

Żary, dnia 07 sierpnia 2024 r.

Uwagi i zastrzeżenia dotyczące umowy dzierżawy i stanowiska Enea w przedmiocie realizowania przez Gminy Programu z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych w edycji 9. Rozświetlamy Polskę z jej udziałem.

Poniżej przedstawiam wnioski dotyczące zaproponowanych przez Spółkę Enea rozwiązań dotyczących realizacji inwestycji w zakresie modernizacji sieci oświetleniowej w ramach środków pozyskanych przez Gminy z Programu Inwestycji Strategicznych Rządowego Funduszu Polski Ład oraz własnych.

Analizę dokonano na podstawie dokumentów pozyskanych podczas spotkania z przedstawicielami ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. w szczególności projektów umów dzierżawy, prezentacji własnej Enea, proponowanych stawek, umowy o współpracę.

Opracowanie dotyczy najistotniejszych kwestii mogących budzić uzasadnione wątpliwości co do przyjęcia przez Gminy proponowanych przez Spółkę koncepcji i zakresu „współpracy”.

- I. naruszenie zasad wzajemnych rozliczeń nabytych i zainstalowanych urządzeń w przedmiocie dzierżawy
 - a) w umowie dzierżawy nieodpłatne przekazanie – właściciel sieci (wyzierżawiający) przejmuje nakłady tytułem „darmym”;
 - Gminy (dzierżawcy) czynią darowiznę „ulepszeń” dokonanych na własności przedsiębiorstw – **wszelkie urządzenia nabyte i zainstalowane w przedmiocie dzierżawy w ramach realizacji Programu zostają własnością właściciela sieci – bez obowiązku zwrotu ich wartości** (ewentualne należności podatkowe z tego tytułu poniesienie Wyzierżawiający §4 ust 8 projektu umowy nieodpłatne przekazanie)
 - Gminy zobowiązują się pozostawić wszelkie nakłady lub ulepszenia poczynione na majątku spółki energetycznej - po zakończeniu umowy
 - gminy zrzekają się prawa domagania się jakichkolwiek świadczeń od Wyzierżawiającego – w szczególności zapłaty sumy odpowiadającej wartości nakładów lub ulepszeń (§4 ust. 6)
 - w przypadku opóźnienia w zwrocie przedmiotu dzierżawy (po zakończeniu umowy) dzierżawca płacić będzie karę umowną w wysokości 2/365 roczne czynszu (podwójnej stawki umownej) za każdy dzień opóźnienia
 - b) w umowie dzierżawy odpłatne przekazanie – brak odniesienia do wartości nakładów
 - w projekcie umowy zawarto postanowienie „sprzeda” urządzenia nabyte i zainstalowane w przedmiocie dzierżawy w ramach realizacji Programu, w szczególności oprawy**W tym przypadku brak zapisu „za wynagrodzeniem odpowiadającym wartości przekazywanych nakładów lub ulepszeń”.**

Przy uwzględnieniu wyliczenia wartości wymiany 1 oprawy: 1900 zł obniżonej o amortyzację 22,5 % - cena (wedle wartość nakładów) winna wynosić co najmniej: 1472,50 zł x ilość opraw oświetleniowych

W umowie zaproponowano enigmatyczny zapis (bez wyliczeń i szacowań jak w przypadku wartości czynszu dzierżawnego) – „Cenę sprzedaży urządzeń, w tym przedmiotowych opraw, strony ustalają nanetto... brutto”.

Modernizacja istniejącego na terenie gminy oświetlenia finansowana będzie ze środków pozyskanych z Programu rządowego jako bezzwrotne dofinansowanie inwestycji realizowanych przez JST, ale także udziałem własnym Gminy (min. 20 %) - „Dofinansowanie może być przyznane jedynie w przypadku posiadania przez Wnioskodawcę Udziału własnego na realizację Inwestycji, pochodzącego ze środków innych, niż środki z Programu, w wysokości nie niższej niż 20% wartości Inwestycji” §5 ust 9 Regulaminu).

- **Beneficjentem jest zatem tylko i wyłącznie gmina** (lub związek międzygminny), którym zostało przyznane Dofinansowanie z Programu i udzielona została Promesa; Zatem również proponowany przez spółkę oświetleniową zapis w przedmiocie przejęcie zmodernizowanych urządzeń po zrealizowaniu przez gminę inwestycji, bez ekwiwalentności świadczeń stanowi nieuprawnione zwiększenie wartości obcego majątku.

W kwestii sprzedaży nabytych i zainstalowanych w ramach realizacji Programu natomiast, winną odbywać się to zasadach określonych przepisami prawa – dla JST według zasad racjonalności, celowości i gospodarności.

