

Identyfikacja pomocy publicznej w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego

Problematyka dotycząca pomocy publicznej została przeniesiona na grunt prawa polskiego w ramach procesu harmonizacji z prawem unijnym¹. Od momentu akcesji Polski do Unii Europejskiej i przyjęcia *acquis communautaire*, w polskiej rzeczywistości prawnej mamy do czynienia z istniejącymi równolegle dwoma porządkami prawnymi: polskim i unijnym², przy czym ten drugi, jak słusznie zauważono w doktrynie, rzuca „cień wspólnotowy”³ na przepisy prawa wywodzące się od ustawodawcy krajowego. Akty prawa unijnego mogą wywierać skutek bezpośredni⁴ w sferze wewnętrznej państwa polskiego, mając w takim przypadku pierwszeństwo przed prawem

¹ Pojęcie pomocy publicznej pojawiło się po raz pierwszy w polskim porządku prawnym w art. 63 ust. 1 lit. iii Układu Europejskiego, Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38 z późn. zm., zobowiązującym Polskę do dostosowania polskiego prawa do prawa unijnego, w którym stwierdzono, że „wszelka pomoc publiczna, która zniekształca lub grozi zniekształceniem konkurencji przez faworyzowanie niektórych przedsiębiorstw lub produkcji niektórych towarów jest niezgodna z właściwą realizacją Układu, jeżeli może mieć wpływ na handel między Polską a Wspólnotą”. Do momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej w maju 2004 r., obowiązywały w Polsce kolejne dwie ustawy regulujące tę problematykę: Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców, Dz.U. Nr 60, poz. 704 z późn. zm., oraz Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowania pomocy publicznej dla przedsiębiorców, Dz.U. Nr 141, poz. 1177 z późn. zm. Od momentu akcesji Polski do Unii Europejskiej w zakresie prawa konkurencji bezpośrednio obowiązują zarówno prawo unijne, jak i prawo polskie, w tym ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 z późn. zm.

² Por. M. Ahlt, *Prawo europejskie*, Warszawa 1998, s. 30.

³ E. Łętowska, *Multicentriczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo 2005, z. 4, s. 10.

⁴ Na temat „bezpośredniego skutku” norm prawa unijnego zob. szerzej np. D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, s. 165 i n.; J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1996, s. 171 i n.; A.M. Collins, *Skutek bezpośredni i nadrzędność prawa Wspólnoty Europejskiej (w:) Podstawy systemu prawnego Wspólnot Europejskich*, red. E. Wojtaszek-Mik, Łódź 1998, s. 41 i n.; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford 1998, s. 163 i n.; F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 2000, s. 129 i n.; S. Dudzik, *Bezpośrednia skuteczność przepisów prawa wspólnotowego dotyczących pomocy państwa dla przedsiębiorstw*, Państwo i Prawo 2000, z. 7, s. 41 i n.



polskim, przy czym szczegółowe wymogi wobec państw członkowskich w tej mierze zostały określone w orzecznictwie Sądów Unii Europejskiej⁵. *Corpus iuris polonicum* jest obecnie genetycznie niejednorodny⁶. Dualizm porządków prawych sprawia, że pojawiają się problemy dotyczące rozumienia poszczególnych norm prawnych, określonych w prawie unijnym i polskim⁷, ich wykładni oraz wzajemnych relacji⁸. Ma to fundamentalne znaczenie dla stanowienia i stosowania przepisów prawa w zakresie pomocy państwa dla przedsiębiorstw w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego. Należy zauważyć, że porządek prawny jest rzeczywistym fundamentem Unii Europejskiej i nadaje jej charakter „Wspólnoty prawa”⁹. Jedynie tworzenie i ochrona nowego prawa pozwalają Unii Europejskiej na realizację celów, które przyświecały jej powstaniu.

Fundamentalnym celem Unii Europejskiej jest stworzenie rynku wewnętrznego, w którym zapewniony będzie swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału¹⁰. Zakazane są zjawiska naruszające reguły rynku wewnętrznego. Co do zasady, takim zjawiskiem jest pomoc państwa dla przedsiębiorstw.

⁵ Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 lutego 1963 r., w sprawie 26–62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko Nederlandse administratie der belastingen*; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 lipca 1964 r., w sprawie 6/64 *Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L.*, Zb. Orz. 1964, s. 585; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1970 r., w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 01125.

⁶ E. Łętowska, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 1, s. 3.

⁷ Zob. C. Mik, *Zasady ustrojowe europejskiego prawa wspólnotowego a polski porządek konstytucyjny*, Państwo i Prawo 1998, z. 1, s. 12 i n.; J. Trzciniński, *Techniki implementacji prawa wspólnotowego do prawa krajowego – proponowane rozwiązania*, Warszawa 2003, s. 37 n.; G.C.R. Iglesias, *Supremacja prawa Wspólnoty Europejskiej nad prawem krajowym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, wykład wygłoszony 18 marca 2003 r. w Sądzie Najwyższym Rzeczypospolitej Polskiej, <http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Wizyty/20030314/Iglesias%2018III03.pdf>.

⁸ Prawo unijne stanowi autonomiczną i jednolitą całość, stosowaną w państwach członkowskich, niezależnie od prawa krajowego, względem którego jest nadrzędne w razie konfliktu. Unijna norma prawna jest nadrzędna wobec wszystkich polskich norm prawnych, zarówno wcześniej, jak później ustanowionych, w tym norm konstytucyjnych i bez względu na ich terytorialność (województwo, powiat, gmina itp.). Wszystkie problemy dotyczące rangi, bezpośredniego skutku i wykładni prawa unijnego podlegają jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

⁹ K.-D. Borchardt, *ABC prawa wspólnotowego*, Warszawa 2003, s. 101.

¹⁰ Zob. art. 26 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 115/46-199. Należy wskazać, że z dniem 1 grudnia 2009 r. wszedł w życie Traktat z Lizbony, podpisany 13 grudnia 2007 r., zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (dalej: „TWE”), Dz.Urz. UE C 306, 17 grudnia 2007 r. Traktat ten zmienił dotychczasowe oznaczenia: „Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską” (TWE) zastąpił oznaczeniem „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej” (dalej: „TFUE”); art. 87 i 88 TWE oznaczył art. 107 i 108 TFUE; wyrazy: „Wspólnota”, „Wspólnota Europejska”, „wspólny rynek”, „Trybunał Sprawiedliwości”, „Sąd Pierwszej Instancji” „wspólnotowy” zastąpił odpowiednio wyrazami: „Unia”, „Unia Europejska”, „rynek wewnętrzny”, „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej”, „Sąd Unii Europejskiej”, „unijny” (art. 2–5 Traktatu z Lizbony).

Zasady udzielania pomocy publicznej¹¹ określa Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”). Zgodnie z art. 107 ust. 1 tego Traktatu, „z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”.

Z powyższego przepisu, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹², wynika norma prawna zakazująca udzielania pomocy państwa przedsiębiorstwom¹³. Należy jednak zauważyć, że zakaz pomocy państwa przedsiębiorstwom jest raczej wytworem kreatywności prawotwórczej sądów Unii Europejskiej, aniżeli literalnego brzmienia art. 107 ust. 1 TFUE, który jedynie generalnie stanowi, że pomoc państwa dla przedsiębiorstw jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym (ang. *incompatible with the internal market*).

¹¹ Należy tu zwrócić uwagę na dychotomię terminów: „pomoc państwa” i „pomoc publiczna”. Nie kwestionując możliwości różnicowania pojęciowego nazw „pomoc państwa” i „pomoc publiczna”, a w tych ramach także preferowania nazwy „pomoc publiczna” dla określenia działań skierowanych na urzeczywistnienie polskiego materialnego i procesowego prawa pomocy publicznej, zwrócić wypadnie uwagę m.in. na to, że i wówczas „pomoc” na gruncie przepisów prawa polskiego, powinna być rozumiana jako pomoc państwa, o której mowa w art. 107 ust. 1 TFUE.

¹² Przed 1 grudnia 2009 r. (data wejścia w życie Traktatu z Lizbony): Trybunał Sprawiedliwości, potocznie zwany Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. W niniejszym opracowaniu stosuję stare nazewnictwo zarówno tej instytucji, jak i Sądu Pierwszej Instancji w odniesieniu do orzeczeń wydanych przed 1 grudnia 2009 r. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 1969 r. w sprawach połączonych 6 oraz 11-69, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, *Zbiory Orzecznictwa Trybunału Europejskiego* (dalej: „Zb. Orz.”) 1969, s. 00523; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 marca 1977 r. w sprawie 74/76, *Iannelli & Volpi SpA przeciwko Ditta Paolo Meroni*, Zb. Orz. 1977, s. 00557; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 marca 1977 r., w sprawie 78-76, *Steinike & Weinlig przeciwko République Fédérale d’Allemagne*, pkt 14, Zb. Orz. 1977, s. 00595.

