kolejnych oświadczeniach składanych przez uczestników aukcji. Chyba że Prezes URE zdobędzie się na opublikowanie formularza oświadczenia ze stosowną korektą, potwierdzając zarazem swoje związanie treścią proponowanego formularza.

III. Poważniejsze wątpliwości interpretacyjne

Z punktu widzenia adresatów uoaze bardziej znaczące są te przypadki odstępstw ustawodawcy od powszechnie uznanych reguł językowych, które realnie wpływają na ich prawa, obowiązki i sposób postępowania przed organami administracji publicznej.

1. Zakres podmiotowy – uczestnicy aukcji

W art. 2 pkt 39 uoaze ustawodawca zdefiniował pojęcie wytwórcy. W uproszczeniu jest to „podmiot [...] wytwarzający energię elektryczną lub ciepło z odnawialnych źródeł energii”. Zwraca uwagę tryb teraźniejszy – wskazuje on na podmioty zajmujące się działalnością wytwórczą w chwili dokonywania oceny czy przysługuje im status wytwórcy.

⁷ Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw energetyki i surowców energetycznych (nr 53), 14.01.2015 r.

W licznych przepisach regulujących prawo uczestniczenia w aukcjach ustawodawca wyraźnie wskazał, iż określone uprawnienia przysługują jedynie wytwórcom. Przykładowo tylko wytwórca może ubiegać się o wydanie zaświadczenia o dopuszczeniu do udziału w aukcji (art. 75 ust. 1 i 3 uoze), tylko wytwórca może wziąć udział w aukcji (art. 78 ust. 3 i 4 uoze), ustawodawca łączy pojęcie wytwórcy z terminem „uczestnik aukcji” (art. 79 ust. 1 uoze). Nakazuje to zadać pytanie, jakie uprawnienia przysługują inwestorom, którzy zamierzają przystąpić do aukcji w celu uzyskania wsparcia dla pierwszej instalacji odnawialnego źródła energii w ich organizacji albo takim, którzy realizują projekt przy wykorzystaniu spółki celowej, nieprowadzącej żadnej innej działalności? Choćby ogólna wiedza o zasadach oceny dopuszczalności stosowania systemów wsparcia, takich jak system aukcyjny przewidziany w uoze, pozwala stwierdzić, że zasady udzielania takiej pomocy nie mogą dyskryminować uczestników obrotu w ten sposób, że przyznają przywileje jedynie podmiotom już działającym na rynku (*incumbents*), a wykluczają wsparcie dla nowych graczy (*new entrants*). Byłby to przykład dyskryminacji i z pewnością nie taka była intencja projektodawcy.

Tym samym zabieg ustawodawcy, by w kontekście organizacji aukcji posługiwać się tak zdefiniowanym pojęciem wytwórcy, należy uznać za chybiony. Co najwyżej można go uznać za przejaw daleko idącego skrótu myślowego. Godzi to jednak wyraźnie w standardy należytej legislacji, m.in. wymóg, by precyzyjnie zakreślać krąg podmiotów, których dana regulacja dotyczy.

2. Problemy z definiowaniem terminów

W przypadku uoze problemem okazał się sposób opisywania upływu czasu. Zgodnie z, wydałoby się, powszechnym rozumieniem tego pojęcia (jako wielkości charakteryzującej zdarzenia ze względu na kolejność ich występowania⁸) oznaczenie jakiegoś momentu w czasie pozwala dokonać precyzyjnego podziału zdarzeń w odniesieniu do tego momentu na te, które zaistniały chronologicznie przed wskazanym momentem (zdarzenia wcześniejsze) oraz takie, które zaistniały chronologicznie po wskazanym momencie (zdarzenia późniejsze).

Podobnie, posługując się formą przeczenia, można opisać **zdarzenia wcześniejsze** jako te, które nastąpiły **nie później niż** wskazany moment oraz **zdarzenia późniejsze** jako takie, które nastąpiły **nie wcześniej niż** wskazany moment.

Do przeciwnych wniosków doszedł ustawodawca, wprowadzając przepisy, które, jak można mniemać, mają służyć promowaniu najnowszych (najlepszych) dostępnych technologii. W art. 41 ust. 7 pkt 3 uoze oraz analogicznie w art. 42 ust. 7 pkt 1, a także art. 74 ust. 1 uoze ustawodawca uzależnił możliwość skorzystania z danego instrumentu wsparcia od tego czy urządzenia wchodzące w skład danej instalacji, służące do wytwarzania energii elektrycznej, zamontowane w czasie budowy albo modernizacji „zostały wyprodukowane nie później niż w terminie 48 miesięcy przed” oznaczonym przez ustawodawcę punktem odniesienia. Punktem tym będzie odpowiednio wytworzenie po raz pierwszy energii elektrycznej ze zmodernizowanej mikroinstalacji, w zmodernizowanej instalacji innej niż mikroinstalacja albo wytworzenie po raz pierwszy energii elektrycznej w instalacji odnawialnego źródła energii w ogóle. Dla uproszenia analizy można posłużyć się skróconym zwrotem „dzień wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej”.

