



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 31.03.2011 r.
KIGEiT/ /03/2011

Szanowna Pani
Magdalena Gaj

Podsekretarz Stanu

Ministerstwo Infrastruktury

Szanowna Pani Minister,

bardzo dziękujemy za przesłanie do konsultacji projektu ustawy o konwersji opłat z tytułu udzielenia koncesji operatorom ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych (zwanego dalej „*Projektem*” lub „*projektem ustawy*”). Z uwagi na krótki termin (Projekt wpłynął do Izby w dniu 29 marca, a wyznaczony termin to 31 marzec 2011 r.), zastrzegamy sobie prawo do zgłoszenia dodatkowych uwag w terminie wskazanym przez Pracownika Ministerstwa w korespondencji mailowej, to jest do dnia 5 kwietnia 2011 r.

Na wstępie wyrażamy głębokie zaniepokojenie rozwiązaniami przyjętymi w Projekcie. Naszym zdaniem mogą być one nie tylko ocenione jako niezgodne z przepisami prawa, ale mogą wywrzeć skrajnie negatywny wpływ na rozwój konkurencji oraz rynek stacjonarny (a ten ostatni element jest pominięty w zakresie oceny skutków regulacji).

Konkludując główne zarzuty oraz uwagi pragniemy wskazać, co następuje:

1. Przewidziane w Projekcie umorzenie opłat koncesyjnych w zamian za wydatki inwestycyjne stanowi pomoc publiczną w rozumieniu Art. 107 ust. 1 TFUE oraz *Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowym.*
2. Decyzja KE nr NN 42/2004 oraz dotyczący jej wyrok ETS jest nieadekwatny do środka przewidzianego w Projekcie i tym nie uzasadniają tezy, że środek ten nie stanowi pomocy publicznej.
3. Jedynym sposobem legalnego udzielenia pomocy publicznej przewidzianej w Projekcie jest uprzednia notyfikacja projektu w Komisji UE na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE, zakończona decyzją Komisji UE o braku sprzeciwu do planowanego środka pomocy. Przed zakończeniem postępowania notyfikacyjnego Projekt nie może być uchwalony.
4. Projekt w zakresie oceny skutków regulacji w ogóle nie zawiera skutków przyjęcia jego rozwiązań na rynek stacjonarny; w ocenie Izby rozwiązania przyjęte w Projekcie wpłyną

negatywnie na ten rynek z uwagi na to, że projekt ustawy przewiduje pomoc publiczną w rozumieniu Art. 107 ust. 1 TFUE i *Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowym* na rzecz operatorów zasiedziałych oraz nie wprowadza obowiązku zachowania neutralności technologicznej w rozwiązaniach technicznych zastosowanych w urządzeniach końcowych, które mają podlegać dystrybucji;

5. Projekt w zakresie oceny skutków regulacji w ogóle nie zawiera skutków przyjęcia jego rozwiązań na rozwój konkurencji; naszym zdaniem rozwiązania przyjęte w Projekcie, ze względu na stosowanie pomocy publicznej na rzecz operatorów zasiedziałych oraz braku zapewnienia neutralności technologicznej wykorzystania urządzeń końcowych, które mają podlegać dystrybucji, zaszkodzą konkurencji;
6. zobowiązania PTK, PTC i Polkomtel do zapłaty opłat koncesyjnych są wynikającymi z mocy prawa, pewnymi, bezpornymi i istniejącymi wierzytelnościami Skarbu Państwa, a terminy uiszczenia poszczególnych rat są z góry ustalone w wydanych decyzjach koncesyjnych.
7. Projekt nie realizuje celu wyrównania warunków konkurencji dla wszystkich operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS, lecz przeciwnie, zwiększa dysproporcje na korzyść trzech operatorów zasiedziałych.
8. Projekt nie realizuje celu przyspieszenia rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce, bowiem nie określono rezultatu jaki ma być osiągnięty w wyniku inwestycji, nie porównano tych rezultatów ze stanem jaki byłby osiągnięty, gdyby konwersji nie dokonano, ani też nie nałożono wymogu udostępnienia innym uczestnikom rynku infrastruktury sfinansowanej de facto ze środków publicznych (tj. z umorzonych należności budżetowych).
9. Przewidziany w Projekcie środek pomocy nie ma realnych szans na pozytywną notyfikację w Komisji UE, bowiem bardzo mało prawdopodobne jest wykazanie, że spełnia wymogi testu bilansującego.
10. Istnieje wysokie ryzyko, że projektowane rozwiązanie narusza przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych. Jednocześnie cele określone w ustawie mogą zostać osiągnięte w lepszym stopniu poprzez przeznaczenie środków z pobranych opłat na zamówienia publiczne dla określonych inwestycji, co zapewni efektywność wydatkowania środków publicznych, a także zmusi do jasnego określenia inwestycji.
11. Innym dostępnym środkiem jest wydanie przez Prezesa UKE decyzji na podstawie art. 122a Pt, która pozwala nałożyć obowiązki inwestycyjne na obszarach białych plam bez konieczności umarzania należności budżetowych.

Uzasadnienie uwag:

1. Brak oceny skutków regulacji na rynek telefonii stacjonarnej oraz konkurencję

W ocenie Izby jednym z wielu zarzutów wobec Projektu jest brak oceny skutków regulacji na rynek stacjonarny.

Wskazujemy, że w projekcie nie wyjaśniono w jaki sposób przenośny sprzęt komputerowy będzie miał realizowaną „funkcjonalność szerokopasmowego dostępu do Internetu”. Szczegóły są wyjaśniane w formie wypowiedzi Autorów, jednakże nie sposób znaleźć w treści Projektu np. funkcjonalności WiFi jako sposób podłączenia do Internetu. Można sobie wyobrazić sytuację, w której przenośny sprzęt komputerowy, zapewniając „funkcjonalność szerokopasmowego dostępu do Internetu” będzie posiadał port zintegrowany jedynie z modemem wykorzystującym karty SIM (oraz nawet portem WiFi). W ten sposób operatorzy korzystający z niedopuszczalnej konwersji opłat koncesyjnych na CAPEX potencjalnie osiągną podwójną korzyść: rzeczoną konwersję na CAPEX oraz uzyskanie dostępu do milionów potencjalnych klientów, którzy będą skazani na operatorów telefonii ruchomej.

W tym zakresie wnosimy (obok innych aspektów) o określenie, że przenośny sprzęt komputerowy powinien realizować „funkcjonalność szerokopasmowego dostępu do Internetu” z zapewnieniem neutralności technologicznej oraz brakiem naruszenia konkurencji.

W ocenie Izby jednym z wielu zarzutów wobec Projektu jest brak oceny skutków regulacji na rynek konkurencję.

Pragniemy wskazać, że konwersja na CAPEX mogłaby teoretycznie dotyczyć jedynie inwestycji w białe plamy. W każdym innym przypadku może to spowodować sytuację, w której operatorzy będą lokowali inwestycje w obszary konkurencyjne, a to może potencjalnie spowodować: zachwianie konkurencji na tych obszarach oraz nie zostanie osiągnięty podstawowy cel w postaci zapewnienia dostępu do Internetu również na obszarach wiejskich (czy ogólnie białych plamach).

Projekt w ogóle nie odnosi się do tych problemów i przed przyjęciem ostatecznych rozwiązań wnosimy o przeprowadzenie analizy wpływu Projektu na telefonię stacjonarną oraz podjęcie rzeczowej dyskusji z rynkiem stacjonarnym.

2. Krótki rys historyczny powstania opłat koncesyjnych po stronie operatorów UMTS. Charakter prawny tych opłat w polskim systemie prawa.

Koncesje UMTS wydane zostały na rzecz trzech funkcjonujących na polskim rynku operatorów telefonii komórkowej (zwanymi dalej operatorami komórkowymi) 20 grudnia 2000r. przez Ministra Łączności. Decyzje w sprawie udzielenia koncesji zawierały również zezwolenie na zakładanie i używanie sieci telekomunikacyjnej oraz przydział częstotliwości w paśmie UMTS. Podstawą prawną wydania tych decyzji była ustawa o łączności z dnia 23 listopada 1990r. (zwana dalej „ustawą o łączności”).

Jednym z najistotniejszych obowiązków związanych z udzieleniem operatorom komórkowym koncesji UMTS był obowiązek uiszczenia opłaty koncesyjnej. Sam obowiązek wynikał z mocy prawa, z koncesji UMTS wynikało natomiast uprawnienie operatorów komórkowych do uiszczania tych opłat w ratach. Harmonogram uiszczania rat opłaty koncesyjnej sformułowany został w sposób przewidujący uiszczenie w czterech ratach kwoty 260 milionów euro do 30 września 2001 r., a następnie uiszczanie pozostałej kwoty zobowiązania w ratach o narastającej wysokości (od 9 rat po 15 milionów, 8 rat po 28 milionów i ostatnia rata w wysokości 31 milionów euro) w latach 2005 – 2022.