¹³ Pojęcie przedsiębiorstwa na gruncie art. 107 ust. 1 TFUE powinno być pojmowane dokładnie w taki sam sposób, w jaki rozumie się pojęcie przedsiębiorstwa w prawie Unii Europejskiej w dziedzinie konkurencji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, przedsiębiorstwem w rozumieniu unijnego prawa konkurencji są wszelkie kategorie *podmiotów prowadzących działalność gospodarczą bez względu na ich formę prawną*, źródła finansowania oraz status przyznany przedsiębiorcy na podstawie przepisów krajowych. Przez działalność gospodarczą zaś, zgodnie z orzecznictwem sądów Unii Europejskiej, rozumie się *oferowanie towarów i usług na rynku*. Dotyczy to działalności zarówno produkcyjnej, dystrybucyjnej, jak i usługowej. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 października 2001 r., w sprawie C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner przeciwko Landkreis Südwestpfalz*, pkt 19, Zb. Orz. 2001, s. I-08089; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 1991 r., w sprawie C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, Zb. Orz. 1991, s. I-01979; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 września 2000 r., w połączonych sprawach C-180/98 do C-184/98, *Pavel Pavlov i in. przeciwko Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, pkt 74, Zb. Orz. 2000, s. I-06451 oraz art. 1 zał. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych), *Dz.Urz. UE L 142 z 14 maja 1998 r.*

Od ogólnego „zakazu” udzielania pomocy państwa przedsiębiorstwom, o którym mowa w art. 107 ust. 1 TFUE, „unijny prawodawca” przewidział odstępstwa (wyjątki)¹⁴, a mianowicie uznał z mocy prawa pewne kategorie pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym¹⁵ oraz wskazał, że pomoc może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym¹⁶, udzielając w tym zakresie kompetencji Komisji Europejskiej¹⁷ i w pewnych przypadkach Radzie Unii Europejskiej¹⁸. W art. 107 ust. 1 TFUE wyróżnić można następującą triadę kryteriów, której łączne spełnienie, konstytuuje „niezgodność” pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym:

- 1) przyznanie pomocy przez państwo lub ze źródeł państwowych na warunkach korzystniejszych niż oferowane na rynku;
- 2) uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorstw lub gałęzi produkcji;
- 3) zakłócenie bądź groźba zakłócenia konkurencji i naruszenie wymiany handlowej między państwami członkowskimi Unii Europejskiej¹⁹.

¹⁴ Zakaz z art. 107 ust. 1 TFUE nie ma charakteru bezwzględnego.

¹⁵ Zgodnie z art. 107 ust. 2 TFUE zgodna z rynkiem wewnętrznym jest: a) pomoc o charakterze socjalnym przyznawana indywidualnym konsumentom, pod warunkiem, że jest przyznawana bez dyskryminacji związanej z pochodzeniem produktów; b) pomoc mająca na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi; c) pomoc przyznawana gospodarce niektórych regionów Republiki Federalnej Niemiec dotkniętych podziałem Niemiec, w zakresie, w jakim jest niezbędna do skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych tym podziałem. Pięć lat po wejściu w życie Traktatu z Lizbony, Rada, na wniosek Komisji, może podjąć decyzję uchylającą niniejsza literę (art. 107 ust. 2 lit. a–c TFUE). Pomoc ta określana jest również jako: pomoc *ipso iure*; pomoc obligatoryjna; pomoc dozwolona; pomoc automatyczna.

¹⁶ Zgodnie z art. 107 ust. 3 TFUE za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana: a) pomoc przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi gospodarcemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, jak również regionów, o których mowa w artykule 349, z uwzględnieniem ich sytuacji strukturalnej, gospodarczej i społecznej; b) pomoc przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce Państwa Członkowskiego; c) pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem; d) pomoc przeznaczona na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji w Unii w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem; e) inne kategorie pomocy, jakie Rada może określić decyzją, stanowiąc na wniosek Komisji (art. 107 ust. 3 lit. a–e TFUE). Pomoc ta określana jest również jako: pomoc fakultatywna; pomoc dopuszczalna; pomoc uznaniowa.

¹⁷ Zob. art. 108 ust. 4 TFUE.

¹⁸ Zob. art. 109 TFUE.

¹⁹ Wąski zakres stosowania art. 107 ust. 1 TFUE przyczynia się do faktu, że „zakłócenie konkurencji” oraz (negatywny) wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, ujmowane są często jako jedna przesłanka – zob. D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaua, H-P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły prawa konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, Warszawa 2007, s. 52.

W prawie europejskim²⁰ oraz w prawie polskim nie istnieje legalna definicja normatywna pomocy publicznej²¹. Pojęcie „pomoc”²² użyte w art. 107 ust. 1 TFUE, rozumiane jest wyjątkowo szeroko, mowa tu bowiem o „każdej pomocy” (ang. *any aid*) i „w każdej formie” (ang. *in any form*). Spośród wielu form, w jakich można udzielić pomocy publicznej, miarodajny wydaje się podział na pomoc w sensie pozytywnym i negatywnym. Pierwszy polega na przyznawaniu bezpośrednich korzyści beneficjentowi, drugi zaś na zmniejszeniu ciężących na nim obowiązków²³. Do pierwszej z wymienionych kategorii wymienić należy dotacje, subwencje, subsydia, gwarancje kredytowe itp. Może ona obejmować środki pieniężne, papiery wartościowe, własność rzeczy i praw, różne prawa majątkowe i niemajątkowe (zarówno do dóbr materialnych, jak i niematerialnych). Chodzi o wszystkie wartości, które znajdują następnie swój wyraz w sprawozdaniu finansowym danego przedsiębiorcy (w rachunku zysków i strat, informacjach dodatkowych)²⁴. Do drugiej kategorii, szczególnie charakterystycznej dla polskiej pomocy publicznej, należą różnego rodzaju środkami podatkowoprawne w postaci, m.in.: ulg i zwolnień podatkowych²⁵ czy ulg w spłacie zobowiązań podatkowych²⁶. Pojęcie pomocy państwa nie ogranicza się

²⁰ W niniejszym opracowaniu stosuję pojęcie „prawo europejskie” w wąskim rozumieniu, jako obejmujące prawo Unii Europejskiej – zob. M. Ahl, *Prawo...*, s. 1.

²¹ Na temat pojęcia pomocy państwa w prawie Unii Europejskiej zob. C. Quigley, *The Notion of State Aid in the EEC*, *European Law Review* 1988, Vol. 13, s. 242 i n.; W. Schön, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, *Common Market Law Review* 1999, Vol. 36, s. 919 i n.; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 29 i n.; A. Nykiel, *Pojęcie pomocy państwa w świetle prawa Unii Europejskiej* (w:) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, Toruń 2002, s. 193 i n.; M. Szydło, *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym*, *Studia Europejskie* 2002, nr 4, s. 33 i n.; M. Kalinowski, A. Zalański, *Pomoc podatkowa państwa w Unii Europejskiej (1)*, *Przegląd Podatkowy* 2003, nr 11, s. 18 i n.; T. Skoczny, *Zakaz antykonkurencyjnej pomocy państwa* (w:) *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2004, s. 780 i n.; A. Kamiński, M.M. Pogoński, *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców w Polsce*, *Przegląd Podatkowy* 2004, nr 10, s. 4 i n.; J. Rosińska, *Pomoc publiczna w świetle Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Glosa* 2004, nr 5, s. 4 i n.; P. Marquardt, *Pomoc publiczna dla małych i średnich przedsiębiorców*, Warszawa 2007, s. 37 i n.; I. Postuła, A. Werner, *Prawo pomocy publicznej*, Warszawa 2008, s. 25 i n.; A. Nykiel-Matteo, *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009, s. 14 i n.; J. Szczupakowski, *Stosowanie przepisów prawa w zakresie udzielania ulg w spłacie zobowiązań podatkowych a pomoc publiczna* (w:) *Zagadnienia współczesnego prawa polskiego*, red. A. Doczekalska, Warszawa 2011, s. 280 i n.

²² Zob. art. 1 lit. a rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz.U. L 83 z 27 marca 1999, s. 1.

²³ Zob. P. Marquardt, *Pomoc...*, s. 39.

²⁴ Zob. M. Szydło, *W sprawie pojęcia pomocy publicznej*, *Glosa* 2002, nr 3, s. 18.

²⁵ Zob. M. Popławski, *Charakter ulg i zwolnień będących pomocą publiczną*, *Monitor Podatkowy* 2005, nr 7, s. 31 i n.; V. Filipowicz-Zemła, M. Radwan, *Pomoc publiczna a obciążenia podatkowe*, *Monitor Podatkowy* 2002, nr 3, s. 16 i n.; M. Wnukowski, *Pomoc publiczna w polskim ustawodawstwie*, *Glosa* 2002, nr 10, s. 18 i n.

