

po rozpatrzeniu na posiedzeniu jawnym w dniu 28 listopada 2012 r., w trybie art. 61⁸⁶⁾ ust. 1 w związku z art. 56⁸⁶⁾ ust. 5 i 6 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zastrzeżeń zgłoszonych przez Wójta Gminy Kobierzyce do wystąpienia pokontrolnego z dnia 21 sierpnia 2012 r. (LWR-4101-11-01/2011), skierowanego po przeprowadzonej w Urzędzie Gminy Kobierzyce oraz LG Display Poland sp. z o.o. kontroli w zakresie świadczenia przez Gminę Kobierzyce pomocy publicznej w latach 2008-2010, podjęła następującą

uchwałę:

zastrzeżenia zgłoszone przez Wójta Gminy Kobierzyce do wystąpienia pokontrolnego z dnia 21 sierpnia 2012 r. (LWR-4101-11-01/2011), skierowanego po przeprowadzonej w Urzędzie Gminy Kobierzyce oraz LG Display Poland sp. z o.o. kontroli w zakresie świadczenia przez Gminę Kobierzyce pomocy publicznej w latach 2008-2010:

– uwzględnia się w całości.

W związku z uwzględnieniem zastrzeżeń w wystąpieniu pokontrolnym wprowadza się następujące zmiany:

- a) na str. 1 w wierszu 7 od dołu skreśla się wyraz: „negatywnie” a na jego miejsce wpisuje się wyrazy: „ ,pozytywnie pomimo stwierdzonych nieprawidłowości,”;
- b) skreśla się fragment zaczynający się na str. 1 w wierszu 6 od dołu wyrazami: „Przedstawioną ocenę” a kończący się na str. 2 w wierszu 5 od góry wyrazami: „od Gminy Kobierzyce.”;
- c) na str. 2 w wierszu 13 od góry skreśla się wyrazy: „ ,pomimo stwierdzonych nieprawidłowości,”;
- d) skreśla się fragment zaczynający się na str. 2 w wierszu 11 od dołu wyrazami: „Nieprawidłowości stwierdzono” a kończący się na str. 3 w wierszu 3 od góry wyrazami: „art. 108 ust. 3 TFUE.”;
- e) na str. 3 w wierszach 11-12 od dołu skreśla się wyrazy: „we wszystkich przypadkach stwierdzono nieprawidłowości i uchybienia” a na ich miejsce wpisuje się wyrazy: „w jednym przypadku stwierdzono nieprawidłowości”;
- f) skreśla się fragment zaczynający się na str. 3 w wierszu 10 od dołu wyrazami: „Program pomocowy” a kończący się na str. 9 w wierszu 11 od góry cyframi: „2.3.”;

¹ Dz. U. z 2012 r. poz. 82 ze zm.; wskazany w „art. 56” przypis nr 86 – zgodnie z załącznikiem do obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli.

- g) skreśla się fragment zaczynający się na str. 10 w wierszu 7 od góry wyrazami: „2.4. Kontrola postępowań” a kończący się na str. 12 w wierszu 4 od góry wyrazami: „oraz POSCO.”;
- h) na str. 12 skreśla się wnioski pokontrolne nr 1 i 3, zaś wniosek pokontrolny nr 2 otrzymuje numer 1.

UZASADNIENIE

Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura we Wrocławiu przeprowadziła w Urzędzie Gminy Kobierzyce (dalej: Urząd lub Gmina) kontrolę w zakresie świadczenia przez Gminę pomocy publicznej w latach 2008-2010.

Oceny, uwagi i wnioski przedstawione zostały w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 21 sierpnia 2012 r., do którego w piśmie z dnia 30 sierpnia 2012 r. Wójt Gminy Kobierzyce (dalej: Wójt) zgłosił siedem zastrzeżeń.

Zastrzeżenie 1 dotyczyło zawartej w pkt. 1.1. wystąpienia pokontrolnego oceny o niedostosowaniu Uchwały Rady Gminy Kobierzyce Nr XI/130/07 z 28 czerwca 2007 r. do wymogów 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)², który to obowiązek wynikał z art. 44 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

W wystąpieniu NIK stwierdziła, iż nie dodano w treści uchwały zapisu wyraźnie 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, a w świetle zapisów art. 3 ust. 1 tegoż rozporządzenia, wprowadzenie takiego zapisu było warunkiem, aby wskazany program pomocowy mógł być uznany za zgodny ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”)³ i wyłączony z obowiązku zgłoszenia, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE.”

W związku z powyższą oceną, Izba sformułowała wniosek pokontrolny nr 3 o „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”.