Według stanu prawnego obowiązującego do końca 2000 r. obowiązek uiszczenia opłaty koncesyjnej powstawał z mocy prawa z chwilą zawiadomienia o udzieleniu koncesji lub otrzymaniu przez operatora decyzji w tej sprawie (§ 2 ust.1 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 9 października 1995 r. w sprawie wysokości i sposobu uiszczania opłat za udzielenie koncesji na świadczenie usług telekomunikacyjnych i pocztowych oraz za udostępnienie dokumentacji przetargu, Dz. U. Nr 118, poz. 572 ze zm. – ostatnia Dz. U. z 2000 r. Nr 110, poz. 1177). Źródłem obowiązku uiszczenia opłaty koncesyjnej nie była zatem decyzja o udzieleniu koncesji, a przepisy prawa. Przedmiotem decyzji Ministra Łączności mogło być jedynie rozstrzygnięcie w przedmiocie rozłożenia należności na raty oraz warunki tego rozłożenia. Obowiązek uiszczenia opłaty za udzielenie koncesji na świadczenie usług telekomunikacyjnych miał charakter ekwiwalentu za czynność organu administracji publicznej – Ministra Łączności – polegającą na uchyleniu indywidualnie i konkretnie ustawowego zakazu (mającego charakter prewencyjny) świadczenia usług telekomunikacyjnych. Wynikało to z art. 20a ust. 1 ustawy o łączności, który stanowił, iż „za udostępnienie dokumentacji przetargu (...) oraz za udzielenie koncesji pobiera się opłaty”. Obowiązek zapłaty opłaty koncesyjnej pozostawał bez związku z wykonywaniem koncesji, jak również nie był uzależniony od jej późniejszego pozostawiania w obrocie prawnym.

Obowiązujące przepisy prawa nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do faktu istnienia i pozostawiania w mocy obowiązku operatorów komórkowych do uiszczenia opłat koncesyjnych z tytułu wydania koncesji UMTS. Kropkę nad „i” stawia w tym zakresie art. 224 ust. 7 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (zwanej dalej UPT), który stanowi, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy w dniu wejścia w życie UPT posiadali zezwolenie telekomunikacyjne, posiadający zobowiązania finansowe wobec Skarbu Państwa z tytułu opłat koncesyjnych są obowiązani do ich wykonania na zasadach dotychczasowych.

Kwalifikacja prawna opłat koncesyjnych związanych z wydaniem koncesji UMTS dokonywana w świetle regulacji zamieszczonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.), zwanej dalej Ordynacją podatkową, wskazuje, iż opłaty za udzielenie koncesji na świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz zezwoleń na zakładanie i używanie sieci telekomunikacyjnej, wydanych pod rządami ustawy z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności, są opłatami, o których mowa w art. 2 § 2 Ordynacji podatkowej. Ordynacja podatkowa definiuje powyższe zobowiązania jako opłaty, do których ustalenia lub określenia uprawnione są organy inne niż organy podatkowe. Doktryna prawa podatkowego rozróżnia pojęcie podatku oraz opłaty jako daniny publicznej posiadającej wszystkie cechy podatku, poza jedną – opłata, w przeciwieństwie do nieodpłatnego podatku, jest daniną odpłatną. "Oznacza to, że w zamian za świadczenie pieniężne, wnoszący je podmiot otrzymuje (...) świadczenie wzajemne"¹. W przypadku omawianych opłat świadczeniem wzajemnym było udzielenie koncesji UMTS.

Zgodnie z treścią art. 2 § 2 Ordynacji podatkowej, jeżeli odrębne przepisy nie stanowią inaczej, przepisy działu III tej ustawy (poświęcone kwestii zobowiązań podatkowych) stosuje się również do opłat oraz niepodatkowych należności budżetu państwa, do których ustalenia lub określenia uprawnione są organy inne niż organy podatkowe. W przypadku opłat koncesyjnych nie ma odrębnych przepisów, które wyłączałyby stosowanie działu III Ordynacji podatkowej, w związku z czym przepisy tego działu Ordynacji podatkowej stosuje się do opłat za udzielenie koncesji.

Podsumowując powyższe wprowadzenie stwierdzić należy, że obowiązek uiszczenia opłat koncesyjnych z tytułu wydania koncesji UMTS powstał z momentem wydania tych koncesji na rzecz operatorów komórkowych. Obowiązek ten w dalszym ciągu spoczywa na operatorach komórkowych. W świetle regulacji prawnych normujących kwestie zobowiązań publicznoprawnych opłaty

¹ B. Brzeziński: *Prawo podatkowe. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 19 oraz wyrok NSA z 6.VIII.1992 r. w sprawie III SA 709/92, "Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" z 1993 r. nr 4 poz. 62

koncesyjne związane z wydaniem koncesji UMTS są opłatami (należnościami budżetowymi), do których stosuje się przepisy Ordynacji podatkowej.

Wniosek 1: Zobowiązania PTK, PTC i Polkomtel do zapłaty opłat koncesyjnych są wynikającymi z mocy prawa, pewnymi i istniejącymi wierzytelnościami Skarbu Państwa, a terminy uiszczenia poszczególnych rat są z góry ustalone w wydanych decyzjach koncesyjnych.

3. Cel projektowanej ustawy: wyrównanie warunków prowadzenia działalności gospodarczej dla wszystkich operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS oraz przyspieszenie rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce.

W uzasadnieniu projektu ustawy stwierdzono, że jej celem jest wyrównanie warunków prowadzenia działalności gospodarczej wszystkich operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS oraz przyspieszenie rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce. W istocie projekt ustawy nie zapewnia realizacji żadnego z tych celów.

Przypomnieć należy, że koncesje dla PTC, PTK Centertel i Polkomtel zostały przyznane przez Ministra Łączności w 2000 r. bez przeprowadzenia otwartego na konkurencję postępowania przetargowego. Przyznanie tym Spółkom częstotliwości w standardzie UMTS tworzyło na rzecz nich przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorcami, którzy aż do 2005 r. nie mogli wejść na rynek ze względu na brak dalszych wolnych zasobów częstotliwości w standardzie UMTS. Dzięki arbitralnym rozstrzygnięciom Ministra Łączności stworzony został 5-letni okres ochronny dla inwestycji i działalności PTC, PTK Centertel i Polkomtel.

Dodać jeszcze trzeba, że w latach 1996-2000 te same Spółki, również poza procedurami przetargowymi, uzyskały przydział częstotliwości w paśmie 1800 MHz w standardzie GSM. Taka polityka rozdziału częstotliwości połączona z okresem ochronnym wynikającym z braku wolnych zasobów częstotliwości spowodowała, że Spółki te stworzyły na polskim rynku telefonii komórkowej strukturę oligopolu i posiadały kumulatywną znaczącą pozycję rynkową. Negatywnym skutkiem takiego stanu rzeczy było także powstrzymywanie się przez te Spółki od inwestowania w rozwój usług 3G w standardzie UMTS aż do czasu, gdy Prezes URTiP w 2004 r. zapowiedział przetarg na przyznanie uwolnionego przez wojsko dodatkowego zasobu częstotliwości 2 GHz w standardzie UMTS. Wygranie przetargu i rozpoczęcie działalności przez spółkę P4 (d. Netia Mobile) doprowadziło do zwiększenia konkurencyjności rynku telefonii komórkowej i skłoniło Prezesa UKE do zaniechania nakładania na operatorów zasiedziały obowiązków regulacyjnych.

Obecnie operator alternatywny - Spółka P4 jest liderem pod względem liczby abonentów mobilnego szerokopasmowego dostępu do Internetu oraz realizuje inwestycje w infrastrukturę zapewniającą świadczenie tej usługi w wysokości wyższej niż pozostali operatorzy zasiedziali. Konieczność uiszczenia rat opłat koncesyjnych nie jest czynnikiem, który powstrzymuje tych operatorów zasiedziały przed zwiększeniem inwestycji w infrastrukturę mobilnego Internetu. Przychody tych operatorów w latach 2000 - 2010 to 202,3 miliarda PLN, a zysk netto dla samych PTC oraz PTK Centertel w latach 2000 - 2009 to 23,7 miliarda PLN. Spółki Polkomtel i PTK Centertel w latach 2000-2009 wypłaciły swoim wspólnikom dywidendy w wysokości 12,7 miliarda PLN, natomiast PTC zakupiło obligacje Deutsche Telekom za 5,04 miliarda PLN.

W takich okolicznościach projekt ustawy zakłada, że tym Spółkom, które są operatorami zasiedziały i które realizują z polskiego rynku telekomunikacyjnego wskazane wyżej przychody

(zyski), umarza się – kosztem bezspornych i istniejących należności budżetowych - opłaty koncesyjne w wysokości 810 mln euro. Umarza się te opłaty w zamian za bliżej nieokreślone inwestycje we własną infrastrukturę telekomunikacyjną. W żadnym Państwie UE nie wystąpiły podobne praktyki wzmacniania pozycji operatorów zasiedziały kosztem operatorów alternatywnych. Trzeba bowiem wskazać, że w międzyczasie doszło również do wyłonienia kolejnych operatorów telefonii komórkowej, w tym w standardzie UMTS (w paśmie 900 MHz). Argument podniesiony w uzasadnieniu ustawy, że należy wyrównywać wysokość opłat koncesyjnych ze względu na niższą wysokość opłaty za rezerwację częstotliwości w przetargu w 2005 r., nie wytrzymuje krytyki.

Przedłożony do konsultacji projekt ustawy nie realizuje celu wyrównanie warunków prowadzenia działalności gospodarczej **wszystkich operatorów** świadczących usługi w standardzie UMTS, lecz realizuje jedynie partykularne interesy trzech operatorów zasiedziały kosztem pozostałych operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS, poprzez umorzenie należności Skarbu Państwa i pozwolenie na zainwestowanie uwolnionych w ten sposób środków we własne przedsiębiorstwa operatorów zasiedziały.

