

Warszawa, dnia 10 sierpnia 2006 r.

**Szanowny Pan
Andrzej Panasiuk
Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych
Al. Szucha 2/4
00-582 Warszawa**

Sygn.akt: PISF –DP/03/130/06

W odpowiedzi na stanowisko Pana Prezesa z dnia 27 czerwca 2006 r., w załączeniu przesyłam ekspertyzę prawną sporządzoną przez prof. Zbigniewa Cieślaka, Profesora Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego oraz Uniwersytetu Warszawskiego, dotyczącą interpretacji i praktycznego stosowania art. 4 pkt. 3 lit. g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm. – dalej: pzp), w odniesieniu do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja filmów przez producentów otrzymujących dofinansowanie Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej.

Jednocześnie zwracam się z uprzejmą prośbą do Pana Prezesa o sprostowanie stanowiska z dnia 27 czerwca 2006 r. Uważam, iż zawarte w nim twierdzenia, że:

1. wyłączenie stosowania przepisów pzp do danego zamówienia jest uzależnione od tego, czy głównym celem nabycia przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiału programowego jest emisja przez nadawcę radiowego lub telewizyjnego,
2. przedmiotowy przepis pzp dotyczy materiału programowego, którego zamawiający nie nabywałby, czy też nie tworzyłby go, gdyby nie jego planowana emisja przez nadawcę telewizyjnego,
3. wskazanie pola wykorzystania nadania telewizyjnego jako jednego z wielu przeznaczeń nabywanego, przygotowywanego, produkowanego materiału

programowego nie będzie powodowało objęcia zamówienia wyłączeniem z art. 4 pkt 3 lit. g, stanowią nadinterpretację przepisów prawa i bezpodstawnie zawężają zakres stosowania wyłączenia. Ponadto stoją one w sprzeczności z intencją ustawodawcy, negując jego racjonalność, zarzucając ustawodawcy tworzenie prawa oderwanego od polskich realiów rynku audiowizualnego.

Poniżej, pozwalam sobie przedstawić stanowisko Instytutu w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. g pzp, przepisów pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz.U. z 19 lipca 2005 r. Nr 132, poz. 1111), za film, którego wspieranie jest przedmiotem ustawy, uznaje się 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. Zawarcie powyższego zapisu w ustawie o kinematografii miało na cel zabezpieczenie wsparcia i ochrony interesów polskich kin i nie wpływa na sytuację na polskim rynku audiowizualnym, ukształtowanym w sposób nadający telewizji i kinu pozycje dwóch podstawowych pól eksploatacji filmu.

Niewątpliwie film, jako utwór audiowizualny jest przeznaczony do emisji przez nadawców telewizyjnych. Jest typowym materiałem programowym emitowanym przez stacje telewizyjne. Przepisy pzp należy interpretować, biorąc pod uwagę specyfikę polskiego rynku audiowizualnego, pozycję nadawców telewizyjnych i ich udział w produkcji filmowej oraz proporcję przychodów jakie film osiąga w Polsce dzięki jego wykorzystaniu na emisyjnym polu eksploatacji. W związku z powyższym, możemy mieć do czynienia z kilkoma przypadkami, w zależności od:

1. faktu, czy producentem lub koproducentem filmu jest nadawca telewizyjny,
2. gatunku filmu (fabularny, dokumentalny, animowany).

W związku z powyższym możemy wyróżnić sześć stanów faktycznych:

1. gdy jednym z producentów lub koproducentów filmu jest nadawca telewizyjny:
 - 1a) – film fabularny,
 - 1b) – film dokumentalny,
 - 1c) – film animowany,
2. gdy wśród producentów filmu nie ma nadawcy telewizyjnego:
 - 2a) – film fabularny,
 - 2b) – film dokumentalny,
 - 2c) – film animowany.

Wszystkie powyższe przypadki i odpowiadające im okoliczności odpowiednich stanów faktycznych, mają ogromne znaczenie przy dokonywaniu interpretacji treści art. 4 pkt 3 lit. g pzp. Zgodnie z w/w przepisem, przepisów pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. Z treści przepisu wynika, iż przepisów pzp nie stosuje się do zamówień, które obejmują:

1. nabycie,
2. przygotowanie,

3. produkcję,
4. koprodukcję materiałów programowych.

