

Warszawa, 31 lipca 2006 r.

ZBIGNIEW CIEŚLAK

Profesor

Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego

oraz Uniwersytetu Warszawskiego

EKSPERTYZA PRAWNA

Dot. interpretacji i praktycznego stosowania art. 4 pkt. 3 lit. g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹, w odniesieniu do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja filmów przez producentów otrzymujących dofinansowanie Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej²

I

Ustawodawca w treści art. 4 p.z.p. wprowadził szereg kategorii wyłączeń stosowania regulacji prawa zamówień publicznych. Aktualnie obowiązujące brzmienie³ art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. stanowi, iż ustawy tej nie stosuje się do takich czynności jak : „nabycie, przygotowanie,

¹ Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm. – dalej: p.z.p.

² Ekspertyza niniejsza została wykonana na zlecenie Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej.

³ Pierwotna treść tego przepisu – nawiązująca do treści podobnego wyłączenia zawartego w art. 1 (a) (iv) Dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE Nr L 209 z 9 lipca 1992 r., s. 1) – została zmieniona przez art. 1 pkt 3 lit. b) tiret drugie ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551). Zmiana ta została spowodowana – jak się wydaje – treścią dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 132), zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. Urz. UE L 326 z 29.10.2004, str. 17), dyrektywą Komisji 2005/51/WE z dnia 7 września 2005 r. zmieniającą załącznik XX do dyrektywy 2004/17/WE i załącznik VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 257 z 1.10.2005, str. 127) oraz rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. Urz. UE L 333 z 20.12.2005, str. 28) – zwaną dalej: dyrektywą 2004/18/WE.

produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych”. Zakres podmiotowy niniejszego wyłączenia obejmuje wszystkie podmioty, które nabywają, przygotowują, produkuje lub koprodukuje materiały programowe przeznaczone do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. Analizowany przepis nie wprowadza, ograniczeń podmiotowych. Przede wszystkim istotny dla ustawodawcy jest cel, dla którego są nabywane, przygotowywane, produkowane lub koprodukowane materiały programowe. Celem tym jest „przeznaczenie do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych”. Podstawowy aktem normatywnym dla działalności nadawców radiowych lub telewizyjnych, jest ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁴. W świetle art. 4 pkt. 1 u.r.t., „nadawcą jest osoba, która tworzy lub zestawia programy i rozpowszechnia je lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechnienia w całości i bez zmian”. W ustawie o radiofonii i telewizji została zapisana także ogólna definicja programu, który został określony jako „uporządkowany zestaw audycji radiowych lub telewizyjnych, reklam i innych przekazów, regularnie rozpowszechniany, pochodzący od jednego nadawcy”⁵. Nie ulega wątpliwości, że nadawcą radiowym będzie nadawca (w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji) tworzący lub zestawiający i rozpowszechniający programy radiowe (lub przekazujący je innym osobom w celu rozpowszechniania w całości i bez zmian), i odpowiednio nadawcą telewizyjnym będzie nadawca tworzący lub zestawiający i rozpowszechniający⁶ programy telewizyjne. Ze swoistą niespójnością systemową (pomiędzy treścią przedmiotowego przepisu Prawa zamówień publicznych, a ustawą o radiofonii i telewizji) mamy do czynienia w przypadku pojęcia „emisji”, które zostało użyte przez ustawodawcę w cytowanym art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p., a które nie zostało zdefiniowane w treści ustawy o radiofonii i telewizji. Wydaje się jednak, że w tym wypadku można utożsamiać użyte w p.z.p. pojęcie „emisji” z pojęciem „rozpowszechniania”, którym przede wszystkim „posługuje się” ustawa o radiofonii i telewizji⁷. Tym samym cel emisji będzie tożsamy z celem przeznaczenia do rozpowszechniania radiowego bądź telewizyjnego.

⁴ Tekst jednolity z 2004 r., Dz. U. Nr 253, poz. 2531 ze zm.; dalej: u.r.t.