²⁶ Szerzej na temat pomocy publicznej w formie ulg w spłacie zobowiązań podatkowych zob. L. Etel, *Ulg w spłacie podatków a pomoc publiczna* (w:) *Ordynacja podatkowa. W teorii i praktyce*, red. L. Etel, Białystok 2008, s. 66 i n.; idem, *Ulg w spłacie podatków a pomoc*

jedynie do dotacji²⁷, obejmuje również środki podatkowoprawne²⁸ oraz inwestycje ze środków publicznych dokonywane w sytuacji, w której inwestor prywatny odmówiłby wsparcia²⁹. Na uwagę zasługuje fakt, iż wprawdzie środek pomocowy może przybrać dowolną formę, ale musi przyznawać odbiorcom określoną korzyść ekonomiczną³⁰, tzn. musi mieć wymiar finansowy³¹.

publiczna, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2008, nr 4, s. 2 i n.; idem, *Pomoc publiczna w ordynacji podatkowej*, *Finanse Komunalne* 2008, nr 11, s. 23 i n.; J. Partyka, *Udzielanie pomocy na podstawie przepisów ustawy Ordynacja podatkowa*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2007, nr 1, s. 6 i n.; M. Radzikowska, *Pomoc publiczna w praktyce orzecznictwa podatkowego*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2007, nr 1, s. 17 i n.

²⁷ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r., w sprawie C-308/01, *GIJ Insurance Ltd i inni przeciwko Commissioners of Customs & Excise*, pkt 69, Zb. Orz. 2004, s. I-04777; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 1994 r., w sprawie C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA przeciwko Ayuntamiento de Valencia*, pkt 13, Zb. Orz. 1994, s. I-00877; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1999 r., w sprawie C-295/97, *Industrie Aeronautiche Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA przeciwko International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH i Ministero della Difesa*, pkt 34, Zb. Orz. 1999, s. I-03735; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawie C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni przeciwko La Poste* oraz inne, pkt 58, Zb. Orz. 1996, s. I-03547; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 marca 2006 r., w sprawie C-237/04, *Enirisorse SpA przeciwko Sotacarbo SpA*, pkt 42, Zb. Orz. 2006, s. I-02843; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 2005 r., w sprawie C-66/02, *Republika Włoska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 77, Zb. Orz. 2005, s. I-10901. W Polsce wartość pomocy publicznej jest wyrażana w kwocie pieniężnej, po przeliczeniu jej w sposób pozwalający na ustalenie kwoty, jaką otrzymałby beneficjent pomocy, gdyby została ona udzielona w formie dotacji – zob. art. 11 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 z późn. zm., oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach, Dz.U. Nr 194, poz. 1983 z późn. zm.

²⁸ L. Etel, *Komentarz do art. 67(b) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60)* (w:) C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa*. Komentarz, LEX 2006, 2007, 2009, 2011; idem, *Pomoc publiczna w ordynacji podatkowej*, *Finanse Publiczne* 2008, nr 11/23; zob. również: M. Pachucki, *Ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych zakwalifikowanych jako pomoc publiczna* – komentarz praktyczny ABC, teza 3, LEX, nr 85306; idem, *Kwalifikacja prawna wniosku o udzielenie ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych* – komentarz praktyczny ABC, teza 3, LEX, nr 86212; M. Łyczek, *Odmowa udzielenia ulgi podatkowej w kontekście przepisów dotyczących pomocy publicznej* – komentarz do wyroku WSA w Krakowie, *Prawo Pomocy Publicznej* 2009, nr 2/21; idem, *Ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych udzielane przez gminy w kontekście nowych przepisów dotyczących pomocy publicznej*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2007, nr 5/7; E. Wróblewska, *Odmowa udzielenia ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych w formie de minimis* – glosa do wyroku WSA w Krakowie, *Prawo Pomocy Publicznej* 2009, nr 4/22–23; M. Radzikowska, *Ulgi w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2008, nr 1/8; P. Łaszewski, *Zasady udzielania pomocy regionalnej w świetle wyroków polskich sądów administracyjnych*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2009, nr 5/23; M. Truska, Ł. Machalski, *Wybrane zagadnienia dotyczące podatkowej pomocy publicznej*, *Prawo Pomocy Publicznej* 2009, nr 6/28.

²⁹ Zob. opinia rzecznika generalnego Jacobsa w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 oraz C-280/92, *Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 września 1994 r., pkt 28, Zb. Orz. 1994, s. I-04103: „Pomoc państwa jest przyznawana wówczas, gdy państwo członkowskie udostępnia przedsiębiorstwu fundusze, które w normalnym toku zdarzeń nie zostałyby dostarczone przez inwestora z sektora prywatnego, stosującego normalne handlowe kryteria oraz nie biorącego pod uwagę innych czynników natury społecznej, politycznej lub filantropijnej”.

³⁰ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 1978 r., w sprawie 82/77, *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden v. Jacobus Philippus van Tiggele*, pkt 24 i 25; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 marca 1993 r., w połączonych sprawach C-72/91, C-73/91, *Slovan Neptun Schiffahrts AG v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Slovan Neptun Schiffahrts AG*, pkt 19; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 września 1993 r., w sprawie C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal*, pkt 16; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 maja 1998 r., w połączonych sprawach C-52/97, C-53/97, C-54/97 *Epiphany Viscido, Mauro Scandella and Others, Massimiliano Terragnolo and Others v. Ente Poste Italiane*, odpowiednio: pkt 16, pkt 13, pkt 13, Zb. Orz. 1998, s. I-02629.

³¹ Zob. P. Pełka, M. Stasiak, *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 19.

Nie ma znaczenia, czy pomoc jest przyznawana bezpośrednio przez państwo³² lub organy publiczne, bowiem wskazana w art. 107 ust. TFUE dystynkcja między pomocą przyznaną przez państwo i pomocą przyznaną przy użyciu zasobów państwowych ma służyć temu, aby objąć zakresem definicji „pomoc”, nie tylko pomoc przyznawaną bezpośrednio przez państwo, ale także przez podmioty prywatne, które utworzone (ustanowione) lub wskazane (wyznaczone) zostały przez państwo w celu zarządzania pomocą³³. Pod pojęciem „państwa” mieszczą się zarówno organy centralne, jak i regionalne oraz lokalne³⁴.

Aby pomoc ze środków publicznych można było uznać za pomoc państwa, musi ona sprzyjać pewnym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów (selektywność³⁵), w przeciwieństwie do środków ogólnych, do których art. 107 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania³⁶. Selektywność (specyficzność) polega więc na promowaniu tylko niektórych przedsiębiorstw bądź produkcji niektórych towarów. Strata wpływów przez państwo, jest równoznaczna z konsumpcją środków publicznych w formie wydatków finansowych. Selektywna korzyść może być rezultatem stosowania odstępstw od przepisów ustawodawczych, wykonawczych albo administracyjnych (selektywność *de iure*) albo od uznaniowej praktyki ze strony

³² Należy wskazać, że funkcję wykonawczą w zakresie realizacji zadań państwa pełni polska administracja publiczna. Dzieli się ją na administrację centralną – której reprezentantem jest Rada Ministrów, Prezes Rady Ministrów i Ministrowie oraz administrację terytorialną (lokalną), która z kolei dzieli się na administrację rządową i samorząd. Administracja rządowa dzieli się na administrację ogólną (zespoloną, polityczną) i administrację specjalną (niezespoloną). Przedstawicielem administracji zespolonej jest wojewoda, natomiast administracji niezespolonej: izby skarbowe, urzędy skarbowe oraz kuratorowie szkolni, inspektorzy szkolni. Samorząd zaś dzieli się na samorząd terytorialny, w skład którego wchodzi: samorząd wojewódzki: sejmik i wydział wojewódzki, samorząd powiatowy, samorząd gmin: wiejskich (rady i zarządy gminne z wójtami; gromady, zebrania, sołtys) i miejskich (rady i zarządy miejskie z prezydentami i burmistrzami); samorząd gospodarczy (Izby Przemysłowo-Handlowe, Izby Rolnicze, Izby Rzemieślnicze) oraz samorząd zawodowy (Izby Adwokackie, Izby Lekarskie). Wszystkie te jednostki można nazwać władzą publiczną, której najistotniejszym przejawem jest przyznanie władztwa administracyjnego, którego istota polega na możliwości stosowania przymusu dla realizacji określonego w sposób bezpośredni i praktyczny celu państwowe-go w zakresie funkcji wykonawczych.

³³ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 stycznia 1985 r., w sprawie 290/83, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, pkt 14, Zb. Orz. 1985, s. 00439; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., w sprawie C-482/99, Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 36–42, Zb. Orz. 2002, s. I-04397.

³⁴ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 1987 r., w sprawie 248/84, Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 17, Zb. Orz. 1987, s. 4013. W polskiej strukturze będzie to nie tylko cała administracja publiczna (rządowa i samorządowa), ale również stowarzyszenia, fundacje, banki itp.