W **zastrzeżeniu** Wójt podniósł, iż powyższe ustalenie „zostało dokonane w wyniku rażąco błędnej wykładni art. 44 ust. 2 przywołanego rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008”.

Zgłaszający zastrzeżenia stwierdził, że:

² Dz. U. UE L. 08. 214. 3

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).

- żaden przepis nie nakłada obowiązku dostosowania postanowień regionalnych programów pomocy inwestycyjnej wyłączonych⁴ zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1628/2006 do zapisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 – zgodnie z art. 44 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) 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,
- przywołany art. 44 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 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 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 – zgodnie § 9 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 października 2006 r. w sprawie ustalenia mapy pomocy regionalnej⁵ wchodzi ono w życie z dniem 1 stycznia 2007 r. i obowiązuje do dnia 31 grudnia 2013 r.,
- materia ta była przedmiotem wyjaśnień Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) w związku z wątpliwościami co do możliwości dalszego stosowania programu pomocowego przyjętego rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 5 sierpnia 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 zostało zmienione do dnia dzisiejszego. Z wyjaśnień UOKiK zamieszczonych na stronie internetowej⁶ 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,

⁴ brak obowiązku indywidualnego uzgadniania przez Komisję Europejską.

⁵ Dz. U. z 2006 r., Nr 190 Poz. 1402.

⁶ <http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia2.php#faq762>

stanowiących regionalną pomoc inwestycyjną⁷ 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)⁸, 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) 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,

- na stronie internetowej Komisji Europejskiej⁹ (dalej: KE) 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 niezmienionej do końca 2013 r.

Mając na uwadze powyższe, Wójt wniósł o wykreślenie w pkt. 1.1. wystąpienia fragmentu rozpoczynającego się od wyrazów „Nieprawidłowości stwierdzono natomiast”, a kończącego się wyrazami „wyłączony z obowiązku zgłaszania, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE.” oraz o wykreślenie wniosku pokontrolnego nr 3.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Na wstępie Komisja zwraca uwagę, iż problematyka będąca przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia była już analizowana we wcześniejszych uchwałach Komisji Rozstrzygających¹⁰.

Powołany w ocenie art. 44 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 stanowi, że każda pomoc przyznana przed dniem 31 grudnia 2008 r., która nie spełnia warunków określonych w tym 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 tego 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.

Zdaniem Komisji nie jest zatem zasadny pogląd, zgodnie z którym przepis ten ustanawia wymóg dostosowania do przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 programów pomocowych podjętych na podstawie

⁷ Dz. U. z 2008 r., Nr 146 poz. 927.

⁸ Dz. Urz. UE L 214 z 9.8.2008 r.

⁹ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/482&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁰ m.in. uchwały KR Nr. 33/2012, 36/2012.

rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006¹¹. W cytowanym przepisie wyraźnie stwierdzono, że pomoc przyznana na podstawie rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006, która spełnia warunki określone w tym rozporządzeniu, jest z mocy tego przepisu przejściowo wyłączona z obowiązku zgłoszenia. Ponieważ NIK nie stawia zarzutu niezgodności pomocy przyznanej na podstawie wymienionych w ocenie czterech programów z warunkami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1628/2006, zdaniem Komisji Rozstrzygającej brak jest podstaw do tego, by twierdzić, że programy te powinny być zgłoszone po wejściu w życie rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008. Zgodnie ze zdaniem drugim cytowanego wyżej art. 44 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008, zgłoszeniu podlegała wyłącznie pomoc, która nie spełniała warunków określonych w żadnym z rozporządzeń wymienionych w zdaniu pierwszym art. 44 ust. 2.

Z cytowanego wyżej art. 44 ust. 2 nie wynika również obowiązek dostosowania programów pomocowych przyjętych na podstawie rozporządzenia Komisji (WE) nr 1628/2006 do art. 1 ust. 6 lit. a rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008. Ten ostatni przepis określa przypadki, do których rozporządzenie Komisji (WE) nr 800/2008 nie ma zastosowania.

Mając powyższe na względzie, Komisja Rozstrzygająca uznała zastrzeżenie za zasadne.

Zdaniem Komisji Rozstrzygającej podkreślenia również wymaga, że w swoim stanowisku UOKiK podał, iż programy pomocowe podjęte zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1628/2006, które weszły w życie przed wejściem w życie rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008, mogą być stosowane do końca 2013 r. i w związku z tym „nie ma konieczności ich dostosowywania do przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008”¹².