Po pierwsze uoze nie określa odrębnego sposobu obliczania terminów, zastosowanie znajdują więc postanowienia Tytułu V Księgi Pierwszej k.c. Dokonując rozbioru logicznego sformułowania

⁸ *Leksykon naukowo-techniczny*, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa 2001, s. 129.

„urządzenia wyprodukowane nie później niż 48 miesięcy przed dniem wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej” i stosując się do reguł wynikających z k.c., można łatwo ustalić, że ustawodawca po pierwsze wskazał jeden, konkretny moment w czasie, w relacji do którego należy oceniać wystąpienie zdarzenia w postaci wyprodukowania urządzeń służących do wytwarzania energii odnawialnej i zamontowanych w danej instalacji. Jest to dzień przypadający 48 miesięcy przed dniem wytworzenia energii elektrycznej po raz pierwszy w danej instalacji, co do zasady odpowiadający datę dniowi, w którym po raz pierwszy wytworzona została w danej instalacji energia elektryczna (art. 112 k.c.).

Po drugie, ustawodawca odmiennie uregulował skutki prawne zdarzenia wcześniejszego i późniejszego w odniesieniu do tak ustalonego momentu w czasie. Problem w tym, że posłużył się sformułowaniem wprost odwrotnym do zamierzonego celu. Zgodnie z regułami logiki, wyprodukowanie urządzenia nie później niż w momencie oznaczonym w ustawie odnosi się do zdarzeń wcześniejszych niż ten moment. Innymi słowy, zgodnie z art. 41 ust. 7 pkt 3, art. 42 ust. 7 pkt 1, a także art. 74 ust. 1 uoZE do skorzystania ze wsparcia uprawniać będzie zastosowanie urządzeń wyprodukowanych dawniej, co najmniej na 4 lata przed wytworzeniem po raz pierwszy energii elektrycznej w danej instalacji. Ograniczenie możliwości skorzystania z systemu wsparcia do instalacji, w których zabudowano urządzenia jak najnowsze, wymagałoby posłużenia się formułą: „urządzenia wyprodukowane **nie wcześniej niż** 48 miesięcy przed dniem wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej”.

Tezie powyższej można przeciwstawić postulat posłużenia się wykładnią celowościową, by twierdzić, że także w obecnym brzmieniu uoZE należy instalować wyłącznie nowe urządzenia (młodsze niż 48 miesięcy). Dopuszczalność uznania prymatu wykładni celowościowej kończy się jednak tam, gdzie zabieg taki prowadziłby do wniosków wprost sprzecznych z treścią analizowanych przepisów. Tym bardziej, iż – zgodnie z dyrektywą z § 10 ZTP, by do oznaczenia jednakowych pojęć używać jednakowych określeń – konsekwentne zastosowanie wykładni celowościowej do innych analogicznych określeń zastosowanych w uoZE doprowadziłoby do daleko idącego wypaczenia treści ustawy.

Przykładowo w art. 77 ust. 1 ustawodawca nakazuje ministrowi właściwemu do spraw gospodarki określenie ceny referencyjnej „nie później niż 60 dni przed dniem przeprowadzenia pierwszej w danym roku aukcji”. Dyspozycja tego przepisu zawiera elementy tożsame ze sposobem określenia terminu w komentowanych powyżej przepisach. Należy rozumieć, iż minister ma opublikować cenę referencyjną z odpowiednim wyprzedzeniem, dając czas uczestnikom rynku na przygotowanie się do złożenia ofert. Zatem „nie później niż” oznacza „wcześniej niż przed upływem 60 dnia przed dniem przeprowadzenia aukcji”. Gdyby posłużyć się rozumowaniem, które miałyby sanować istotny błąd redakcyjny w art. 41 ust. 7 pkt 3, art. 42 ust. 7 pkt 1 oraz art. 74 ust. 1 uoZE, minister mógłby publikować cenę referencyjną w zasadzie bez jakiegokolwiek wyprzedzenia.

Niestety, zgłoszenie przez autora powyższej wady projektodawcy jeszcze na etapie prac parlamentarnych nad uoZE nie doprowadziło do jej naprawienia. Obecnie zmiana redakcji komentowanych przepisów może nastąpić wyłącznie w drodze nowelizacji ustawy. Do tego czasu ustawodawca powinien liczyć się z niekorzystną, z punktu widzenia celu regulacji – asygnowania środków publicznych jedynie na jak najnowsze urządzenia i technologie – interpretacją uoZE.