Co więcej, rzeczywiste zróżnicowanie warunków prowadzenia działalności na rynku telefonii komórkowej nie leży w zróżnicowanych opłatach za rezerwację, lecz w posiadanych przez poszczególne Spółki zasobach częstotliwości, bo to jest kluczowe dla rozwoju mobilnych sieci szerokopasmowych. W tym aspekcie występują istotne dysproporcje na korzyść operatorów zasiedziały. Dlatego też projektowane rozwiązanie należy ocenić bardzo negatywnie, gdyż nie usuwa rzeczywistego uprzywilejowania operatorów zasiedziały, wynikającego z bezprzetargowego uzyskiwania częstotliwości w latach 1996-2000, lecz dodatkowo wzmacnia ich pozycję rynkową poprzez umarzania 810 mln euro opłat za uzyskanie tych częstotliwości.

Projekt ustawy nie realizuje też drugiego ze wskazanych w uzasadnieniu celów, tj. nie przyspiesza rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce. Krytykę trzeba rozpocząć od wskazania rzeczy oczywistej – w projekcie ustawy nie określono absolutnie żadnych rezultatów, jakie mają być osiągnięte wskutek inwestycji. Ważny jest tylko sam fakt wykazania wydatkowania środków. Bez jednoznacznego sprecyzowania rezultatu do osiągnięcia nie można porównać tych zwiększonych inwestycji z planami inwestycyjnymi, które byłyby realizowane przez operatorów zasiedziały nawet bez umorzenia opłat koncesyjnych. Stąd prosty wniosek, że nie wiadomo, czy konwersja opłat na inwestycji w jakikolwiek sposób zwiększyła planowane przez nich inwestycje i czy w ogóle miała wpływ na przyspieszenie rozwoju rynku telekomunikacyjnego, czy jedynie doprowadziła do wyższego zysku i dywidendy u operatorów zasiedziały. Trzeba wskazać, że ze względu na zapowiedziane przez operatora alternatywnego inwestycje w rozwój infrastruktury mobilnego Internetu, operatorzy zasiedzieli i tak muszą zwiększyć swoje nakłady inwestycyjne.

Mechanizm przewidziany w projekcie ustawy nie pozwala nawet na ocenę przez Ministra Infrastruktury planowanych inwestycji przy odraczaniu i konwersji opłat koncesyjnych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 projektu ustawy Minister Infrastruktury obligatoryjnie odracza, w drodze decyzji, termin płatności rat opłat koncesyjnych, jeżeli tylko operator zasiedziały złoży wniosek, w którym zobowiąże się do poniesienia wydatków (kosztów) inwestycyjnych w kwocie równoważnej umorzonyj opłacie. Projekt ustawy dopuszcza nawet takie rozwiązanie, że PTC kupi środki trwałe od PTK, PTK od Polkomtela, a Polkomtel od PTC. Nie ma też wymogu, by w jakiegokolwiek części były to nowe środki trwałe. Nie ma też wymogu, by infrastruktura powstała w ten sposób faktycznie ze środków publicznych (tj. z umorzonych należności budżetowych Skarbu Państwa) była otwarta dla dostępu przez innych zainteresowanych operatorów, w szczególności pozostałych operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS. Całą otrzymaną pomoc operatorzy zasiedzieli mogą więc przeznaczyć na rozbudowę własnych zasobów, bez zapewnienia dostępu do nich innym uczestnikom rynku.

Projektowana ustawa nie jest porównywalna z konwersją opłat koncesyjnych na rynku telefonii stacjonarnej w 2002 r., bowiem beneficjentami dokonanej wówczas konwersji byli operatorzy alternatywni, a w międzyczasie Polska przystąpiła do Unii Europejskiej z czym wiąże się konieczność przestrzegania prawa wspólnotowego, które zakazuje udzielania tego typu pomocy publicznej bez zgody Komisji UE.

Wniosek 2: Projektowana ustawa nie realizuje celu wyrównania warunków dla wszystkich operatorów świadczących usługi w standardzie UMTS, lecz przeciwnie, zwiększa dysproporcje na korzyść trzech operatorów zasiedziałych. Bezsporne należności budżetowe na kwotę 810 mln euro są umarzane w zamian za wydatki tych operatorów na rozwój własnych zasobów, w sytuacji w której ich przychody w latach 2000-2010 wyniosły 202,3 miliarda PLN

Wniosek 3: Projektowana ustawa nie realizuje celu przyspieszenia rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce, bowiem nie określono rezultatu jaki ma być osiągnięty w wyniku inwestycji, nie porównano tych rezultatów ze stanem jaki byłby osiągnięty, gdyby konwersji nie dokonano, ani też nie nałożono wymogu udostępnienia innym uczestnikom rynku infrastruktury sfinansowanej de facto ze środków publicznych (tj. z umorzonych należności budżetowych)

4. Konieczność uprzedniego notyfikowania projektu ustawy w Komisji UE

4.1. Występowanie pomocy publicznej w projekcie ustawy

Do najważniejszych zadań Wspólnoty Europejskiej należy ochrona konkurencji na rynku wspólnotowym. Powyższe znajduje potwierdzenie w przepisach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a w szczególności w przepisach art. 101 – 109 TFUE zamieszczonych w rozdziale poświęconym wspólnotowemu prawu konkurencji. Z przepisów tych wynika jednoznacznie, że do naruszenia konkurencji ze strony państw członkowskich może dojść na skutek pomocy udzielanej przez nie na rzecz przedsiębiorstw (art. 101 – 109 TFUE). Pomoc państwa przeciwdziała bowiem efektywnej alokacji zasobów, a także uderza w jedność rynku wspólnotowego.

Uzyskanie przez Polskę statusu członka Unii Europejskiej powoduje, że pomoc udzielana przedsiębiorcom podlega ocenie pod względem zgodności z regułami wspólnego rynku. Z dniem akcesji organem nadzorującym udzielanie pomocy publicznej dla przedsiębiorców w Polsce jest Komisja Europejska. Kwestie zasad i warunków udzielania pomocy publicznej regulują przepisy art. 106 – 109 TFUE oraz wydane na ich podstawie rozporządzenia.

Artykuł 107 ust. 1 TFUE stanowi, iż „z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w niniejszym Traktacie jest nie do pogodzenia z regułami wspólnego rynku – w zakresie w jakim narusza wymianę handlową między państwami członkowskimi – wszelka pomoc udzielana przez państwo lub ze źródeł państwowych, bez względu na formę, która przez uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorstw lub niektórych gałęzi produkcji zakłóca konkurencję lub grozi jej zakłóceniem”.

W literaturze przedmiotu² wskazuje się, że powyższy przepis nie określa wprost pomocy ze strony państwa na rzecz przedsiębiorstw jako zakazanej, a jedynie wskazuje, że jest ona niezgodna (nie do pogodzenia) z ze wspólnym rynkiem (*incompatible with the common market*). Powyższa kwestia została jednakże jednoznacznie rozstrzygnięta w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który uznał, że w powyższym przepisie TWE mamy do czynienia z „pomocą, która jest zakazana” oraz „zakazem w art. 92(1)”³ [obecnie 107 ust. 1 TFUE].

Analiza art. 107 ust. 1 TFUE wskazuje, że przepis ten ustanawia zakaz udzielania pomocy publicznej. Pomoc we wspólnotowym prawie subwencyjnym jest rozumiana niezwykle szeroko. Pomoc oznacza określoną korzyść, którą przedsiębiorstwo otrzymuje, a której nie mogłoby uzyskać w ramach normalnej swojej działalności gospodarczej. Zwykle chodzi o świadczenia nieodpłatne lub odpłatne poniżej jego wartości rynkowej, stanowiące jednocześnie świadczenie zmniejszające przychody państwa. Autorzy typologii pomocy publicznej sporządzanych na podstawie praktyki działania Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jednomyślnie traktują wszelkiego rodzaju zwolnienia czy ulgi podatkowe jako pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE⁴. Skoro zatem w świetle polskiego systemu prawa opłaty koncesyjne traktowane są jako należności budżetowe analogiczne do należności podatkowych, to pomoc państwa na rzecz operatorów komórkowych polegająca na stworzeniu im ustawowego mechanizmu restrukturyzacji opłat koncesyjnych traktowana może być jako forma ulgi podatkowej, podlegająca jako pomoc publiczna kontroli Komisji Europejskiej.

Efektom prac analitycznych przeprowadzonych przez przedstawicieli doktryny prawniczej⁵, dokonanych w oparciu o przepisy TWE i praktykę postępowania Komisji Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jest ustalenie, iż zakaz udzielania pomocy publicznej zawarty w art. 107 ust. 1 TFUE znajduje zastosowanie w sytuacji, w której mamy do czynienia z łącznym spełnieniem następujących przesłanek:

- 1) stosowany środek stanowi „pomoc” dla przedsiębiorstwa,
- 2) pomoc zostaje udzielona „przez państwo lub ze źródeł państwowych”,
- 3) pomoc uprzywilejowuje niektóre przedsiębiorstwa lub niektóre gałęzie produkcji,
- 4) pomoc zakłóca konkurencję lub grozi jej zakłóceniem,
- 5) pomoc narusza wymianę handlową między państwami członkowskimi,
- 6) pomoc nie jest objęta jednym z wyjątków zawartych w traktacie.

