

Jak rozumieć pojęcie modernizacji

Przepisy ustawy o odnawialnych źródłach energii przewidują wprowadzenie nowego systemu wsparcia dla energii wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii – systemu aukcyjnego. Pierwotnie zakładano, że system aukcyjny rozpocznie działanie już od 1 stycznia 2016 r., jednak na skutek nowelizacji ustawy o OZE z 29 grudnia 2015 r. termin ten uległ przesunięciu na 1 lipca 2016 r. W zamyśle ustawodawcy postępowanie aukcyjne docelowo ma całkowicie zastąpić obecnie funkcjonujący system tzw. zielonych certyfikatów. System aukcyjny będzie jedyną ustawową formą wsparcia dla instalacji OZE powstałych po dniu 1 lipca 2016 r. lub po tym dniu zmodernizowanych¹. Mimo, iż upłynął już ponad rok od uchwalenia ustawy, nadal wiele jej przepisów budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. W niniejszym artykule skoncentrowano się na problemach jakich może dostarczać rozumienie pojęcia zmodernizowanej instalacji odnawialnego źródła energii, w nowym systemie aukcyjnym.

Czym jest „modernizacja”?

W ustawie o OZE brak jest normatywnej definicji pojęcia „modernizacja”. Pojęcie to ma zaś istotne znaczenie z kilku powodów. Najważniejszy wydaje się ten, że instalacje OZE „zmodernizowane” po 1 lipca 2016 r. zasadniczo utracą prawo do partycypowania w systemie zielonych certyfikatów, natomiast ich udział w systemie aukcyjnym będzie obwarowany spełnieniem szeregu wymogów ustawowych, które *de facto* wiele instalacji mogą z aukcji wykluczyć warunkowany spełnieniem (m.in. wysokość nakładów poniesionych na modernizację nie będzie mogła być mniejsza niż 30% wartości początkowej instalacji). Dodatkowo w przypadku takich instalacji w aukcji będzie można zaoferować tylko część wytworzonej w nich energii. W kontekście tak daleko idących konsekwencji pierwszorzędного znaczenia nabiera ustalenie, co ustawodawca „miał na myśli” mówiąc o „zmodernizowanych” instalacjach.

Wobec braku ustawowej definicji pojęcia „modernizacji” racjonalna wydaje się próba ustalenia znaczenia tego terminu w oparciu o jego powszechnie przyjęte, „słownikowe” znaczenie. W tym kontekście „modernizację” należałoby rozumieć jako „unowocześnienie” instalacji. W praktyce jednak precyzyjne ustalenie, na czym dokładnie takie „unowocześnienie” miałyby polegać nie jest proste.

W świetle definicji zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy o OZE instalację OZE należy rozumieć jako pewien wyodrębniony zespół urządzeń służących do wytwarzania energii i wyprowadzania mocy. Wobec przytoczonych powyżej wątpliwości co do zakresu pojęcia modernizacji pojawia się pytanie, czy np. każde prace polegające na wymianie któregośkolwiek z urządzeń lub jego części, składającego się na instalację OZE na nowe będzie modernizacją? Wymiana urządzeń z reguły będzie w jakimś stopniu usprawniała działanie instalacji, a tym samym ją unowocześniała. W szerszym jednak znaczeniu nie musi ono mieć zauważalnego znaczenia dla działania instalacji (nie wpłynie bowiem bezpośrednio na jej sprawność, moc wytwórczą, technologię wytwarzania). Przykładowo, czy wymiana urządzeń AKPiA lub wykonanie nowej stacji zrzutowej w jednostce biomasowej będzie traktowane jako modernizacja tej instalacji? Z

¹ Nie licząc krótkiego okresu przejściowego (do końca 2016 r.), w którym zmodernizowane po 1 lipca 2016 r. instalacje będą mogły jeszcze występować o zielone certyfikaty.

jednej strony wskazane prace można traktować jako unowocześnienie jednego z elementów instalacji, z drugiej strony trudno się z pogodzić z tym, by zrównywać ich znaczenie z takimi działaniami przy elementach jednostki, uczestniczących bezpośrednio w procesie wytwarzania energii, jak np. wymiana kotła czy turbiny.

