

Kobierzyce, 30 sierpnia 2012 r.

Urząd Gminy Kobierzyce
Al. Pałacowa 1
55-040 Kobierzyce

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI
DELEGATURA WE WROCŁAWIU
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 15/17
50-044 WROCŁAW
31 SIE. 2012

Pan
Piotr Miklis
Dyrektor
Delegatury Najwyższej Izby Kontroli
we Wrocławiu
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 15/17
50-044 Wrocław

Na podstawie art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (w brzmieniu przed zmianą która weszła w życie dnia 2 czerwca 2012 r.¹), zgłaszam następujące umotywowane zastrzeżenia w sprawie ocen, uwag i wniosków zawartych w Wystąpieniu pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli Delegatura we Wrocławiu z dnia 21 sierpnia 2012 r., znak LWR-4101-11-01/2011 P/11/177, doręczonym w dniu 24 sierpnia 2012 r.

I. Dotyczy braku obowiązku dostosowania programu pomocowego przyjętego Uchwałą Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r. 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

Na stronie 2 Wystąpienia Pokontrolnego zawarto stwierdzenie, zgodnie z którym w trakcie kontroli *stwierdzono nieprawidłowości 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*

Kontrolowany zarzuca, że ustalenie to zostało dokonane w wyniku rażąco błędnej wykładni art. 44 ust. 2 przywołanego rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008. We wcześniejszych zastrzeżeniach oraz wyjaśnieniach Kontrolowany wielokrotnie podnosił brak istnienia takiego obowiązku, przywołując odpowiednie przepisy oraz oficjalne wyjaśnienia Komisji Europejskiej oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w tej kwestii.

Żaden przepis nie nakłada obowiązku dostosowania postanowień regionalnych programów pomocy inwestycyjnej wyłączonych² zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1628/2006 do zapisów Rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008.

¹ Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 22 stycznia 2010 o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. Nr 227 poz 1482) do postępowań kontrolnych, niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy sporządzeniem wystąpienia pokontrolnego stosuje się dotychczasowe przepisy.

² brak obowiązku indywidualnego uzgadniania przez Komisję Europejską

Zgodnie z art. 44 ust. 2 Rozporządzenia Komisji nr 800/2008 Każda pomoc przyznana przed dniem 31 grudnia 2008 r., która nie spełnia warunków określonych w niniejszym rozporządzeniu, lecz która spełnia warunki określone w rozporządzeniu (WE) nr 70/2001, rozporządzeniu (WE) nr 68/2001, rozporządzeniu (WE) nr 2204/2002 lub rozporządzeniu (WE) nr 1628/2006, jest zgodna ze wspólnym rynkiem i wyłączona z wymogu zgłoszenia, o którym mowa w art. 88 ust. 3 Traktatu.

Każda inna pomoc przyznana przed wejściem w życie niniejszego rozporządzenia i niespełniająca ani warunków określonych w niniejszym rozporządzeniu, ani w jednym z rozporządzeń wymienionych w pierwszym akapicie jest oceniana przez Komisję zgodnie z odpowiednimi zasadami ramowymi, wytycznymi, komunikatami i zawiadomieniami.

Przepis ten należy interpretować w świetle brzmienia preambuły do Rozporządzenia.

Zgodnie z pkt 66 preambuły do Rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 Właściwe jest ustalenie przepisów przejściowych dla pomocy indywidualnej, która została przyznana przed wejściem w życie niniejszego rozporządzenia i nie została zgłoszona, co stanowi naruszenie zobowiązania przewidzianego w art. 88 ust. 3 Traktatu. **Wraz z uchynieniem rozporządzenia (WE) nr 1628/2006 możliwa będzie dalsza realizacja istniejących wyłączonych programów regionalnej pomocy inwestycyjnej na warunkach przewidzianych w tym rozporządzeniu, zgodnie z jego art. 9 ust. 2 akapit drugi."**

Zgodnie z art. 9 ust. 2 akapit drugi Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006 wraz z upływem okresu obowiązywania niniejszego rozporządzenia **wyłączenie dla programów pomocy wyłączonych na mocy niniejszego rozporządzenia wygasa z dniem utraty ważności przez zatwierdzone mapy pomocy regionalnej.**

Mapy pomocy regionalnej zostały zatwierdzone dla każdego Państwa Członkowskiego na lata 2007 – 2013. Także zgodnie z §9 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 października 2006 r. w sprawie ustalenia mapy pomocy regionalnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 190 Poz. 1402) wchodzi ono w życie z dniem 1 stycznia 2007 r. **i obowiązuje do 31 grudnia 2013 r.**

Kontrolowany ponownie podkreśla, że materia ta również była przedmiotem wyjaśnień UOKiKu, w związku z wątpliwościami co do możliwości dalszego stosowania programu pomocowego przyjętego Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 05-08-2008 r. w sprawie udzielania zwolnień od podatku od nieruchomości oraz podatku od środków transportowych, stanowiących regionalną pomoc inwestycyjną. Rozporządzenie to także zostało przyjęte zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1628/2006 i nie było w żaden sposób zmieniane do dnia dzisiejszego. Z wyjaśnień UOKiK zamieszczonych na stronie internetowej³ wynika iż :

„W związku z pojawiającymi się wątpliwościami organów podatkowych, dotyczącymi możliwości dalszego stosowania rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 sierpnia 2008 r. w sprawie warunków udzielania zwolnień od podatku od nieruchomości oraz podatku od środków transportowych, stanowiących regionalną pomoc inwestycyjną w związku z wejściem w życie z dniem 29 sierpnia 2008 r. rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu /ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych/ (Dz. Urz. UE L 214 z 9.8.2008 r.), należy podkreślić, iż z pkt 66 preambuły do rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 oraz z wyjaśnień zawartych na stronie internetowej Komisji wynika, że programy pomocowe podjęte zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1628/2006, które weszły w życie przed dniem wejścia w życie rozporządzenia Komisji (WE)

³ <http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia2.php#faq762>

Nr 800/2008, mogą być stosowane do końca 2013 r., czyli zgodnie z datą przewidzianą w art. 9 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) Nr 1628/2006. Ponieważ rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 sierpnia 2008 r. zaczęło obowiązywać (weszło w życie w dniu 27 sierpnia 2008 r.) jeszcze w okresie obowiązywania rozporządzenia Komisji (WE) Nr 1628/2006, czyli przed wejściem w życie rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008, w dalszym ciągu ono obowiązuje." Wyjaśnienia te znajdują także zastosowanie w pełnym zakresie do Uchwały Rady Gminy Kobierzyce Nr XI/130/07.