W przypadku ewentualnych działań związanych z konwersją opłat koncesyjnych operatorów komórkowych koniecznym staje się zbadanie, czy powyższe działanie będzie mogło być kwalifikowane jako pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

I tak:

- 1) Z pewnością konwersja opłat koncesyjnych stanowić będzie pomoc dla przedsiębiorstw operatorów komórkowych. W przedsiębiorstwach infrastrukturalnych proces inwestycyjny związany z dokonywaniem określonych nakładów infrastrukturalnych realizowany jest na bieżąco, tak więc możliwość umniejszenia przez operatorów komórkowych ich zobowiązań

² Sławomir Dudzik: *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Zakamycze 2002, s. 29 – 30.

³ Sprawa 78/76, Firma Steinike und Weinlig v. Germany, [1977] ECR 595.

⁴ Sławomir Dudzik: *op. cit.*, s. 34 - 36.

⁵ Sławomir Dudzik: *op. cit.*, s. 33

publicznych poprzez dokonanie określonych inwestycji w infrastrukturę (które prawdopodobnie i tak zostałyby dokonane) stanowi istotną pomoc dla tych przedsiębiorstw.

- 2) Nie ulega wątpliwości, iż efektem umożliwienia konwersji zobowiązań koncesyjnych będzie umniejszenie przychodów z tytułu zobowiązań publicznych – w tym przypadku z tytułu opłat koncesyjnych stanowiących należność budżetu państwa. W efekcie stwierdzić należy, że pomoc ta udzielona zostanie przez państwo, kosztem jego wpływów budżetowych. W świetle regulacji TFUE pomocą publiczną jest każde świadczenie na rzecz przedsiębiorstwa pochodzące od państwa lub ze źródeł państwowych (zwiększające przy tym wydatki lub zmniejszające przychody państwa), które przynosi temu przedsiębiorstwu korzyść, jakiej nie mogłoby uzyskać w ramach normalnej działalności gospodarczej.
- 3) W praktyce Komisji Europejskiej przyjmuje się, że pomoc publiczna – aby stosować do niej art. 107 ust. 1 TFUE – musi charakteryzować się określonym stopniem selektywności, a więc naruszać równowagę między beneficjentem pomocy a jego konkurentami na rynku. Zakazowi temu nie podlegają zatem co do zasady ogólne środki polityki gospodarczej odnoszące się w równym stopniu do wszystkich przedsiębiorstw na rynku i wszystkich sektorów gospodarki. Orzecznictwo ETS wskazuje jednakże, że niektóre ogólne środki polityki gospodarczej mogą mieścić się w zakresie tego przepisu. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy środki te skutkują powstaniem korzyści na rzecz na przykład tylko określonego sektora gospodarki. Przykładem może być sprawa włoskich przepisów, które zmniejszyły na okres 3 lat obciążenia przedsiębiorstw z branży tekstylnej z tytułu ubezpieczenia społecznego⁶. Odnosząc powyższy przykład do problemu opłat koncesyjnych operatorów komórkowych uznać należy, że fakt powstania potencjalnej korzyści w postaci możliwości konwersji opłat koncesyjnych po stronie operatorów telefonii komórkowej – konkurujących z innymi operatorami telekomunikacyjnymi zarówno na tym samym rynku telefonii komórkowej (P4, Centernet), jak i na innych rynkach telekomunikacyjnych – nie pozostawia wątpliwości, że korzyść w postaci umorzenia opłat koncesyjnych ma charakter selektywny, bowiem dotyczy wybranych, z góry określonych operatorów, a nie całego sektora, choć nawet, gdyby umorzenia miały charakter sektorowy, to najprawdopodobniej także należałoby uznać je za selektywne.
- 4) Kolejnym warunkiem zastosowania zakazu z art. 107 ust. 1 TFUE jest to, aby pomoc państwa dla danego przedsiębiorstwa skutkowałą zakłóceniem konkurencji lub co najmniej groziła jej zakłóceniem. W literaturze przedmiotu omawiającej orzecznictwo ETS w tej sprawie wskazuje się, że chodzi tu zarówno o zakłócenia już istniejącej konkurencji, jak i zakłócenia w zakresie konkurencji potencjalnej. Nie ma wątpliwości, że umorzenie opłat koncesyjnych w wysokości 810 mln euro w zamian za zainwestowanie równoważnych kwot we własną infrastrukturę podmiotów korzystających z umorzenia zmienia warunki rynkowe. W szczególności zrealizowanie tych inwestycji może zredukować opłacalność i zniechęcić do inwestowania przez innych operatorów na tych obszarach, na których beneficjenci umorzenia zdecydują się inwestować *de facto* ze środków publicznych. Jak jasno wynika z celu projektu ustawy – bez umorzenia tych należności budżetowych nie byłoby tych inwestycji, a efekt zakłócenia konkurencji jest oczywisty, skoro inni operatorzy muszą takie inwestycje finansować w całości z własnych środków (por. pkt 15 *Wytocznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych*).
- 5) Kolejny element pozwalający zakwalifikować daną interwencję państwa w aktywność przedsiębiorstwa jako zakazaną w świetle art. 107 ust. 1 TFUE formę pomocy publicznej to

⁶ Orzeczenie ETS w sprawie 203/82, Commission vs. Italy, [1983] ECR 2525.

„naruszenie wymiany handlowej między państwami członkowskimi”. Warunek ten rozumiany jest w orzecznictwie niezwykle szeroko. Jak wskazał bowiem w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Sprawiedliwości *„kiedy pomoc finansowa państwa wzmacnia pozycję przedsiębiorstwa w porównaniu do innych przedsiębiorstw konkurujących w handlu wewnątrzspółnotowym, uznać należy, że handel ten został naruszony przez tę pomoc”*⁷. W orzecznictwie ETS przesądono również, że w sytuacji w której przedsiębiorstwo działa w sektorze, w którym istnieje nadwyżka zdolności produkcyjnych, a producenci z różnych krajów członkowskich konkurują ze sobą, wszelka pomoc, którą przedsiębiorstwo uzyskuje od władz publicznych, może naruszać wymianę handlową między państwami członkowskimi i ograniczać konkurencję. Lektura pkt 16 *Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych* nie pozostawia wątpliwości, że również ten element pomocy publicznej jest spełniony w ramach środka przewidzianego w projekcie ustawy.

- 6) Ostatnią z kwestii wymagających rozważenia jest to, czy projektowana pomoc publiczna nie podlega zwolnieniom z zakazu jej udzielania zdefiniowanym w treści ust. 2 i 3 art. 107 TFUE. Zgodnie bowiem z art. 107 ust. 1 TFUE zawarty tam zakaz pomocy państwa znajduje zastosowanie „z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w niniejszym Traktacie”. Zauważyć należy, że ust. 2 i 3 art. 107 TFUE ustanawiają dwa odrębne reżimy prawne zwolnienia z zakazu pomocy państwa dla przedsiębiorstw. Artykuł 107 ust. 2 TFUE zawiera bowiem wyjątki od zakazu z art. 107 ust. 1 TFUE o charakterze obligatoryjnym. W tym przypadku zwolnienie danej pomocy następuje z mocy samego prawa, lecz do zastosowania tego zwolnienia koniecznym jest jednak autorytatywne stwierdzenie przez Komisję, że zwolnienie to dotyczy danego przypadku. Innymi słowy – pomoc, o której mowa w ust. 2 art. 107 TFUE, winna być zawsze uprzednio notyfikowana Komisji w celu potwierdzenia, że podlega ona automatycznemu wyłączeniu⁸. Inne rozwiązanie zastosowane zostało natomiast w przypadku ust. 3 art. 107 TFUE, który to przepis wskazuje, że określone rodzaje pomocy „mogą być uznane za zgodne z regułami wspólnego rynku”. Oznacza to, że powyższe zwolnienie nie ma charakteru obligatoryjnego, a jedynie fakultatywny. Jego zastosowanie w konkretnym przypadku uzależnione jest od uznaniowej decyzji Komisji lub Rady. Komisja posiada zatem – zgodnie z art. 107 ust. 3 TFUE – możliwość decydowania o zgodności ze wspólnym rynkiem kilku rodzajów pomocy, w tym pomocy przeznaczonej na realizację projektów posiadających ogólnoeuropejskie znaczenie lub na zapobieżenie poważnym zakłóceniom w gospodarce któregoś z państw członkowskich. Artykuł 107 ust. 3 lit. e TFUE upoważnia natomiast Radę do zatwierdzenia innych rodzajów pomocy, które ustalone zostaną w jej decyzji podjętej na wniosek Komisji kwalifikowaną większością głosów. W swojej praktyce stosowania tego przepisu Komisja dała wyraz przekonaniu, że wykonując swoje kompetencje o charakterze uznaniowym wynikające z art. 107 ust. 3 TFUE Komisja bierze pod uwagę, czy pomoc przyczynia się do rozwoju, który jest w interesie Wspólnoty jako całości (nie jest bowiem wystarczającym promowaniem wyłącznie interesu narodowego). Ponadto Komisja kieruje się w swych pracach związanych z oceną projektów pomocy przedstawianych przez państwa członkowskie tzw. zasadą kompensacyjnego uzasadnienia. Oznacza to, że Komisja nie zgłasza zastrzeżeń do projektów pomocy, o ile beneficjent

⁷ Orzeczenie ETS w sprawie 730/79, Philip Morris Holland BV vs. Commission [1980], ECR 2671.

