

## Zastrzeżenia do Umowy o współpracę

Założenia Regulaminu Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie "Rozświetlamy Polskę"

- *Cel Inwestycji – poprawa efektywności energetycznej przez obniżenie energochłonności oświetlenia, o którym mowa w art. 3 pkt 22 i w art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2022 r. poz. 1385, z późn. zm.), poprzez redukcję mocy opraw świetlnych o co najmniej 50%;*
  - *Inwestycja – zadanie inwestycyjne planowane do realizacji przez Wnioskodawcę i następnie realizowane przez Beneficjenta, określone w umowie/umowach o realizację Inwestycji zawartej/zawartych z Wykonawcą/Wykonawcami Inwestycji wybranym/wybranymi w wyniku przeprowadzonego Postępowania zakupowego;*
  - *Ostateczna wartość Inwestycji – całkowita łączna wartość Inwestycji ustalona w wyniku Postępowania zakupowego wynikająca z umowy/umów zawartej/zawartych z Wykonawcą/Wykonawcami;*
  - *Beneficjent – gmina lub związek międzygminny, którym zostało przyznane Dofinansowanie z Programu i udzielona została Promesa;*
  - *Wykonawca – podmiot realizujący Inwestycję, w tym dostawca, wybrany w Postępowaniu zakupowym.*
  - *Dofinansowanie z Programu nie obejmuje kosztów nabycia praw do gruntu, na którym ma być realizowana Inwestycji (§ 5 ust3 )*
  - *§5 ust 6. Instalowane oprawy oświetleniowe muszą gwarantować możliwość zdalnego sterowania bez dodatkowej modyfikacji oprawy i jednocześnie posiadać łącznie certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i.*
  - *§5 ust 7. Wymagany okres gwarancji dla zabudowanych opraw oświetleniowych wynosi co najmniej 60 Miesiący (zatem dodatkowa umowa na usługę eksploatacji (napraw, konserwacji oraz remontów jest zbędna w tym zakresie)*

Z analizy zapisów Regulaminem Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie "Rozświetlamy Polskę" (dalej zwany Regulaminem) wynika, że do skorzystania z programu na „obcym majątku” konieczne jest posiadanie przez wnioskodawcę (gminę) tytułu prawnego do "dysponowania urządzeniami objętymi wnioskiem o dofinansowanie" - § 2. pkt 22) Regulaminu.

Przedstawiona przez ENEA Oświetlenie Sp. o.o. w Szczecinie *umowa o współpracy* nie stanowi o przyrzeczeniu spółki do udostępnienia majątku oświetleniowego do realizacji inwestycji, a jedynie stanowi o zobowiązaniu do związania się umowami ze spółką energetyczną (na zasadzie braku dowolności) w dużo szerszym zakresie niż przewiduje to Program, na warunkach przedstawionych w nienegocjowalnych umowach, a mianowicie:

„Strony wyrażają wole zawarcia umów opisanych w paragrafie 1, to jest:

- 1. Umowy dzierżawy (założenie odpłatności na rzecz spółki za przekazanie prawa do dysponowania urządzeniami do wymiany), w której Gmina wymieni oprawy (często stare i niesprawne) na nowe, których jako beneficjent środków będzie właścicielem (nowowymienionych opraw) - bez wskazania szczegółowych zapisów teje umowy
- 2. Umowy wykonania usługi wymiany opraw – „gmina zleci spółce w zamówieniu z wolnej ręki” (mimo braku podstaw do zastosowania tryby z art. 214 ust 1 pkt 1 PZP)

- 3 umowy na usługi eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego (stanowiącej własność Spółki i Gminy – w części nowych opraw – ponownie ma to nastąpić w trybie bezprzetargowym - zapis „gmina zleci spółce w zamówieniu z wolnej ręki” )

Zaproponowane zapisy nie stanowią przyrzeczenia udostępnienia majątku oświetleniowego do realizacji Programu (uzyskania i utrzymania przez gminę tytułu prawnego do dysponowania oprawami w trakcie trwałości projektu), a jedynie zobowiązanie Gminy do zawarcia wątpliwych prawnie, z punktu widzenia interesu Gmin, trzech różnych umów, bez określenia istotnych postanowień (cena, obowiązki stron), narażając Gminy na dodatkowe zobowiązania.