Także na stronie internetowej KE⁴ zostało zamieszczone oficjalne stanowisko zgodnie z którym programy pomocowe podjęte zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1628/2006, które weszły w życie przed dniem wejścia w życie rozporządzenia Komisji (WE) Nr 800/2008, mogą być stosowane w postaci niezmiennionej do końca 2013 r.

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 2 i 3 Wystąpienia pokontrolnego w pkt. 1.1 fragmentu rozpoczynającego się od słów „Nieprawidłowości stwierdzono natomiast (...)” a kończącego na str. 3 „(...) wyłączony z obowiązku zgłaszania, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE.”
- 2) wykreślenie na str. 12 Wystąpienia pokontrolnego pkt. 3 wniosków w brzmieniu: „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

II. Dotyczy istnienia efektu zachęty przy udzielaniu pomocy publicznej na podstawie programu nr LI/572/05

Począwszy od str. 4 Wystąpienia Pokontrolnego znalazło się stwierdzenie, że powyżej opisana nieprawidłowość w zakresie niespełniania 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: LG Chem Poland sp. z o.o., LG Innotek Poland Sp. z o.o., Heesung Electronics Poland Sp. z o.o., Dongseo Display Poland sp. z o.o., Dong Yang Electronics sp. z o.o.

Zdaniem Najwyższej Izby Kontroli, Spółki te nie spełniły wymogu złożenia wniosku przed rozpoczęciem prac nad projektem inwestycyjnym. Zdaniem Kontrolującego, Najwyższa Izba Kontroli błędnie uznała że momentem złożenia wniosku jest dzień złożenia przez ww. Spółki oficjalnych dokumentów, zawierających wszelkie niezbędne dane pozwalające obliczyć wielkość pomocy. Tymczasem dokumenty takie składane były jeszcze przed momentem uzyskania przez dany podmiot statusu podatnika podatku od nieruchomości a potwierdzały wcześniej zgłaszaną przez taki podmiot chęć korzystania ze zwolnienia z podatku od nieruchomości. Kontrolowany wielokrotnie wyjaśniał, że nie chodzi tutaj o datę złożenia przez dany podmiot wniosku (w rozumieniu pkt 4.2 Wytycznych z 1998 r. oraz § 6 Uchwały Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05) tj. zgłoszenia chęci korzystania z pomocy, gdyż pojęcie to (wniosek) rozumiane jest szerzej. Uchwała Rady Gminy Kobierzyce nie zawierała postanowień co do formy wniosku, w szczególności nie obligowała podmiotu do złożenia wniosku w formie pisemnej, ani nie przewidywała w tym zakresie żadnego wzoru czy formularza. Regulacji w tym zakresie nie zawierały także inne obowiązujące wówczas przepisy czy wytyczne. W szczególności Wytyczne w sprawie Krajowej Pomocy Regionalnej

⁴<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/482&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

z 1998 r. nie zawierały żadnego ograniczenia przewidującego, że wniosek o przyznanie pomocy publicznej, który jest jednocześnie zgłoszeniem zamiaru korzystania z pomocy, musi zostać złożony w określonej formie lub że dopuszczalne jest to dopiero po wejściu w życie programu pomocowego.

Za moment złożenia wniosku należy uważać początek okresu prowadzonych przez Spółki negocjacji, dla których zwieńczeniem pewnego etapu było podpisanie umów inwestycyjnych pomiędzy Ministrem Gospodarki Rzeczypospolitej Polskiej; Ministrem Transportu i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej; Agencją Rozwoju Przemysłu SA; Miastem Wrocław; Gminą Kobierzyce; Powiatem wrocławskim; Samorządem Województwa Dolnośląskiego; Polską Agencją Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. z jednej strony, a odpowiednio konkretną spółką z drugiej strony. Zostało to również potwierdzone w decyzjach Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa dla Spółek, w których wyraźnie stwierdzono, że pomoc była przedmiotem negocjacji a inwestor wystąpił z wnioskiem o jej udzielenie przed rozpoczęciem prac związanych z inwestycją.

Rzeczywiście Najwyższa Izba Kontroli słusznie zauważyła, że rozstrzygnięcia decyzji Komisji Europejskiej dotyczyły wyłącznie pomocy ad hoc, a pozostałe formy pomocy, w tym regionalna pomoc inwestycyjna udzielana na podstawie programu nr LI/572/05, zostały opisane w treści decyzji jedynie informacyjnie, w celu pełnego przedstawienia projektu. Jest to spowodowane tym, że nie istniała podstawa ani konieczność aby decyzją Komisji Europejskiej objęta była także pomoc przyznana na podstawie programu **gdyż ta pomoc była wyłączona z obowiązku indywidualnego zgłoszenia.**