W przypadku dofinansowania produkcji filmowej udzielanego przez Instytut, otrzymujący je producenci, zawsze będą je konsumowali na działania wymienione w pkt 1-4 powyżej, które mogą występować samodzielnie albo łącznie w różnych konfiguracjach. Kluczową przesłanką, jaką tworzy materiał programowy (film) współfinansowany przez Instytut, musi spełnić, aby zamówienie, którego jest przedmiotem, nie podlegało przepisom pzp, jest jego przeznaczenie do emisji przez nadawców telewizyjnych. W tym miejscu należy się pochylić nad terminem: „przeznaczenia do emisji przez nadawców telewizyjnych” i odpowiedzieć na pytanie, co oznacza, w myśl intencji ustawodawcy, termin: „przeznaczony do emisji przez nadawców telewizyjnych”. Ponieważ głównym materiałem programowym, będącym przedmiotem zainteresowania niniejszego pisma jest film, posłużę się jako pomocą, przypadkami wymienionymi w początkowej części pisma (1a-1c, 2a-2c). Z natury stosunków prawnych i ekonomicznych panujących w branży filmowej i prawideł nią rządzących można wywnioskować, co następuje.

W przypadkach 1a-1c, w których producentem lub jednym z koproducentów jest nadawca telewizyjny, naturalnym przeznaczeniem produkowanego filmu jest jego emisja przez nadawcę będącego stroną umowy produkcyjnej lub koprodukcyjnej.

Jak to pokazuje praktyka w/w umów, zawierają one w ogromnej większości przypadków szczegółowe postanowienia określające podział przychodów koproducentów jakie osiągną z tytułu eksploatacji filmu z dokładnym określeniem ich podziału na poszczególne pola eksploatacji. Podział ten zazwyczaj precyzyjnie określa parytet przychodów jakie będą przypadać koproducentom z dwóch głównych pól eksploatacji filmów w Polsce, a mianowicie kina i nadań telewizyjnych. W przeważającej większości przypadków koproducent filmowy będący nadawcą telewizyjnym zastrzega sobie w umowie, iż część przypadającemu mu przychodu z filmu odbierze w pierwszej kolejności w formie określonej liczny emisji filmu w jego własnych antenach, przez określony okres czasu. Takim postanowieniom w modelowych umowach towarzyszy oczywiście wycena jednostkowej emisji filmu w jego antenach. Często również koproducent nadawca zastrzega dla siebie prawo do dysponowania prawami do emisji filmu na rzecz innych nadawców telewizyjnych. System podziału przychodów z takiej sprzedaży strony ustalają oczywiście między sobą na podstawie umów cywilnoprawnych.

Skoro, w przypadku umów, na podstawie których producenci-nadawcy lub koproducenti, z których co najmniej jeden jest nadawcą, tworzą film, niemal wszystkie z nich przewidują eksploatację filmu na polu nadań (emisji) telewizyjnych i szczegółowo określają podział przychodów z tego pola eksploatacji, dowodzi to, iż film taki nie tylko jest przeznaczony do emisji przez nadawcę, ale jest to obok kina główne pole eksploatacji filmu. W tym przypadku, określenie „przeznaczony” nie oddaje pełnej wagi emisji telewizyjnej dla eksploatacji filmu. W przypadku produkcji filmu z udziałem nadawcy, film jest nie tylko przeznaczony do emisji przez nadawcę, ale jest produkowany „w celu jego emisji w telewizji w czasie przewidzianym planem eksploatacji filmu”.

Zważywszy powyższe, stwierdzić należy, iż w przypadku, gdy jednym z producentów lub koproducentów filmu jest nadawca, do zamówień udzielanych przez producenta lub koproducenta danego filmu, finansowanych ze środków otrzymanych przez niego z Instytutu nie stosuje się przepisów pzp.

W przypadkach określonych w początkowej części niniejszego pisma w pkt 2a-2c, sytuacja wygląda bardzo podobnie. Zaznaczenia wymagają jednak różnice, jakie mogą wystąpić w zależności od gatunku filmu otrzymującego dofinansowanie z Instytutu.

We wszystkich trzech przypadkach nadawca nie występuje ani jako producent otrzymujący dofinansowanie z Instytutu, ani jako jeden z koproducentów filmu

dofinansowywanego przez Instytut. U osoby nie znającej realiów produkcji filmowej i jej ekonomii mogłaby powstać wątpliwość, że skoro wśród koproducentów filmu nie ma nadawców, to dany film nie jest tworzony z myślą o jego emisji w telewizji. Wątpliwości te są jednak bezpodstawne.