Ustawodawca nie pomaga rozstrzygnąć powyższych wątpliwości. Nie definiując, czym jest modernizacja w rozumieniu ustawy o OZE w zasadzie zrównuje bowiem prace drobne – których znaczenie dla procesu i technologii samego wytwarzania energii może być marginalne, z tymi których wpływ jest zasadniczy. Trudno bowiem z ustawy o OZE wywieść istnienie kryterium wartościowego, które pozwalałoby ustalić wysokość, od której nakłady na instalację można by uznać za modernizację. Nie ma też zasadniczo normatywnych podstaw by jednoznacznie rozstrzygnąć, w jaki sposób ustawodawca łączy pojęcie modernizacji z jej wpływem na działanie instalacji.

Z art. 74 ust. 2 ustawy o OZE wynika, iż w aukcji nie będą mogły wziąć udziału instalacje zmodernizowane m.in. jeżeli:

- wynikiem modernizacji nie będzie przyrost mocy²;
- nakłady na modernizację wyniosą mniej niż 30% wartości początkowej instalacji.

Niektórzy ze wspomnianej regulacji próbują wywieść definicję modernizacji instalacji OZE, przyjmując, iż modernizacją w rozumieniu ustawy o OZE są tylko takie prace, które skutkują przyrostem mocy oraz wiążą się z poniesieniem nakładów w ww. wysokości. Taki pogląd wydaje się jednak nie do obrony. Wspomniany przepis art. 74 ust. 2 ustawy o OZE wymienia bowiem jedynie warunki, które muszą być spełnione aby wytworzona w zmodernizowanej instalacji energia mogła zostać sprzedana na aukcji. Oznacza to, że kryteria opisane w tym przepisie wyznaczają granice „kwalifikowanej” postaci modernizacji (tzn. takiej, która umożliwia skuteczne zgłoszenie instalacji do aukcji), a nie mają służyć zdefiniowaniu samego pojęcia.

Na podstawie przepisów ustawy o OZE nie sposób zatem ustalić precyzyjnego znaczenia terminu modernizacja. Trudno w tym zakresie posłkować się też regulacjami innych ustaw, albowiem w żadnej z nich wskazane pojęcie nie zostało zdefiniowane w sposób, który pozwalałby je odnosić do przepisów normujących różne dziedziny prawa. W szczególności definicji takiej nie zawierają przepisy regulujące proces inwestycyjno-budowlany ani przepisy dotyczące rachunkowości (te ostatnie modernizację wymieniają jedynie jako jeden ze sposobów ulepszenia środka trwałego).

Konsekwencją opisanego wyżej zamętu interpretacyjnego może być absurdalna sytuacja, w której prace o wartości kilkunastu czy kilkudziesięciu tysięcy złotych, poczynione w instalacji wartej kilkaset milionów złotych, spowodują, że instalacja ta (jako zmodernizowana) nie będzie mogła uczestniczyć w systemie wsparcia (np. z uwagi na fakt, że skutkiem tych prac nie będzie wymagany przez ustawę przyrost mocy).

² Wymóg ten nie dotyczy części zmodernizowanych instalacji – wymienionych w art. 74 ust. 3 ustawy o OZE.

Udział w aukcji zmodernizowanych instalacji?

Zasadą jest, że wytwórca energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, który zamierza przystąpić do aukcji, podlega procedurze oceny formalnej przygotowania do wytwarzania energii elektrycznej w danej instalacji. Procedura taka kończy się wydaniem zaświadczenia o dopuszczeniu do udziału w aukcji, które stanowi urzędowe potwierdzenie o możliwości wzięcia udziału w aukcji. Dotyczy to przede wszystkim instalacji „nowych” – tzn. takich, w których energia zostanie wytworzona po raz pierwszy po dniu 1 lipca 2016 r.