Należy jednak zauważyć, że Spółki negocjowały cały pakiet pomocy w ramach projektu inwestycyjnego i efekt zachęty należy odnosić do całości udzielanej pomocy na podstawie jednakowych reguł interpretacyjnych. Co więcej w decyzji wydanej dla Spółki LG Philips LCD Poland sp. z o.o. (obecnie LG Display Poland sp. z o.o.) pomoc publiczna w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości, zgodnie z decyzją KE, również podlegała wymogowi indywidualnego zgłoszenia mającego zastosowanie do dużych projektów inwestycyjnych, w związku z czym została indywidualnie zgłoszona Komisji Europejskiej przez Władze Polskie. Cały pakiet pomocy regionalnej, **w tym pomoc udzielona na podstawie gminnego programu N221/2005 (zwolnienie z podatku od nieruchomości)**, został zatwierdzony przez Komisję Europejską decyzją dotyczącą Pomocy Państwa nr 245/2006. Komisja uznała także, że **wniosek dotyczący pomocy został złożony przed rozpoczęciem realizacji projektu**. Kontrolowany podkreśla, że z żadnych zapisów gminnego programu ani Wytycznych nie wynika, aby wniosek miał być składany oddzielnie dla każdego rodzaju pomocy. Negocjowana pomoc publiczna dotyczyła także zwolnienia z podatku od nieruchomości a Komisja uznała, że spełnia on efekt zachęty. Także w §6 ust. 1 lit. a Uchwały nr LI/572/05 jest mowa o tym, że warunkiem skorzystania ze zwolnień jest przedłożenie przez przedsiębiorcę wniosku **o przyznanie pomocy publicznej przed rozpoczęciem prac nad projektem.**

Najwyższa Izba Kontroli w Wystąpieniu Pokontrolnym nie zakwestionowała istnienia efektu zachęty w stosunku do Spółki LG Display, natomiast stan faktyczny w przypadku tej Spółki oraz pozostałych Spółek był identyczny. Jedyna różnica polegała na tym, że pomoc przyznana na podstawie Uchwały nr LI/572/05 musiała być także indywidualnie zatwierdzona przez Komisję Europejską. W samej decyzji wskazano, że *na pakiet pomocy regionalnej, przyznanej na inwestycję LPL Poland, składają się różne rodzaje pomocy ad hoc oraz pomoc, która jest przyznawana w ramach istniejących programów pomocy, lecz podlega wymogowi*

KE w decyzjach o pomocy regionalnej ad hoc dotyczy całego pakietu pomocy objętej umową inwestycyjną.

Kontrolowany zwraca także uwagę, że badając efekt zachęty trzeba mieć na uwadze iż mamy do czynienia z prawem unijnym, nie z prawem krajowym. Jest to zupełnie **autonomiczny porządek prawny**⁵ i obowiązują tam zupełnie inne reguły wykładni. Mniejszą uwagę przywiązuje się do wykładni językowej, a większą do celowościowej w tym celu całego systemu prawa unijnego. Wykładnia celowościowa z zasady rodzi skutek rozszerzający. Komisja Europejska zbadała że w przypadku Spółek zachodził efekt zachęty i stwierdziła, że udzielona im pomoc oraz prowadzone negocjacje, których etapem było podpisanie umów inwestycyjnych, stanowiły bodziec do podjęcia decyzji o realizacji inwestycji. Trzeba mieć także na uwadze **cel pomocy regionalnej**, jakim jest rozwój gospodarczy regionów i wzrost zatrudnienia. Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. a) Traktatu WE (obecnie 107 TFUE) pomoc może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem, jeżeli jest przeznaczona na rozwój gospodarczy regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski, lub w których występuje niedostateczne zatrudnienie. W decyzjach KE każdorazowo wskazała że **odnotowuje ona, że projekt będzie miał ogromny wkład do rozwoju regionu UE znajdującego się w niekorzystnym położeniu.**

Na gruncie prawa unijnego mamy także do czynienia z wykładnią dynamiczną co oznacza, że wykładnia jest zmienna w zależności od etapu integracji. W późniejszych Rozporządzeniach KE rzeczywiście zostały zaostrzone zasady badania czy zaszedł efekt zachęty (m.in. zdefiniowanie pojęcia rozpoczęcie prac od roku 2007, czy wprowadzenie ostrzejszych wymogów dla dużych przedsiębiorstw w rozp. 800/2008), jednak w latach 2005-2006 postępowanie Gminy Kobierzyce było jak najbardziej zgodne z obowiązującym wówczas porządkiem prawnym oraz interpretacją przepisów dotyczących pomocy publicznej.

Ponadto do udzielania pomocy publicznej na podstawie programu gminnego nie ma także zastosowania powoływany na str. 11 wystąpienia art. 126 Ordynacji podatkowej. Przepis ten znajduje się w dziale IV powołanej ustawy zatytułowanym Postępowanie podatkowe. Natomiast pomoc publiczna przyznawana na podstawie gminnego programu pomocowego przyznawana jest automatycznie po spełnieniu warunków przewidzianych w samym programie. Wniosek przedsiębiorcy wyrażający chęć skorzystania z pomocy publicznej służy do zbadania efektu zachęty, nie jest zaś wnioskiem wszczynającym postępowanie podatkowe w rozumieniu Ustawy Ordynacja podatkowa. Nie jest więc uprawnione stwierdzenie, że prowadzone negocjacje nie mogły być traktowane w kategorii wniosku w rozumieniu § 6 Uchwały Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05. Kontrolowany ponownie podkreśla, że w decyzjach Komisji Europejskiej wielokrotnie znajduje się stwierdzenie, że cała pomoc była przedmiotem negocjacji, a inwestor wystąpił z wnioskiem o jej przyznanie przed rozpoczęciem prac. Negocjacje utożsamiane są więc z wnioskiem przedsiębiorców.

Kontrolowany zwraca także uwagę, że niezrozumiałe jest stwierdzenie na str. 5 Wystąpienia, z którego wynika, że Spółka Dongseo zawarła umowę inwestycyjną po rozpoczęciu realizacji inwestycji. Umowa z poprzednikiem Dongseo – Spółką Oshung została zawarta dnia 30 listopada 2005 r. Z decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej pomocy państwa

⁵ Zasada autonomii prawa unijnego jest to pierwsza z zasad wywiedziona z orzecznictwa Trybunału. W 1963 roku w wyroku w sprawie *Van Gend en Loos* ETS stwierdził, że WE stanowią nowy porządek prawny, autonomiczny względem wewnętrznych systemów prawnych państw członkowskich. Owa autonomia wynika również z faktu, że prawo wspólnotowe nie jest ani prawem międzynarodowym ani krajowym, stąd wynika też jego specyficzność.