³⁵ Szerzej na temat selektywności środka pomocowego zob. M. Chrzan, *Selektywność środka podatkowoprawnego jako element konstytutywny zakazu udzielania pomocy publicznej przedsiębiorcom w europejskim prawie wspólnotowym. Implikacje dla Polski*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2003, nr 1, s. 89 i n.

³⁶ Zob. opinię rzecznika generalnego Darmona w połączonych sprawach C-72/91 oraz C-73/91, Firma *Sloman Neptun Schiffahrts AG* przeciwko *Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 marca 1993 r., Zb. Orz. 1993, s. I-00887, w której można znaleźć jasną analizę takiego rozróżnienia.

władz publicznych (selektywność *de facto*). Tylko środki, których zakres rozciąga się na całe terytorium państwa, wymykają się kryterium specyficzności ustanowionemu w art. 107 ust. 1 TFUE. Środki, które w swoim zasięgu są regionalne albo lokalne, mogą faworyzować niektórych przedsiębiorców. Traktowanie podmiotów gospodarczych w sposób uznaniowy również może oznaczać, że indywidualne zastosowanie ogólnych środków przyjmuje cechy środków selektywnych, w szczególności gdy korzystanie z uznaniowej władzy wykracza poza proste zarządzanie wpływami finansowymi poprzez odniesienie do obiektywnych kryteriów³⁷. Jeżeli w codziennej praktyce istnieje potrzeba interpretowania przepisów, nie mogą one pozostawiać miejsca dla uznaniowego traktowania przedsiębiorców. Każda decyzja bądź umowa administracji publicznej, która wynikając z ogólnych reguł, przynosi korzyści indywidualnemu przedsiębiorcy, z zasady prowadzi do domniemania pomocy państwa i musi być szczegółowo przeanalizowana przez polski sąd. Tak długo, jak administracyjne postanowienia zawierają tylko interpretację ogólnych reguł, nie powodują one domniemania pomocy. Jednakże nieprzejrzystość decyzji bądź umów podejmowanych przez władze i swoboda działania, jaką czasami się cieszą, wspiera domniemanie pomocy, a przynajmniej, że taki jest efekt tych działań w stosunku do niektórych przypadków.

Ostatnim kryterium konstrukcji prawnej pojęcia pomocy publicznej jest skutek (następstwo), jakie wywołuje jej udzielenie, a mianowicie zakłócenie lub ryzyko zakłócenia konkurencji oraz wpływ pomocy na handel pomiędzy państwami członkowskimi³⁸. Jest to najistotniejszy element, niejako tworzący pomoc państwa niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Pomoc publiczna musi prowadzić do tego, aby konkurencja między przedsiębiorstwami lub gałęziami produkcji została faktycznie lub przynajmniej potencjalnie zakłócona. Ma to miejsce, gdy wsparcie wzmacnia pozycję danego przedsiębiorstwa w stosunku do pozycji jego konkurentów w handlu wewnętrznym. Nawet jeśli przedsiębiorstwo działa jedynie na rynku

³⁷ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-241/94, Francja przeciw Komisji (*Kimberly Clark Sopalin*), Zb. Orz. 1996, s. I-04551.

³⁸ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2006 r., w połączonych sprawach C-393/04 oraz C-41/05 *Air Liquide Industries Belgium SA* przeciwko *Ville de Seraing i Province de Liège*, pkt 33 do 36, Zb. Orz. 2006, s. I-05293; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 stycznia 2006 r., w sprawie C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze* przeciwko *Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, pkt 139 do 141, Zb. Orz. 2006, s. I-00289; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 marca 2002 r., w sprawie C-310/99, *Repubblica Włoska* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 84 do 86, Zb. Orz. 2002, s. I-02289.

lokalnym, nie ma licznych powiązań z przedsiębiorcami zagranicznymi można uznać, że doprowadzi do wspomnianych zakłóceń w konkurencji, negatywnie rzutujących na wymianę handlową w ramach Unii Europejskiej (dalej: „UE”). Wystarczy, że prowadzi działalność gospodarczą na tym samym rynku, na którym funkcjonują inne przedsiębiorstwa z państw członkowskich Unii Europejskiej³⁹. Tylko środki, których zakres rozciąga się na całe terytorium państwa, wymykają się kryterium specyficzności ustanowionemu w art. 107 ust. 1 TFUE. Środki, które w swoim zasięgu są regionalne albo lokalne, mogą faworyzować niektórych przedsiębiorców. Co do zasady, przedmiotowej przesłanki nie spełni wsparcie, którego wpływ na wymianę handlową jest ograniczony jedynie do terytorium jednego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub którego oddziaływanie dotyczy wyłącznie rynków poza UE. Jeśli jednak rynek, na którym działa podmiot ubiegający się o pomoc, jest otwarty na konkurencję międzynarodową, wówczas nie można wykluczyć, że wsparcie udzielone podmiotowi działającemu na rynku krajowym utrudni wejście na ten rynek podmiotowi z innego państwa członkowskiego lub eksport do tego kraju dóbr i usług z innych państw członkowskich i w ten sposób pośrednio wpłynąć na wymianę handlową w wymiarze unijnym.

Kryterium wpływu na handel⁴⁰ jest spełnione, jeżeli firma otrzymująca pomoc państwa prowadzi działalność gospodarczą związaną z handlem pomiędzy państwami członkowskimi. Sam fakt, że pomoc wzmacnia pozycję firmy, w porównaniu z pozycją innych firm będących konkurentami w wewnątrzunijnym handlu, jest wystarczający do wyciągnięcia wniosku, że ma to wpływ na handel. Na zmianę tego wniosku nie wpływa ani to, że pomoc jest względnie małej wartości⁴¹, ani to, że odbiorca jest niewielkim

³⁹ Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na dyskusyjną, bądź słabo umotywowaną tezę wyrażoną w wyroku WSA w Białymstoku z dnia 3 września 2008 r., I SA/Bk 198/08, LEX, nr 438085, w którym Sąd stwierdził, iż „jeżeli podatnik prowadzi działalność gospodarczą jedynie na danym terenie, jego podstawowym odbiorcą są podmioty krajowe, nie ma licznych powiązań z przedsiębiorcami zagranicznymi, można przyjąć, że pomoc jemu udzielona nie doprowadzi do zakłóceń w konkurencji negatywnie rzutujących na wymianę handlową w ramach UE, a zatem nie stanowi pomocy publicznej” – zob. również: L. Etel, *Pomoc publiczna w ordynacji podatkowej*, Finanse Komunalne 2008, nr 11, s. 23; idem, *Kiedy przedsiębiorca może uzyskać ulgę w spłacie podatków?*, Prawo i Podatki 2006, nr 2, s. 14; idem, *Udzielanie przedsiębiorcom ulg w spłacie podatków*, Prawo i Podatki 2007, nr 9, s. 1; oraz P. Sidor, *Pomoc publiczna w świetle znowelizowanych przepisów wspólnotowych i krajowych. Problemy podatkowe. Obowiązki beneficjenta*, Doradztwo Podatkowe 2007, nr 3, s. 17.

⁴⁰ Szerzej na temat wpływu na handel środka pomocowego zob. Z. Jurczyk, *Koncepcja wpływu na handel między państwami członkowskimi – kryterium stosowania wspólnotowego prawa konkurencji (cz. I)*, Prawo i Podatki Unii Europejskiej w Praktyce 2007, nr 5, s. 40 i n.; idem, *Koncepcja wpływu na handel między państwami członkowskimi – kryterium stosowania wspólnotowego prawa konkurencji (cz. II)*, Prawo i Podatki Unii Europejskiej w Praktyce 2007, nr 6, s. 9 i n.

⁴¹ Z wyjątkiem pomocy *de minimis*.

przedsiębiorstwem lub jego udział na rynku unijnym jest bardzo mały⁴², ani również to, że odbiorca nie eksportuje⁴³ lub eksportuje prawie wszystkie swoje produkty poza obszar UE⁴⁴. Przedsiębiorca niekoniecznie musi eksportować swoje produkty, by udzielana mu pomoc wpływała na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Jak wyżej wspomniałem, wystarczy, że funkcjonuje on na tym samym rynku, na którym działają przedsiębiorstwa z innych krajów UE. Może to być rynek wewnętrzny kraju, w którym ma on swoją siedzibę. Skutkiem wsparcia przez państwo takiego przedsiębiorstwa jest możliwość utrzymania jego produkcji na dotychczasowym poziomie lub nawet jej wzrost. Takie wzmocnienie pozycji firmy na rynku krajowym może jednocześnie skutkować pogorszeniem sytuacji firm z innych państw członkowskich, które eksportują lub chciałyby rozpocząć eksport swoich towarów na rynek tego państwa członkowskiego⁴⁵. Nawet wsparcie dla podmiotu, którego działalność ogranicza się do terytorium tylko jednego państwa członkowskiego UE i który bezpośrednio nie bierze udziału w wymianie handlowej z innymi państwami członkowskimi (nie importuje z, ani nie eksportuje do innego państwa członkowskiego żadnych dóbr i usług), a otrzymuje korzyść od państwa na warunkach korzystniejszych niż oferowane na rynku, może grozić zakłóceniem konkurencji i wpłynąć na wymianę handlową na rynku wewnętrznym⁴⁶. O tym, czy dany zastosowany przez państwo środek jest, czy też nie

⁴² Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 września 1994 r., w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 i C-280/92, Hiszpania przeciw Komisji, Zb. Orz. 1994, s. I-4103.