Sposób rozliczeń zmodernizowanych opraw oświetleniowych po zakończeniu inwestycji winien uwzględniać normy prawne w zakresie wydatkowania publicznych środków finansowych – z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. ustawy o finansach publicznych.

Przekazanie dokonanych przez gminy nakładów i ulepszeń przy zwrocie przedmiotu dzierżawy właścicielom sieci - bez prawa domagania się zapłaty sumy odpowiadającej ich wartością (ekwiwalentność świadczeń) stanowi nieuprawnione zwiększenie wartości obcego majątku.

II. Wysokość czynszu dzierżawnego

koszt dzierżawy 1 zł + koszt podatku 4,66 zł ???? = wysokość czynszu 5,66 zł netto

Koszt podatku (dochodowego spółki od nabycia środka trwałego od Gminy) jednej oprawy wynosi wedle wyliczenia z prezentacji 297,75 zł

Spółka podzieliła ten koszt na 60 miesięcy – aby go uwzględnić w wysokości czynszu

- nieuprawnione „przerzucanie” obowiązku podatkowego spółki (podatku dochodowego) na dzierżawcę – poprzez doliczenie kosztu podatku dochodowego z tytułu wzbogacenia (w prezentacji strona 4) na dzierżawcę - gminę

Obowiązek podatkowy spółki za okres 60 miesięcy (5 lat) określono od wartości środka trwałego pomniejszonego o 5 letnią amortyzację (5 lat x 4,5 % stawki rocznie = 22,5 %

wartości 1 oprawy (początkowa 1900 zł) – po 5 lat wartość wynosi 1472,50 zł

Koszt podatku dochodowego (spółki) 19 % - wedle wyliczenia jest to kwota 4,66 zł

Podkreślić należy, że wysokości czynszu dzierżawnego wliczająca podatek dochodowy spółki wskazana jest w obu umowach „odpłatnej” oraz „nieodpłatnej”. Brak uzasadnienia dla uwzględnienia tego kosztu.

III. Oszczędności w kosztach eksploatacji

Dotyczą one wyłącznie samorządów. Prezentowanie „zyskowności” po stronie gminy jako „rachunek zysków i strat” rozmywa istotę problemu.

Fakt, że gmina będzie wydawać mniej na eksploatację nie uzasadnia ponoszenia zwiększonych kosztów na majątek spółki oświetleniowej.

Celem Inwestycji jest bowiem 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%.

W prezentacji na stronie 5 pojawia się sformułowanie: „czy koszt dzierżawy zabierze wszystkie oszczędności”.

W mojej ocenie brak podstaw do twierdzenia, że spółka ma uzasadnienie do naliczania tak wysokich „kosztów dzierżawy” tylko na podstawie faktu, że Gmina zaoszczędzi na kosztach zużycia energii po modernizacji, którą wykona własnym kosztem (środki z Programu i własne)

IV. Enea Oświetlenie jako właściciel infrastruktury oświetleniowej na terenie woj. lubuskiego proponuje zawarcie umowy na wymianę opraw oświetleniowych z dotychczasowych na nowe (demontaż istniejącej i montażu nowych opraw).

Zasadą jest, że „Wnioskodawca zapewnia zgodność postępowania zakupowego z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.).

Zgodnie z pkt 30) Postępowanie zakupowe to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzące do wyboru Wykonawcy Inwestycji wskazanej we Wniosku o dofinansowanie prowadzone zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), wszczynane przez Wnioskodawcę po udostępnieniu mu Wstępnej promesy w Aplikacji.

Zamówienie powinno być ogłoszone na cały objęty opisem Inwestycji zakres Wniosku o dofinansowanie.

W ramach realizacji programu Rozświetlamy Polskę pojawił się problem narzucenie przez Enea Oświetlenie Sp. z o.o. w Szczecinie konieczności zlecenia Spółce wykonanie usługi w zamówieniu z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 pzp

Chodzi o sytuację, w której spółki nie wyrażają zgody na dokonywanie wymiany przez obce podmioty.

Zgodnie z art. 214. [Przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki] Pzp

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze (...)

Pozostaje wysoce wątpliwe czy sam fakt odmowy wyrażenia zgody przez spółkę (właściciela infrastruktury) stanowi właśnie tą przesłankę – o obiektywnym charakterze.

Zgodnie z definicją pojęciową Regulaminu spółka oświetleniowa nie jest wskazana jako dedykowany Wykonawca inwestycji realizowanej w ramach Programu.