W przypadku filmów dokumentalnych i animowanych, każda produkcja danego gatunku jest tworzona z myślą o emisji danego filmu w telewizji. Ze względu na specyfikę gatunku i odbiorców filmy te są emitowane w telewizji wielokrotnie i funkcjonują niemalże wyłącznie dzięki telewizji, która jest ich pierwszym i głównym polem eksploatacji. Mamy tutaj do czynienia z sytuacją odwrotną w stosunku do filmów fabularnych. Film fabularny w pierwszej kolejności wchodzi na ekrany kin, a następnie po zazwyczaj kilkumiesięcznym – rocznym okresie jest nadawany w telewizji. Jest to dla tego gatunku naturalna kolej rzeczy, ukształtowana prawami ekonomii i kalkulowania przychodów z eksploatacji danego filmu.

Film dokumentalny bardzo rzadko rozpoczyna swoje życie od wejścia na ekrany kin. Najczęściej, po raz pierwszy jest pokazywany widzom w telewizji. Podobnie jest z filmem animowanym. W ogromnej większości przypadków zaczyna on swoje życie od małego ekranu i nie pojawia się w kinach. Wyjątkiem są nieliczne pełnometrażowe animowane superprodukcje upodabniające się swoim rozmachem do filmów fabularnych, które najpierw wchodzi do kin, a następnie po kilku miesiącach oglądamy je w telewizji.

Przeznaczenie filmów animowanych i dokumentalnych do emisji przez nadawców telewizyjnych wynika najbardziej z ich istoty niż z jakichkolwiek regulacji prawnych i tak naprawdę nie wymaga dalszego dowodzenia. Nie ma znaczenia udział nadawcy w produkcji filmu, czy też jego brak. Filmy dokumentalne i animowane w większości produkowane są z myślą o telewizji.

Film fabularny posiada w chwili obecnej dwa podstawowe pola eksploatacji: kino i nadania telewizyjne (emisje). Objawia się to przede wszystkim w umowach koproducentkich, w których zazwyczaj znajdujemy dokładny podział przychodów z eksploatacji filmu z poszczególnych pól eksploatacji. Na pierwszych miejscach znajdujemy zazwyczaj kino i telewizję wraz z określeniem parytetu udziału w przychodach. Wynika z tego, że producenci filmowi kręcą filmy z myślą o ich emisji przez nadawców telewizyjnych. Ponadto emisje telewizyjne są drugim najbardziej naturalnym polem eksploatacji filmów fabularnych. Jest to pole drugie, ale nie alternatywne. Zawsze występuje w przypadku każdego filmu, chyba, że producenci filmu postanowią, iż dany film nie jest przewidziany do emisji telewizyjnej. Takie przypadki należą jednak do wyjątków. Praktyka rynkowa pokazuje, iż film fabularny po odpowiednim czasie od jego premiery w kinach i zejścia z ekranów, jest pokazywany w telewizji i jest to regułą. Jest to utrwalona od dawna praktyka rynkowa posiadające głębokie uzasadnienie ekonomiczne. Z powyższych rozważań wynika, iż każdy film jest przeznaczony do wyemitowania go przez nadawcę telewizyjnego, niezależnie od jego gatunku oraz niezależnie od faktu czy w jego produkcji brał udział nadawca telewizyjny.

W związku z powyższym, każdy z analizowanych wyżej filmów w myśl intencji ustawodawcy spełnia przesłanki art. 4 pkt 3 lit. g pzp i jest przeznaczony do emisji przez nadawcę telewizyjnego. Można nawet pójść dalej i stwierdzić, że poza szczególnymi wyjątkami film jest materiałem programowym zazwyczaj tworzonym w celu jego emisji w telewizji. Emisja filmu w telewizji jest jednym z podstawowych założeń produkcji filmów i termin „przeznaczony” należy interpretować jako tworzony z myślą o jego emisji w telewizji. Polscy producenci zakładający zerowe przychody z emisyjnego pola eksploatacji zazwyczaj nie produkowałiby filmów.

Wg stanowiska Pana Prezesa, przepis art. 4 pkt 3 lit. g pzp, ma charakter przedmiotowy. Zatem nie ma znaczenia udział nadawców telewizyjnych w nabyciu, przygotowaniu, produkcji lub koprodukcji filmu, do objęcia go zakresem regulacji art. 4 pkt 3

lit. g pzp. Potwierdza to naszą argumentację, wysuniętą w poprzedzającej części niniejszego pisma.