N 246/2006, wynika że dla celów udzielanej pomocy publicznej Spółka Dongseo została potraktowana jako „jedno przedsiębiorstwo”. Świadczy o tym następujące stwierdzenie w decyzji KE *Ohsung/Dong Seo Poland początkowo założona została przez Ohsung Display Co. Ltd. (zwane dalej „Ohsung Korea”), z siedzibą w Korei. Niedawno przedsiębiorstwo Ohsung Korea postanowiło sprzedać wszystkie swoje udziały w Ohsung/Dong Seo Poland innej koreańskiej spółce Dongseo Co. (zwanej dalej Dongseo), która przejmie projekt inwestycyjny. Z decyzji KE wynika także że podstawę prawną udzielonej pomocy stanowi umowa inwestycyjna zawarta w dniu 30 listopada 2005 r.*

Najwyższa Izba Kontroli w Wystąpieniu nie wyjaśniła także na jakiej podstawie przyjęła, że w odniesieniu do projektu odnoszącego się do realizacji robót budowlanych za moment rozpoczęcia prac należy rozumieć rozpoczęcie budowy w rozumieniu definicji zawartej w art. 41 ust. 1 i 2 Prawo budowlane. Definicja rozpoczęcia prac pojawiła się dopiero w Wytycznych mających zastosowanie w latach 2007 -2013 i nie może być stosowana do pomocy udzielanej wcześniej, gdy pojęcie rozpoczęcia prac nie zostało jeszcze zdefiniowane. W związku z powyższym należy zauważyć, że Najwyższa Izba Kontroli przyjęła nieprawidłowo i bezpodstawnie, że za moment rozpoczęcia prac nad projektem należy uważać moment rozpoczęcia robót budowlanych na nieruchomości. Przepisy regulujące warunki udzielania pomocy inwestycyjnej znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie nie definiowały momentu rozpoczęcia prac nad projektem inwestycyjnym. Zdaniem Kontrolowanego żadne prace podejmowane na nieruchomościach do dnia faktycznego nabycia ich przez Spółki nie mogą być uznane za rozpoczęcie prac nad projektem inwestycyjnym, w szczególności z uwagi na tymczasowy charakter korzystania z nieruchomości.

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 1 i 2 Wystąpienia pokontrolnego pkt 1 dotyczącego negatywnej oceny wyrażonej przez NIK,
- 2) wykreślenie w całości pkt 2.1 oraz 2.1.1 Wystąpienia pokontrolnego na str. 3-8,
- 3) wykreślenie na str. 12 Wystąpienia pokontrolnego pkt. 1 wniosków w brzmieniu: „*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 wskazujących na nieuprawnione zwolnienia z podatku na podstawie uchwały nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.*

III. Dotyczy nabywania prawa do zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie programu pomocowego.

Na str.6 Wystąpienia pokontrolnego zawarto stwierdzenie, zgodnie z którym *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 (...).*

Kontrolowany ponownie wyjaśnia, że Decyzją z dnia 10.10.2005 r. Komisja Europejska postanowiła uznać program pomocy (wprowadzony następnie uchwałą Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.) za zgodny z Traktatem WE. W punkcie 2.11 Decyzji zostało wskazane, że *Program obowiązuje do dnia 31 grudnia 2006 r. Prawo do zwolnienia z podatku od nieruchomości musi zostać nabyte przed upływem tego terminu.* Także w piśmiennictwie (J. Burzyński Pomoc publiczna dla przedsiębiorców, ODDK 2008 r., J. Burzyński, Gminne programy pomocy publicznej dla przedsiębiorców) wskazuje się że *w ramach dotychczasowych programów gminy mogą udzielać od stycznia 2007 r. tylko takiej pomocy, do jakiej jej beneficjenci nabyli prawo jeszcze przed końcem 2006 roku. (...) Z punktu widzenia podejmowanych uchwał i tworzonych przez gminy programów pomocowych ważne było, że mapa pomocy regionalnej określająca obszary kwalifikujące się do udzielenia pomocy oraz jej maksymalne dopuszczalne wielkości obowiązywała do 31 grudnia 2006 r. W związku z tym programy pomocowe dotyczące pomocy regionalnej mogły być zaakceptowane przez Komisję Europejską wyłącznie do końca 2006 r. Gminy, które zdążyły sporządzić i uchwalić programy na podstawie tych rozporządzeń, a przedsiębiorcy wystąpić z odpowiednim wnioskiem przed 31 grudnia 2006 r. będą korzystać na zasadzie praw nabytych z przewidzianej w tych programach pomocy także po 1 stycznia 2007 r. Możliwość udzielenia pomocy na podstawie wniosku złożonego po tej dacie uzależniona już jest od kształtu nowej mapy pomocy regionalnej, a więc dokona się na nowych warunkach i w nowym programie.*

We wszystkich kwestionowanych przypadkach podmioty nabyły prawo do zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie Uchwały Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05 w związku z realizowanym przez nie projektami przed 31 grudnia 2006 r.

Natomiast Uchwała nr LI/572/05 nie przewiduje obowiązku aby inwestycja została oddana do użytku przed 31 grudnia 2006 r. Nie można także istnienia takiego obowiązku dopatrywać się w brzmieniu §6 ust. 1 lit. b) Uchwały, który mówi jedynie o tym, że w terminie 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku przedsiębiorca ma przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem.

Także sam program pomocowy skonstruowany jest w taki sposób, że podmiot nabywa prawo do zwolnienia z podatku w stosunku do całego programu inwestycyjnego. Świadczą o tym między innymi następujące zapisy:

Zgodnie z §1 ust. 1 Uchwały zwalnia się z podatku od nieruchomości grunty, budynki, budowle lub ich części zajęte na prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty podejmujące po raz pierwszy taką działalność na terenie gminy. Zgodnie z ust. 4 pomoc, o której mowa w ust. 1 może być udzielona po spełnieniu następujących warunków:

- 1) **Przedsiębiorca dokona na terenie gminy nowej inwestycji w środki trwale związane z utworzeniem nowego przedsiębiorstwa,**
- 2) **Udział własny przedsiębiorcy w nakładach związanych z nową inwestycją wynosi co najmniej 25%,**
- 3) **Działalność gospodarcza związana z daną inwestycją, będzie prowadzona co najmniej przez 5 lat od dnia zakończenia inwestycji, inwestycja będzie utrzymana przez okres co najmniej 5 lat od dnia jej zakończenia.**

Maksymalna intensywność pomocy przyznanej na podstawie programu wynosi:

a/ w przypadku małych lub średnich przedsiębiorców, z wyjątkiem przedsiębiorców należących do sektora transportu – 65% kosztów inwestycji kwalifikujących się do objęcia pomocą,

b/ w przypadku pozostałych przedsiębiorców – 50% kosztów inwestycji kwalifikujących się do objęcia pomocą z wyłączeniem podmiotów o których mowa w ust. 7 oraz ust. 9. (zapisy dotyczące dużych projektów inwestycyjnych).

Przy obliczaniu intensywności pomocy uwzględnia się wszystkie koszty danej inwestycji wymienione w §1 ust. 6 Uchwały.

Ponadto zgodnie z pkt 4.1 Wytycznych w sprawie Krajowej Pomocy Regionalnej (98/C74/06) celem pomocy regionalnej jest zapewnienie inwestycji produkcyjnych (inwestycji początkowych) lub tworzenie nowych miejsc pracy powiązanych z inwestycjami.

Zgodnie z pkt 4.2 Wytycznych, aby zapewnić trwałość i solidność inwestycji produkcyjnych wkład odbiorcy pomocy w ich sfinansowanie musi wynosić co najmniej 25 %. Pomoc może przyjmować zmienne formy: dotacja, nisko oprocentowana pożyczka lub obniżka oprocentowania, rządowe gwarancje lub zakup udziałów państwa na korzystnych warunkach, zwolnienia podatkowe, obniżenie wysokości składek na ubezpieczenie społeczne, dostawę towarów i usług po ulgowych cenach itd. Dodatkowo, systemy pomocy muszą zawierać warunek, że wniosek o przyznanie pomocy musi zostać złożony przed rozpoczęciem prac nad danym projektem.

Zgodnie z pkt 4.5 Wytycznych pomoc dotycząca inwestycji początkowych jest obliczana jako procent wartości inwestycji. Wartość ta ustalana jest na bazie jednolitego wykazu wydatków (podstawa standardowa) odpowiadających następującym elementom inwestycji: ziemia, budynki i urządzenia/maszyny. W przypadku zakupu pod uwagę należy brać jedynie koszty nabycia tych składników (transakcja musi się odbywać na warunkach rynkowych) (...).

Ze względu na powyższe Kontrolowany jest zdania, że wszystkie przedmioty opodatkowania związane z inwestycją, na którą została udzielona pomoc w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości na podstawie Uchwały Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05, korzystają ze zwolnienia na podstawie tego programu. W przypadku innej interpretacji, tj. prezentowanej przez Najwyższą Izbę kontroli (objęcie części przedmiotów opodatkowania zwolnieniem na podstawie kolejnego programu) niemożliwe byłoby m.in. ustalenie dopuszczalnej wielkości pomocy związanej z danym projektem, ponieważ Wytyczne obowiązujące w latach 2007 - 2013 przewidują odmienne zasady udzielania pomocy, w tym zmniejszona została dopuszczalna intensywność pomocy. Ponadto uregulowania prawne uniemożliwiają objęcie jednej inwestycji zwolnieniem na podstawie dwóch kolejnych programów, choćby z uwagi na to, że w stosunku do kolejnego programu nie zostałby spełniony efekt zachęty.

Kontrolowany zwraca także uwagę, że ww. postanowienia programu pomocowego powinny być interpretowane zgodnie z prawodawstwem europejskim, które ma pierwszeństwo przed prawem polskim, jako prawem krajowym⁶. Prezentowane przez Kontrolowanego stanowisko odnośnie nabywania prawa do zwolnienia w stosunku do całego projektu inwestycyjnego jest zgodne z brzmieniem Wytycznych a także istotą i celem pomocy regionalnej na nowe inwestycje opisanym w pkt. II niniejszych zastrzeżeń. Nieuzasadnione jest więc powoływanie w tym zakresie przez Najwyższą Izbę Kontroli zasady ochrony praw nabytych wynikającej z art. 2 Konstytucji RP i zawężanie jej jedynie do już istniejących przedmiotów opodatkowania w momencie nabycia prawa do zwolnienia. Takie rozumienie tej zasady jest sprzeczne z zasadą prounijnej wykładni prawa krajowego: W licznych orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że sądy i organy państw członkowskich mają obowiązek

⁶ Np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 marca 1978 wydany w trybie prejudycjalnym w sprawie 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato a Simmenthal SA (Zb. orz. 1978, s. 629).

interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym.⁷ Ponadto trzeba mieć także na uwadze powoływaną powyżej zasadę autonomii prawa unijnego. Niedopuszczalne jest bowiem interpretowanie jego norm przy zastosowaniu krajowych reguł wykładni oraz zasad prawa krajowego.

Kontrolowany wskazuje także, że za prawidłowością jego interpretacji zgodnie z którą podmiot nabywa prawo do zwolnienia w stosunku do całego projektu inwestycyjnego, świadczą także obowiązujące zasady w przedmiocie sprawozdawania udzielonej pomocy publicznej.

Zgodnie z ustawą z 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404) podmioty udzielające pomocy są zobowiązane do przedstawiania Prezesowi UOKiK sprawozdań o udzielonej pomocy publicznej lub informacji o jej nieudzieleniu w danym okresie sprawozdawczym.

Zgodnie z §1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 2011 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie przekazywania sprawozdań z udzielonej pomocy publicznej i informacji o nieudzieleniu takiej pomocy z wykorzystaniem aplikacji SHRiMP (Dz. U. Nr 130, poz. 749) oraz zgodnie z §2 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie przekazywania sprawozdań o udzielonej pomocy publicznej i informacji o nieudzieleniu takiej pomocy z wykorzystaniem aplikacji SHRiMP (Dz. U. Nr 6, poz. 32, ze zm.) sprawozdania albo informacje o nieudzieleniu pomocy, przekazują z wykorzystaniem aplikacji SHRiMP: **jednostki samorządu terytorialnego oraz podmioty im podległe lub przez nie nadzorowane.** W procesie rejestrowania pomocy konieczne są informacje z zakresu :

- klasyfikacji PKD przedsiębiorcy
- wielkości przedsiębiorcy
- formy udzielanej pomocy
- kwoty udzielanej pomocy
- jak również **numeru programu pomocowego na podstawie którego udzielana jest dana pomoc.**

Każda Uchwała Rady Gminy, która stanowi program pomocy regionalnej posiada indywidualny numer programu wykazywany w sprawozdawczości SHRiMP. Aktualnie obowiązujące zasady uniemożliwiają wprowadzanie danej inwestycji, na którą podmiot korzysta z pomocy publicznej pod różnymi numerami programu, gdyż może to spowodować przekłamanie **budżetu programu.**

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 1 i 2 Wystąpienia pokontrolnego pkt 1 dotyczącego negatywnej oceny wyrażonej przez NIK,
- 2) wykreślenie w całości pkt 2.1 oraz 2.1.1 Wystąpienia pokontrolnego na str. 3-8,
- 3) wykreślenie na str. 12 Wystąpienia pokontrolnego pkt. 1 wniosków w brzmieniu: „*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 wskazujących na nieuprawnione zwolnienia z podatku na podstawie uchwały nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.*

⁷ Np. orzeczenie w sprawie 14/83 von Colson and Kaman v Land Nordrhein – Westfalen (Zb. Orz. 1984 s. 1891)

IV. Dotyczy wypełniania przez przedsiębiorców warunku ujętego w §6 pkt. 1 lit. b Uchwały nr LI/572/05 co do przedłożenia w terminie 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem.

Na str. 11 Wystąpienia zawarto stwierdzenie, zgodnie z którym udzielono pomocy 9 beneficjentom pomimo nie wypełnienia warunku ujętego w §6 pkt. 1 lit. b Uchwały nr LI/572/05 (dotyczy przedłożenia w terminie 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem).

Kontrolowany ponownie wyjaśnia, iż wszyscy beneficjenci spełnili warunek zapisany w § 6 ust. 1 Uchwały nr LI/572/05 z dnia 27-01-2005 oraz § 6 ust. 1 Uchwały XI/130/07 z dnia 28-06-2007 r. do skorzystania ze zwolnienia w związku z przedłożeniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia inwestycji.

Po pierwsze na uwagę zasługuje fakt, iż każdy z podmiotów przedkłada dokumenty świadczące o prowadzonej działalności tj. deklaracje podatkowe, oświadczenia o ponoszonych kosztach związanych z inwestycją, potwierdza stan zatrudnienia oraz koszty związane z zatrudnieniem. Przedkładane kopie przeprowadzanych kontroli przez Ministerstwo Gospodarki potwierdziły realizację warunków Umów Inwestycyjnych, a Gmina nie ma powodów by poddawać je w wątpliwość i żądać dodatkowych dokumentów, czy przeprowadzać kontrolę we własnym zakresie. Ani uchwała Rady Gminy nr LI/572/05 z dnia 27.01.2005, ani żadne inne przepisy prawa nie precyzują rodzaju dokumentów, które należy uznać za odpowiednie i konieczne jako potwierdzające prawo do zwolnienia.

Tak więc Spółka ma prawo potwierdzić fakt uprawniający do zwolnienia w dowolnej formie:

- informacji/oświadczenia o poniesionych kosztach inwestycyjnych,
- kopii protokołu kontroli Ministerstwa Gospodarki – potwierdzającego poniesione nakłady inwestycyjne.

Powoływany w Wystąpieniu Pokontrolnym fakt wzywania beneficjentów przez pracownika Urzędu do przedłożenia dodatkowych dokumentów w październiku 2011 r., nie świadczy w żadnym wypadku o braku dopełnienia przez podmioty warunku zawartego w Uchwale, a jedynie o dołożeniu należytej staranności przez Urząd, aby posiadać komplet dokumentacji związanej z daną inwestycją, między innymi w celu prawidłowego jej rozliczania oraz sprawozdawania.

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 11 Wystąpienia Pokontrolnego fragmentu od słów „W tej sytuacji w pełni zasadna i zgodna ze stanowiskiem Pana Wójta pozostaje ocena NIK (...)” do „(...) oraz sprawozdania GUS Z-03 o zatrudnieniu i wynagrodzeniach”.
- 2) wykreślenie na str. 12 Wystąpienia pokontrolnego pkt. 1 wniosków w brzmieniu: „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 wskazujących na nieuprawnione zwolnienia z podatku na podstawie uchwały nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.

V Dotyczy jednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie wymogów uzyskania pomocy publicznej

Na str. 11 oraz 12 Wystąpienia pokontrolnego w pkt. 2.4 znalazło się stwierdzenie: *kontrola postępowań związanych z pomocą publiczną pod względem jednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie wymogów uzyskania pomocy wykazała nieprawidłowości w tym zakresie. (...) 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)''*

Kontrolowany podnosi, że zarzut dotyczący niejednakowego traktowania przedsiębiorców w zakresie uzyskania pomocy publicznej nie znajduje żadnych podstaw. Najwyższa Izba Kontroli zdaje się nie zauważać, że pomoc publiczna dla Spółek Raflatac oraz Posco została udzielona w okresie, kiedy obowiązują zupełnie inne zasady udzielania pomocy regionalnej. Ww. Spółki złożyły swoje wnioski w oparciu o zupełnie inny program pomocowy (Uchwałę nr XI/130/07 Rady Gminy Kobierzyce 28 czerwca 2007 r. nr programu XR 180/2007), który rządzi się innymi zasadami udzielania pomocy.

Szczególnie na uwagę zasługuje fakt, że zgodnie z § 1 ust 6 Uchwały Rady Gminy Kobierzyce z dnia 28 czerwca 2007 r. „w przypadku pomocy, o której mowa w ust. 1 (czyli zwolnienia z podatku od nieruchomości gruntów, budynków, budowli lub ich części zajętych na prowadzenie działalności produkcyjnej przez podmioty podejmujące po raz pierwszy taką działalność na terenie gminy) uwzględnia się, wymienione w tym ustępie, koszty inwestycji poniesione po dniu wejścia w życie niniejszej Uchwały.”

W tym miejscu należy mieć na uwadze zapis art. 8 ust. 5 Rozporządzenia KE 1628/2006, zgodnie z którym „Państwo członkowskie publikuje pełny tekst programów pomocy wchodzących w zakres niniejszego rozporządzenia oraz poinformuje Komisję o adresie internetowym publikacji. Informacje te winny być również zawarte w sprawozdaniu rocznym przedkładanym zgodnie z ust. 4. **Projekty, w przypadku których wydatki poniesiono przed datą publikacji programu pomocy, nie kwalifikują się do pomocy regionalnej.**”

Także w §2 ww. Uchwały została wyrażona ta sama zasada, bowiem zgodnie z tym przepisem aby przedsiębiorca mógł korzystać ze zwolnienia z podatku od nieruchomości z tytułu utworzenia nowych miejsc pracy w związku z nową inwestycją, inwestycja ta musi zostać zrealizowana **po wejściu w życie uchwały.**

Spółka Raflatac w dniu **28 czerwca 2007 r.** nabyła nieruchomość gruntową na terenie gminy Kobierzyce. Wynika z tego, że poniosła ona koszt w realizowanym przez nią projekcie inwestycyjnym, jeszcze przed wejściem w życie programu (**uchwała weszła w życie 14 dnia po ogłoszeniu jej w Dzienniku Urzędowym z dnia 6 lipca 2007 r., czyli w dniu 20 lipca 2007 r.**). Dlatego zgodnie z art. 8 ust 5 Rozporządzenia KE 1628/2006 oraz §1 ust 6 i §2 ust 1 Uchwały **cały projekt inwestycyjny realizowany przez Spółkę nie kwalifikował się do pomocy regionalnej.**

To właśnie fakt poniesienia wydatków przed wejściem w życie programu pomocowego był powodem wydania niekorzystnej dla Spółki indywidualnej interpretacji prawa podatkowego oraz „cofnięcia” zwolnienia w podatku od nieruchomości.

Analogicznego zapisu brak było w poprzednio obowiązującym programie pomocowym LI/572/05 oraz wcześniejszych Wytycznych z 1998 r. Nie można więc mówić o różnym traktowaniu przedsiębiorców znajdujących się w takiej samej sytuacji, gdyż w stosunku do nich zastosowanie ma zupełnie inny stan prawny i faktyczny. Spółki korzystające z pomocy na podstawie programu nr LI/572/05 negocjowały otrzymaną pomoc ze Stroną

Polską oraz podpisały stosowne umowy inwestycyjne przed rozpoczęciem projektów, trudno więc w tych konkretnych przypadkach mówić o braku istnienia efektu zachęty, zwłaszcza w świetle braku jednoznacznych interpretacji oraz definicji pojęć i przepisów związanych z pomocą publiczną w ówczesnym okresie. Trzeba zwrócić uwagę, że także pojęcie „rozpoczęcia prac” zostało zdefiniowane dopiero w odniesieniu do pomocy nabytej po 1 stycznia 2007 r.

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 1 i 2 Wystąpienia pokontrolnego pkt 2 dotyczącego negatywnej oceny wyrażonej przez NIK,
- 2) wykreślenie na str.10 w pkt 2.4 zdania „Kontrola postępowań związanych z pomocą publiczną pod względem jednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie wymogów uzyskania pomocy wykazała nieprawidłowości w tym zakresie”
- 3) wykreślenie w pkt. 2.4 na str. 11 i 12 fragmentu od słów „W analizowanej sprawie istotnym jest, że Najwyższa Izba Kontroli w pełni podziela (...)” do słów „(...) 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.”
- 4) wykreślenie na str. 12 Wystąpienia pokontrolnego pkt. 1 wniosków w brzmieniu „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 wskazujących na nieuprawnione zwolnienia z podatku na podstawie uchwały nr LI/572/05 z 27 października 2005 r.