⁸ Pamiętać jednakże należy, że zakres wyłączenia wynikającego z art. 87 ust. 2 TWE jest niezwykle wąski i dotyczy: 1) pomocy o charakterze socjalnym dla indywidualnych konsumentów, pod warunkiem że jest przyznawana bez dyskryminacji ze względu na pochodzenie towaru, 2) pomocy w celu naprawienia szkód wyrządzonych przez klęski żywiołowe lub inne nadzwyczajne wydarzenia oraz 3) pomocy przyznawanej dla pewnych regionów Republiki Federalnej Niemiec, szczególnie dotkniętych podziałem Niemiec, w zakresie niezbędnym dla wyrównania strat gospodarczych spowodowanych przez ten podział.

pomocy dzięki uzyskanemu wsparciu ze strony państwa przyczynia się w stopniu większym niż wynikałoby z normalnego działania sił rynkowych do osiągnięcia celów wspólnotowych określonych w art. 107 ust. 3 TFUE.

W literaturze przedmiotu (Sławomir Dudzik *op. cit.*) wskazuje się, że problematyka nadzoru nad pomocą państwa dla przedsiębiorstw pozostaje w zakresie wyłącznych kompetencji organów wspólnotowych. Państwa członkowskie nie mogą zatem wprowadzać ani utrzymywać w mocy żadnych środków, które mogłyby osłabić efektywność prawa wspólnotowego w tym zakresie. Żaden organ krajowy nie może również zastąpić Komisji w jej ocenie przedkładanych projektów pomocy, zmienić podjętej przez nią decyzji lub wykonywać innych kompetencji w tym zakresie przekazanych w całości na szczebel wspólnotowy. Kluczową rolę w zakresie stosowania powyższych przepisów ma Komisja Europejska, a jakkolwiek decentralizacja jej kompetencji – szczególnie tych związanych z dokonywaniem oceny, czy dana forma pomocy publicznej jest pomocą zakazaną w świetle art. 107 ust. 1 TFUE – jest w tych sprawach niedopuszczalna. Z tego też względu za konieczne uznać należałoby zwrócenie się przez polski rząd do Komisji Europejskiej celem przesądzenia, czy ewentualne, projektowane rozwiązanie problemu opłat koncesyjnych UMTS nie będzie stanowiło naruszenia przez Polskę zobowiązań wynikających z TFUE.

Rząd Rzeczypospolitej Polskiej pamiętać musi również, iż zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE państwo członkowskie nie może przystąpić do wprowadzenia w życie projektowanych środków pomocowych, aż do momentu w którym w stosownym postępowaniu przed organami wspólnotowymi (w szczególności przed Komisją) nie zostanie podjęta ostateczna decyzja co do legalności i dopuszczalności takiej pomocy w świetle TFUE (zakaz wykonawczy).

Wniosek 4: Przewidziane w projekcie ustawy umorzenie opłat koncesyjnych w zamian za wydatki inwestycyjne niewątpliwie stanowi pomoc publiczną w rozumieniu Art. 107 ust. 1 TFUE oraz Wytocznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych

5. Nieadekwatność przytoczonego w uzasadnieniu projektu orzecznictwa ETS i praktyki decyzyjnej KE

W uzasadnieniu projektodawcy przywołali decyzję KE nr NN 42/2004 oraz wyroki sądów unijnych oddalające skargi o stwierdzenie nieważności tej decyzji w następujący sposób:

„(...) Ponadto należy dodać, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa, umorzenie opłat koncesyjnych może być dopuszczalne w kontekście przepisów regulujących dopuszczalność pomocy państwa. W decyzji C(2004)2647 z dnia 20 lipca 2004 r., Komisja Europejska stwierdziła brak niedozwolonej pomocy ze strony państwa francuskiego w związku ze zmniejszeniem a posteriori (wtórnym) opłat, które każdy z operatorów był zobowiązany uiścić na rzecz państwa z tytułu udzielenia koncesji UMTS. We Francji koncesje zostały przyznane operatorom Orange i SFR, którzy zobowiązani zostali do zapłaty po 4,9 mld euro. W roku następnym przeprowadzono we Francji kolejne postępowanie mające na celu wyłonienie kolejnych operatorów, przy czym cena została obniżona do 619 mln euro oraz wydłużono okres, na jaki zostały wydane koncesje. W wyniku postępowania koncesję otrzymało Bouygues Telecom (BT), a uprzednie koncesje Orange i SFR zostały zmniejszone do 619 mln euro. W konsekwencji, BT wystąpiło do Komisji Europejskiej ze skargą na decyzję rządu francuskiego zmieniającą warunki koncesji przyznanych rok wcześniej, która to decyzja

miała stanowić pomoc publiczną niezgodną z Traktatem. Komisja tymczasem uznała, że zmiana z mocą wsteczną wysokości opłat za licencję UMTS wnoszonych przez Orange i SFR, nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE (obecnie art. 107 ust. 1 TFUE). Ponadto Komisja uznała, że nie było dowodów na to, że wcześniejsze przyznanie licencji UMTS dało jakiegokolwiek korzyści Orange i SFR, które mogły wpływać na konkurencję, biorąc pod uwagę opóźnienia, które powstały u wszystkich podmiotów we wdrażaniu sieci UMTS. W konsekwencji BT zaskarżyło decyzję Komisji Europejskiej do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wydanym wyroku orzekł, że działanie rządu francuskiego nie stanowi pomocy publicznej (...)”.

Przywołanie decyzji KE nr NN 42/2004 oraz odnoszącego się do niej orzeczenia ETS ma na celu uzasadnienie tezy, że projekt ustawy w istocie nie stanowi udzielenia pomocy publicznej. Tymczasem zapoznanie się ze szczegółowym stanem faktycznym sprawy rozpatrywanej decyzją KE nr NN 42/2004 nie pozostawia wątpliwości, że przywoływanie tej decyzji i późniejszego orzeczenia ETS nie jest odpowiednie do środka pomocy przewidzianego w projekcie ustawy, bowiem środek ten różni się od sprawy rozpatrywanej decyzją KE nr 42/2004 akurat tymi cechami, na podstawie których Komisja UE oraz ETS stwierdziły brak pomocy publicznej.

Stan faktyczny sprawy rozpatrywanej decyzją KE nr NN 42/2004

Podstawą do wydania koncesji oraz nałożenia na operatorów opłat była we Francji ustawa nr 96-659 z dnia 26 lipca 1996 r. w sprawie regulacji telekomunikacji, (JORF z dnia 27 lipca 1996, str. 11384), Organu Regulacji Telekomunikacji (dalej jako: ORT), rozpatrywał wnioski o udzielenie zezwolenia, które następnie były wydawane przez ministra przemysłu, poczty i telekomunikacji.

Rząd francuski ogłosił w dniu 6 czerwca 2000 r. zamiar udzielenia czterech licencji na wprowadzenie systemów łączności ruchomej i bezprzewodowej trzeciej generacji (UMTS). Z załączników do tego ogłoszenia wynika, że udzielenie zezwoleń powinno wiązać się z uiszczeniem opłaty o całkowitej łącznej kwocie wynoszącej 32,5 miliarda FRF, która miała być zapłacona w okresie ważności licencji ustalonym na 15 lat. Ostateczny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 31 stycznia 2001 r. Istotnym elementem było to, iż oferenci mogli wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r.

W dniu 31 stycznia 2001 r. ORT wskazał w komunikacie prasowym, że zostały złożone jedynie dwie oferty, to jest ofertę pochodzącą SFR i od France Télécom mobiles, oraz że jego zdaniem dla zapewnienia prawdziwej konkurencji niezbędne było przeprowadzenie uzupełniającego przetargu.

Zgodnie z tą informacją prezes i dyrektor generalny France Télécom oraz prezes i dyrektor generalny Vivendi Universal (której spółką zależną jest SFR) zwrócili uwagę ministra gospodarki i finansów oraz sekretarza stanu ds. przemysłu na konieczność zachowania zasad równego traktowania w zakresie obowiązków publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami podczas określania warunków udzielenia przyszłych licencji.

W dwóch pismach z dnia 22 lutego 2001 r., które miały identyczną treść, minister gospodarki i finansów oraz sekretarz stanu ds. przemysłu odpowiedzieli dyrektorom wspomnianych przedsiębiorstw, że rząd podzielał ten podwójny cel (zachowanie zasad równego traktowania w zakresie obowiązków publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami) oraz że **„zasady uzupełniającego przetargu, które zostaną zaproponowane przez ORT i rząd, [będą] gwarantować równe traktowanie operatorów, którym ostatecznie zostanie udzielona licencja”**. Stanowiło to istotne zobowiązanie rządu wobec koncesjonariuszy.