⁴³ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 1988 r., w sprawie 102/87, Francja przeciw Komisji, Zb. Orz. 1998, str. 4067.

⁴⁴ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 marca 1990 r., w sprawie C-142/87, Belgia przeciw Komisji, Zb. Orz. 1990, s. I-959.

⁴⁵ Zob. *Pomoc publiczna*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2009, s. 21.

⁴⁶ Można wyróżnić trzy elementy mogące wpływać na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi:

- 1) element geograficzno-językowy: lokalizacja, odległość od innych przedsiębiorców z uwzględnieniem bariery językowej, czy przedsiębiorstwo jest położone w pobliżu granicy z innym państwem członkowskim, co ułatwiałoby korzystanie przez obywateli innych Państw Członkowskich z oferowanych towarów, bądź świadczonych przez ten podmiot usług;
- 2) element transgraniczny: charakter prowadzonej działalności gospodarczej – lokalny, krajowy, wewnątrzunijny czy międzynarodowy; prawdopodobieństwo wykonywania działalności za granicą, powiązania z kontrahentami zagranicznymi; czy beneficjent wsparcia rywalizuje na rynku z innymi przedsiębiorstwami mającymi siedzibę na terenie Unii Europejskiej, czy realizuje inwestycję na danym terenie o charakterze konkurencyjnym; jakie kategorie podmiotów korzystają z towarów, bądź świadczonych przez niego usług (np. czy jest to produkcja towarów lub świadczenie usługi, z których korzystają lub potencjalnie mogą korzystać obywatele innych państw członkowskich); czy w ostatnich latach z towarów lub usług tych korzystali jedynie mieszkańcy danej gminy, powiatu, województwa, kraju, czy też obywatele innych Państw Członkowskich Unii Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem okresu przypadającego po dniu 1 maja 2004 r.; ogólna sytuacja na rynku, udział w nim wspieranego podmiotu, jego aktywność w zakresie eksportu itp., należy zbadać rynek, na którym działa przedsiębiorca, i odnieść się do jego pozycji na tym rynku oraz do wysokości wsparcia;

jest pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, rozstrzygają nie tylko jego cel (przeznaczenie) oraz wysokość, ale także zastosowana przy jego aplikowaniu procedura⁴⁷.

Orzecznictwo sądów Unii Europejskiej⁴⁸ oraz decyzje Komisji Europejskiej często dotyczyły kwestii, czy dane środki mogą zostać zakwalifikowane jako pomoc państwa. Komisja Europejska wydała dodatkowo szczegółowe wskazówki dotyczące niektórych złożonych kwestii, takich jak zastosowanie zasady prywatnego inwestora⁴⁹ i testu prywatnego wierzyciela⁵⁰, okoliczności, w których gwarancje państwowe muszą być uznane za pomoc państwa⁵¹, traktowanie sprzedaży gruntów publicznych⁵², prywatyzacja i podobne działania państwa⁵³, pomoc nieprzekraczająca progu

-
- 3) element wielkości budżetu danego przedsięwzięcia (potencjalna wielkość i częstotliwość pomocy dla poszczególnych podmiotów). Z samej natury duże przedsiębiorstwa i produkcje towarów mogą mieć stosunkowo znaczny wpływ na konkurencję i handel wewnątrzspółnotowy. Dla kwalifikowania działalności określonych podmiotów jako gospodarczej duże znaczenie mają zasięg oraz skala tej aktywności.

⁴⁷ M. Szydło, *Pomoc państwa wspierająca świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w świetle najnowszego orzecznictwa wspólnotowego*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 2, s. 32.

⁴⁸ Przykładowo zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 lipca 2003 r., w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, przy udziale *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

⁴⁹ Jeśli chodzi o ogólne zasady dotyczące testu prywatnego inwestora, zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 marca 1990 r., w sprawie C-142/87, *Królestwo Belgii przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Tubemeuse)*, Zb. Orz. 1990, s. I-00959; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 marca 1991 r., w sprawie C-305/89, *Republika Włosa przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Alfa Romeo)*, pkt 19 i 20, Zb. Orz. 1991, s. I-01603. Zob. również argumentację szczegółową w wyroku Sądu Pierwszej Instancji (obecnie: Sądu Unii Europejskiej) z dnia 6 marca 2003 r., w połączonych sprawach T-228/99 oraz T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 245 i n., Zb. Orz. 2003, s. II-00435; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 1999 r., w sprawie C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, pkt 25, Zb. Orz. 1999, s. I-03913.

⁵⁰ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 1999 r., w sprawie C-342/96, *Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 34, Zb. Orz. 1999, s. I-02459; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 1999 r., w sprawie C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, pkt 25, Zb. Orz. 1999, s. I-03913.

⁵¹ Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE do pomocy państwa w formie gwarancji, Dz.U. C 155 z 20 czerwca 2008 r., s. 10.

⁵² Zob. Komunikat Komisji w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne, Dz.U. C 209 z 10 lipca 1997 r., s. 3.

⁵³ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 września 1994 r., w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 oraz C-280/92, *Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1994, s. I-04103.

*de minimis*⁵⁴, ubezpieczenia kredytów eksportowych⁵⁵, bezpośrednio opodatkowanie działalności gospodarczej⁵⁶, inwestycje kapitału podwyższonego ryzyka⁵⁷ oraz pomoc państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną⁵⁸. Orzecznictwo, wytyczne Komisji Europejskiej oraz praktyka decyzyjna mogą stanowić wartościowe wsparcie w kwestiach pomocy państwa dla polskich organów państwowych w zakresie przestrzegania ogólnych zasad w prawie Unii Europejskiej, takich jak zasady: przejrzystości⁵⁹, proporcjonalności⁶⁰, spójności⁶¹ oraz subsydiarności⁶², aby w ten sposób, w sytuacji wystąpienia pomocy w rozumieniu traktatowym, zapewnić pierwszeństwo, skuteczność i efektywność prawu unijnemu.

Istnieją jednak okoliczności, w których pomoc publiczna może być udzielana zgodnie z prawem bez zgody Komisji Europejskiej, a mianowicie w przypadku, gdy środek jest objęty rozporządzeniem w sprawie wyłączeń

⁵⁴ Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy *de minimis*, Dz.U. L 379 z 28 grudnia 2006 r., s. 5; rozporządzenie Komisji (WE) nr 875/2007 z dnia 24 lipca 2007 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy w ramach zasady *de minimis* dla sektora rybołówstwa i zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1860/2004, Dz.U. L 193 z 25 lipca 2007 r., s. 6 oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 1535/2007 z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy *de minimis* w sektorze produkcji rolnej, Dz.U. L 337 z 21 grudnia 2007 r., s. 35.

⁵⁵ Zob. Komunikat Komisji do państw członkowskich zgodnie z art. 93 ust. 1 Traktatu WE dotyczący stosowania art. 92 i 93 Traktatu do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych, Dz.U. C 281 z 17 września 1997 r., s. 4.

⁵⁶ Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie stosowania reguł pomocy publicznej do środków związanych z bezpośrednim opodatkowaniem działalności gospodarczej, Dz.U. C 384 z 10 grudnia 1998 r., s. 3.

⁵⁷ Zob. Wytyczne wspólnotowe w sprawie pomocy państwa na wspieranie inwestycji kapitału podwyższonego ryzyka w małych i średnich przedsiębiorstwach, Dz.U. C 194 z 18 sierpnia 2006 r., s. 2.

⁵⁸ Zob. Wspólnotowe zasady ramowe dotyczące pomocy państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną, Dz.U. C 323 z 30 grudnia 2006 r., s. 1.

⁵⁹ Zasada przejrzystości (*transparency*) polega na obowiązku zgłaszania przez państwo członkowskie zamiaru udzielania pomocy publicznej oraz gromadzenia informacji dotyczących udzielonej pomocy, czemu służyć ma wprowadzenie procedury notyfikacyjnej i kontrolnej.

⁶⁰ Zasada proporcjonalności (*proportionality*) polega na tym, że kwota pomocy publicznej musi być proporcjonalna do skali problemu, którego rozwiązaniu ma służyć oraz nie może przekraczać ustalonych pułapów w określonych rodzajach i formach pomocy (wykorzystany środek musi być odpowiedni, konieczny i stosowny do osiągnięcia wyznaczonego celu).

⁶¹ Zasada spójności (*cohesion*) (zasada solidarności europejskiej) polega na dążeniu do likwidacji dysproporcji i nierówności w rozwoju pomiędzy poszczególnymi regionami Unii Europejskiej.