Kolejnym elementem podniesionym przez Pana Prezesa, był charakter danej produkcji filmowej i jej cel, który musi posiadać charakter celu głównego w postaci przeznaczenia do emisji przez nadawcę telewizyjnego. W opinii Pana Prezesa, emisja telewizyjna nie może być tylko jednym z kilku pól eksploatacji filmu. Film musi być tworzony w celu wyemitowania go w telewizji. W tym miejscu opinia Pana Prezesa spotyka się w swej argumentacji z naszym stanowiskiem i tym samym osiągamy porozumienie, iż każdy polski film jest produkowany głównie z myślą o jego wyświetlaniu w telewizji.

Wg opinii Pana Prezesa, przepis art. 4 pkt 3 lit. g pzp ma charakter przedmiotowy. Dotyczy wszystkich podmiotów nabywających, przygotowujących, produkujących lub będących w koprodukcji filmów. W konsekwencji, udział nadawców telewizyjnych w produkcji danego filmu nie jest konieczny, aby do zamówień składanych przy jego produkcji nie stosować przepisów pzp na mocy wyłączenia z art. 4 pkt 3 lit. g pzp.

Stanowisko Instytutu znajduje potwierdzenie w akcie prawa wspólnotowego – dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, (Dz.U.UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z art. 16 lit. b dyrektywy, nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych dotyczących nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do transmisji przez nadawców oraz dotyczących czasu transmisji.

Zgodnie z pkt 25 preambuły do dyrektywy, udzielanie zamówień publicznych na pewne nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co sprawia, że zasady udzielania zamówień nie mają tutaj zastosowania. Z tych właśnie powodów należy uznać za wyjątek zamówienia publiczne na usługi w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów oraz zamówienia dotyczące czasu antenowego. Wyłączenie to nie powinno jednak mieć zastosowania wobec dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów. "Nadawanie" należy zdefiniować jako transmisję i rozpowszechnianie za pośrednictwem dowolnej formy sieci elektronicznej.

Podkreślić należy, iż znaniem warunkiem nie podlegania przepisom pzp, na podstawie wyłączenia z art. 4 pkt. 3 lit. g pzp, jest określenie danego filmu jako produkowanego w celu jego emisji przez nadawcę telewizyjnego stać będzie w sprzeczności z dyrektywą, gdyż nie uwzględniałoby wskazania zawartego w pkt. 25 preambuły w/w dyrektywy nakazującego:

„udzielanie zamówień publicznych na pewne nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co sprawia, że zasady udzielania zamówień nie mają tutaj zastosowania.”

Biorąc pod uwagę uwarunkowania kulturalne i sytuację ekonomiczną na polskim rynku audiowizualnym, stanowiącym nierozzerwalną składową życia społecznego w Polsce, jednoznacznie należy stwierdzić iż kluczową pozycję na tym rynku zajmują nadawcy telewizyjni. Bardzo często występują oni jako koproducenci filmowi i wtedy mamy do czynienia, bez żadnych wątpliwości, z produkcją filmów w celu ich emisji u tych i innych nadawców. Przy obecnych nakładach na produkcję filmową w Polsce i szczupłości budżetów filmowych, ogromna większość kręconych filmów to filmy trudne lub niskobudżetowe, które nie mają szansy na wejście na ekrany kin. Poza tym, duża część polskich twórców filmowych dobrze zna realia w Polsce i nie tworzy filmów z myślą o kinach. Jako pierwsze pole eksploatacji filmu od samego początku wyznaczają telewizję, najczęściej publiczną, której

misją jest lub powinno być wspieranie ambitnego kina. Tym samym tworzone w Polsce filmy są nie tylko przeznaczone do emisji przez nadawców, ale powstają w celu emisji w telewizji. Co więcej, gdyby nie szansa na emisję filmu w telewizji, większość polskich twórców filmowych, nie miałaby żadnej szansy pokazania swoich filmów szerszej publiczności. Zanegowanie w/w i udowodnionych faktów stanowiłoby przypadek nieuwzględnienia aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym i tym samym naruszenie postanowień dyrektywy.

W związku z powyższym, uprzejmie proszę o przychylenie się do mojego stanowiska w sprawie, popartego załączoną opinią prawną.