Zastrzeżenie 2 dotyczyło zawartej w pkt. 2.1.1. oceny o niespełnieniu przez spółki: LG Chem Poland Sp. z o.o. (dalej: LG Chem), LG Innotek Poland Sp. z o.o. (dalej: LG Innotek), Heesung Electronics Poland Sp. z o.o. (dalej: Heesung), Dongseo Display Poland Sp. z o.o. (dalej: Dongseo) i Dong Yang Electronics Sp. z o.o. (dalej: Dong Yang) tzw. „efektu zachęty” będącego warunkiem koniecznym do uznania udzielonej im pomocy publicznej za zgodną z programem pomocowym Nr LI/572/05.

W wystąpieniu NIK stwierdziła, iż „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 Wytocznych w sprawie krajowej pomocy regionalnej¹³. 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

¹¹ Stanowisko takie nie znajduje również oparcia w załączonej do akt sprawy opinii prof. M. Szydło (vide str. 2409-2413 akt kontroli - „Zagadnienia przejściowe związane z wejściem w życie rozporządzenia Komisji nr 800/2008”).

¹² Str. 22-23 protokołu kontroli i str. 2360 akt kontroli.

¹³ Dz.Urz. WE C 74 z 10.03.1998r., s. 9.

7 lipca 1994 r. Prawo budowlane¹⁴. W przypadku nie spełnienia tego warunku pomoc publiczna 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 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. (...) 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.”.

W zastrzeżeniu Wójt podniósł, iż NIK błędnie uznała że momentem złożenia wniosku jest dzień złożenia przez ww. spółki oficjalnych dokumentów, zawierających wszelkie niezbędne dane pozwalające obliczyć wielkość pomocy. Jego zdaniem dokumenty takie składane były jeszcze przed momentem uzyskania przez dany podmiot statusu podatnika podatku od nieruchomości i potwierdzały wcześniej zgłaszaną przez taki podmiot chęć korzystania ze zwolnienia z podatku od nieruchomości. Zgłaszający zastrzeżenia 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 Kobierzyc nr LI/572/05) tj. zgłoszenia chęci korzystania z pomocy, gdyż pojęcie to (wniosek) rozumiane jest szerzej. Uchwała Rady Gminy Kobierzyc nie zawierała postanowień co do formy wniosku, w szczególności nie obowiązywała 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 z 1998 r. nie zawierały żadnego ograniczenia przewidującego, że wniosek o przyznanie pomocy publicznej, który jest

¹⁴ 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.

jednocześnie zgłoszeniem zamiaru korzystania z pomocy, musi zostać złożony w określonej formie lub że dopuszczalne jest to dopiero po wejściu w życie programu pomocowego.

Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia 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.

Wójt potwierdził, iż rzeczywiście rozstrzygnięcia decyzji KE dotyczyły wyłącznie pomocy ad hoc, ale pozostałe formy pomocy, w tym regionalna pomoc inwestycyjna udzielana na podstawie programu nr LI/572/05, zostały opisane w treści decyzji tylko informacyjnie celem pełnego przedstawienia projektu. Wynikało to z tego, iż nie istniała podstawa ani konieczność, aby decyzją KE objęta była także pomoc przyznana na podstawie programu, gdyż taka pomoc była wyłączona z obowiązku indywidualnego zgłoszenia. Zgłaszający zastrzeżenia podkreślił, że spółki negocjowały cały pakiet pomocy w ramach projektu inwestycyjnego i w związku z tym „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 KE 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 KE decyzją dotyczącą Pomocy Państwa nr 245/2006. Komisja uznała także, że wniosek dotyczący pomocy złożony został przed rozpoczęciem realizacji projektu. Wójt podkreślił, iż 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 spełniony został „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.

Zgłaszający zastrzeżenia podniósł, że NIK w wystąpieniu nie zakwestionowała istnienia efektu zachęty w stosunku do spółki LG Display, natomiast stan faktyczny w przypadku tej spółki oraz pozostałych spółek był identyczny. Jedyną różnicą 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

indywidualnego zgłoszenia, mającemu zastosowanie do dużych projektów inwestycyjnych. W decyzji KE wyraźnie wskazała, że LG Display będzie korzystało z pomocy na podstawie gminnego programu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE poszanowanie zasady równości wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że jest to obiektywnie uzasadnione (przykładowo wyrok z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-248/04 Koninklijke Cooperatie Cosun, Zb.Orz. s. 1-10211, pkt 72 wraz z cytowanym orzecznictwem). Zdaniem Wójta, z uwagi na powyższe należy uznać, że wszystkie spółki spełniły wymóg istnienia efektu zachęty, a NIK sytuacje identyczne traktuje w sposób odmienny nie uzasadniając tego żadnymi obiektywnymi względami i w wystąpieniu narusza tym samym zasadę równego traktowania oraz niedyskryminacji, które są kluczowymi zasadami w unijnym porządku prawnym. Skoro w decyzjach KE - wydanych z reguły przed złożeniem przez spółki w Urzędzie Gminy Kobierzyce (przed momentem zyskania przez dany podmiot statusu podatnika podatku od nieruchomości) pisemnego potwierdzenia wcześniej zgłaszanej chęci (wniosku) korzystania ze zwolnienia z podatku od nieruchomości – Komisja już wzięła pod uwagę, że Spółki będą korzystać z pomocy na podstawie gminnego programu pomocowego, nie można mówić, że brak było w tym czasie stosownego wniosku Spółek, rozumianego jako chęć korzystania z pomocy publicznej na podstawie § 6 Uchwały Rady Gminy Kobierzyce nr LI/572/05.