Nie czekając na uzupełniający przetarg, dwie pierwsze licencje zostały wydane w lipcu 2001 r. W dwóch zarządzeniach z dnia 18 lipca 2001 r. (opublikowanych w JORF z dnia 21 sierpnia 2001 r.)

sekretarz stanu ds. przemysłu [również wówczas właściwy w zakresie telekomunikacji] zezwolił SFR i Orange na budowę i eksploatację sieci radioelektrycznej trzeciej generacji dostępnej dla ogółu w standardzie UMTS i na świadczenie usługi telefonicznej na rzecz ogółu, a zezwolenie zostało udzielone na 15 lat. W specyfikacjach załączonych do zarządzeń w szczególności określono, że opłaty za udostępnianie i zarządzanie częstotliwościami UMTS zostaną uiszczone zgodnie z przepisami art. 36 ustawy budżetowej z 2001 r. w kwocie 32 502 000 000 FRF.

Uzupełniający przetarg, który miał na celu wydanie dwóch nieprzyznaných zezwoleń, został ogłoszony wraz z publikacją przez ministra ds. telekomunikacji decyzji ORT nr 01-1202 z dnia 14 grudnia 2001 r. ORT wskazał w szczególności, że „warunki [tej drugiej] procedury [były] kontynuacją pierwszej procedury przetargowej i zapewniały w szczególności poszanowanie zasady równego traktowania operatorów”. Zalecała ona również dostosowanie obciążeń finansowych spoczywających na podmiotach posiadających licencję i wydłużenie okresu jej ważności.

W ostatnim dniu upływu terminu wyznaczonego do składania ofert, to jest w dniu 16 maja 2002 r., została złożona jedyna oferta pochodząca od spółki Bouygues. Oferta Bouygues była niższa niż dwie pierwsze. W wyniku postępowania koncesję otrzymało Bouygues Telecom (BT), a uprzednie koncesje Orange i SFR zostały zmniejszone z 4,9 mld EUR do 619 mln EUR.

Uzasadnienie decyzji KE nr NN 42/2004 oraz wyroku ETS

W związku z tym, że Bouygues uznał, że zmiana warunków koncesji, w szczególności zmiana wysokości opłaty stanowi rezygnację z wierzytelności przysługującej państwu francuskiemu i w konsekwencji stanowi nielegalną pomoc publiczną skierował skargę do Komisji Europejskiej.

W dniu 20 lipca 2004 r. Komisja wydała decyzję nr NN 42/2004 notyfikowaną Republice Francuskiej i dotyczącą zmiany opłat należnych od Orange i SFR z tytułu udzielenia licencji na UMTS. Komisja wskazała, że postanowiła nie wnosić zastrzeżeń wobec środka będącego przedmiotem skargi do niej złożonej i dotyczącej zmiany spornych opłat, ponieważ ten środek nie zawierał elementów pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE (obecnie art. 107 ust. 1 TFUE).

Komisja uznała, że ze względu na ograniczony charakter wspólnotowych ram prawnych rząd francuski miał prawo określić warunki udzielenia licencji na UMTS, pod warunkiem stosowania otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury, oraz ustalić opłatę na odpowiednim poziomie w celu osiągnięcia celów zdefiniowanych zgodnie z tymi ramami, a zmiana spornej opłaty odpowiadała wyznaczonemu celowi, to jest udzieleniu jak największej liczby licencji

Analizując zaskarżony środek, Komisja stwierdziła, przede wszystkim, że zrównanie warunków licencji trzech zainteresowanych operatorów (odpowiadające obniżeniu opłat na korzyść Orange i SFR) wynikało z warunków ustalonych na początku, ponieważ nałożenie na Orange i SFR ostrzejszych warunków było teoretyczne skoro Orange i SFR mogły wycofać swoje oferty, gdyby nie zapewnienie rządu francuskiego otrzymane w dniu 22 lutego 2001 r.

Logikę wskazanego uzasadnienia podtrzymał ETS stwierdzając, że KE w uzasadnieniu swojej decyzji odniosła się do zarzucanej rezygnacji przez Francję z wierzytelności przysługującej jej z tytułu koncesji. Sąd stwierdził, że „*Jeśli chodzi o wierzytelność państwa względem Orange i SFR, z której ono zrezygnowało, to wbrew twierdzeniom skarżących nie była ona pewna. Rzeczywiście z jednej strony w ramach procedury dotyczącej pierwszego przetargu dwaj wspomniani operatorzy mogli wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r., gdyby nie zapewniono ich, że będą traktowani na równi z innymi operatorami (cytowane w dokumentach postępowania pisma z dnia 22 lutego 2001), a z drugiej strony nadal mogli oni zrezygnować z licencji i w konsekwencji przestać uiszczać opłatę, w szczególności jeśli uważali, że są ofiarami nierównego traktowania w porównaniu z Bouygues Télécom.*”

Uzasadnienie wyroku ETS jednoznacznie wskazuje, że istotą braku wystąpienia pomocy publicznej w omawianej sprawie było określanie zasad ewentualnego obniżenia opłat już na etapie postępowania o przyznaniu licencji, a z drugiej strony teoretyczny (niepewny wobec faktu złożenia przez rząd zapewnienia o obniżeniu opłat, jeżeli opłaty za kolejne licencje byłyby niższe) charakter wiarytelności z tytułu opłaty koncesyjnej.

Jak wskazano sytuacja ta jest odmienna od tej występującej w Polsce, gdzie planuje się obniżenie opłat z już przyznanych koncesji, w stosunku do których w trakcie ich obowiązywania zmienia się zasady ich płacenia. Sytuacja taka jest nieporównywalna do tej która była przedmiotem oceny KE oraz ETS i powołanie się na nią należy uznać za błędne.

Powoduje to, że w związku z tym, że jak wskazano powyżej w projektowanej ustawie są spełnione przesłanki wystąpienia pomocy publicznej i zgodnie z obowiązującymi przepisami projekt ustawy powinien podlegać uprzedniej notyfikacji w Komisji Europejskiej.

Wniosek 5: Decyzja KE nr NN 42/2004 oraz dotyczący jej wyrok ETS jest nieadekwatny do środka przewidzianego w projekcie ustawy i tym nie uzasadniają tezy, że środek ten nie stanowi pomocy publicznej

Wniosek 6: Jedynym sposobem legalnego udzielenia pomocy publicznej przewidzianej w projekcie ustawy jest uprzednia notyfikacja projektu w Komisji UE na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE, zakończona decyzją Komisji UE o braku sprzeciwu do planowanego środka pomocy. Przed zakończeniem postępowania notyfikacyjnego projekt ustawy nie może być uchwalony

6. Brak realnych szans na pozytywną notyfikację planowanego środka w Komisji UE

Oceniając, czy dany środek pomocy można uznać za zgodny ze wspólnym rynkiem, Komisja wyważa pozytywny wpływ środka pomocy na osiągnięcie danego celu leżącego we wspólnym interesie i potencjalnie negatywne skutki ubocznych tego środka, takie jak zakłócenie wymiany handlowej i konkurencji.

Stosując test bilansujący Komisja dokona oceny następujących zagadnień:

(a) Czy środek pomocy ukierunkowany jest na jasno określony cel leżący we wspólnym interesie, tj. czy zaproponowana pomoc ma na celu wyeliminowanie nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku lub osiągnięcie innego celu?

(b) Czy pomoc została tak zaplanowana, aby zapewnić osiągnięcie celu leżącego we wspólnym interesie? W szczególności:

(i) czy pomoc państwa jest stosownym instrumentem polityki, tj. czy istnieją inne bardziej stosowne narzędzia?

(ii) czy istnieje efekt zachęty, tzn. czy pomoc powoduje zmianę zachowania przedsiębiorstw?

(iii) czy środek pomocy jest proporcjonalny, tzn. czy tę samą zmianę można by uzyskać przy mniejszej pomocy?

(c) Czy zakłócenie konkurencji i wpływ na wymianę handlową są na tyle ograniczone, aby ogólny bilans był pozytywny?

Poszczególne etapy testu bilansującego w zakresie dostępu szerokopasmowego, bo wsparcie takich inwestycji jest celem projektu ustawy, szczegółowo opisują *Wytoczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych*.

Od razu można stwierdzić, że nie ma wątpliwości, iż środek pomocy przewidziany w projekcie ustawy nie przechodzi pozytywnie testu bilansującego i nie spełnia wielu warunków wskazanych w Wytocznych, co minimalizuje praktycznie do zera szanse na jego notyfikację w takiej postaci.

Po pierwsze (a), projekt ustawy nie określa jasnego celu planowanego środka. Środki z tytułu umorzenia opłat koncesyjnych mają być przeznaczone na inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną operatorów zasiedziałych telefonii komórkowej na dowolnych obszarach. Tymczasem Wytoczne wspólnotowe wymagają, by jasno określić, czy środek nakierowany jest na osiągnięcie celów spójności, czy na wyeliminowanie nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku. Stosownie do tego wsparcie jest dopuszczalne na tzw. obszarach białych lub ewentualnie szarych, co powinno być poprzedzone szczegółową inwentaryzacją, badaniem rynku, sporządzeniem dokładnych map, ustaleniem planów inwestycyjnych oraz konsultacjami z zainteresowanymi przedsiębiorcami.