Mając na uwadze dotychczasową współpracę i proponowane Gminom warunki umowne przez podmiot energetyczny (ENEA Oświetlenie), które w konsekwencji zakładały jedynie modernizację po zwiększeniu majątku spółki (zysk spółki) kosztem majątku gminy, brak możliwości negocjacji treści warunków umów proponowanych gminom przez spółkę, także zaproponowana umowa o współpracę zmierza jedynie do zmodernizowania majątku spółki energetycznej staraniem i kosztem Gmin.

W przypadku gdy instalacja oświetleniowa stanowi własność zakładu energetycznego, gmina nie jest w żaden sposób uprawniona do ponoszenia nakładów ze środków własnych na modernizację punktów świetlnych niebędących jej własnością. W świetle obowiązujących przepisów finansowanie przez gminę ze środków własnych modernizacji oświetlenia ulicznego, w przypadku gdy właścicielem instalacji jest zakład energetyczny, jest niezgodne z prawem. Również przekazanie zmodernizowanego urządzenia bez odpowiedniego ekwiwalentu stanowi nadużycie.

Do chwili obecnej Gminy nie otrzymały projektu umowy „dzierżawy”. W odpowiedzi natomiast na zgłoszone wątpliwości prawne Gminy nie otrzymały merytorycznej odpowiedzi a jedynie zarzucono im brak woli do współpracy.

Gmina, przed zobowiązaniem się do zawarcia umowy, winna mieć możliwość zweryfikowania zapisów umownych stanowiących o skutkach zawartej umowy dzierżawy pod kątem jej legalności, gospodarności i celowości, mając zwłaszcza na uwadze treść stanowiska Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych z dnia 25 kwietnia 2008 roku w sprawie finansowania oświetlenia dróg publicznych przez gminy, w szczególności umowa powinna uwzględniać "zasady wzajemnych rozliczeń poczynionych nakładów inwestycyjnych"(fragment przywołanego stanowiska KRRIO).

Dodatkowo zaznaczyć należy, że tytuł prawny do dysponowania majątkiem na potrzeby Inwestycji gmina jest zobowiązana posiadać na moment ogłoszenia postępowania na podstawie Prawa zamówień publicznych i zlecenia wykonawcy montażu nowych lamp. Z tego powodu konieczność zawarcia takiej umowy o współpracy jest błędnie uzasadniana przez Spółkę warunkami realizacją projektu. Umowa nie spełnia celu dla którego została zaproponowana – realizację zadania w zakresie zaopatrzenia Gminę w energię elektryczną – bowiem żaden z zapisów nie stanowi przyrzeczenia Spółki do udostępnienia swojego majątku na cel inwestycji, zatem przedstawioną umowę w swej treści uznać należy za zbędną dla inwestycji objętej Programem.

Dla realizacji Programu zgodnie z jego celem uzasadnionym byłoby nabycie od spółki prawa do infrastruktury oświetleniowej, dla której dedykowany jest Program Inwestycji Strategicznych Rządowego Funduszu Polski Ład, w celu zmodernizowana przez Gminę własnym kosztem i staraniem. Część opraw które są nieenergooszczędne i Spółka odmawia ich naprawy (często są wyłączane z sieci jako niesprawne – jako nienadające się do dalszej eksploatacji są fizycznie odcinane od sieci - mogłaby

jako wydzielona części majątku należącego do ENEA Oświetlenia znajdującego się na terenie danej Gminy przekazana według cen stosownie do jego stopnia zużycia.