Zgłaszający zastrzeżenia zwraca uwagę, iż NIK w wystąpieniu nie wyjaśniła także na jakiej podstawie przyjęła odnosząc się do realizacji robót budowlanych, że przez 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 Izba 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 kierownika jednostki kontrolowanej 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.

Zgłaszający zastrzeżenia wniosł o:

- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 1 w brzmieniu: „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 wyłączonej z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej wynikającego z art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”)”,
- wykreślenie pkt. 2.1. i pkt. 2.1.1. z wystąpienia pokontrolnego,
- wykreślenie wniosku pokontrolnego nr 1.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Problematyka oceny spełnienia „efektu zachęty” była już - podobnie jak miało to miejsce w przypadku zastrzeżenia wcześniejszego - przedmiotem uchwał Komisji Rozstrzygających¹⁵.

Zakwestionowany przez Wójta wniosek pokontrolny i ocena, opierają się na założeniu, iż pomoc – w formie zwolnienia z podatku od nieruchomości – udzielona wskazanym spółkom była nieuprawniona ze względu na niewypełnienie w wyżej przywołanych przypadkach warunku „efektu zachęty”. Zdaniem NIK, nieprawidłowość ta wynikała z rozpoczęcia przez beneficjentów pomocy inwestycji przed formalnym złożeniem wniosku o udzielenie pomocy, co stać miało w sprzeczności z warunkami dopuszczalności udzielenia pomocy określonymi w przyjętym przez Radę Gminy w Kobierzycach programie pomocowym Nr LI/572/05.

Poddając powyższe stanowisko analizie, w pierwszym rzędzie należy wskazać, iż co do zasady, stosownie do art. 87 ust. 1 Traktatu WE (obecnie art. 107 TFUE), wszelka pomoc udzielana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Wyjątek od tej zasady został wyrażony m.in. w art. 87 ust. 3 lit. a oraz lit. c Traktatu WE, zgodnie z którym za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski, bądź pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem.

Uszczegółowienia powyższych regulacji KE dokonała w Wytycznych w sprawie krajowej pomocy regionalnej (odwołujących się do art. 92 Traktatu WE, poprzedzającego art. 87 – stanowiących tzw. „soft law”), określających kryteria oceny zgodności krajowej pomocy regionalnej z zasadami wspólnego rynku, definiujących m.in. tzw. efekt zachęty. Zasady te uszczegółowione zostały w kolejnych rozporządzeniach Komisji (WE), m.in. nr: 1628/2006 i 800/2008.

W świetle przywołanych wyżej regulacji istota efektu zachęty sprowadza się do relacji pomiędzy decyzją o rozpoczęciu inwestycji przez przedsiębiorcę a wpływem na tę decyzję istniejącego programu pomocowego. Innymi słowy, o wystąpieniu efektu zachęty można mówić wyłącznie wtedy, gdy decyzja inwestycyjna nie zapadłaby, gdyby nie istniała realna możliwość skorzystania z programu pomocowego. Z powyższego wynika, iż wystąpienie efektu zachęty ma charakter obiektywny, w tym znaczeniu, że jego ziszczenie następuje, co do zasady, w momencie spełnienia przez przedsiębiorcę wskazanych w programie pomocowym warunków pozwalających na uzyskanie pomocy.