Bardziej złożoną sytuacją prawną objęte będą jednak instalacje, w których energia zostanie wytworzona po raz pierwszy do końca pierwszego półrocza 2016 r. oraz takie, które zostaną zmodernizowane po dniu 1 lipca 2016 r.. Wytwórcy takiej energii będą mogli przystąpić do aukcji w oparciu o złożoną przez siebie deklarację przystąpienia do aukcji, co zwolni ich z obowiązku przechodzenia tzw. procedury prekwalfikacji. Nadmienić przy tym jednak trzeba, że żaden przepis ustawy o OZE nie zabrania takim wytwórcom przystąpienia do „standardowej” procedury, która kończy się wydaniem zaświadczenia o dopuszczeniu do udziału w aukcji. Wytwórcy tacy będą mieli wybór – czy skorzystać z szybszego i prostszego sposobu (złożenie deklaracji), czy też przejść pełną procedurę prekwalfikacji.

Racjonalne wydaje się założenie, że instalacje już istniejące oraz zmodernizowane powinny mieć ułatwione warunki uczestnictwa w aukcji. W przypadku takich instalacji (ponieważ już funkcjonują i wytwarzają energię), prekwalfikacja mogłaby zatem zostać uznana za zbędną formalność. Trzeba jednak zauważyć, że w takiej sytuacji ciężar dokonania oceny, czy instalacja OZE po dniu 1 lipca 2016 r. była poddawana modernizacji przeniesiony został całkowicie na jej wytwórcę. Jeżeli po tej dacie wykonywał on bowiem jakiegokolwiek prace przy urządzeniach składających się na instalację OZE musi on zdecydować samodzielnie, czy były one modernizacją. Zauważyć wszak należy, że w ramach ustawy o OZE brak jest specjalnych instrumentów, które umożliwiłyby (np. Prezesowi URE) kontrolę zgodności deklaracji ze stanem faktycznym. Składając deklarację o przystąpieniu do aukcji wytwórca niejako sam poświadcza, iż spełnia warunki umożliwiające mu „ominięcie” procedury oceny formalnej. Jest to rozwiązanie ryzykowne, ponieważ – jak wyżej opisano – nieścisłości znaczeniowe mogą występować już na poziomie dotyczącym zupełnie podstawowych dla ustawy o OZE pojęć, takich jak modernizacja instalacji.

Jeżeli zatem wytwórca złoży deklarację o przystąpieniu do aukcji (w domyśle uzna, iż wykonana modernizacja spełnia ustawowe kryteria) – regulator do zakończenia aukcji nie będzie mógł zweryfikować jego stanowiska, ponieważ nie dysponuje żadnymi instrumentami umożliwiającymi mu takie działanie.

Oznacza to, że ciężar i ryzyko błędnej kwalifikacji w całości obciąża wytwórcę energii. Można to określić jako swoistą nielojalność ustawodawcy, który z jednej strony w ustawie o OZE sam unika zdefiniowania trudno uchwytneho pojęcia modernizacji (pomimo iż na etapie procesu legislacyjnego wielokrotnie wskazywano na potrzeby wprowadzenia takiej definicji), natomiast z drugiej strony oczekuje, iż wytwórca sam będzie w stanie (nie mając w tym zakresie żadnych wytycznych) ustalić jego znaczenie. Sytuacja taka jest dla wytwórcy tym bardziej dotkliwa – i w zasadzie nie pozostawia mu pola do jakiegokolwiek pomyłki – że w przypadku złożenia

oświadczenia niezgodnego z prawdą może on podlegać odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń (art. 79 ust. 3 pkt 5 ustawy o OZE)