3. Nieprzejrzyste zasady dotyczące modernizacji

Można postawić tezę, że przepisy o zasadach przyznawania wsparcia instalacjom modernizowanym dotknięte są jednymi z najdalej idących braków z punktu widzenia przejrzystości językowej. Na każdy instrument wsparcia składa się w uoze kilka kluczowych elementów, w szczególności oznaczenie rodzaju udzielanego wsparcia, przesłanek uprawniających do uzyskania wsparcia, długości okresu wsparcia i sposobu jego obliczania. W przypadku instalacji modernizowanych nie sposób ustalić treść wszystkich tych elementów, kierując się regułami logiki.

Na podstawie postanowień uoze można ustalić, że modernizowane mogą być zarówno instalacje, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie rozdz. 4 uoze, jak i takie, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy po dniu zamknięcia aukcji. Pozostaje ustalić, jakiego rodzaju instrumenty wsparcia przysługują w każdym z powyższych przypadków, przy czym ewidentna jest luka pomiędzy wejściem w życie rozdz. 4 uoze i zamknięciem pierwszej choćby aukcji. Problematyka mikroinstalacji, do których stosuje się odrębne, specyficzne reguły wsparcia, została celowo pominięta.

3.1. Zakres przedmiotowy

Pierwsza niedoskonałość dotyka już art. 42 ust. 1 uoze. Należy rozumieć, że cały ten artykuł odnosić się ma do instalacji, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie rozdz. 4 uoze. Jednak przesłanka ta została ograniczona do punktu pierwszego komentowanego przepisu, który instalacji modernizowanych nie dotyczy. Poprawnie należałoby umieścić ją po myślniku na końcu przepisu, aby nie było wątpliwości, że odnosi się zarówno do punktu pierwszego, jak i drugiego. Taka sama konstrukcja i niedoskonałość pojawia się w art. 44 ust. 1 uoze, z którego wynika uprawnienie do uzyskania świadectw pochodzenia dla instalacji zmodernizowanej po dniu wejścia w życie rozdziału 4 uoze.

W skrajnym przypadku można argumentować, że skoro ustawodawca tak wyraźnie, o ob-
rębie jednej jednostki redakcyjnej, zaznaczył konieczność spełnienia przesłanki wytworzenia energii elektrycznej po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie rozdz. 4 w odniesieniu do jednego rodzaju instalacji, a pominał tę przesłankę w odniesieniu do instalacji modernizowanych, to dokonał powyższego zabiegu w sposób zamierzony i celowy, aby zróżnicować sytuację prawną w każdym z omawianych przypadków. Prowadziłoby to dalej do wniosku, że w przypadku każdej modernizacji instalacji odnawialnego źródła energii w dowolnym momencie po dniu wejścia w życie rozdz. 4 uoze można skorzystać z przywileju obowiązkowego zakupu energii elektrycznej przez sprzedawcę zobowiązanego oraz ubiegać się o wydanie świadectw pochodzenia. Także dla zmodernizowanych instalacji, które rozpoczęły wytwarzanie po raz pierwszy po wejściu w życie rozdz. 4 uoze.

Jedynie pośrednio, głównie z układu art. 72 (choć jest to jedynie przepis upoważniający), oraz przy dużej otwartości na ogólną intencję ustawodawcy można wywodzić ten skutek normatywny, że art. 42 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 44 ust. 1 uoze stosuje się do instalacji zmodernizowanych, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy (przed modernizacją) przed wejściem w życie rozdz. 4 uoze. Tak nieczytelna redakcja wydaje się być niczym nieuzasadniona, skoro wskazany na wstępie, stosunkowo prosty zabieg legislacyjny, pozwoliłby na uzyskanie wymaganej czytelności przepisu.

Kolejny problem dotyczy objęcia uprawnieniem energii elektrycznej wytworzonej w okresie rozruchu technologicznego. I tu ustawodawca oznaczył ten element jedynie dla źródeł, o których mowa w art. 42 ust. 1 pkt 1 uoZE, ale nie powtórzył jej w odniesieniu do punktu 2, a więc instalacji modernizowanych. Okres wsparcia instalacji modernizowanych jest bardzo krótki (sięga 6 miesięcy), sama zaś modernizacja musi zostać przeprowadzona po wejściu w życie rozdz. 4 uoZE. Jeśli przyjąć, że od okresu wsparcia należałoby odjąć jeszcze okres rozruchu technologicznego, uprawnienia opisane w art. 42 ust. 1 pkt 2 oraz art. 44 ust. 1 pkt 2 uoZE należałoby zaliczyć do legislacyjnej fikcji.

3.2. Okres wsparcia dla modernizacji

Szczególnych zabiegów interpretacyjnych wymaga art. 42 ust. 4 pkt 2 i art. 44 ust. 6 uoZE, które regulują długość okresu wsparcia. Oba stanowią wyjątek od sposobu określenia tego okresu, odpowiednio, w art. 42 ust. 3 i 44 ust. 5 uoZE, tj. okresu piętnastoletniego. Tekst ustawy jest w ocenie autora tak zawiły, że dalsza lektura wymaga przytoczenia brzmienia przepisów w całości.

