

Opinia prawna

Celem Rządowego Funduszu Polski Ład, Programu Inwestycji Strategicznych w edycji 9 „Rozświetlamy Polskę”, jest obniżenie wielkości zużycia energii elektrycznej przez systemy oświetlenia drogowego na terenie Polski. Mechanizmem do osiągnięcia założonego celu ma być modernizacja istniejących nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych na nowoczesne, energooszczędne oświetlenie LED. Działanie to, niezależnie od tego kto jest właścicielem instalacji oświetleniowych, gmina czy Spółka oświetleniowa/OSD, oprócz poprawy efektywności energetycznej ma docelowo przynieść efekty w postaci:

- uzyskania oszczędności finansowych poprzez zmniejszenie zużycia energii elektrycznej przeznaczanej na cele oświetleniowe oraz zmniejszenia kosztów utrzymania (napraw) infrastruktury oświetleniowej,
- polepszanie jakości oświetlenia, w tym poprawy bezpieczeństwa i komfortu użytkowników, poprzez zastosowanie nowoczesnych opraw oświetleniowych,
- ochronę środowiska poprzez zmniejszenie emisji CO₂.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z zapisami art. 18 pkt 1 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne, do zadań własnych gminy należy planowanie i finansowanie oświetlenia znajdujących się na terenie gminy ulic, placów i dróg, a jedynym beneficjentem mogącym ubiegać się o dofinansowanie z Programu Inwestycji Strategicznych w edycji 9 „Rozświetlamy Polskę”, są gminy. Wyłącznie Gminy będą również beneficjentem przyszłych korzyści wynikających z realizacji Programu (modernizacji oświetlenia), co przełoży się wprost na niższe koszty zużywanej energii elektrycznej oraz niższe koszty utrzymania, eksploatacji i naprawy infrastruktury oświetleniowej. Zasadniczym problemem prawnym pozostaje zatem forma prawna udostępnienia majątku spółki ENEA S.A. dla Gminy Bobrowice. Wspomniany problem prawny wynika z projektowanej formuły udostępniania majątku przez spółkę ENEA S.A. Gminie i formalnego zakazu dokonywania inwestycji w obcym środku trwałym.

Trzeba mieć na uwadze, że stanowisko sformułowane w tej sprawie przez RIO w Zielonej Górze na zapytanie Zrzeszenia Gmin Województwa Lubuskiego nie ma wiążącego charakteru. Co więcej, stanowiska Izb się różnią - jako przykład wskazać można stanowisko Prezesa RIO w Lublinie, znak RIO-I-430/28/20 z dnia 1 lipca 2020 r., cyt. *„Nie budzi żadnych wątpliwości to, że gmina może ponosić nakłady, dokonywać wydatków, na swój, tj. będący jej własnością majątek, tak nieruchomy (grunty, budynki, budowle), jak i ruchomy (maszyny, urządzenia itp.). Ta wynikająca z prawa własności zasada, nie oznacza jednak, że gmina nie może niejako „inwestować” w mienie (majątek) nie będące jej własnością ale pozostające w jej dyspozycji. Przepisy art. 7 ustawy o samorządzie gminnym wskazują, że do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb lokalnej społeczności o publicznym charakterze. Jeżeli realizowane zadanie służy temu celowi, to kwestia sposobu jego realizacji pozostawiona jest do uznania władz danej jednostki samorządu terytorialnego. W tym zakresie możliwe jest wykonanie zadania na terenie należącym do innego podmiotu, ale udostępnionym gminie do dyspozycji na umownie określonych warunkach (tj. po nabyciu tytułu prawnego do nieruchomości przez gminę).”* Analogiczne

stanowisko zajęła Regionalna Izba Obrachunkowa w Szczecinie, wskazując jednak na zasadność i celowość oceny korzyści płynących z takiego przedsięwzięcia modernizacji oświetlenia dla danej jednostki samorządu terytorialnego.

Kluczowa zatem pozostaje kwestia umowy pomiędzy ENEA SA a Gminą dotycząca udostępnienia majątku spółki oświetleniowej Gminie.

Nie budzi wątpliwości, że zwrot w postaci wynagrodzenia za korzystanie na poziomie 15% nie stanowi równowartości nakładów poniesionych z budżetu.