⁶² Zasad subsydiarności (*subsidiarity*) polega na udzieleniu pomocy publicznej przez Komisję Europejską dopiero wtedy, kiedy działania organów państw członkowskich okazały się nieskuteczne.

grupowych⁶³ oraz gdy dotyczy istniejącej pomocy⁶⁴. Obejmuje to między innymi przypadki, gdy pomoc jest przyznawana w ramach programu istniejącego przed przystąpieniem państwa członkowskiego do Unii Europejskiej lub w ramach programu uprzednio zatwierdzonego przez Komisję⁶⁵. Jeżeli prowadzone przed polskim sądem postępowanie w sprawach pomocy publicznej dotyczy stosowania przepisów rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych lub też istniejącego lub zatwierdzonego programu pomocy, sąd ten nie może ocenić zgodności środka pomocy z rynkiem wewnętrznym, ponieważ ocena ta leży w wyłącznej gestii Komisji Europejskiej. Polski sąd może jedynie stwierdzić, czy spełnione zostały wszystkie warunki rozporządzenia lub programu. Sądy europejskie uznały, że w zakresie kompetencji sędziów sądów krajowych leży rozstrzygnięcie, czy w danym przypadku pomoc została zgłoszona zgodnie z obowiązującą procedurą, oraz – w razie jej naruszenia – nakazanie zwrotu pomocy oraz stosowanych odsetek⁶⁶. Przypadki, gdy Komisja Europejska interweniuje jako *amicus curiae* w narodowe procedury państwa członkowskiego są

⁶³ Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych), Dz.Ur. UE L 142 z 14 maja 1998 r., wydane w ramach rozporządzenia Rady (WE) nr 994/98 z dnia 7 maja 1998 r. dotyczącego stosowania art. 92 i 93 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa, Dz.U. L 142 z 14 maja 1998 r., s. 1, które zastąpiło wcześniejsze rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych: zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 68/2001 z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE do pomocy szkoleniowej, Dz.U. L 10 z 13 stycznia 2001 r., s. 20; rozporządzenie Komisji (WE) nr 70/2001 z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw, Dz.U. L 10 z 13 stycznia 2001 r., s. 33; rozporządzenie Komisji (WE) nr 2204/2002 z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy państwa w zakresie zatrudnienia, Dz.U. L 337 z 13 grudnia 2002 r., s. 3 oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 1628/2006 z dnia 24 października 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu w odniesieniu do regionalnej pomocy inwestycyjnej, Dz.U. L 302 z 1 listopada 2006 r., s. 29. Rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, małych i średnich przedsiębiorstw oraz szkoleń zostały przedłużone do dnia 30 czerwca 2008 r. rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1976/2006 z dnia 20 grudnia 2006 r. zmieniającym rozporządzenia (WE) nr 2204/2002, (WE) nr 70/2001 oraz (WE) nr 68/2001 w odniesieniu do przedłużenia okresu stosowania, Dz.U. L 368 z 23 grudnia 2006 r., s. 85. W sektorach rybołówstwa i rolnictwa mają zastosowanie specjalne rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 736/2008 z dnia 22 lipca 2008 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw zajmujących się produkcją, przetwórstwem i wprowadzaniem do obrotu produktów rybołówstwa, Dz.U. L 201 z 30 lipca 2008 r., s. 16 oraz rozporządzenie Komisji (WE) nr 1857/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw prowadzących działalność związaną z wytwarzaniem produktów rolnych oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 70/2001, Dz.U. L 358 z 16 grudnia 2006 r., s. 3.

⁶⁴ Zob. art. 1 lit. b) rozporządzenie Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (Dz.U. L 83 z 27 marca 1999 r., s. 1–9).

⁶⁵ Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli sam program przewiduje obowiązek indywidualnego zgłoszenia w przypadku niektórych rodzajów pomocy. Jeśli chodzi o obowiązującą pomoc, zob. także wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 sierpnia 1994 r., w sprawie C-44/93, *Namur-Les assurances du crédit SA przeciwko Office national du du croire* i Państwo Belgijskie, pkt 28–34, Zb. Orz. 1994, s. I-03829.

⁶⁶ Zob. *Vademecum – Prawo wspólnotowe w dziedzinie pomocy państwa*, Wspólnoty Europejskie 2008, s. 15, źródło: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_09_2008_pl.pdf.

wciąż dość rzadkie. Polski sąd ma obowiązek zapewnić respektowanie art. 108 ust. 3 TFUE (zasada *effet utile*), zwłaszcza poprzez zapewnienie, że reguły pomocy państwa mają charakter nadrzędny w stosunku do polskich reguł procesowych⁶⁷. Zasada efektywności (skuteczności, zasada *effet utile*), wywodzi się z zasady nadrzędności prawa Unii Europejskiej. Określenie *effet utile* oznacza praktyczną skuteczność normy prawa Unii Europejskiej. Przejawia się ona w dwóch aspektach: pozytywnym i negatywnym⁶⁸. W aspekcie pozytywnym obejmuje ona obowiązek podejmowania wszelkich środków koniecznych do zapewnienia skutecznego stosowania prawa UE i zapewnienia ochrony praw w zakresie pierwotnego (*primary*) i wtórnego (*secondary*) prawa UE. Aspekt zaś negatywny tej zasady wyraża się w nakazie niepodjmowania przez państwa członkowskie środków prawnych sprzecznych z *effet utile*⁶⁹. Polskie sądy muszą podjąć wszelkie działania, aby wstrzymać udzielanie pomocy publicznej przedsiębiorstwu do czasu wykonania przez niego zwrotu kwoty stanowiącej równowartość udzielonej pomocy publicznej, co do której Komisja Europejska wydała decyzję o obowiązku zwrotu pomocy bezprawnej i niezgodnej z rynkiem wewnętrznym, a w przypadku jej wcześniejszego udzielenia – wypłacona temu beneficjentowi (zasada „Deggendorf”⁷⁰). Regulacje dotyczące pomocy publicznej mają zapewnić, aby każdy z przedsiębiorców prowadził działalność gospodarczą w oparciu o własne, niewspomagane przez państwo, zasoby finansowe⁷¹. Obowiązek windykacji danej pomocy powinien zostać wykonany bezzwłocznie, bowiem wydłużająca się procedura windykacji spowodować może nieodwracalne skutki w zakresie zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym⁷². Ponadto, niezależnie od charakteru prawnego decyzji nakazującej zwrot pomocy udzielonej w formie środków pomocowych, wskazać należy, że nie mogą one spowodować bezskuteczność unijnych regulacji. Relacja porządku prawnego Unii Europejskiej i poszczególnych państw członkowskich jest odmienna. To unijne przepisy mogą

⁶⁷ Zob. 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level – Final Report, źródło: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf.

⁶⁸ K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 28.

⁶⁹ Ibidem, s. 28.

⁷⁰ Zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 13 września 1995 r. w sprawach połączonych T-244/93 oraz T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1995, s. II-02265.

⁷¹ J. Justyński *Podstawy prawne polityk gospodarczych Unii Europejskiej*, Toruń 2004, s. 188.

⁷² I. Postuła, A. Werner, *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006, s. 255.

doprowadzić do wyeliminowania z zastosowania przepisów poszczególnych państw członkowskich⁷³. Prawo polskie określa zasady, w świetle których należałoby przeprowadzić windykację bezprawnie udzielonej pomocy. Oznacza to, że w przypadku Polski należy w pierwszej kolejności rozważyć zastosowanie ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Kolejną kwestią jest dokonanie oceny, czy przepisy te spełniają wymogi ekwiwalentności i efektywności⁷⁴. Jak już wskazano, celem windykacji jest przywrócenie sytuacji istniejącej na rynku przed przyznaniem pomocy. Odzyskanie pomocy jest konieczne dla zapewnienia jednakowych warunków działania na rynku wewnętrznym. Przywrócenie wcześniejszej sytuacji następuje, gdy beneficjent zwróci pomoc przyznaną bezprawnie i niezgodną z rynkiem wewnętrznym, tracąc tym samym przewagę, jaką uzyskał w stosunku do swoich konkurentów na rynku, a warunki konkurencji panujące przed przyznaniem pomocy zostają przywrócone⁷⁵.

Podstawową rolą państwa, wykorzystującego atrybuty władzy (*imperium*) i uprawnienia właścicielskie (*dominium*), jest realizacja określonych konstytucyjnie i ustawowo zadań publicznych dla dobra ogółu społeczeństwa. Jednak w sytuacji ogólnoswiatowego kryzysu finansowego i gospodarczego⁷⁶ państwo może nie być w stanie wywiązać się ze swoich obowiązków wobec społeczeństwa i powinno wspierać się pomocą sektora prywatnego, celem zmniejszenia oddziaływania recesji na obywateli i realną gospodarkę. Takim sposobem może okazać się formuła współdziałania sektora publicznego i prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, stosowana zarówno w krajach europejskich (przede wszystkim w Wielkiej Brytanii i Niemczech), jak i w krajach takich jak USA czy Kanada⁷⁷. Formuła ta ma obopólne korzyści. Z jednej strony państwo, nie posiadając wystarczających zasobów materialnych bądź niematerialnych na realizację określonych zadań publicznych, wspiera się *know-how* sektora prywatnego,

⁷³ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Odmowa zastosowania prawa krajowego sprzecznego z prawem wspólnotowym*, Przegląd Podatkowy 2006, nr 7, s. 46.