Zgodnie z art. 42 ust. 3 pkt 2 uoZE „Obowiązek zakupu energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii, o której mowa w art. 42 ust. 1 pkt 2 [...] powstaje od pierwszego dnia wprowadzenia tej energii do sieci dystrybucyjnej lub sieci przesyłowej i trwa maksymalnie przez okres 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozdziału 4, przy czym okres ten liczy się od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, potwierdzonego wydanym świadectwem pochodzenia, o którym mowa w art. 44 ust. 1”.

Po pierwsze, wsparcie przysługiwać ma przez okres maksymalnie 6 miesięcy. Oznacza to, że okres ten może być krótszy, a w braku dolnej granicy wsparcie może nie przysługiwać w ogóle. Rozstrzygać o tym będzie sposób obliczania upływu tego okresu.

Po drugie, ustawodawca dwukrotnie w tym samym przepisie oznaczył początek biegu tego samego terminu (okresu stosowania instrumentu wsparcia w postaci zakupu energii elektrycznej po cenie urzędowej przez sprzedawcę zobowiązanego). Raz jednak odwołał się do pierwszego dnia wprowadzenia energii do sieci, drugi raz do dnia wytworzenia po raz pierwszy energii potwierdzonego wydanym świadectwem pochodzenia. Jeśli oba pojęcia mają określać jeden i ten sam moment, powstaje pytanie o celowość wprowadzania powyższego rozróżnienia. Jeśli każde z nich określa inny moment, powstaje pytanie, które z tych zdarzeń wskazuje początek przedmiotowego terminu.

Kontrastuje to z redakcją art. 44 ust. 6 uoZE, zgodnie z którym „Świadectwo pochodzenia dla energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wytworzonej w [...] instalacji [...] zmodernizowanej po dniu wejścia w życie rozdziału 4, przysługuje w okresie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozdziału 4”.

Upływ sześciomiesięcznego terminu jest kolejnym problemem. Wydaje się, że obowiązek zakupu energii elektrycznej z instalacji zmodernizowanych (w części odpowiadającej przyrostowi mocy zainstalowanej – art. 42 ust. 4 pkt 1 uoZE), podobnie jak prawo uzyskania świadectw pochodzenia, w każdym przypadku wygaśnie z upływem 30 czerwca 2016 r. Wskazuje na to także lakonicznie pkt 4.1.1. uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmowy nr 2604 z 7 lipca 2014 r.). Oczywiście ustawodawca ma swobodę decydowania, na jak długi okres udziela wsparcia. Jednocześnie zapewnił, co do zasady, możliwość uzyskania wsparcia przez modernizowaną instalację w ramach

systemu aukcyjnego. Jest jednak mało prawdopodobne, by zamknięcie pierwszej aukcji nastąpiło w pierwszej połowie 2016 r. Można się też spodziewać, że jeszcze przed promulgacją uoze rozpoczęte zostały inwestycje składające się z wielu jednostek wytwórczych (farmy wiatrowe), które z różnych względów zostaną zakończone, przynajmniej jeśli chodzi o część jednostek wytwórczych, po 1 stycznia 2016 r. Na gruncie dotychczasowych przepisów mogłyby one korzystać ze wsparcia co najmniej do końca 2021 r. Dodatkowo nierozstrzygnięta pozostaje wątpliwość czy w przypadku instalacji modernizowanych uprawnienia związane z systemem wsparcia będą przysługiwały dla energii elektrycznej wytworzonej w okresie rozruchu technologicznego.

Czy zatem, w świetle bardzo krótkiego okresu od złożenia projektu uoze w Sejmie do jej uchwalenia oraz krótkiego *vacatio legis*, termin 6-miesięczny można uznać za należycie uzasadniony? Gdyby udzielić odpowiedzi przeczącej, wymagana byłaby nowelizacja uoze przynajmniej w taki sposób, by zapewnić ciągłość otoczenia regulacyjnego dla inwestycji w instalację odnawialnego źródła energii do czasu rzeczywistego uruchomienia systemu aukcyjnego.

3.3. Definicja modernizacji

Odrębną sprawą jest samo pojęcie modernizacji, które w ustawie nie zostało zdefiniowane. W zwykłym znaczeniu modernizacja to unowocześnienie i usprawnienie czegoś. Nie odpowiada to treści uoze – wedle redakcji ustawy modernizacja nabiera znaczenia normatywnego wyłącznie w przypadku przyrostu łącznej mocy zainstalowanej danej instalacji i poniesienia nakładów określonej wartości. Jest oczywiste, że przyrost mocy nie musi zostać uzyskany w drodze unowocześnienia lub usprawnienia – w przypadku szczególnie popularnej technologii wytwarzania energii elektrycznej z energii wiatru wystarczy wybudowanie dodatkowych turbin przyłączonych do sieci w tym samym miejscu, co istniejąca instalacja.