Treść punktu 55) wskazuję, że „Wykonawca to podmiot realizujący Inwestycję, w tym dostawca, wybrany w Postępowaniu zakupowym.”

Konkluzja

Zasady „współpracy” w zakresie przedsięwzięcia modernizacji infrastruktury oświetleniowej należącej do spółek oświetleniowych oferowane Gminom pozostają w sprzeczności z zasadami finansowania przez jednostki samorządowe oświetlenia ulicznego własnym majątkiem (w tym pochodzących z Programu jako bezzwrotne środki przyznane jst).

W ramach projektu Gmina może samodzielnie wymienić jedynie nieenergooszczędne oprawy stanowiące majątek gminy (wnioskodawcy).

Aby wymienić również oprawy nieenergooszczędne należące do właściwego OSD lub Spółki oświetleniowej niezbędne jest (wg Regulaminu Programu) uzyskania przez Wnioskodawcę tytułu prawnego do dysponowania urządzeniami oświetleniowymi na cele inwestycji.

Zatem wymiana opraw na instalacjach należących do OSD lub Spółki oświetleniowej wymaga zawarcia umowy z spółką energetyczną, jednak proponowana współpraca nie ma na względzie uwzględnieniem interesu obu stron i ekwiwalentności świadczeń, a przede wszystkim poszanowania zasad wydatkowania środków publicznych.

Gmina w ramach Programu pozyskuje dofinansowanie i jako Beneficjent przeznacza swoje środki finansowe (wraz z udziałem własnym) na zrealizowanie Inwestycji jako **zadanie publiczne związane z finansowaniem oświetlenia ulicznego oraz poprawą efektywności energetycznej.**

Skoro spółka oświetleniowa nie jest/ nie może być beneficjentem tych środków, nowo powstałe oprawy jako własność gminna nie może zostać przekazania spółce po rozwiązaniu umowy zawartej na czas Inwestycji, bez zagwarantowania należnego jej ekwiwalentu.

Racjonalnym w ocenie interesu samorządów byłoby zagwarantowanie rozwiązań prawnych umożliwiających rzeczywiste zrealizowanie zadania inwestycyjnego objętego Programem – w obszarze urządzeń oświetleniowych należących do obcego majątku (spółki oświetleniowej). W tym celu właściwym byłoby przekazanie/wykup zużytego majątku (nieenergooszczędnych niesprawnych opraw oświetleniowych) Gminom /przez Gminy według cen uwzględniających stopień zużycia, a w dalszej kolejności prowadzenie inwestycji na własnym już majątku (gminnym) zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym.

Należy zwrócić uwagę na wątpliwe prawnie kwestie zaprezentowanych przez spółki oświetleniowe zasad współpracy, w szczególności prezentowane rozwiązania konieczne na czas prowadzonej inwestycji (odpłatność za użyczenie urządzeń oświetleniowych, wysokie i nieuzasadnione koszty dzierżawy, zobowiązanie gmin do zawarcia umów na konserwacje w części modernizowanej - narzucenie gminom „obowiązku napraw, utrzymania, konserwacji i remontów” i przechowywania zdemontowanych urządzeń w należyтым stanie przez czas trwania niniejszej umowy tj jest 5 lat), a co najistotniejsze przejęcie przez przedsiębiorstwa energetyczne zmodernizowanych urządzeń wraz z nakładami i ulepszeniami po zakończeniu inwestycji bez ekwiwalentności świadczeń.

Prawo energetycznie nie normuje ani postaci umów zawieranych pomiędzy gminami a zakładami energetycznymi, ani jej treści, czy wreszcie odpłatnego czy nieodpłatnego charakteru. Pojęciem „uzyskania tytułu prawnego” nie determinuje jej odpłatności, nie uszczegóławia ani jej nazwy, ani treści.

W mojej ocenie można rozumieć, że pojęciem tym są objęte sytuacje, w której przedsiębiorstwo energetyczne **wyda zgodę na montaż zmodernizowanych opraw na swojej infrastrukturze przez podmiotu trzecie** (wybrane przez gminy w trybie zamówień publicznych na ogólnych zasadach konkurencyjności). Doprecyzowując można określić warunki uwzględniające posiadanie odpowiednich uprawnień i warunków (przykładowo do czynności łączeniowych na sieci oświetleniowych, do prowadzenia prac we właściwej technologii). Por. strona 7 Prezentacji Enea „umowa na wymianę opraw oświetleniowych – dlaczego ENEA Oświetlenie.

Taka zgoda to także tytuł prawny umożliwiający realizację inwestycji.

Data 07.08.2024 r.

Opracowała:

Izabela Kosińska
radca prawny