W świetle wyjaśnień RIO zamieszczonych na stronie ZGWL jasnym jest również, że środki z Polskiego Ładu mają charakter środków publicznych i powinny być dochodzone przez gminy jako ich dochody trafiające do budżetu. Zatem w sytuacji akceptacji wynagrodzenia na poziomie 15% kwoty wydatkowanej na wymianę oświetlenia oznaczałoby że samorząd z pełną świadomością nie dochodzi należnych jemu i przezeń wydatkowanych środków publicznych.

Kolejny problem dotyczy tego, że Gmina nie może przy zastosowaniu ustawy PZP wybrać realizatora zadania i wykonawcy, gdyż de facto zmuszona jest każdorazowo po wykonaniu zadania modernizacji oświetlenia zlecić wyłącznie spółce ENEA SA w trybie ustawy o zamówieniach publicznych wykonanie usługi polegającej na eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego, tj. instalacji stanowiącej własność Spółki oraz wymienionych oprav, co ma zostać określone w odrębnej umowie. Można w tym zakresie rozważyć dokonanie rozeznania rynku celem ustalenia katalogu podmiotów będących w stanie zawrzeć umowy z gminami, jednak wykluczone w tym zakresie wydaje się być zamówienie z wolnej ręki, a zasadniczo powinien mieć zastosowanie tryb konkurencyjny tj. przetargowy, przy czym podstawowym założeniem w ogóle jest zachowanie kryteriów konkurencyjności. Oczywiście po dokonaniu rozeznania rynku i analizy zawartych już porozumień z ENEA SA można na nowo podjąć zagadnienie trybu w jakim postępowanie w ramach PZP powinno być prowadzone. Na marginesie warto wspomnieć o zastrzeżeniu regulaminowym dla projektów w kwestii wyboru wykonawcy w ramach „jednego postępowania”, co budzi pewne wątpliwości interpretacyjne. Warto więc zwrócić się o dokonanie wyjaśnień, czy też wprost wykładni tego zapisu, celem ustalenia czy chodzi wyłącznie o jedno postępowanie (a zatem sam stricte przetarg nieograniczony), czy też zwyczajnie o jedno zadanie bez podziału na części w myśl PZP.

Nierozwiązanym w przedłożonej propozycji problemem pozostaje również całościowe przerzucenie na jednostki samorządu terytorialnego ryzyka nieprawidłowej oceny spełnienia kryteriów celowości i oszczędności, biorąc pod uwagę w szczególności wysokość czynszu najmu, planowanych nakładów z własnych środków i oczekiwanego zwrotu nakładów w porównaniu z wysokością koniecznych własnych inwestycji w przypadku wyboru innego sposobu wykonania zadania modernizacji oświetlenia. Zgodnie z wytycznymi ENEA SA w programie Rozświetlamy Polskę dokonana faktycznie wymiana nazywana przez spółkę modernizacją punktów oświetleniowych na nowoczesne, energooszczędne oświetlenie LED oprócz poprawy efektywności energetycznej pozwoli jedynie na uzyskanie oszczędności finansowych poprzez zmniejszenie zużycia energii elektrycznej

przeznaczanej na cele oświetleniowe oraz zmniejszenie kosztów utrzymania (napraw) infrastruktury oświetleniowej. Nie gwarantuje natomiast gminom adekwatnych korzyści wynikających z faktu realnego wzrostu majątku spółki wskutek powtórnego przeniesienia własności nowych punktów świetlnych LED na jej rzecz przez konkretne gminy. Dlatego dokonana powinna być w tym zakresie w naszej ocenie analiza due diligence przez biegłego rewidenta lub audytora finansowego celem ustalenia czy płacony czynsz przez ENEA SA za poszczególne lata oraz uwzględniany czas amortyzacji inwestycji stanowi równoważnik realnego wzrostu przyszłego majątku spółki, który dokona się wskutek planowanych działań modernizacyjnych na bazie przyjętych 500 opraw oświetleniowych. Dopiero taka analiza pozwoliłaby na realną ocenę czy mamy do czynienia z równowagą stron i wzajemną kompensatą zysków w relacji do poniesionych nakładów.

Zielona Góra 06.08.2024r.

Radca Prawny Andrzej Skibiński

Radca Prawny Michał Zwolak