⁷⁴ M. Szpunar, *Zasady zwrotu pomocy państwa w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, nr 6, s. 4; zob. również art. 25–27 u.p.p.

⁷⁵ Zob. pkt 13 i 14 Zawiadomienia Komisji – Zapewnienie skutecznego wykonania decyzji Komisji nakazujących państwom członkowskim odzyskanie pomocy przyznanej bezprawnie i niezgodnej ze wspólnym rynkiem, Dz.U. C 272 z 15 listopada 2007 r., s. 4.

⁷⁶ Zob. M. Rzotkiewicz, *Pomoc publiczna w okresie globalnego kryzysu finansowego*, Prawo Pomocy Publicznej 2009, nr 2, s. 22 i n.

⁷⁷ Zob. P. Magaczewski, J. Barańska, M. Brzóska, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako forma realizacji inwestycji infrastrukturalnych*, źródło: http://euroiuis.pl/files/Partnerstwo_publiczno_prywatne_jako_forma_realizacji_inwestycji_infrastrukturalnych.pdf.

a z drugiej strony sektor prywatny może uzyskać atrakcyjne (alternatywne) źródło przychodów i inwestowania, które bardzo często, w dłuższej perspektywie, przynieść mogą niemały i nieomal pewny zysk⁷⁸.

Zarówno w prawie europejskim, jak i w prawie polskim nie ma jednolitej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego⁷⁹. Partnerstwo publiczno-prywatne (ang. *public-private partnership*) w rozumieniu szerokim to formy współpracy między sektorem publicznym i prywatnym, których celem jest zapewnienie świadczenia usług tradycyjnie świadczonych przez sektor publiczny⁸⁰. W rozumieniu ścisłym zaś to współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, której przedmiotem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, na zasadach uregulowanych w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁸¹. Współpraca (kooperacja) między organami publicznymi a sektorem prywatnym, ma głównie na celu unowocześnienie budowy infrastruktury i świadczenie strategicznych usług publicznych.

Partnerem publicznym mogą być jednostki sektora finansów publicznych⁸² w rozumieniu przepisów o finansach publicznych bądź inne, niż wyżej określone, w tym osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli te podmioty, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują ją w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór

⁷⁸ Zob. R. Kowalski, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, komentarz praktyczny, LEX, nr 72996.

⁷⁹ Szerzej na temat pojęcia partnerstwa publiczno-prywatnego zob. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, M. Cichowicz, M. Zastona, *Partnerstwo publiczno-prywatne a pomoc publiczna*, Warszawa 2004, s. 12 i n.; W. Dzierżanowski, *Partnerstwo publiczno-prywatne a pomoc publiczna*, *Finanse Komunalne* 2007, nr 12, s. 42 i n.; zob. również *Partnerstwo publiczno-prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2005, Ministerstwo Gospodarki i Pracy Departament Polityki Regionalnej, s. 3 i n.

⁸⁰ Zob. Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, 2003, s. 17.

⁸¹ Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm., dalej: u.p.p.p.

⁸² Jednostki sektora finansów publicznych są tworzone w formach określonych, m.in. w rozdziale 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r., o finansach publicznych, Dz.U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm., dalej: u.f.p. Zgodnie z art. 9 pkt 1–14 u.f.p., sektor finansów publicznych tworzą: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, bądź związki tych podmiotów⁸³. Partnerem prywatnym zaś jest przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny⁸⁴.

Komisja Europejska wyróżnia trzy podstawowe rodzaje partnerstwa publiczno-prywatnego. Są to: BOT (ang. *Build-Operate-Transfer*), DBFO (ang. *Design-Build-Finance-Operate*) oraz BOO (ang. *Build-Own-Operate*)⁸⁵. Pierwszy model polega na tym, że partner prywatny otrzymuje koncesję na budowę i eksploatację (np. przez 15 lat) obiektu, który normalnie byłby zbudowany i eksploatowany przez partnera publicznego, a następnie po tym okresie przekazuje na własność obiektu partnerowi publicznemu, który sfinansował inwestycję z subwencji państwowej. Drugi model polega na tym, że partner prywatny projektuje, buduje, finansuje i eksploatuje inwestycję. Na czas trwania kontraktu inwestycja jest własnością prywatnego inwestora. Wadą tego modelu są skomplikowane procedury (przetargu, przekazania własności itp.). Trzeci model zakłada, że partner prywatny buduje, posiada i eksploatuje obiekt. W tym modelu partner prywatny nie przekazuje inwestycji partnerowi publicznemu, pobierając korzyści z inwestycji (np. opłaty za użytkowanie drogi). Model ten różni się od DBFO tym, że partner prywatny pobiera opłaty od użytkowników inwestycji.

Zadaniem partnera prywatnego jest zapewnienie: dodatkowego kapitału, alternatywnych umiejętności w zakresie zarządzania i wdrażania, oraz wartości dodanej konsumentowi i ogółowi społeczeństwa, tudzież lepszego określenia potrzeb i optymalnego wykorzystania zasobów⁸⁶. Przy każdej współpracy władzy publicznej z sektorem prywatnym niezbędne jest dokonanie analizy w zakresie identyfikacji pomocy publicznej. Zakres tej analizy powinien być dostosowany do rodzaju zadania publicznego, które będzie przedmiotem umowy, a w szczególności do trybu wyłaniania partnera.

Polski ustawodawca ustanowił generalną regułę⁸⁷, zgodnie z którą wybór partnera prywatnego dokonuje się na podstawie koncesji na zasadach uregulowanych w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty

⁸³ Art. 2 pkt 1 lit. a–c u.p.p.p.

⁸⁴ Art. 2 pkt 2 u.p.p.p.

⁸⁵ Zob. Wytyczne Komisji Europejskiej..., s. 17.

⁸⁶ Zob. ibidem, s. 2.

⁸⁷ Zob. art. 4 ust. 1–3 u.p.p.p.

budowlane lub usługi⁸⁸ lub przetargu na zasadach unormowanych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁸⁹, w zakresie nieregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. W pozostałych przypadkach wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁹⁰.

Podstawą partnerstwa publiczno-prywatnego jest zawarta szczegółowo umowa, która określa prawa i obowiązki partnerów uczestniczących we wspólnej realizacji przedsięwzięcia. Przez przedsięwzięcie należy rozumieć budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany⁹¹. Obie strony czerpią korzyści odpowiednie do stopnia realizowanych przez nie określonych zadań.

Pomoc publiczna w formule partnerstwa publiczno-prywatnego może mieć charakter pomocy zarówno pozytywnej, jak i negatywnej. Jak wyżej wskazano, pierwszy polega na przyznawaniu bezpośrednich korzyści partnerowi prywatnemu, drugi zaś na zmniejszeniu ciężących na nim obowiązków. Z pomocą publiczną można mieć do czynienia już na etapie wyboru partnera prywatnego. Następnie analizą identyfikacji pomocy publicznej objąć należy również przekazanie partnerowi prywatnemu przez sektor publiczny wkładu własnego na warunkach korzystniejszych, niż oferowane na rynku. Wkładem własnym jest świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego polegające w szczególności na: poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia,

⁸⁸ Dz.U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.

⁸⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

⁹⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.

⁹¹ Art. 2 pkt 4 lit. a–d u.p.p.

bądź wniesieniu składnika majątkowego⁹². Wniesienie wkładu w postaci składnika majątkowego może nastąpić w szczególności w drodze sprzedaży, użyczenia, użytkowania, najmu albo dzierżawy. Po zakończeniu czasu trwania umowy partner prywatny lub spółka partnerstwa publiczno-prywatnego (w skrócie: PPP) przekazuje podmiotowi publicznemu składnik majątkowy, który był wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia, w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jego zużycia wskutek prawidłowego używania, chyba że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi inaczej⁹³. Przekazanie składnika majątkowego po zakończeniu wykonywania umowy następuje na rzecz państwowej lub samorządowej osoby prawnej lub spółki handlowej z co najmniej większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa⁹⁴.