⁵ Zob. art. 4 pkt. 4 u.r.t.

⁶ Lub przekazujący je innym osobom w celu rozpowszechniania w całości i bez zmian.

⁷ Oczywiście należy mieć na względzie, że w przypadku postanowień u.r.t. pojęcie emisji utożsamiane jest w literaturze przedmiotu z tzw. techniczną (właśnie emisyjną) sferą rozpowszechniania, w odróżnieniu od tzw. sfery programowej – zob. m.in. S. Piątek, *Problemy ustawowej regulacji radiofonii i telewizji*, Państwo i Prawo nr 1/ 1990, J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz*, Kraków 2001, K. Wąsowski, *Zakres przedmiotowy rozstrzygnięcia koncesyjnego w świetle ustawy o radiofonii i telewizji. Uwagi wprowadzające*, *Studia Iuridica* t. 43 / 2004. Nie ulega jednak wątpliwości, że użyte w art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. stwierdzenie „do emisji” odnosi się do emisyjnej sfery rozpowszechniania programu radiowego bądź telewizyjnego w rozumieniu przepisów ustawy o radiofonii i telewizji

W tym miejscu należy wyraźnie zaznaczyć, że cel wykorzystania materiałów programowych (podlegających wyłączeniu spod rygorów Prawa zamówień publicznych) określony w art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. jako „przeznaczenie do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych”, nie został obciążony klasyfikacją. Nie można więc z treści tego przepisu wywodzić, iż cel przeznaczenia materiałów do emisji, winien być np. „głównym celem”, dla którego dane materiały zostały nabyte, przygotowane bądź wyprodukowane (także w warunkach koprodukcji). Byłaby to zbyt daleko idąca interpretacja art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p., która prowadziłaby do złamania fundamentalnej dla wykładni prawa zasady, że wyjątków od reguły (a bezsprzecznie taki charakter mają wyłączenia opisane w art. 4 p.z.p.) nie należy interpretować rozszerzająco⁸. Mało tego, w treści art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. nie znajdują się nawet sugestie wskazujące, iż dane materiały programowe (będące przedmiotem zamówienia) muszą być „wyłącznie”, „głównie” lub choćby niejako „przy okazji” przeznaczone do emisji. Wystarczy żeby były przeznaczone do emisji, niezależnie od tego kiedy, w jakiej sytuacji i na podstawie jakich motywów takie przeznaczenie do emisji miałyby nastąpić. Jeśli bowiem ustawodawca zechciałby takie stopniowanie wprowadzić do treści przedmiotowego wyłączenia to z pewnością by to uczynił⁹. Mógłby posłużyć się choćby prawną konstrukcją „pól eksploatacji”, którą posługuje się ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁰, i wprowadzić ograniczenie przeznaczenia materiałów programowych do emisji na precyzyjnie określonych polach eksploatacji. Na tego rodzaju zabieg legislacyjny ustawodawca się jednak nie zdecydował, stąd też – w moim przekonaniu – nie ulega wątpliwości, że wyłączenie opisane w art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. nie obejmuje tylko przypadków, gdy nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych, będzie miało za wyłączny lub „główny”¹¹ cel przeznaczenie ich do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych.

W treści analizowanego przepisu Prawa zamówień publicznych, znalazło się także pojęcie „materiałów programowych”, które miałyby być nabywane, przygotowywane, produkowane lub koprodukowane, a następnie przeznaczone do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. Niestety brak jest legalnej definicji także i tego pojęcia. Wspomniana wyżej ustawa o radiofonii i telewizji definiuje jedynie pojęcie „audycji”, które

⁸ *Exceptiones non sunt extentendae*

⁹ Tymczasem żadne głosy wskazujące na odmienną interpretację nie znajdują odzwierciedlenia w zapisach prac legislacyjnych nad tekstem obecnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych, zob. dokumentacja prac parlamentarnych IV kadencji dot. druku nr 2218.