Rozpatrując z kolei drugą z możliwych sytuacji, tj. przystąpienie przez wytwórcę do procedury prekwalfikacji (ustawodawca nie wyklucza takiej możliwości), uznać należy, że również w takim przypadku regulator ma jedynie ograniczone możliwości dokonania oceny zakresu wykonanych przy instalacji prac, pod kątem tego czy będą one stanowiły modernizację. Wynika to m.in. z przewidzianego w ustawie zamkniętego katalogu dokumentów, które podmiot zgłaszający chęć uczestniczenia w aukcji powinien przedłożyć wraz z wnioskiem o wydanie zaświadczenia uprawniającego do udziału w aukcji (m.in. prawomocne pozwolenie na budowę, jeżeli jest ono wymagane na podstawie przepisów prawa budowlanego). Dokumenty te stanowią przede wszystkim decyzje administracyjne uzyskiwane w procesie inwestycyjno-budowlanym. Modernizacja instalacji OZE nie musi się jednak wiązać z koniecznością wykonania robót budowlanych wymagających uzyskania takich zezwoleń. Zresztą nawet jeśli będzie, jak wskazano już wcześniej, przepisy prawa budowlanego nie posługują się pojęciem modernizacja. W pozwoleniu na budowę prace te zostaną zakwalifikowane jako np. remont, przebudowa lub rozbudowa określonego obiektu budowlanego. Trudno zatem przewidzieć jakimi przesłankami będzie kierował się Prezes URE przy ocenie czy wspomniane prace powinny zostać uznane za modernizację czy nie.

Konieczne zmiany w ustawie

Wejście w życie ustawy o OZE zostało odroczone o pół roku w stosunku do pierwotnego terminu (1 stycznia 2016 r.). Jednocześnie z zapowiedzi Ministerstwa Energetyki wynika, iż w ustawie mają być wprowadzone głębsze (niż tylko „techniczne”) zmiany. Na chwilę obecną nic jednak nie wskazuje, aby miało nastąpić odejście od systemu aukcyjnego jako mechanizmu wsparcia produkcji odnawialnej energii, zastępującego dotychczasowy system świadectw pochodzenia. Jest zatem prawdopodobne, iż ustawa o OZE (po zmianach) nadal będzie ustanawiała różne reżimy prawne dla instalacji „nowych” i „zmodernizowanych”.

Wątpliwości związane z omówionymi wyżej zagadnieniami przekładają się na konkretne problemy branży producentów energii z OZE. Stan niepewności prawnej w zasadzie uniemożliwia jakiegokolwiek racjonalne planowanie zamierzeń inwestycyjnych dotyczące nie tylko przyszłych, ale tej już istniejących instalacji. Już w chwili obecnej wytwórcy muszą bowiem rozstrzygać, czy planowane inwestycje będą kwalifikowane jako modernizacja instalacji OZE. Ich błędna ocena w tym zakresie może mieć daleko idące konsekwencje, m.in. „wypadnięcie” z systemu wsparcia – a w szczególnych sytuacjach nawet odpowiedzialność karna. Podkreślić przy tym należy, że niejasności związane z terminem „modernizacja” powstają nie tylko w opisywanym kontekście. Przykładowo, przedstawiciele branży wiatrowej szczególnie zwracają uwagę na wątpliwości co do tego, czy modernizacją instalacji OZE będzie rozbudowa farm wiatrowych (przyłączonych w jednym miejscu do sieci) o kolejne jednostki wytwórcze.

Usunięcie lub choćby zminimalizowanie wątpliwości zasygnalizowanych w artykule wymagałoby wprowadzenia definicji modernizacji do ustawy o OZE, albo chociaż stworzenia mechanizmu umożliwiającego wytwórcom uzyskanie urzędowego stanowiska, które jeszcze przed przystąpieniem do prac przesądzałoby, czy dane prace stanowią modernizację

w rozumieniu ustawy o OZE, czy też taką modernizacją nie są. Rozstrzygnięcia takie mogłyby być wzorowane na interpretacjach podatkowych, a kompetencja do ich wydawania mogłaby zostać przyznana np. Prezesowi URE lub Ministrowi Energetyki. Wprowadzenie takiego rozwiązania przywróciłoby możliwość racjonalnej oceny konsekwencji działań inwestycyjnych wytwórców OZE. Uchwalone przepisy nie gwarantują im bowiem poczucia bezpieczeństwa prawnego, które stanowi fundament prowadzenia działalności gospodarczej.

Autorzy:

Wojciech Andrzejewski, wspólnik radca prawny Kancelarii Prawnej Piszcz, Norek i Wspólnicy
Piotr Szwechłowicz, prawnik, Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy