



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura we Wrocławiu

LWR-4101-11-01/2011
P/11/177

100.1710.6.2012

URZĄD GMINY KOBIERZYCE	
WPŁYNEŁO	
J. J. Sudek	
2012-08-24	
L. dz. 10074/12	Podpis
Zaś.	Wprow.

Wrocław, dnia 21 sierpnia 2012 r.

Pan
Ryszard Pacholik
Wójt
Gminy Kobierzyce

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Na podstawie art. 2 ust. 2 i ust. 3 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zwanej dalej „ustawą o NIK”, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu skontrolowała Urząd Gminy Kobierzyce (dalej: „Urząd”) oraz spółkę LG Display Poland sp. z o.o. (dalej „LG Display”) w zakresie pomocy publicznej udzielanej przez Gminę Kobierzyce w latach 2008 – 2010.

W związku z kontrolą, której wyniki przedstawione zostały w protokołach kontroli Najwyższa Izba Kontroli, mając na uwadze art. 2 ustawy z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli², na podstawie obowiązującego przed zmianą art. 60 ust. 1 ustawy o NIK, przekazuje Panu Wójtowi niniejsze wystąpienie pokontrolne.

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia realizację przez Urząd zadań związanych z przyznawaniem (udzielaniem) pomocy publicznej w latach 2008-2010. Przedstawioną ocenę ogólną uzasadniają opisane poniżej nieprawidłowości związane głównie z: [1] akceptacją pomocy publicznej realizowanej automatycznie w postaci zwolnień w podatku od nieruchomości z naruszeniem kryterium legalności, bo bez wypełnienia przez beneficjentów warunku w zakresie efektu zachęty i na podstawie nieobowiązującego już programu pomocowego, co powodowało nieuprawnione uznanie pomocy za wyłączoną z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej

¹ Dz.U. z 2012 r., poz. 82 ze zm.

² Dz.U. Nr 227, poz. 1482 ze zm.

wynikającego z art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”)³; [2] niejednakowym traktowaniu przedsiębiorców, którzy wystąpili z wnioskiem o przyznanie pomocy publicznej; [3] przyjęciu przez Wójta (w imieniu Gminy Kobierzyce) w umowach inwestycyjnych obowiązku odszkodowawczego wobec przedsiębiorców z tytułu utraty prawa do pomocy także z przyczyn niezależnych od Gminy Kobierzyce.

1. W badanym okresie 2008-2010 Gmina Kobierzyce udzielała pomocy publicznej na podstawie 3 programów pomocowych przyjętych przez Radę Gminy na podstawie uchwał: [1] Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.⁴ w sprawie zwolnień z podatku od nieruchomości dla przedsiębiorców na terenie Gminy Kobierzyce (regionalna pomoc inwestycyjna), [2] Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r. w sprawie zwolnień z podatku od nieruchomości dla przedsiębiorców inwestujących na terenie Gminy Kobierzyce (regionalna pomoc inwestycyjna), [3] Nr XI/131/07 z 28 czerwca 2007 r.⁵ w sprawie pomocy de minimis dla przedsiębiorców inwestujących na terenie Gminy Kobierzyce.

1.1. Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie, pomimo stwierdzonych nieprawidłowości, ocenia legalność i rzetelność przygotowania i uchwalania ww. programów pomocowych. Procedura ich uchwalania przeprowadzona została z zachowaniem wymogów określonych w ustawie z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej⁶ (dalej: ustawa z 30 kwietnia 2004 r. o pomocy publicznej). Nieprawidłowości stwierdzono natomiast w zakresie dostosowania treści uchwał do zmieniających się przepisów w zakresie pomocy publicznej. Dotyczyło to programu pomocowego przyjętego uchwałą Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r., którego treści nie dostosowano do wymogów art. 1 ust. 6 lit. a oraz lit. b 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)⁷. Nie dodano bowiem w treści uchwały zapisu wyrażnie wykluczającego możliwość udzielenia pomocy na rzecz przedsiębiorstwa, na którym ciąży obowiązek zwrotu pomocy publicznej wynikający z wcześniejszej decyzji Komisji (WE), uznającej pomoc za niezgodną z prawem i wspólnym rynkiem. Obowiązek wprowadzenia takiego zapisu do uchwały Nr XI/130/07 w terminie do 31 grudnia 2008 r. wynikał z art. 44 ust 2 przywołanego rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008. W świetle zapisów art. 3 ust 1 tegoż rozporządzenia,

³ Z dniem 1 grudnia 2009 r. wszedł w życie podpisany 13 grudnia 2007 r. Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (DZ.Urz. UE C 306 z 17.12.2007 r., s1). Zgodnie z art. 2 Traktatu z Lizbony, dotychczasowe oznaczenie Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) zostało zastąpione oznaczeniem Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

⁴ Zmiany - uchwała Nr LVII/633/06 z 23 marca 2006 r. oraz uchwała Nr II/7/06 z 1 grudnia 2006 r.

⁵ Zmiany - program zmieniony uchwałą Nr XII/143/07 z 17 sierpnia 2007 r.

⁶ Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 ze zm.

⁷ Dz. U. UE L. 08. 214. 3

wprowadzenie takiego zapisu było warunkiem, aby wskazany program pomocowy mógł być uznany za zgodny ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art.107 ust 1 TFUE i wyłączony z obowiązku zgłoszenia o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE.

1.2. Najwyższa Izba Kontroli nie wnosi uwag do sposobu realizacji obowiązku wynikającego z art. 90 ust.1 i 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁸ w zakresie przedkładania do nadzoru prawnego Regionalnej Izbie Obrachunkowej i Wojewodzie Dolnośląskiemu uchwał w sprawie ustanowienia i zmian programów pomocy publicznej (w terminie 7 dni od uchwalenia).

2. W badanym okresie 2008-2010 Gmina Kobierzyce w oparciu o przedmiotowe 3 programy pomocowe udzieliła 13 przedsiębiorcom pomocy publicznej na łączną kwotę 30.901,8 tys. zł⁹, w tym 28.561,2 tys. zł w ramach regionalnej pomocy inwestycyjnej na podstawie uchwały nr LI/572/05, 846,5 tys. zł w ramach regionalnej pomocy inwestycyjnej na podstawie uchwały nr XI/130/07 i 104,4 tys. zł pomocy de minimis na podstawie uchwały nr XI/131/07.

2.1. Badając postępowania dotyczące 9 przedsiębiorców związane z udzieleniem (pomoc przyznana) w badanym okresie regionalnej pomocy inwestycyjnej w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie uchwały Rady Gminy Kobierzyce Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r., na łączną kwotę 28.561,2 tys. zł, we wszystkich przypadkach stwierdzono nieprawidłowości i uchybienia.

2.1.1. Program pomocowy Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r. uznany przez Komisję (WE) za zgodny z Traktatem (WE), poprzez zapis § 6 pkt 1 lit. a) ustalał warunek konieczny dla uzyskania pomocy w postaci tzw. efektu zachęty. Konieczność spełnienia tego warunku dla uznania przez Komisję (WE) przedmiotowego programu pomocowego a następnie przyznanej na jego podstawie pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem, wynikała z pkt. 4.2. (zdanie 3) obowiązujących wówczas Wytycznych w sprawie krajowej pomocy regionalnej¹⁰. Zastosowanie przepisu § 6 pkt 1 lit. a) uchwały Nr LI/572/05 w praktyce oznaczało, że w momencie składania wniosku o przyznanie pomocy przedsiębiorca nie mógł jeszcze rozpocząć prac nad projektem inwestycyjnym. W odniesieniu do projektu polegającego na realizacji robót budowlanych warunek ten odnosił się do **rozpoczęcia budowy** w rozumieniu definicji zawartej w art. 41 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane¹¹. W przypadku nie

⁸ Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.

⁹ wg stanu dokumentacji na 9 listopada 2011 r.

¹⁰ Dz.Urz. WE C 74 z 10.03.1998r., s. 9.

¹¹ Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm. - art. 41. 1. Rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy. 2. Pracami przygotowawczymi są: 1) wytyczenie geodezyjne obiektów w terenie; 2) wykonanie niwelacji terenu; 3) zagospodarowanie terenu budowy wraz z budową tymczasowych obiektów; 4) wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy.

spełnienia tego warunku pomoc publiczna nie mogła być uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz za wyłączoną z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej, o którym mowa w art. 108 ust.3 TFUE na podstawie programu ustalonego uchwałą Nr LI/572/05. Pomoc ta musiała być na ogólnych zasadach notyfikowana uprzednio Komisji Europejskiej i do czasu wydania przez Komisję stosownej decyzji nie mogła być przedsiębiorcy przyznana. Wszelka zaś pomoc przyznana w sposób niezgodny z warunkami dopuszczalności pomocy publicznej określonymi w przedmiotowym programie pomocowym nie mogła być uznana za pomoc przyznaną na podstawie wspomnianego programu (bo nie była z tym programem zgodna ze względu na nie spełnienie efektu zachęty) i stąd nie mogła być ona uznana za pomoc zwolnioną od obowiązku notyfikacji. Brak takiej notyfikacji pomocy publicznej do Komisji Europejskiej może skutkować uznaniem jej przez Komisję Europejską za „pomoc przyznaną bezprawnie” w rozumieniu art. 1 lit. f) rozporządzenia Rady Europejskiej nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE¹² w związku z art. 108 ust. 3 TFUE. To zaś z kolei rodzi konsekwencje określone w rozdziale III rozporządzenia nr 659/1999, w tym zagrożenie powstania obowiązku zwrotu kwoty stanowiącej równowartość przedmiotowej pomocy publicznej wraz z odsetkami.

Badania kontrolne wykazały, że powyżej opisana nieprawidłowość w zakresie nie spełnienia warunku efektu zachęty wystąpiła przy udzielaniu pomocy publicznej w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie programu Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r. dla:

(A) LG Chem Poland Sp. z o.o. (dalej: „LG Chem”) w latach 2006-2010 w łącznej kwocie 905,1 tys. zł (824,1 tys. zł w latach 2008-2010) – Spółka realizację projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną (budowa zakładu produkcji polaryzatorów) rozpoczęła 29 maja 2006 r. (rozpoczęcie budowy) - wytyczono obiekt w terenie, rozpoczęto wykonywanie tymczasowych dróg dojazdowych), a wniosek o przyznanie pomocy złożyła w Urzędzie w dniu 16 sierpnia 2006 r.

(B) LG Innotek Poland Sp. z o.o. (dalej: „LG Innotek”) w latach 2006-2010 w łącznej wysokości 1.349,5 tys. zł (1.308,1 tys. zł w latach 2008-2010) – Spółka wykonanie projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną polegającego na budowie fabryki inwerterów, jednostek zasilających dla plazmowych ekranów telewizyjnych, tunerów telewizyjnych i innych podzespołów elektronicznych rozpoczęła 23 maja 2006 r. (rozpoczęcie budowy - wyznaczono linię regulacyjną i stałych punktów

¹² Dz. Urz. WE 1999, L 83/1

¹⁴ „Rada gminy, w drodze uchwały, może wprowadzić inne zwolnienia przedmiotowe niż określone w ust. 1 oraz w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 2 października 2003 r. o zmianie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych i niektórych ustaw” - Dz.U. z 2010 r. Nr 95, poz. 615 ze zm.

odniesienia (znaków geodezyjnych), wyznaczono miejsca pod obiekt budowany na gruncie), a wniosek o przyznanie pomocy złożyła w Urzędzie w dniu 16 sierpnia 2006 r.

(C) Heesung Electronics Poland Sp. z o.o. (dalej: „Heesung”) w latach 2006-2011 w łącznej kwocie 6.264,0 tys. zł (4.776,0 tys. zł w latach 2008-2010) – Spółka realizację projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną (budowa zakładu wytwarzającego jednostki przeciwświetleniowe wyświetlacza i kluczowe elementy małych i średnich telewizyjnych modułów wyświetlaczy ciekłokrystalicznych) rozpoczęła 16 maja 2006 r. (rozpoczęcie budowy - wytyczono 6 osi budynku, wykonano wykopy pod fundamenty), a wniosek o przyznanie pomocy złożyła w Urzędzie w dniu 16 sierpnia 2006 r.

(D) Dongseo Display Poland Sp. z o.o. (dalej „Dongseo”) w latach 2007-2011 na łączną kwotę 956,6 tys. zł (679,1 tys. zł w latach 2008-2010) – Spółka realizację projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną polegającego na budowie zakładu przemysłowego elementów metalowych ekranów LCD rozpoczęła 12 sierpnia 2006 r. (rozpoczęcie budowy - wyznaczono położenie obiektu budowlanego na gruncie), a wniosek o przyznanie pomocy złożyła w Urzędzie w dniu 13 grudnia 2006 r.

(E) Dong Yang Electronics Sp. z o.o. (dalej: „Dong Yang”) w latach 2006-2010 w łącznej kwocie 702,8 tys. zł (662,1 tys. zł w latach 2008-2010). – Spółka realizację projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną (budowa fabryki produkcji podzespołów LCD) rozpoczęła 27 czerwca 2006 r. (rozpoczęcie budowy - wyznaczono linię regulacyjną i stałych punktów odniesienia (znaków geodezyjnych), wyznaczono miejsca pod obiekt budowany na gruncie), a wniosek o przyznanie pomocy złożyła w Urzędzie w dniu 14 sierpnia 2006 r.

Należy przy tym zauważyć, że przywoływane w czasie kontroli NIK umowy inwestycyjne zawarte ze wskazanymi wyżej inwestorami nie mogą być uznane za element postępowania związanego ze złożeniem wniosku o udzielenie pomocy, gdyż zostały one zawarte przed wejściem w życie programu Nr LI/572/05 (LG Chem, LG Innotek, Heesung, Dong Yang) lub po rozpoczęciu realizacji inwestycji (Dongseo). W tej sytuacji umowy te nie mogły „zastępować” wniosku o udzielenie pomocy publicznej, gdyż w momencie ich zawierania wskazane spółki nie mogły się „zachęcać” do realizacji przedmiotowych inwestycji na podstawie nieistniejącego programu pomocowego lub rozpoczęły już realizację inwestycji.

Nie można także podzielić stanowiska wyrażonego w wyjaśnieniach i zastrzeżeniach do protokołu kontroli, że efekt zachęty („efekt bodźca”) wobec pomocy publicznej dla wskazanych wyżej inwestorów wystąpił, bowiem potwierdziła go Komisja Europejska w decyzjach uznających pomoc za zgodną z rynkiem europejskim. Rozstrzygnięcia przedmiotowych decyzji dotyczyły bowiem **wyłącznie pomocy**

ad hoc, a pozostałe formy pomocy, w tym przedmiotowa regionalna pomoc inwestycyjna udzielana na podstawie programu Nr LI/572/05 nie były przez Komisję Europejską objęte postępowaniami, w tym także co do efektu zachęty, a jedynie zostały opisane w treści decyzji informacyjnie w celu pełnego przedstawienia projektu.

Kontrola wykazała, że na podstawie programu pomocowego przyjętego przez Radę Gminy Kobierzyce na podstawie uchwały Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r. objęto zwolnieniem z podatku od nieruchomości również te budynki i budowle, wobec których obowiązek podatkowy - ustalony z zachowaniem zasad wynikających z art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych - powstał w okresie, kiedy uchwała Nr LI/572/05 już nie obowiązywała, tj. od 1 stycznia 2007 r. i w terminach późniejszych. Takie zwolnienie nie spełnia kryterium legalności, bowiem zwolnienie podatkowe mogło być zrealizowane wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa podatkowego, a uchwała Nr LI/572/05 przestała obowiązywać z dniem 31 grudnia 2006 r. Niewłaściwym w ocenie Najwyższej Kontroli byłoby przyjęcie, jak czyni to Pan Wójt, iż podmioty, nabywają prawo do zwolnienia w stosunku do całego projektu inwestycyjnego na podstawie wniosku o przyznanie pomocy. Zgodnie bowiem z postanowieniami z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych zwolnienie musi mieć charakter przedmiotowy¹⁴, a to oznacza, że zwolnienie wiąże się wprost z istnieniem samego przedmiotu opodatkowania. Jeśli natomiast przedmiot opodatkowania nie powstał w okresie obowiązywania programu pomocowego to nie może być mowy o nabyciu prawa do zwolnienia w podatku od nieruchomości od tego przedmiotu. Powyższe w dniu 7 października 2005 r. potwierdziła Komisja Europejska zatwierdzając program pomocowy przyjęty przez Radę Gminy Kobierzyce uchwałą nr LI/572/05 stwierdzając: „Program obowiązuje do 31 grudnia 2006 r. Prawo do zwolnienia z podatku od nieruchomości musi zostać nabyte przed upływem tego terminu.¹⁵”. Dodatkowo, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 lit a) ustawy z 30 kwietnia 2004 r. o pomocy publicznej dniem udzielenia pomocy, w przypadku gdy jej udzielenie następuje w formie ulgi podatkowej na podstawie aktu normatywnego, bez wymogu wydania decyzji, (co miało miejsce we wszystkich kontrolowanych w Gminie Kobierzyce przypadkach), nabycie praw do otrzymania pomocy publicznej mogło powstać jedynie w dniach, w których zgodnie z przepisami ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, upływał termin złożenia deklaracji na podatek od nieruchomości za poszczególne lata podatkowe¹⁷.

Zasada legalizmu i praworządności przy stosowaniu prawa podatkowego wynika z art. 120 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. Konieczność jej stosowania, dla uznania

¹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej nr K(2005) 3896 z dnia 7 października 2005, pkt. 2.11

¹⁷ Wówczas do 15 stycznia danego roku

zwolnienia z podatku za dopuszczalny w świetle prawa podatkowego, znalazła potwierdzenie m.in. w wyrokach: Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie nr V SA/Wa 36/09 z 16 kwietnia 2009 r. oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego nr II FSK 643/08 z 1 października 2009 r. Odstępstwa od tej zasady stosowania prawa podatkowego nie można było uczynić przywołując wniosek o udzielenie pomocy publicznej w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości złożony przez przedsiębiorców w czasie, kiedy uchwała Nr LI/572/05 jeszcze obowiązywała (przed 1 stycznia 2007 r.). Na podstawie tego wniosku nie można było bowiem nabyć prawa do zwolnienia z obowiązku podatkowego, którego wówczas jeszcze nie było, albowiem powstał od 1 stycznia 2007 r. i później. Dopóki bowiem taka powinność (czyli obowiązek podatkowy) nie istnieje, nie istnieje też żadne zwolnienie od niego, jako że zwolnienie to jest wówczas całkowicie bezprzedmiotowe. Aby dane prawo bowiem mogło podlegać konstytucyjnej ochronie w ramach zasady ochrony praw nabytych, to musi ono już skutecznie powstać i być efektywnie wykreowane. Jak bowiem podkreśla Trybunał Konstytucyjny, wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada ochrony praw nabytych zapewnia ochronę już istniejących praw podmiotowych. W prawie podatkowym obowiązuje zasada powszechności opodatkowania, a zwolnienie podatkowe stanowi jedynie czasowe odstępstwo od tej zasady wyłącznie w okresie wynikającym z prawa podatkowego (w tym przypadku w okresie obowiązywania uchwały Nr LI/572/05), co stoi na przeszkodzie uznaniu zwolnień od podatku na podstawie przedmiotowego wniosku za przedmiot "praw nabytych" (ich ekspektatyw) wobec nieobowiązujących, przyszłych zobowiązań podatkowych. Powyższe zostało poparte wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 27 lutego 2002 r.¹⁸ (ponadto wyroki TK: (a) z dnia 22 czerwca 1999 r. w sprawie K. 5/99, OTK Z. U. 1999, nr 5, poz. 100; (b) z dnia 16 czerwca 2003 r. w sprawie K. 52/02, OTK Z. U. 2003, nr 6A, poz. 54; (c) z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie Kp 2/08, OTK Z. U. 2008, nr 9A, poz. 157).

Kontrola wykazała naruszenie opisanej wyżej zasady legalizmu stosowania prawa podatkowego wynikającej z art. 120 Ordynacji podatkowej przy udzielaniu pomocy publicznej w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie uchwały Nr LI/572/05 dla: [1] LG Display w wysokości 11.321,2 tys. zł, [2] LG Chem – 632,7 tys. zł, [3] LG Innotek – 1.221,6 tys. zł, [4] Heesung – 5.526,0 tys. zł, [5] LG Electronics Wrocław Sp. z o.o. – 7.286,1 tys. zł – łącznie dla obu realizowanych projektów, [6] Toshiba Television Central Europe Sp. z o.o. – 4.383,0 tys. zł, [7] Dongseo – 956,6 tys. zł, [8] Dong Yang – 577,2 tys. zł.

Należy przy tym zauważyć, że wskazani wyżej przedsiębiorcy podejmując działania gospodarcze związane z nowymi inwestycjami mieli prawo oczekiwać, że w demokratycznym państwie prawa warunki zwolnienia podatkowego ustalone w uchwale Nr LI/572/05 zostaną przez Gminę

¹⁸ Nr K. 47/01, OTK Z. U. 2002, nr 1A, poz. 6

Kobierzyce utrzymane, szczególnie w sytuacji, kiedy przepisy tej uchwały wyznaczały horyzont czasowy (do końca 2011 r.), w którym będzie możliwe zwolnienie z podatku od nieruchomości po spełnieniu określonych warunków. NIK wskazuje, że do niniejszej sytuacji znajduje zastosowanie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego¹⁹, zgodnie z którym „klauzula demokratycznego państwa prawnego i wynikająca z niej zasada zaufania obywatela do państwa nakładają na ustawodawcę (w tym przypadku Radę Gminy Kobierzyce) obowiązek takiego formułowania nowych przepisów podatkowych, które szanuje tzw. interesy w toku, a więc przedsięwzięcia gospodarcze i finansowe rozpoczęte pod rządami przepisów poprzednich” (w tym przypadku uchwały Nr LI/572/05). Szanowanie zasad „przyswoitej legislacji” w praktyce oznaczało konieczność zawarcia przepisów przejściowych w następnej uchwale ustalającej zasady udzielania pomocy publicznej potwierdzających prawo do zwolnienia wobec przedsiębiorców, którzy złożyli wnioski o udzielenie pomocy, ale nie zdążyli zakończyć inwestycji w takim czasie, aby obowiązek podatkowy wobec wszystkich budynków i budowli powstał w okresie obowiązywania uchwały Nr LI/572/05, czego Rada Gminy Kobierzyce nie uczyniła.

2.2. Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia przyjęcie przez Wójta w imieniu Gminy Kobierzyce obowiązku odszkodowawczego na łączną kwotę 40.357,7 tys. zł²⁰ w treści umów inwestycyjnych zawartych z beneficjentami pomocy publicznej wskazanymi powyżej²¹.

Podstawowe zastrzeżenia odnoszą się do zakresu umownej odpowiedzialności odszkodowawczej Gminy Kobierzyce za szkody jakie poniosłyby podmioty realizujące inwestycje wskutek niemożności uzyskania, wykorzystania lub konieczności zwrotu pomocy publicznej. Zapisy umów wskazują, że wysokość odszkodowań byłaby równoważna zapłaconemu przez inwestora podatkowi od nieruchomości. Wójt w sposób nieuzasadniony i niekorzystny dla Gminy Kobierzyce – oprócz odpowiedzialności odszkodowawczej z przyczyn zależnych od Gminy, np. niedotrzymanie przyjętych w umowie zobowiązań – przyjął także odpowiedzialność za sytuacje niezależne od Gminy Kobierzyce, np. zmiana przepisów prawa podatkowego na podstawie ustaw. W konsekwencji postanowienia umów inwestycyjnych ustalają stan cywilno-prawny w którym podmioty dokonujące inwestycji w każdej sytuacji uzyskalyby kosztem majątku Gminy Kobierzyce korzyść, nawet w sytuacji gdyby w określonym podatkowoprawnym stanie faktycznym musiały zrealizować obowiązek podatkowy. Aczkolwiek w systemie prawa podatkowego i orzecznictwa NSA ustalił się pogląd, iż z autonomiczności prawa podatkowego wobec innych gałęzi prawa wynika, że skuteczność czynności cywilnoprawnych na płaszczyźnie prawa podatkowego uzależniona jest od tego, czy nie stanowiły one działań zmierzających

¹⁹ Nr K 26/97 z 25 listopada 1997 r.

²⁰ w kwocie uwzględniono zmniejszenia dokonane w wyniku „aneksowania” umów inwestycyjnych (pierwotnie było to 48.709,3 tys. zł.)

²¹ z wyjątkiem Toshiba Television Central Europe Sp. z o.o.

do uchylecia się od opodatkowania (vide: uzasadnienie wyroku NSA z dnia 4 lipca 2003 r. I SA/Gd 1189/00 LEX nr 103669), i w przypadku sporu sądowego o odszkodowanie rozważana byłaby sprawa nieważności tej czynności prawnej (art. 58 kc), to stosowanie tych zasad w odniesieniu do przedmiotowych umów zostało wyłączone, w związku z poddaniem ewentualnych sporów arbitrażowi międzynarodowemu przy Federalnej Izbie Gospodarczej w Wiedniu. Ewentualne postępowanie arbitrażowe, będzie się toczyć zgodnie z Regulaminem Wiedeńskiego Centrum Arbitrażowego a jego orzeczenie będzie ostateczne i wiążące, gdyż strona Polska (w tym Wójt Gminy Kobierzyce) potwierdziła, że nie przysługuje jej immunitet wynikający z suwerenności lub innej podstawy (rozdział IX umowy). Choć rozwiązanie takie spełnia kryterium legalności, to wyłączenie sporu o odszkodowanie z jurysdykcji sądów polskich osłabia pozycję stron polskich w ewentualnym procesie.

2.3. Kontrola wykazała nieprawidłowości przy udzielaniu regionalnej pomocy inwestycyjnej spółce POSCO-PWPC Sp. z o.o. (dalej: „POSCO”) na podstawie uchwały Rady Gminy Kobierzyce Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r., na łączną kwotę 803,4 tys. zł (794,6 tys. zł w latach 2008-2010).

Przedmiotowy program pomocowy²² poprzez zapis § 6 pkt 1 lit. a) ustalał warunek konieczny dla uzyskania pomocy w postaci tzw. efektu zachęty. Konieczność spełnienia tego warunku dla uznania przyznanej na jego podstawie pomocy za zgodną ze wspólnym rynkiem, wynikała z postanowień art. 5 ust 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006.²³ Badania kontrolne wykazały, że POSCO nie spełniła tego warunku, bowiem realizację projektu inwestycyjnego objętego pomocą publiczną (budowa zakładu cięcia blach), polegającego m.in. na nabyciu gruntów i wybudowaniu budynków i budowli, rozpoczęła się 14 kwietnia 2007 r., (rozpoczęcie budowy²⁴- rozpoczęto roboty ziemne (zdjęcie humusu) oraz wykopy pod ławy fundamentowe budynku administracyjnego i stopy fundamentowe hali produkcyjnej, wytyczono obiekty hali i budynku administracyjnego), a program pomocowy Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r. na podstawie którego uzyskano pomoc publiczną, wszedł w życie w dniu 21 lipca 2007 r. (ponad 3-miesiące później). Formalny wniosek o udzielenie pomocy został złożony w Urzędzie w dniu 31 lipca 2007 r. W tej sytuacji pomoc przyznana POSCO nie mogła być uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz za wyłączonej z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE. Pomoc ta musiała być na ogólnych zasadach notyfikowana uprzednio Komisji Europejskiej i do czasu wydania przez Komisję stosownej decyzji, nie mogła być POSCO przyznana. Brak takiej notyfikacji

²² zwolniony, zgodnie z postanowieniami art. 3 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006, z obowiązku notyfikacji do Komisji (WE) wynikającego z art. 88 ust. 3 TWE (art. 108 ust. 3 TFUE), ze względu na wypełnienie wszystkich warunków przywołanego rozporządzenia.

²³ rozporządzenie Komisji (WE) nr 1628/2006 z 24 października 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do regionalnej Pomocy inwestycyjnej - Dz.Urz. UE L 302 z 1.11.2006 r., s.29.

²⁴ W rozumieniu art. 41 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.)

pomocy publicznej do Komisji Europejskiej, może zdaniem Najwyższej Izby Kontroli, skutkować uznaniem jej przez Komisję (WE) za „pomoc przyznaną bezprawnie” w rozumieniu art. 1 lit. f) rozporządzenia Rady Europejskiej nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE²⁵ w związku z art. 108 ust. 3 TFUE. To zaś z kolei rodzi konsekwencje określone w art. 10-15 rozporządzenia nr 659/1999, w tym zagrożenie powstania obowiązku zwrotu kwoty stanowiącej równowartość przedmiotowej pomocy publicznej wraz z odsetkami.