VI Dotyczy nieprawidłowości przy podpisywaniu umów inwestycyjnych

Na str. 8 Wystąpienia Pokontrolnego w pkt. 2.2 znajduje się stwierdzenie zgodnie z którym, *Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia przyjęcie przez Wójta w imieniu Gminy Kobierzyce obowiązku odszkodowawczego na łączną kwotę 40.357,7 tys zł w treści umów inwestycyjnych zawartych z beneficjentami wskazanymi powyżej. (...). Wójt w sposób nieuzasadniony i niekorzystny dla Gminy Kobierzyce oprócz odpowiedzialności odszkodowawczej zależnych od Gminy np. niedotrzymania przyjętych w umowie zobowiązań – przyjął także odpowiedzialność za sytuacje niezależne od Gminy Kobierzyce np. zmiana przepisów prawa podatkowego na podstawie ustaw.*

Kontrolowany chciał ponownie podkreślić, że to PAIiIZ w przeważającej mierze negocjował warunki Umów Inwestycyjnych, w uzgodnieniu ze stroną rządową i samorządami, natomiast rola Gminy Kobierzyce była w tym przedsięwzięciu marginalna.

Ponadto zawarcie Umów inwestycyjnych samo w sobie nie rodzi także odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie Gminy Kobierzyce. W umowach znajduje się zapis o wypłacie odszkodowania zgodnie z prawem polskim i Unii Europejskiej, a nie zgodnie z jakimiś szczególnymi regulacjami czy zasadami przewidzianymi w samej umowie. Nawet gdyby nie zawarto takich zapisów w Umowach dotyczących odpowiedzialności stron, te zasady prawa i tak miałyby zastosowanie. Wskazuję ponadto, że nie zaszły żadne przesłanki, które mogłyby skutkować zaistnieniem odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie Gminy, a absurdem byłoby wywodzić z umów inwestycyjnych, że Gmina Kobierzyce miałaby być choćby potencjalnie odpowiedzialna za realizację zobowiązań pozostałych

podmiotów będących stroną Umowy Inwestycyjnej. Gmina Kobierzyce nie może ponosić także odpowiedzialności odszkodowawczej w sytuacjach, na które nie miałyby wpływu np. w wypadkach zmian ustaw. Należy pamiętać, że umowa zawarta była także ze stroną rządową i w takim wypadku mogłoby być ewentualnie rozważane istnienie odpowiedzialności po stronie Skarbu Państwa, nie jest to jednak przedmiotem niniejszej kontroli.

Kontrolowany zgadza się z poglądem Najwyższej Izby Kontroli, która słusznie zauważyła, że w systemie prawa podatkowego i orzecznictwa NSA ustalił się pogląd, że 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 do uchylenia się od opodatkowania (vide: uzasadnienie wyroku NSA z dnia 4 lipca 2003 r. I S.A./Gd 1189/00 LEX nr 103669) i w przypadku sporu sądowego o odszkodowanie rozważana byłaby sprawa nieważności tej czynności prawnej (art. 58 kc).

Jednak niezrozumiałe jest stanowisko Najwyższej Izby Kontroli w kwestii, że w związku z poddaniem ewentualnych sporów arbitrażowi międzynarodowemu przy Federalnej Izbie Gospodarczej w Wiedniu stosowanie powyższych zasad w odniesieniu do przedmiotowych umów zostało wyłączone oraz że wyłączenie sporu o odszkodowanie z jurysdykcji sądów polskich osłabia pozycję stron polskich w ewentualnym procesie.

Kontrolowany pragnie zauważyć, że zgodnie z postanowieniami Umów podlegają one prawu polskiemu. Każdy sąd, także arbitrażowy orzekałby na podstawie prawa polskiego. Najwyższa Izba Kontroli nie przedstawiła, żadnych argumentów przemawiających za tym że strona polska poddając ewentualne spory pod arbitraż postawiła się w mniej korzystnej sytuacji. Stanowisko Najwyższej Izby Kontroli w tej kwestii jest więc pozbawione jakichkolwiek podstaw, co więcej może sugerować, że sąd polski byłby korzystniejszy dla polskiej strony umowy inwestycyjnej, co prowadziłoby do poddania w wątpliwość zasady niezawisłości sądów. Ponownie podkreślam także, że rola Gminy Kobierzyce przy negocjowaniu warunków umowy była marginalna.

Ponadto Kontrolowany podnosi, że zgodnie z art. 60 ust. 2 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (w brzmieniu przed zmianą która weszła w życie dnia 2 czerwca 2012 r.⁸) wystąpienie pokontrolne zawiera oceny kontrolowanej działalności, wynikające z ustaleń opisanych w protokole kontroli, a w razie stwierdzenia nieprawidłowości - także uwagi i wnioski w sprawie ich usunięcia.

W protokole kontroli nie zostały przywołane zapisy umów inwestycyjnych odnoszące się do sposobu rozstrzygania sporów. W związku z powyższym na etapie wystąpienia pokontrolnego nie mogą być poddawane ocenie.

Dlatego stosownie do powyższych zastrzeżeń wnoszę o:

- 1) wykreślenie na str. 1 i 2 Wystąpienia pokontrolnego pkt 3 dotyczącego negatywnej oceny wyrażonej przez NIK,
- 2) wykreślenie na 8 oraz 9 Wystąpienia Pokontrolnego pkt. 2.2 w całości

Mając na względzie powyższe umotywowane zastrzeżenia Kontrolowany kwestionuje ocenę faktów oraz interpretację przepisów prawnych dokonaną przez Kontrolującego, z której zdaje się wynikać istnienie w jednostce kontrolowanej nieprawidłowości w związku z

⁸ Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 22 stycznia 2010 o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. Nr 227 Poz 1482) do postępowań kontrolnych, niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy sporządzeniem wystąpienia pokontrolnego stosuje się dotychczasowe przepisy.

udzielaniem pomocy publicznej. Kontrolowany wskazuje, że jego zdaniem Gmina Kobierzyce udzielała pomocy publicznej w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, a także z zachowaniem zasad gospodarności i rzetelności. Jednocześnie Kontrolowany podtrzymuje wszystkie twierdzenia zawarte we wcześniej złożonych przez niego wyjaśnieniach oraz zastrzeżeniach.

WÓJT
mgr inż. Ryszard Golik