Rodzi to wątpliwość czy ustawodawca użył pojęcia modernizacji z pełnym rozeznaniem jego znaczenia oraz wprowadzonych do ustawy ograniczeń co do jego stosowania. Tym bardziej że równoległa nowa definicja instalacji odnawialnego źródła energii (art. 2 pkt 13 lit. a uoze) wiąże zakres przedmiotowy definicji z jednym, wspólnym miejscem przyłączenia. W przypadku źródeł wiatrowych, składających się z większej ilości jednostek wytwórczych powoduje to szereg niejednoznacznych skutków, a w zasadzie problemów z interpretacją tak intencji ustawodawcy, jak i w konsekwencji z wykładnią postanowień uoze.

Przykładowo, czy wytwórca eksploatujący farmę wiatrową składającą się z 24 turbin, który po wejściu w życie rozdz. 4 uoze w tym samym miejscu przyłączenia przyłączy nie więcej niż 6 nowych turbin (ich wartość zasadniczo nie sięgnie 30% wartości początkowej modernizowanej instalacji), będzie mógł złożyć ważną ofertę w ramach systemu aukcyjnego? Wydaje się, że nie, gdyż nie spełni przesłanek z art. 74 ust. 2 uoze. W świetle brzmienia powołanego przepisu wykluczenie dotyczyć będzie całej instalacji – nie zawiera on rozwiązań analogicznych do art. 42 ust. 4 pkt 1 oraz art. 44 ust. 7 uoze, w których ustawodawca odwołuje się do energii elektrycznej w ilości proporcjonalnej do przyrostu mocy. Przepisów tych nie da się, w ocenie autora, uwzględnić przy ustalaniu treści normy zakodowanej w art. 74 ust. 2 uoze. Dotyczą one systemu wsparcia odrębnego od systemu aukcyjnego, a ustawodawca nie zawarł w uoze żadnych wskazówek, które pozwoliłyby na posługiwanie się tego typu analogią w celu uzupełnienia luk w regulacji jednego z systemów.

Wytwórca, który w analogicznym okresie chciałby przyłączyć 6 nowych turbin w nowym miejscu przyłączenia, skorzysta z systemu wsparcia opartego o aukcje. Obaj wytwórcy będą musieli spełnić analogiczne wymogi, jeśli chodzi o wiek instalowanych urządzeń (art. 74 ust. 1 uoZE), nie różnią się też zasadniczo pozostałe przesłanki uzyskania wsparcia – poza wymogiem osiągnięcia wyznaczonej przez ustawodawcę wartości nakładów. Powyższe rozróżnienie nosi więc znamiona dyskryminacji. Wydaje się przy tym, że redakcja uoZE nie odzwierciedla w tym względzie rzeczywistej intencji ustawodawcy, a u podstaw problemów interpretacyjnych leży posługiwanie się pojęciami w oderwaniu od ich znaczenia językowego czy też pojęciami, które nie są adekwatne do opisywania omawianego przedmiotu regulacji.

4. Oświadczenia składane pod rygorem odpowiedzialności karnej

UoZE przewiduje obowiązek zamieszczenia w ofercie uczestnika aukcji oświadczenia o tym, że w instalacji odnawialnego źródła energii nie będą wykorzystywane określone rodzaje biomasy, tudzież, że osiągnięty zostanie określony udział biomasy pochodzącej z upraw energetycznych lub odpadów i określonych zbóż oraz pozostałości z produkcji rolnej lub przemysłowej. Oświadczenie składane jest pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia (art. 79 ust. 3 pkt 9 uoZE).

Nie sposób nie dostrzec, iż oświadczenie tej treści ma znaczenie w przypadku oferentów proponujących wytwarzanie energii odnawialnej w instalacji mogącej wykorzystywać biomasę w charakterze paliwa. We wszystkich innych przypadkach żądanie od oferenta oświadczenia tej treści jest bezprzedmiotowe i nie realizuje żadnego celu zakreślonego w ustawie. Dostrzega to również ustawodawca, który formułując analogiczny wymóg złożenia oświadczenia na etapie ubiegania się o zaświadczenie o dopuszczeniu do udziału w aukcji, wymaga od wnioskodawcy złożenia oświadczenia jedynie „w przypadku instalacji wykorzystującej do wytwarzania energii elektrycznej biomasę, biogaz, biogaz rozliczny lub biopłyny” (art. 75 ust. 4 pkt 4 uoZE).