¹⁰ Tekst jednolity z 2006 r., Dz. U. Nr 90, poz. 631; dalej: u.p.a.

¹¹ Warto także podkreślić, że termin „główny” (opisany w Słowniku Języka Polskiego PWN, jako „najważniejszy, podstawowy, zasadniczy”) sam w sobie nastręcza wiele poważnych trudności interpretacyjnych.

wyduje się mieć podobny zakres znaczeniowy. Otóż zgodnie z art. 4 pkt. 5 u.r.t. „audycją jest część programu radiowego lub telewizyjnego, stanowiąca odrębną całość ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo”. O ile zatem pojęcie „materiału programowego”¹² wydaje się posiadać szerszy zakres znaczeniowy, niż pojęcie „audycji” opisane w ustawie o radiofonii i telewizji, to pojęcie „materiału programowego przeznaczonego do emisji” w zasadzie pokrywa się z wyżej zdefiniowanym pojęciem „audycji”¹³.

II

Legalna definicja filmu została zawarta w ustawie z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii¹⁴. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 u.k. „Filmem jest utwór dowolnej długości, w tym utwór dokumentalny lub animowany, złożony z serii następujących po sobie obrazów z dźwiękiem lub bez dźwięku, utrwalonych na jakimkolwiek nośniku umożliwiającym wielokrotne odtwarzanie, wywołujących wrażenie ruchu i składających się na oryginalną całość, wyrażającą akcję (treść) w indywidualnej formie, a ponadto, z wyjątkiem utworów dokumentalnych i animowanych, przeznaczony do wyświetlania w kinie jako pierwszym polu eksploatacji w rozumieniu przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych”. Nie ulega zatem wątpliwości, że tak rozumiany film może być rodzajem audycji w rozumieniu art. 4 pkt. 5 u.r.t., a tym samym może być potraktowany jako rodzaj „materiału programowego” (w rozumieniu art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p.) pod warunkiem, że zostanie przeznaczony do emisji przez nadawcę telewizyjnego. Już sama ustawowa definicja filmu rozróżnia różne kategorie filmów: dokumentalny, animowany i „przeznaczony do wyświetlania w kinie jako pierwszym polu eksploatacji w rozumieniu przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych” (tzw. film fabularny). Nie budzi wątpliwości swoista sugestia, jaka została zawarta przez ustawodawcę w stosunku do filmu dokumentalnego i animowanego, iż jego podstawowym polem eksploatacji (w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) będzie nadawanie i reemitowanie przez nadawców telewizyjnych¹⁵. Świadczy o tym wyraźne

¹² Jeśli pod tym pojęciem rozumieć zarówno materiał podlegający rozpowszechnianiu jak i taki, który jest jedynie archiwizowany przez nadawcę, a nie podlega rozpowszechnianiu (np. stanowi dokumentację audycji). Warto także zauważyć, że Słownik Wyrazów Obcych PWN jako jedno ze znaczeń wyrazu „materiał” podaje „zbiór wiadomości, faktów z jakiejś dziedziny; notatki, dokumenty itp. będące podstawą dalszych opracowań, badań, prac”.

¹³ Oczywiście należy zaznaczyć, że do niniejszych rozważań zbędne są rozważania dotyczące zakresu znaczeniowego opisanego w ustawie o radiofonii i telewizji pojęcia „reklama” w stosunku do zdefiniowanego również w tej ustawie pojęcia „audycja”.

¹⁴ Dz. U. Nr 132, poz. 1111; zwana dalej: u.k.

¹⁵ Por. art. 50 pkt. 3 u.p.a.

wyodrębnienie pola eksploatacji w postaci „wyświetlania w kinie” dla filmu fabularnego. Umieszczenie tego swoistego przywileju „pierwszego pola eksploatacji”¹⁶ na rzecz wyświetlania kinowego filmów fabularnych, miało zapewne na celu zabezpieczenie wsparcia i ochrony interesów polskich kin i nie wpłynęło na faktyczną sytuację na polskim rynku audiowizualnym, ukształtowanym w sposób nadający nadawaniu telewizyjnemu (a także reemisji) oraz wyświetlaniu kinowemu pozycję dwóch „podstawowych” pól eksploatacji.