Należy zwrócić szczególną uwagę na możliwość występowania pomocy publicznej w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego w trakcie realizacji przedsięwzięcia w momencie zwolnień partnera prywatnego z zapłaty podatków przez sektor publiczny, które normalnie są opłacane przez pozostałych przedsiębiorców funkcjonujących na tym samym rynku⁹⁵. Jedyne w sytuacji stosowania trybów konkurencyjnych pomoc publiczna będzie zjawiskiem stosunkowo rzadkim⁹⁶. Dla ustalenia jej występowania, w szczególności przy przedsięwzięciach z zakresu usług użyteczności publicznej⁹⁷, pomocne będą kryteria wskazane przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Altmark Trans GmbH*⁹⁸. Zdaniem Trybunału wsparcie z tytułu świadczenia usługi użyteczności publicznej nie będzie traktowane jako pomoc państwa, gdy będą spełnione cztery kryteria:

⁹² Art. 2 pkt 5 lit. a–b u.p.p.p.

⁹³ M. Niedźwiedzka, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, komentarz praktyczny, LEX, nr 71308.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Np. różnicowanie stawek podatkowych, czy też udzielanie ulg i zwolnień z: podatku od nieruchomości, podatku od środków transportowych na podstawie ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613 z późn. zm.; podatku rolnego na zasadach uregulowanych w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 136, poz. 969 z późn. zm.; czy też z podatku leśnego, na zasadach unormowanych w ustawie z dnia 30 października 2002 r. o podatku leśnym, Dz.U. Nr 200, poz. 1682 z późn. zm. Udzielenia ulg w spłacie zobowiązań podatkowych na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm. Dokonywanie jednorazowych odpisów amortyzacyjnych na podstawie ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 51, poz. 307 z późn. zm. i ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 74, poz. 397 z późn. zm., itp.

⁹⁶ W. Dzierżanowski, *Partnerstwo...*, s. 43.

⁹⁷ Szerzej na temat usług w ogólnym interesie gospodarczym zob. M. Szydło, *Pomoc państwa wspierająca świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w świetle najnowsze go orzecznictwa wspólnotowego*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 2, s. 32 i n.

⁹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 lipca 2003 r., w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH, jw.*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

1. Przedsiębiorstwo będące beneficjentem zostało rzeczywiście (jednoznacznie) obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te powinny być jasno określone.
2. Parametry (zasady), na podstawie których obliczona jest rekompensata (wynagrodzenie), zostały wcześniej *a priori* ustalone w sposób obiektywny i przejrzysty, aby uniknąć przyznania przedsiębiorstwu korzystającemu ze wsparcia korzyści przywilejowych je w stosunku do innych przedsiębiorców.
3. Rekompensata nie będzie przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wypełniania tych zobowiązań.
4. W przypadku, gdy wybór przedsiębiorstwa, któremu ma zostać powierzone wykonywanie zobowiązań do świadczenia usług publicznych, nie został w danym przypadku dokonany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, pozwalającej na wyłonienie kandydata zdolnego do świadczenia tych usług po najniższym koszcie dla społeczności, poziom koniecznej rekompensaty został ustalony na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i wyposażone w środki transportu odpowiednio do tego, by móc uczynić zadość wymogom stawianym usługom publicznym, poniosłoby na wykonanie takich zobowiązań, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku osiąganego przy wypełnianiu tych zobowiązań.

Należy także zauważyć, że partnerstwo publiczno-prywatne (dalej: PPP), nie jest prywatyzacją działań władzy publicznej, w prawnym tego słowa znaczeniu, bowiem nie zwalania władzy publicznej z obowiązku świadczenia usług o charakterze publicznym. Sprywatyzowana zostaje jedynie działalność gospodarcza, a nie domena odpowiedzialności polityczno-prawnej. Formuła PPP niejako zastępuje proces prywatyzacji. Różnice między partnerstwem publiczno-prywatnym a prywatyzacją są znikome. W przypadku PPP ideą jest wyodrębnienie spośród zadań publicznych takich przedsięwzięć, które mogą być wykonywane przez przedsiębiorców. Z kolei w przypadku prywatyzacji, nawet jeśli dotyczy ona spółek wyko-

nujących zadania zdefiniowane jako publiczne, celem jest zmiana struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa⁹⁹.

Wydaje się, że w pewnym stopniu sfera publiczna zostanie uzupełniona sferą prywatną. Przejawia się to właśnie w tym, że sfera prywatna przejmuje w pewnej mierze zadania państwa, a państwo, delegując swoje kompetencje na sferę prywatną, jednocześnie nie pozbawia się odpowiedzialności za niewywiązanie się z zadań ustawowych, delegowanych na sektor prywatny. Wzajemne przenikanie się sfery publicznej z prywatną powoduje, że formuła partnerstwa publiczno-prywatnego charakteryzuje się dość dużym stopniem skomplikowania. Powyższe wynika z obowiązku przestrzegania przepisów prawa cywilnego (obligacyjnego) oraz prawa bilansowego (rachunkowego) w związku trudnościami z rozliczeniem tego rodzaju transakcji i ewentualnymi roszczeniami z tego wynikającymi. Płynna jest również granica odpowiedzialności za realizację przedsięwzięcia.

Jednak w okresie ogólnoświatowego kryzysu publicyzacja sektora prywatnego w zakresie możliwości realizacji zadań publicznych z wykorzystaniem i odpowiednią alokacją jego zasobów i „prywatyzacja” władzy publicznej przy wykorzystaniu formuły partnerstwa publiczno-prywatnego, może okazać się istnym panaceum na obecny impas w sferze gospodarczej i inwestycyjnej sektora publicznego. Jej niebagatelny wpływ na zachodzące procesy ekonomiczne powoduje, że jest interesującym instrumentem finansowym długoterminowego rozwoju strukturalnego obszarów infrastruktury i usług, łączącym korzyści płynące z obu sektorów – prywatnego i publicznego. Staje się ważnym sposobem na podtrzymanie aktywności gospodarczej podczas kryzysu oraz wsparciem szybkiego powrotu do zrównoważonego wzrostu gospodarczego. Kooperacja dwóch czynników publiczno-prywatnego (przenikanie się sfery prywatnej ze sferą publiczną), jest atrakcyjną alternatywą przewyciężenia trudnej sytuacji ogólnoświatowego kryzysu finansowego w kierunku stabilizacji w sektorze finansowym oraz restrukturyzacji całej polskiej gospodarki, a tym samym rozwoju gospodarczego kraju.

Podsumowując, należy stwierdzić, że pierwsza kwestia, którą polskie organy władzy publicznej muszą rozstrzygnąć, stosując art. 107 i 108 TFUE, dotyczy tego, czy dany środek pomocowy rzeczywiście stanowi pomoc państwa. Jest to o tyle trudne, że regulacje prawa unijnego i prawa polskiego,

⁹⁹ W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, M. Cichowicz, M. Zasłona, *Partnerstwo...*, s. 79–80.

jak wyżej wskazano, nie zawierają legalnej definicji tego pojęcia. Trudność w stosowaniu tej regulacji potęguje również fakt, iż pomoc publiczna w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego może występować niemalże na każdym etapie realizacji danego przedsięwzięcia. Dlatego też znajomość i umiejętność posługiwania się tym skomplikowanym instrumentarium prawnym może ustrzec zarówno sektor publiczny, jak i sektor prywatny przed negatywnymi jej konsekwencjami. Należy zauważyć, że udzielona partnerowi prywatnemu bezprawnie pomoc publiczna¹⁰⁰, lub wykorzystana przez niego pomoc niezgodnie z przeznaczeniem¹⁰¹, zobowiązuje go do jej zwrotu wraz z odsetkami, liczonymi od dnia udzielenia pomocy. Z kolei partner publiczny, pomijający przepisy dotyczące pomocy publicznej w powyższym zakresie, naraża się na wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem zasad ustawy o finansach publicznych¹⁰², a tym samym będzie podlegał odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁰³.

Drugą kwestią wartą rozważenia jest to, iż poprzez kooperację i synchronizację działań, równoległą koordynację w czasie procesów inwestycyjnych, można osiągnąć zamierzony cel dla dobra ogólnego. Synergiczność działań sektora publiczno-prywatnego może po prostu dać lepsze efekty. Włączenie również w ten proces podejmowania decyzji i jego realizację odpowiednich szczebli władz unijnych i polskich, jak też instytucji i środowisk regionalnych oraz lokalnych najlepiej znających potrzeby i możliwości swego regionu, przy wykorzystaniu środków pochodzących z funduszy strukturalnych, może przyczynić się do zrównoważonego rozwoju całej polskiej gospodarki. Zasadniczym zadaniem partnerstwa publiczno-prywatnego powinno być zwiększenie skuteczności świadczenia usług publicznych przez podział ryzyka i wykorzystanie doświadczenia sektora prywatnego. Nie należy jednak zapominać o tym, że formuły partnerstwa publiczno-prywatnego nie można stosować do każdej inwestycji, oraz o tym, by w wyniku realizacji inwestycji, interes publiczny nie doznał uszczerbku.

¹⁰⁰ Zob. art. 1 lit. f rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz.U. L 83 z 27 marca 1999 r., s. 1.

¹⁰¹ Zob. art. 1 lit. g rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz.U. L 83 z 27 marca 1999 r., s. 1.

¹⁰² Zob. ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.

¹⁰³ Zob. ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.