Tak wyraźna rozbieżność w regulacji w istocie takiej samej sytuacji w obrębie jednego aktu prawnego uzasadnia tezę, że w art. 79 ust. 3 pkt 9 uoZE zawarto błędne odwołanie do kręgu podmiotów zobowiązanych do złożenia oświadczenia. Po pierwsze zastrzeżenie budzi już samo odwoływanie się do art. 72 uoZE w celu ustalenia kręgu adresatów powołanego obowiązku. Pomijając wątpliwą dopuszczalność kierowania odwołania do przepisu upoważniającego (czemu poświęcono osobny komentarz), art. 72 odnosi się do wszystkich uczestników aukcji. Z uwagi na dyspozycję wstępu do ust. 3 w art. 79 uoZE („Oferta złożona przez uczestnika aukcji zawiera w szczególności”) zamieszczanie ponownego odwołania do tego samego kręgu podmiotów jest zbędne.

Skoro tak, należy uznać, iż zamieszczając dodatkowe odwołanie ustawodawca kierował się zamiarem innego oznaczenia kręgu adresatów obowiązku złożenia przedmiotowego oświadczenia, a jedynie cel ten nie został osiągnięty wskutek błędu legislacyjnego. Właściwe wydaje się odwołanie tożsame z cytowaną powyżej treścią art. 75 ust. 4 pkt 4 uoZE, tj. by obowiązek powstał w przypadku instalacji wykorzystującej do wytwarzania energii elektrycznej biomasę, biogaz, biogaz rozliczny lub biopłyny.

IV. Problem oznaczenia ilości aukcji

System aukcyjny cieszy się zainteresowaniem nie tylko w Polsce, lecz także w wielu innych państwach członkowskich UE. Modelowym przykładem jest Wielka Brytania, w której system aukcyjny został wdrożony z końcem 2014 r. Choć nie jest on pozbawiony wad, wprowadzenie wsparcia opartego o aukcje nastąpiło w Wielkiej Brytanii w sposób daleko bardziej przejrzysty niż w przypadku uoze. Inwestorzy znają warunki brzegowe aukcji na pięć najbliższych lat, sam proces aukcyjny jest dużo bardziej elastyczny, choć również bardziej skomplikowany w obsłudze przez organizatora aukcji. Przykładowo, możliwe jest składanie ofert wariantowych (art. 79 ust. 2 uoze przewiduje składanie tylko jednej oferty), cena aukcyjna jest zaś wyznaczana na podstawie wszystkich zwycięskich ofert wedle reguły *paid-as-cleared*, co wymaga przeprowadzenia procesu wyznaczenia ceny aukcyjnej, a nie przyjęcia wprost ceny ofertowej. Inwestorzy konkurują ze sobą w ramach jednej aukcji, przy różnych cenach referencyjnych dla poszczególnych instalacji. Odrębna pula mocy zarezerwowana jest wyłącznie dla nowatorskiej technologii pozyskiwania energii elektrycznej z energii pływów morskich.

W systemie polskim trudność sprawia już odpowiedź na pytanie, w ilu akcjach będą ze sobą konkurować inwestorzy.

1. Artykuł 72

Art. 72 uoze okazuje się być kluczowy dla zrozumienia zaprojektowanego przez ustawodawcę systemu aukcyjnego – uoze zawiera 28 odwołań do tego artykułu, często w kluczowych postanowieniach regulujących zakres uprawnień i obowiązków uczestników aukcji. Tymczasem jest to jedynie przepis upoważniający do wydania rozporządzenia, którego zakres powinien być zgodny z § 63 ZTP. W przepisach upoważniających wskazuje się organ właściwy do wydania rozporządzenia, rodzaj aktu, zakres spraw przekazywanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące jego treści.

Art. 72 uoze formalnie spełnia te wymogi – rozporządzenie ma być wydawane cyklicznie przez Radę Ministrów, określać maksymalną ilość i wartość energii, która może zostać zaoferowana w drodze aukcji. Przepis zawiera też pewne wytyczne – choć omówienie poziomu ich szczegółowości i precyzji wymagałoby osobnego opracowania.

Jednak ustawodawca nadał mu także funkcję przepisu merytorycznego, na podstawie którego należy ustalić ilość aukcji oraz krąg podmiotów upoważnionych do wzięcia udziału w poszczególnych aukcjach, choć przepis upoważniający funkcji takiej nie powinien pełnić. Wskazują na to liczne odwołania do określonego w art. 72 uoze typu instalacji odnawialnego źródła energii (m.in. art. 39 ust. 1–4, art. 73 ust. 3 i 6, art. 77 ust. 2–4, art. 79 ust. 3 pkt 5 uoze i in.). Jedynie nieliczne odwołania nawiązują do rzeczywistej i prawidłowej funkcji art. 72 jako przepisu upoważniającego (art. 73 ust. 5, uoze). Ponadto ustawodawca raz posługuje się odwołaniem do „energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, o której mowa w art. 72” (np. art. 77 ust. 4 uoze), raz do „energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, wytworzonej w instalacji, o której mowa w art. 72” (np. art. 78 ust. 3 uoze), wreszcie do „wytwórcy, o którym mowa w art. 72” (np. art. 82 ust. 1 uoze).