2.4. Kontrola postępowań związanych z pomocą publiczną pod względem jednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie wymogów uzyskania pomocy wykazała nieprawidłowości w tym zakresie.

W przypadku spółki UPM Raflatac Sp. z o.o. (dalej: Raflatac) rezultatem postępowania podatkowego prowadzonego przez Wójta w latach 2010-2011 było ostatecznie „cofnięcie”²⁶ zwolnienia z podatku od nieruchomości na nową inwestycję oraz zatrudnienie, w związku z podjęciem przez Raflatac działań związanych z nową inwestycją przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy publicznej na podstawie uchwały nr XI/130/07 z dnia 28 czerwca 2007 r. (niespełnieniem efektu zachęty wymaganego postanowieniami § 6 pkt 1 lit. a) uchwały). W uzasadnieniu decyzji w sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego wydanej dla Raflatac na podstawie art. 21 ust. 3 Ordynacji podatkowej Wójt stwierdził m.in., iż:

- przedsiębiorca nie złożył wniosku o przyznanie pomocy zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 1 lit a) uchwały nr XI/130/07 przed rozpoczęciem prac nad projektem, gdyż w dacie złożenia wniosku (30 maja 2007 r.) uchwała nr XI/130/07 jeszcze nie obowiązywała („nie istniała”), i Raflatac nie miała żadnej pewności, czy zostanie ona uchwalona oraz na jakich zasadach,
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, potwierdził prawidłowość powyższej oceny dokonanej przez organ podatkowy uznając, iż w przypadku gdy inwestor dokonał pisemnego zgłoszenia zamiaru korzystania z pomocy przed wejściem w życie uchwały, nie mógł de facto złożyć wniosku w formie i trybie określonym uchwałą rady gminy²⁷,
- Spółka Raflatac podjęła działania inwestycyjne (zakup gruntu, wydatki na projekty) jeszcze przed uzyskaniem pewności co do faktycznego istnienia programu pomocowego w gminie Kobierzyce a ewentualne uzyskanie przez Spółkę informacji o przygotowaniach do wdrożenia takiego programu nie można uznać za uzyskanie pewności co do jego przyszłego faktycznego

²⁵ Dz. Urz. WE 1999, L 83/1

²⁶ W 2011 r. Decyzje Wójta w sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego w podatku od nieruchomości za lata 2007-2009 oraz w sprawie odmowy stwierdzenia nadpłaty w podatku od nieruchomości za lata 2007-2009 wystawione dla Raflatac stały się prawomocne. Kwoty podatku od nieruchomości wraz z należnymi odsetkami zostały zapłacone przez Raflatac wcześniej, bo we wrześniu 2009 r.

²⁷ Pismo UOKiK z dnia 9 marca 2011 r. kierowane do Skarbnika Gminy Kobierzyce w odpowiedzi na zapytanie z 10 grudnia 2010 r.

obowiązywania (w szczególności zakresu i przyjętych rozwiązań). Skoro pomimo tego Raflatac zdecydowała się faktycznie podjąć działania inwestycyjne, to można uznać, że podjęłaby działania nawet pomimo braku programu pomocowego, w związku z tym nie kwalifikuje się ona do objęcia ją pomocą regionalną (brak efektu zachęty).

W analizowanej sprawie istotnym jest, że Najwyższa Izba Kontroli w pełni podziela powyższe stanowisko Wójta wobec spółki Raflatac i zauważa, że jest ono w pełni zgodne z argumentacją NIK przywołaną w niniejszym wystąpieniu w odniesieniu do beneficjentów którzy nie spełnili efektu zachęty (LG Chem, LG Innotek, Heesung, Dongseo, Dong Yang oraz POSCO).

Zgodność ocen NIK ze stanowiskiem Pana Wójta (organu podatkowego) wystąpiła także w części uzasadnienia przedmiotowej decyzji wobec spółki Raflatac wskazującego, że warunkiem uzyskania zwolnienia z podatku od nieruchomości (przyznania pomocy) na podstawie uchwały Nr XI/130/07 wyrażonym poprzez zapis § 6 pkt. 1 lit b było przedłożenie przez beneficjenta w terminie do 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem.