Po drugie (b i), nie wykazano, że nie istnieją inne bardziej optymalne rozwiązania do osiągnięcia celu. W szczególności, środki z opłat koncesyjnych uiszczonych do budżetu państwa mogłyby być przeznaczone w otwartych postępowaniach konkurencyjnych na realizację określonych inwestycji w infrastrukturę umożliwiającą szerokopasmowy dostęp do Internetu. Zastosowanie procedury przetargowej zagwarantowałoby minimalizację pomocy publicznej i zapewniłoby efektywność całemu przedsięwzięciu. Projekt ustawy arbitralnie decyduje jakim konkretnie podmiotom zostaną umorzone zobowiązania i pozostawia poza jakąkolwiek kontrolą wydatki i koszty inwestycyjne, które będą zaliczane na poczet umorzonych opłat – nie ma żadnych mechanizmów sprawdzenia efektywności ponoszonych wydatków.

Po trzecie (b ii), nie ustalono w ogóle czy umorzenie opłat tworzy odpowiedni efekt zachęty, tj. czy inwestycje w rozwój własnej infrastruktury nie zostałyby poniesione niezależnie od umorzenia opłat.

Po czwarte (b iii), projektowany środek pomocy nie jest proporcjonalny i nie spełnia większości warunków testu proporcjonalności, o których mowa w pkt 51 Wytocznych wspólnotowych. Beneficjent pomocy nie jest wyłoniony w konkurencyjnej procedurze, nie wyłoniono oferty najlepszej ekonomicznie, nie zapewniono zobowiązań w zakresie dostępu do infrastruktury, a wsparcia inwestycji nie poprzedzono szczegółową inwentaryzacją, badaniem rynku, ani konsultacjami.

Po piąte (c), wpływ planowanego środka na wymianę handlową i zakłócenia konkurencji nie są ograniczone na tyle, aby ogólny bilans był pozytywny. Przyznanie środka bez ograniczenia obszarów inwestycji oraz bez zastosowania innych ograniczeń zabezpieczających przed zakłóceniem konkurencji powoduje, że udzielenie pomocy zniechęci operatorów alternatywnych do inwestowania w tych samych obszarach oraz dodatkowo zwiększy dysproporcje w potencjale i zasobach operatorów zasiedziałych i operatorów alternatywnych, którzy muszą dokonywać inwestycji bez wsparcia ze środków publicznych.

Wniosek 7: Przewidziany w projekcie ustawy środek pomocy nie ma realnych szans na pozytywną notyfikację w Komisji UE, bowiem bardzo mało prawdopodobne jest wykazanie, że spełnia wymogi testu bilansującego.

Procedura notyfikacji

Na podstawie Rozporządzenie 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (obecnie art. 108 TFUE) zainteresowane Państwo Członkowskie zgłasza Komisji w odpowiednim czasie wszelkie plany przyznania nowej pomocy. Komisja bezzwłocznie informuje zainteresowane Państwo Członkowskie o otrzymaniu takiego zgłoszenia. W zgłoszeniu zainteresowane Państwo Członkowskie przedstawia wszystkie informacje konieczne dla umożliwienia Komisji podjęcia decyzji zgodnie z art. 4 i 7 tego rozporządzenia.

Zgodnie z ustawą z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz.U.07.59.404 j.t.) przez podmiot udzielający pomocy należy rozumieć organ administracji publicznej lub inny podmiot, który jest uprawniony do udzielania pomocy publicznej, w tym przedsiębiorcę publicznego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191, poz. 1411 i Nr 245, poz. 1775).

Przez procedurę notyfikacji należy natomiast przekazanie Komisji, zgodnie z art. 88 Traktatu WE (obecnie art. 108 TFUE), projektu programu pomocowego, projektu pomocy indywidualnej lub projektu pomocy indywidualnej na restrukturyzację, wraz z informacjami niezbędnymi dla oceny zgodności pomocy publicznej ze wspólnym rynkiem.

Na podstawie art. 13 ust. 1 o wydanie opinii prezesa UOKiK o projektowanym środku pomocowym (określonej w art. 12 ustawy) oraz dokonanie notyfikacji występuje podmiot udzielający pomocy lub opracowujący projekt programu pomocowego.

W związku z występowaniem w projekcie pomocy publicznej powinien on zatem zostać przed jego skierowaniem do Sejmu poddany procedurze notyfikacji.

Nielegalnie udzielona pomoc publiczna

Art. 108 ust 3 TFUE stanowi: *"Komisja jest informowana, w czasie odpowiednim do przedstawienia swych uwag, o wszelkich planach przyznania lub zmiany pomocy. [...] Dane państwo członkowskie nie może wprowadzać w życie projektowanych środków, dopóki procedura ta nie doprowadzi do wydania decyzji końcowej."*

Jeśli państwo członkowskie przed przyznaniem lub zmianą pomocy nie powiadomi Komisji o swych planach, pomoc taka jest uznawana za pomoc przyznaną bezprawnie w kontekście prawa wspólnotowego od momentu jej przyznania (art. 1 lit. f rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999, dalej „rozporządzenie proceduralne”).

Komisja może badać każdą pomoc z punktu widzenia tego, czy przyznano ją zgodnie z 107 ust 3 TFUE Komisja może, po umożliwieniu zainteresowanemu Państwu Członkowskiemu przedstawienia uwag, podjąć decyzję, nakazującą Państwu Członkowskiemu zawieszenie wszelkiej pomocy przyznanej bezprawnie do momentu podjęcia przez Komisję decyzji w sprawie zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem ("nakaz zawieszenia").

Badanie pomocy, która mogła zostać przyznana bezprawnie, skutkuje decyzją stwierdzającą, że:

- a) środek nie stanowi pomocy publicznej,
- b) środek jest zgodny ze wspólnym rynkiem,
- c) zaistniały wątpliwości co do zgodności środka ze wspólnym rynkiem i konieczne jest wszczęcie formalnej procedury dochodzenia, w wyniku której wydaje i) decyzję pozytywną (o

zgodności środka ze wspólnym rynkiem) lub ii) decyzję negatywną (środek nie jest zgodny ze wspólnym rynkiem).

Inspiracja do badania przez Komisję środka pomocy mogą być informacje przedłożone („powiadomienie o pomocy przyznanej bezprawnie”) przez "zainteresowaną stronę", która obejmuje którekolwiek Państwo Członkowskie oraz jakiegokolwiek osoby, przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, na których interesy może mieć wpływ przyznanie pomocy, w szczególności beneficjentów pomocy, konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa lub stowarzyszenia handlowe. Ponadto, każda zainteresowana strona może złożyć uwagi po decyzji Komisji o wszczęciu formalnej procedury dochodzenia. Do każdej z zainteresowanych stron, która złożyła takie uwagi oraz do każdego beneficjenta pomocy indywidualnej zostaje wysłana kopia wskazanej wyżej decyzji, podjętej przez Komisję. Kopie tych decyzji wysyłane są też w innych jeszcze przypadkach wskazanych w rozporządzeniu proceduralnym.

W przypadku wydania decyzji negatywnej w sprawie pomocy przyznanej bezprawnie, Komisja podejmuje decyzję, że zainteresowane Państwo Członkowskie podejmie wszelkie konieczne środki w celu windykacji pomocy od beneficjenta. Art. 14 ust. 1 rozporządzenia proceduralnego nakłada na Komisję obowiązek wydania nakazu windykacji pomocy przyznanej bezprawnie i niezgodnej ze wspólnym rynkiem, o ile nie stanowiłoby to naruszenia ogólnych zasad prawa.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia proceduralnego pomoc należy odzyskać wraz z odsetkami naliczonymi od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi do daty jej windykacji. Metoda obliczania odsetek w odniesieniu do zwrotu pomocy została określona w rozporządzeniu wykonawczym.

Art. 14 ust. 3 rozporządzenia proceduralnego stanowi ponadto, że "windykacja zostaje przeprowadzona bezzwłocznie i zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie krajowym zainteresowanego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidują one bezzwłoczne i skuteczne wykonanie decyzji Komisji."

ETS kilkakrotnie podkreślał, że windykacja ma na celu przywrócenie sytuacji istniejącej na rynku przed przyznaniem pomocy. Odzyskanie pomocy jest więc konieczne dla zapewnienia jednakowych warunków działania na rynku wewnętrznym, zgodnie z art. 3 lit. g) TWE. Zdaniem ETS "przywrócenie wcześniejszej sytuacji następuje, gdy beneficjent zwróci pomoc przyznaną bezprawnie i niezgodną ze wspólnym rynkiem, tracąc tym samym przewagę, jaką uzyskał w stosunku do swoich konkurentów na rynku, a warunki konkurencji panujące przed przyznaniem pomocy zostają przywrócone".⁹ W celu eliminacji wszelkich dodatkowych korzyści finansowych wynikających z pomocy przyznanej bezprawnie zwrotowi podlegają także odsetki od bezprawnie przyznanych kwot. Wysokość odsetek musi być równa korzyści finansowej, jaka wyniknęła z dostępności danych środków przez określony czas oraz z faktu, że beneficjent otrzymał je nieodpłatnie.¹⁰

Ponadto, ETS zwrócił szczególną uwagę na fakt, że pełne wykonanie decyzji Komisji o windykacji może nastąpić jedynie wówczas, jeśli działania podjęte przez państwa członkowskie w tym kierunku przynoszą konkretne rezultaty¹¹, a także pod warunkiem, że windykacja jest bezzwłoczna¹². Jedynie bezzwłoczny zwrot pomocy zapewnia osiągnięcie celu, jakiemu ma służyć windykacja pomocy.

⁹ Sprawa C-348/93, Komisja przeciwko Włochom [1995], Rec. I-673, pkt 27.