**Nabycie możliwe jest w drodze nieodpłatnego przekazania całości instalacji oświetleniowej na rzecz gminy lub w drodze sprzedaży według aktualnej wartości, po jej ustaleniu przez niezależnego rzeczoznawcę, przy uwzględnieniu stanu technicznego oraz stopnia zużycia infrastruktury oświetleniowej.**

Końcowo zgłaszam propozycje zmian i uwagi do przesłanego projektu umowy o współpracy:

1. nieodpłatna formą prawną uzyskania prawa do dysponowania tytułem prawnym do infrastruktury – proponowana umowa użyczenia (zamiast dzierżawy). W §1 pkt 1.1 proponuje się dodać zapis: "Mając na uwadze równość stron niniejszej umowy, treść umowy dzierżawy uwzględni zasady wzajemnych rozliczeń poczynionych nakładów inwestycyjnych – ekwiwalentność świadczeń obu stron, z poszanowaniem zarówno interesu Spółki, a także Gminy, mając na względzie obowiązujące przepisy w tym o finansach publicznych, oraz poszanowanie naczelnych norm prawnych w zakresie gospodarowania pieniędzmi publicznymi - gospodarności, celowości oraz legalności, do których respektowania Gmina jest zobowiązana.

2. Odnośnie §1. pkt 1.2 - Gmina nie znajduje przesłanek obiektywnych do zastosowania w postępowaniu o wyłonienie wykonawcy usługi wskazanego przez Spółkę trybu udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. **Tryb** ten całkowicie wyłącza konkurencję, dlatego **wolno** go zastosować, wyłącznie w sytuacjach dopuszczonych ustawą **Pzp** (katalog z art. 214 Prawa zamówień publicznych).

Spółka oświetleniowa nie przedstawiła uzasadnienia z powołaniem na rzeczywiste przesłanki do zastosowania wymaganego przez siebie trybu. Gminy nie znajdują w obecnej sytuacji obiektywnych podstaw ani uzasadnienia do zastosowania tego trybu. Wnioskuje się więc o wykreślenie punktu w całości. Oczywiście Spółka może nie zgodzić się na przeprowadzenie inwestycji na swoim majątku, jednak - co należy podkreślić – odpowiedzialność za przeprowadzenie prawidłowego postępowania spoczywa na Inwestorze to do zamawiającego (Gminy) należy decyzja w zakresie wyboru trybu i przeprowadzenie procedury zmierzającej do wyłonienia wykonawcy.

3. Wnioskujemy o wykreślenie §1 pkt 1.3 w całości. Podobnie jak § 1.pkt 1.2 zapis ten nie jest wymagany przez regulamin programu i nie ma konieczności regulowania kwestii usługi polegającej na eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego w tym porozumieniu. Osobną sprawą pozostaje możliwość wyboru wykonawcy ww. usługi dla nowych opraw, które przynajmniej w okresie trwałości projektu będą własnością Gminy.

Zwrócić należy też uwagę na zapis z Regulaminu – „ §5 ust 7. Wymagany okres gwarancji dla zabudowanych opraw oświetleniowych wynosi co najmniej 60 Miesięcy”, zatem odrębna umowa w tym zakresie jest zbędna.

4. Zapis §2 umowy o współpracy jest niezgodny z §2. pkt 29) Regulaminu, stanowiący o tym, że "postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzące do wyboru Wykonawcy Inwestycji

[...] powinno być ogłoszone na cały objęty opisem Inwestycji zakres Wniosku o dofinansowanie", gdzie przez Wykonawcę, zgodnie z §2. pkt 54) Regulaminu rozumie się: "podmiot realizujący Inwestycję, w tym dostawca, wybrany w Postępowaniu zakupowym". Wedle tych zapisów Gmina nie ma możliwości ogłoszenia osobno postępowania na zakup opraw i osobno na ich wymianę. Dlatego też to Wykonawca będzie miał obowiązek instalacji dostarczonych przez siebie opraw oświetleniowych i to Wykonawca będzie musiał udzielić odpowiednio długiej gwarancji na zainstalowane oprawy i to on będzie odpowiadał za ich jakość, trwałość, wartości eksploatacyjne itp. na podstawie wymogów, które zostaną określone przez Gminę w trakcie wyłonienia wykonawcy.

Proponujemy usunięcie zapisu w całości, gdyż regulowanie obowiązków Wykonawcy względem Gminy jest nieuzasadnione i zbędne w treści porozumienia mającego dotyczyć uzyskania tytułu prawnego przez Gminę od Spółki w celu zrealizowania Inwestycji. Jak wspomniano powyżej temat ten będzie określony przez Gminę przy procedurze wyłonienia wykonawcy.

Data 14.09.2023 r.

Opracowała:

Izabela Kosińska

Radca prawny