W konsekwencji ustawodawca zastosował także odwołania, które można ocenić jako niespełniające podstawowych standardów zakreślonych z ZTP. Przykładowo odwołanie w art. 78

ust. 3 uoże pozbawione jest treści normatywnej. Ustawodawca formułuje tu dodatkową przesłankę, która musi być spełniona w celu dopuszczenia do udziału w aukcji, tj. ustanowienia określonego w ustawie zabezpieczenia. Wystarczające byłoby zaznaczenie, że „W aukcji mogą wziąć udział wytwórcy [którzy ustanowią zabezpieczenie]”. Ogólne odwołanie do art. 72 uoże jest niepotrzebne, bo oznacza w istocie wskazanie wszystkich typów źródeł, które mogą zostać w aukcji zgłoszone.

2. Typy aukcji

Przepis merytoryczny powinien możliwie bezpośrednio i wyraźnie wskazywać kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować (§ 25 ust. 1 ZTP). Ustawodawca nie bez przyczyny wprowadza rozróżnienie – art. 72 uoże jest znakomitym przykładem tego, że zasady redagowania przepisów merytorycznych i upoważniających są odmienne, a pominięcie tych różnic prowadzi wprost do trudności interpretacyjnych. W szczególności utrudnia to stwierdzenie, jaka jest treść normatywna przepisu podstawowego, co w skrajnym przypadku może narazić na zarzut niekonstytucyjności danej regulacji.

Do art. 72 uoże trzeba się odwołać, aby ustalić ile rodzajów aukcji będzie przeprowadzanych. Zostało to przedstawione na przykładzie aukcji podstawowej, choć wyróżnić można jeszcze aukcję uzupełniającą, o której mowa w art. 80 ust. 4 i nn. uoże.

W art. 73 ust. 4 uoże ustawodawca, w dość przejrzysty sposób, wskazał, że aukcje przeprowadza się oddzielnie dla instalacji o łącznej mocy zainstalowanej (i) nie większej niż 1 MW oraz (ii) większej niż 1 MW. Można je uznać za dwa typy aukcji. Treść przepisu jest zwięzła i nie zawiera zbędnych odwołań. Nie jest zrozumiałe, dlaczego w tej jednostce redakcyjnej nie zostały wymienione pozostałe typy aukcji.

Zgodnie z poprzedzającym ust. 3 „Prezes URE przeprowadza odrębne aukcje na sprzedaż energii elektrycznej wytwarzanej w instalacjach odnawialnego źródła energii, o których mowa w art. 72”. Już na wstępie zwraca uwagę posłużenie się w obu jednostkach redakcyjnych odmiennymi, choć bliskoznacznymi zwrotami „odrębnie” i „oddzielnie”. Podążając za odwołaniem należy w treści art. 72 zidentyfikować poszczególne typy instalacji OZE. Mogą to być⁹:

- 1) instalacje o stopniu wykorzystania mocy zainstalowanej mniejszym niż 4000 MWh/MW/rok oraz nie mniejszym niż 4000 MWh/MW/rok (2 typy);
- 2) instalacje, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie rozdziału 4 uoże (w zw. z art. 71 ust. 1 i w zw. z art. 42 ust. 1 pkt 1 uoże);
- 3) instalacje zmodernizowane po dniu wejścia w życie rozdziału 4 (w zw. z art. 71 ust. 1 i w zw. z art. 42 ust. 1 pkt 2 uoże);
- 4) instalacje, w których energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy po dniu zamknięcia aukcji;
- 5) instalacje zmodernizowane po dniu wejścia w życie rozdziału 4, dla których wytwórcy nie musieli składać deklaracji o przystąpieniu do aukcji.

Przy tym przesłankę stopnia wykorzystania mocy zainstalowanej można zastosować do każdego z typów aukcji wymienionych w punktach 2–5. Uwzględniając dyspozycję art. 73 ust. 4 uoże, daje to kilka kombinacji od czterech do szesnastu podstawowych typów aukcji. O ich rzeczywistej liczbie można będzie dowiedzieć się, jak można się spodziewać, dopiero z regulaminu aukcji,

⁹ Dla uproszczenia pominię mikroinstalacje, o których mowa w art. 41 ust. 1 pkt 2, jako, że nie ma to wpływu na poprawność przedstawionego rozumowania.

o którym mowa w art. 78 ust. 8 uoaze, choć nie będzie się to mieściło w granicach upoważnienia zamieszczonego w art. 78 ust. 9 uoaze.