¹⁰ Sprawa T-459/93, Siemens przeciwko Komisji [1995], Rec. II-1675, pkt 97-101.

¹¹ Sprawa C-415/03, Komisja przeciwko Grecji.

¹² Sprawa C-232/05, Komisja przeciwko Francji.

7. Wysokie ryzyko naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych

Treść przedstawionego projektu ustawy wzbudza istotne wątpliwości, co do zgodności proponowanych rozwiązań zarówno z polskim, jak i z unijnym szeroko rozumianym prawem zamówień publicznych. W szczególności zauważyć należy, iż zakres regulacji odnoszący się do przedmiotu konwersji bliski jest problematyce partnerstwa publiczno – prywatnego, jak również zamówień publicznych.

Zgodnie z prezentowanym w piśmiennictwie poglądem pod pojęciem partnerstwa publiczno-prywatnego rozumieć należy złożone działania organizatorskie, które służą określeniu sekwencji działań oraz czynności prawnych i faktycznych podejmowanych przez współpracujące strony, koniecznych do osiągnięcia założonego celu korzystnego z punktu widzenia interesów państwa¹³. Jak słusznie wskazane zostało w wytycznych Komisji Europejskiej, jeśli władze publiczne podejmą decyzję o włączeniu stron trzecich do prowadzenia działań przypisywanych państwu, wówczas prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych i koncesji może mieć, co do zasady, zastosowanie¹⁴. Cechą charakterystyczną wyróżniającą partnerstwo jest szczególna rola partnera prywatnego, który uczestniczy w rozmaitych etapach realizowanego przez państwo zamierzenia, ponosi ryzyka, a także realizuje zadania, które tradycyjnie bierze na siebie sektor publiczny, a także często uczestniczy również w finansowaniu projektu.

Przedmiotem zamierzeń realizowanych przez państwo na gruncie analizowanego projektu ustawy będą:

1. inwestycje w rozwój infrastruktury telekomunikacyjnej służącej do zapewnienia szerokopasmowego dostępu do Internetu,
2. zakup przenośnego sprzętu komputerowego z funkcjonalnością szerokopasmowego dostępu do Internetu dla uczniów klas pierwszych szkół podstawowych z wyłączeniem szkół specjalnych.

Państwo, poprzez rezygnację z części należnych opłat nakłada na podmioty trzecie obowiązki inwestycyjne (zgodnie z projektem operatorzy zasiedziali zobowiązują się do poniesienia określonych nakładów i kosztów inwestycyjnych w zamian za wynagrodzenie jakim jest zwolnienie z zobowiązania do uiszczenia opłaty koncesyjnej).

Rozwiązanie przewidziane w projekcie nie jest proporcjonalne w odniesieniu do tradycyjnych sposobów realizacji swoich celów przez państwo. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, gdy określone środki finansowe wydatkowane będą przez podmioty prywatne wyłącznie ze względu na planowaną korzyść finansową w postaci umorzenia części opłat koncesyjnych. Państwo, rezygnując częściowo z pobierania należnych środków, wyznacza podmiotom prywatnym cele inwestycyjnie społecznie użyteczne. Warto na marginesie powyższych rozważań zauważyć, iż na gruncie wspólnotowej analizy wyłączeń stosowania prawa zamówień publicznych wskazuje się, iż środki podejmowane przez państwa członkowskie winny podlegać kontroli w ramach tzw. testu

¹³ Partnerstwo Publiczno-Prywatne, Poradnik, Praca zbiorowa, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010 rok

¹⁴ Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego Oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji, Bruksela 2005

proporcjonalności. Państwo powinno każdorazowo móc wykazać, że podjęte działania były adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu¹⁵.

Należy zauważyć, iż generalną zasadą wspólnotowego prawa zamówień publicznych jest realizacja zamierzeń inwestycyjnych państwa z zachowaniem rozwiązań umożliwiających wszystkim zainteresowanym przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienia publiczne i koncesje w drodze sprawiedliwej i przejrzystej procedury - zgodnie z zasadami europejskiego rynku wewnętrznego - przyczyniając się w ten sposób do podniesienia standardu tego typu projektów i oszczędności w wydatkach dzięki większej konkurencji. W polskim piśmiennictwie dość zgodnie zauważa się, iż co prawda współpraca stron niemieszcząca się w ustawowej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego, ale posiadająca cechy powierzenia wykonywania zadania publicznego stronie prywatnej oraz przewidująca wykorzystanie przez nią zasobów publicznych będzie dopuszczalna, jednak warunkiem umożliwiającym skorzystanie z tych form współpracy będzie zastosowanie otwartego i konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy (w szczególności w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych)¹⁶. Na gruncie wspólnotowych wytycznych w zakresie udanego partnerstwa publiczno – prywatnego stwierdza się, iż:

Uzgodnienia PPP nie powinny być zawierane wyłącznie w celu podjęcia projektu PPP. Konieczne jest przeprowadzenie szczegółowego przeglądu kosztów i korzyści z zaangażowania sektora prywatnego w odniesieniu do alternatyw publicznych, w celu zapewnienia, aby PPP zwiększyło korzyści publiczne. Stopień zaangażowania sektora prywatnego musi zostać w rozważny sposób dopasowany do celów i potrzeb projektu oraz społeczeństwa. Trafność, koszt oraz zdolność efektywnego wdrożenia i zarządzania powinny być najważniejszymi czynnikami w wyborze struktury PPP¹⁷.

Komisja konsekwentnie wskazuje zarazem, iż w każdym przypadku realizacji zamierzeń inwestycyjnych z zaangażowaniem zasobów państwa koniecznym jest umożliwienie uzyskania najwyższej jakości za daną kwotę przy zakupie produktów lub zleceniu stronom trzecim wykonania pracy albo usługi przez władze publiczne (zapewnienie efektywności finansowej, a także maksymalne wykorzystanie ograniczonych środków finansowych). Konstrukcja przyjęta w projekcie ustawy może budzić, w naszej ocenie, wątpliwości co do prawidłowości zastosowanych rozwiązań na gruncie prezentowanego powyżej wspólnotowego dorobku prawnego. Realizacja zamierzeń inwestycyjnych następować bowiem będzie całkowicie poza obszarem wspólnotowego prawa zamówień publicznych, bez analizy korzyści i kosztów zastosowanych rozwiązań. W szczególności brak jest w projekcie regulacji gwarantujących w wystarczającym stopniu uzyskanie założonych przez państwo celów inwestycyjnych z zapewnieniem rynkowego charakteru dokonywanych wydatków.

Nie sposób zaprzeczyć tezie, iż w przypadku rezygnacji przez państwo z uchwalenia badanego projektu ustawy mielibyśmy do czynienia z pobraniem należnej opłaty koncesyjnej, a następnie z możliwością wydatkowania środków przez państwo na cele społecznie użyteczne określone w tym akcie prawnym. Warto także zauważyć, iż budowa szerokopasmowej infrastruktury internetowej jest już obecnie przedmiotem intensywnych działań podejmowanych przez państwo, w szczególności poprzez inicjowanie z udziałem samorządów województw budowy regionalnych sieci szerokopasmowych. Ocena projektowanego aktu prawnego winna się zatem dokonywać poprzez badanie istniejących alternatyw w zakresie osiągnięcia celów wskazanych w projekcie.

¹⁵ Europejskie Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, A.Soltysińska, Zakamycze, Kraków 2006, komentarz do art. 10

¹⁶ Partnerstwo Publiczno-Prywatne, Poradnik, Praca zbiorowa, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010 rok

¹⁷ Komisja Europejska Dyrektoriat Generalny Polityka Regionalna, Wytyczne dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno – Prywatnego, Styczeń 2003 rok

Należy także zauważyć, że Prezes UKE dysponuje kompetencją do nałożenia na operatorów zasiedziałych obowiązków inwestycyjnych bez konieczności umarzania należności budżetowych. Zgodnie bowiem z art. 122a Pt, „jeżeli w przypadku, o którym mowa w art. 123 ust. 1 pkt 7, Prezes UKE uzna, że pokrycie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zasięgiem sieci telekomunikacyjnych nie jest wystarczające, może, w drodze decyzji, zobowiązać podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości do wykorzystywania częstotliwości w sposób zgodny z tymi zobowiązaniami, określając: 1) harmonogram realizacji pokrycia zasięgiem sieci telekomunikacyjnych, 2) obszary, które mają zostać objęte zasięgiem sieci telekomunikacyjnych lub odsetek mieszkańców, który ma zostać objęty tym zasięgiem - biorąc pod uwagę potrzeby użytkowników końcowych, potrzeby rynku i rozwój techniki telekomunikacyjnej.”

Wniosek 8: Istnieje wysokie ryzyko, że projektowane rozwiązanie narusza przepisy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych. Jednocześnie cele określone w ustawie mogą zostać osiągnięte w lepszym stopniu poprzez przeznaczenie środków z pobranych opłat na zamówienia publiczne dla określonych inwestycji, co zapewni efektywność wydatkowania środków publicznych, a także zmusi do jasnego określenia inwestycji. Innym dostępnym środkiem jest wydanie przez Prezesa UKE decyzji na podstawie art. 122a Pt, która pozwala nałożyć obowiązki inwestycyjne na obszarach białych plam bez konieczności umarzania należności budżetowych.

Prezes Zarządu

Stefan Kamiński