W tej sytuacji w pełni zasadna i zgodna ze stanowiskiem Pana Wójta pozostaje ocena NIK o udzieleniu pomocy publicznej (pomoc przyznana automatycznie) na podstawie uchwały Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r. dla 9 beneficjentów wskazanych powyżej w pkt. 2.1.1., pomimo nie wypełnienia identycznego warunku ujętego w § 6 pkt 1 lit. b) uchwały Nr LI/572/05 z 27 października 2005 r. co do przedłożenia w terminie 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem. Zasadność takiej oceny znajduje potwierdzenie w działaniach Urzędu podjętych w czasie kontroli NIK w październiku 2011 r. w formie wezwań skierowanych do przedsiębiorców o przedłożenie takich dokumentów, tj. w szczególności kopii dokumentów potwierdzających moment zakończenia inwestycji (pozwolenie na użytkowanie obiektów) oraz sprawozdania GUS Z-03 o zatrudnieniu i wynagrodzeniach²⁸.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wyrażone przez Pana Wójta w wyjaśnieniach dla NIK oraz zastrzeżeniach do protokołu kontroli stanowisko, że za wniosek o udzielenie pomocy publicznej w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości można uznać ustne, nieudokumentowane negocjacje z przyszłym inwestorem, nie znajduje uzasadnienia w świetle wymogów prawa podatkowego. Przepis art. 126 Ordynacji podatkowej w sposób jednoznaczny rozstrzyga, że wszelkie sprawy podatkowe załatwiane są w formie pisemnej. Przy czym zasada ta obowiązuje także w przypadku, kiedy uchwała Rady Gminy Kobierzyce nie zawiera uregulowań w tym zakresie (Nr LI/572/05).

²⁸ Za cały okres korzystania ze zwolnienia oraz za I i II kwartał 2011r.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Najwyższej Izby kontroli zachodzą przesłanki do wszczęcia przez Wójta Gminy Kobierzyce postępowania podatkowego na podstawie art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej wobec LG Chem, LG Display, LG Electronics, Toshiba, LG Innotek, Heesung, Dongseo, Dong Yang oraz POSCO.

3. Kontrola wykazała, że elektroniczny system monitorowania pomocy publicznej SHRIMP (System Harmonogramowania, Rejestracji i Monitorowania Pomocy Publicznej) wprowadzono z zachowaniem terminu wymaganego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 8 kwietnia 2009 r. w sprawie przekazywania sprawozdań o udzielonej pomocy publicznej i informacji o nieudzielaniu takiej pomocy z wykorzystaniem aplikacji SHRIMP (od II kw. 2009 r.).²⁹

4. Badając dokumentację oraz dane uwidocznione w systemie SHRIMP dotyczące 5 przypadków udzielenia pomocy de minimis 4 przedsiębiorcom nie stwierdzono przekroczenia dopuszczalnego pułapu stanowiącego równowartość 200.000 euro w dowolnie ustalonym okresie 3 lat podatkowych (w sektorze transportu – 100 tys. euro).

Przedstawiając Panu Wójtowi powyższe oceny i uwagi, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu wnosi o:

1. **Wszczęcie postępowania podatkowego celem określenia zobowiązania podatkowego w podatku od nieruchomości w stosunku do LG Display, LG Chem, LG Innotek, Heesung, LG Electronics Wrocław Sp. z o.o. - dla obu realizowanych projektów, Toshiba Television Central Europe Sp. z o.o., Dongseo, Dong Yang, w związku z wystąpieniem przesłanek wskazujących na nieuprawnione zwolnienia z podatku na podstawie uchwały nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.**
2. **Wszczęcie postępowania podatkowego celem określenia zobowiązania podatkowego w podatku od nieruchomości w stosunku do POSCO , w związku z wystąpieniem przesłanek wskazujących na nieuprawnione zwolnienie z podatku na podstawie uchwały nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r.**
3. **Dostosowanie treści programu pomocowego przyjętego uchwałą Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r. ustalającego regionalną pomoc inwestycyjną) do wymogów prawnych powstałych po wejściu w życie : rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008.**

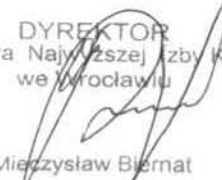
Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu, mając na uwadze art. 2 ustawy z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli, na podstawie obowiązującego przed

²⁹ Nadanie uprawnień

zmianą art. 62 ust. 1 ustawy o NIK, oczekuje przedstawienia przez Pana Wójta, w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, informacji o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków, bądź o działaniach podjętych w celu realizacji wniosków lub przyczynach niepodjęcia takich działań.

Zgodnie z treścią obowiązującego przed zmianą art. 61 ust. 1 ustawy o NIK, w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, przysługuje kierownikowi jednostki kontrolowanej³⁰ prawo zgłoszenia na piśmie do Dyrektora NIK Delegatury we Wrocławiu, umotywowanych zastrzeżeń w sprawie ocen, uwag i wniosków zawartych w tym wystąpieniu.

W razie zgłoszenia zastrzeżeń, zgodnie z obowiązującym przed zmianą art. 62 ust. 2 ustawy o NIK, termin nadesłania informacji, o której mowa wyżej, liczy się od dnia otrzymania ostatecznej uchwały właściwej komisji NIK.

DYREKTOR
Delegatura Najwyższej Izby Kontroli
we Wrocławiu
z up.

Mieczysław Biernat

³⁰ W rozumieniu art. 2a pkt 3 ustawy o NIK