Można twierdzić, że błąd wynika z niezachowania przez ustawodawcę systematyki aktu prawnego. ZTP nie wskazuje co prawda w ścisły sposób, gdzie powinny być umieszczone przepisy upoważniające. Nie ulega jednak wątpliwości, że przepisy te służą uszczegółowieniu, w dozwolonym zakresie, spraw uregulowanych w przepisach prawa materialnego. Stąd właściwą techniką legislacyjną byłoby, w ocenie autora, umieszczenie w uoaze najpierw przepisu podstawowego wskazującego na typy aukcji, a dopiero w dalszej kolejności przepisu upoważniającego Radę Ministrów do określenia maksymalnej ilości i wartości energii dla każdego z tak ustalonych typów aukcji. Przepisowi podstawowemu można by również nadać taką systematykę, by ewentualne odwołania do jego treści były przejrzyste i pozwalały na ustalenie bez zbędnych wątpliwości, o jaką część przepisu w istocie chodzi. Uprościłoby to również strukturę przepisu upoważniającego, który mógłby zasadniczo brzmieć: „Rada Ministrów określa, w drodze rozporządzenia, maksymalną ilość i wartość energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii na następny rok kalendarzowy, odrębnie dla każdego z typów aukcji, o których mowa w art. [...], biorąc pod uwagę [...]”.

V. Cenne poprawki Senatu

Właściwym będzie zaznaczenie, że mimo licznych wskazanych wcześniej błędów czy nieścisłości, ustawodawcy udało się uniknąć szeregu odstępstw od reguł techniki prawodawczej. Przykładowo, przyjęta poprawka nr 41 (druk senacki 817z) pozwoliła umieścić przepis, który ma charakter przejściowy (obecnie art. 194 uoaze), we właściwej części ustawy (§ 15 ZTP), podczas gdy pierwotnie był on zamieszczony pośród przepisów merytorycznych.

Również Senat, zgodnie z postulatem autora zgłoszonym projektodawcy, usunął lukę legislacyjną, jaka zaistniałaby pomiędzy momentem, w którym ustałby obowiązek sprzedawcy z urzędu do zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych po cenie urzędowej a momentem, w którym analogiczny obowiązek zaczął wiązać sprzedawcę zobowiązanego (obecnie prawidłowa redakcja art. 196 uoaze).

Gwoli ostatniego przykładu, Senat uporządkował treść art. 77 ust. 2 pkt 2 uoaze, w którym wskazana została kwota 239,83 zł za MWh brana pod uwagę przy wyznaczaniu ceny referencyjnej na potrzeby aukcji dla istniejących instalacji. Senat wykreślił – stosownie do § 11 ZTP – fragment, który nie służył wyrażeniu normy prawnej, a uzasadnieniu sformułowanej normy.

VI. Podsumowanie

Przedstawione przykłady nie wyczerpują listy zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne na gruncie redakcji postanowień uoaze. Stwierdzone błędy i niedoskonałości mają różny ciężar gatunkowy. W konsekwencji różny może być ich wpływ na możliwość niezakłóconego wdrożenia nowych i zmodyfikowanych instrumentów wsparcia rozwoju energetyki odnawialnej w Polsce. Część omówionych przypadków w sposób jednoznaczny wymaga korekty i interwencji ustawodawcy. Mając na względzie zapowiedzianą już nowelizację uoaze, możliwe jest, że ustawodawca usunie przynajmniej te błędy, które – w razie ich pozostawienia w ustawie – mogłyby doprowadzić do stwierdzenia niekonstytucyjności regulacji lub jej fragmentów. Ze względu na skalę

przewidywanych nakładów inwestycyjnych, taka nowelizacja mogłaby mieć wymierny wpływ na zapewnienie bardziej przejrzystego otoczenia regulacyjnego dla uczestników rynku energetyki odnawialnej.

Gdyby jednak zabieg ten miał się nie powieść, należy postulować przeprowadzenie w kolejnym kordku dedykowanej analizy konstytucyjności uoaze w oparciu o wzorce kontroli wypracowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz w doktrynie, w szczególności z uwagi na zakres kompetencji, jakie ustawa ta przyznaje organom administracji publicznej.

Zachęcając Czytelników do dalszej refleksji nad standardami należytej legislacji, których przejawy niejednokrotnie trudno dostrzec w uoaze, można przytoczyć na koniec rozumienie postulatu przejrzystości redagowanych przepisów przez jednego z członków Komisji Nadzwyczajnej Sejmu do spraw energetyki i surowców energetycznych. W toku prac nad OZE legislatorzy sejmowi wielokrotnie wskazywali na potrzebę usuwania fragmentów tekstu, które powtarzały jedynie brzmienie wcześniejszych przepisów i nie wносиły do ustawy nowej treści normatywnej. Komentując intencję legislatora, poseł ów stwierdził, że „intencja jest na przykład taka, żeby farby drukarskiej było mniej”¹⁰. Można argumentować, że stwierdzenie to miało charakter żartobliwy, jednak aktualna treść uoaze wydaje się bronić powagi cytowanej wypowiedzi.

¹⁰ Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw energetyki i surowców energetycznych (nr 47), 16.12.2014 r.