W przypadku dofinansowania produkcji filmowej, udzielanego przez Polski Instytut Sztuki Filmowej, ze swej istoty będzie ono przeznaczane na nabywanie, przygotowanie, produkcję lub koprodukcję dzieła filmowego, które w rozumieniu Prawa zamówień publicznych winno być traktowane jako materiał programowy przeznaczony do emisji przez nadawców telewizyjnych. Tak jak wywodzono wyżej film (niezależnie od tego czy będzie to film fabularny, dokumentalny czy animowany), o ile będzie on produkowany z myślą o emisji telewizyjnej (nawet gdyby nie była to myśl „pierwsza” czy „główna”) będzie spełniał wszystkie przesłanki wymagane dla pojęcia „materiału programowego przeznaczonego do emisji” przez nadawców telewizyjnych w rozumieniu art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. Należy także dodać, że trudno dzisiaj sobie wyobrazić – w polskiej, i nie tylko polskiej rzeczywistości – aby mógł być tworzony film (nawet fabularny), którego podstawowym celem nie byłaby emisja telewizyjna. Wynika to po prostu z aktualnej rzeczywistości funkcjonowania polskiego „rynku” filmowego, a także z określonych uwarunkowań społecznych i kulturalnych.

Należy również dodać, że powyższe stanowisko także koresponduje z postanowieniami dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z art. 16 lit. b tejże, nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych dotyczących nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do transmisji przez nadawców oraz dotyczących czasu transmisji. Dodatkowo należy wskazać, iż w świetle preambuły do cytowanej dyrektywy¹⁷ „udzielanie zamówień publicznych na pewne nadawcze usługi audiowizualne, powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym”¹⁸, co w moim przekonaniu zdecydowanie wzmacnia argumentację prezentowaną wyżej, w ramach wywodów o charakterze dogmatyczno-prawnym.

¹⁶ Na marginesie warto zauważyć, że polska ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie zna pojęcia „pierwszego pola eksploatacji”. Przykładowe wyliczenie „odrębnych pól eksploatacji” zawiera art. 50 u.p.a.

¹⁷ Zob. pkt. 25 preambuły.

¹⁸ W polskich realiach, kluczową pozycję na rynku produkcji filmowej zajmują nadawcy telewizyjni. W wielu wypadkach są oni bezpośrednio zaangażowani w produkcję filmową występując w roli koproducentów lub „samodzielnymi” producentów. Warto także podkreślić, że przy obecnych nakładach na produkcję filmową w Polsce i szczupłości budżetów filmowych, większość produkcji nie jest przeznaczona do wyświetlania kinowego, ale powstaje jedynie w celach ewentualnych emisji telewizyjnych.

III

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że na podstawie art. 4 pkt. 3 lit. g p.z.p. w zw. z art. 4 ust. 1 u.k., spod reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych, winny być wyłączone także zamówienia, których przedmiotem są : nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja filmów dokumentalnych, animowanych oraz fabularnych (będącymi materiałami programowymi) przeznaczonych do emisji przez nadawców telewizyjnych. Nie ma przy tym – w moim przekonaniu – znaczenia, czy przeznaczenie filmu do emisji telewizyjnej będzie głównym celem nabycia, przygotowania, produkcji lub koprodukcji filmowej, czy też jedynie celem „pobocznym”.

Tym samym dofinansowywanie produkcji filmowej prowadzone przez Polski Instytut Sztuki Filmowej będzie objęta zwolnieniem przedmiotowym, na podstawie wyżej przytoczonej podstawy prawnej, z reguł wprowadzonych postanowieniami Prawa zamówień publicznych.