W analizowanej sytuacji – zdaniem Komisji – dla oceny „efektu zachęty” nie mniej istotne są Decyzje KE wydane dla poszczególnych spółek (str. 2175-2272 a.k.). Dotyczą one faktycznie pomocy regionalnej ad hoc, ale w treści każdej z nich KE wyraźnie stwierdziła, iż podstawą prawną różnych form pomocy ad hoc jest m.in. umowa inwestycyjna oraz że władze polskie udziela również dodatkowej pomocy regionalnej na podstawie różnych istniejących programów pomocowych, w tym m.in. „zwolnienie z podatku od nieruchomości zostanie przyznane

¹⁵ m.in. uchwała KR Nr: 34/2012.

na podstawie programu pomocy N 221/2005 na okres od 2006 do 2011 r.", a także, iż „pomoc była przedmiotem negocjacji i inwestor wystąpił z wnioskiem o jej przyznanie przed rozpoczęciem prac związanych z inwestycją” (efekt/bodziec zachęty). W opinii Komisji Rozstrzygającej ocena „efektu zachęty”, dokonana przez KE we wskazanych decyzjach, dotyczy całego pakietu pomocy objętej umową inwestycyjną.

W ocenie Komisji analizowane przypadki dotyczyły pomocy udzielanej w formie środka fiskalnego, jednocześnie pozwalały na uzyskanie pomocy zgodnie z obiektywnymi kryteriami i bez korzystania ze swobody decyzyjnej przez Państwo Członkowskie. W konsekwencji należy przyjąć, iż w przypadkach udzielenia pomocy w formie fiskalnej (a z taką formą pomocy mamy do czynienia w zakwestionowanych przez NIK przypadkach) warunkiem uznania, że spełniony został efekt zachęty, nie musiało być złożenie przez inwestora wniosku o udzielenie pomocy przed rozpoczęciem realizacji inwestycji, wystarczyło natomiast wykazanie, że środek fiskalny (stosowną uchwałę) przyjęto przed rozpoczęciem realizacji projektu lub działań objętych pomocą.

Z wyżej opisanych okoliczności wynika zatem, iż w każdym z przywołanych przypadków rozpoczęcie inwestycji nastąpiło po wejściu w życie programu pomocowego. W ocenie Komisji oznacza to, iż zarzut dotyczący niespełnienia przez ww. inwestorów tzw. efektu zachęty uznać należy za nieuzasadniony.

Na marginesie powyższej argumentacji Komisja Rozstrzygająca zwraca uwagę, iż analiza prawidłowości postępowania kontrolowanej jednostki w badanym obszarze nie może także abstrahować od argumentu, iż istotą tzw. efektu zachęty jest relacja uzależnienia decyzji inwestycyjnej od uzyskania pomocy na określonym poziomie, rozumiana w ten sposób, że o wystąpieniu efektu zachęty można mówić wyłącznie w przypadku, w którym podjęcie decyzji o rozpoczęciu inwestycji nie nastąpiłoby, gdyby nie spodziewana pomoc. W tym kontekście Komisja uważa, iż wyrażenie przez przedsiębiorcę woli rozpoczęcia inwestycji - pod tym wszakże warunkiem, że z deklaracji tej wynika w sposób nie budzący wątpliwości uzależnienie takiej decyzji od uzyskania pomocy - może być traktowane jako wniosek o udzielenie pomocy, z zastrzeżeniem, że stanowisko takie musi być weryfikowalne (umowa, porozumienie, protokół itp.)

Zastrzeżenie 3 dotyczyło zawartej w pkt. 2.1.1. wystąpienia pokontrolnego oceny w której Izba wskazała, iż na podstawie programu pomocowego przyjętego przez Radę Gminy Kobierzycy uchwałą Nr LI/572/05 z dnia 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. Zdaniem NIK 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.

W wystąpieniu Izba stwierdziła, że:

- niewłaściwym byłoby przyjęcie – jak czyni to 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 przedmiotowy¹⁶, 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 KE, która zatwierdzając program pomocowy przyjęty przez Radę Gminy Kobierzyce uchwałą nr LI/572/05 stwierdziła: „Program obowiązuje do 31 grudnia 2006 r. Prawo do zwolnienia z podatku od nieruchomości musi zostać nabyte przed upływem tego terminu.¹⁷”;
- 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 podatkowe¹⁸;
- przy stosowaniu prawa podatkowego obowiązuje zasada legalizmu i praworządności wynikająca z art. 120 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa¹⁹ – odstępstwa od tej zasady stosowania prawa podatkowego nie można było uczynić przywołując wnioski 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;
- 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.

Oceny zawarte w pkt. 2.1.1 wystąpienia pokontrolnego, zakwestionowane w zastrzeżeniach 2 i 3 stanowiły podstawę do sformułowania wniosku pokontrolnego nr 1 o „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

¹⁶ „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.

¹⁷ Decyzja Komisji Europejskiej nr K(2005) 3896 z dnia 7 października 2005, pkt. 2.11.

¹⁸ Wówczas do 15 stycznia danego roku.

¹⁹ Dz. U. z 2012 r., Nr 749 ze zm.

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.”.

W **zastrzeżeniu** Wójt stwierdził, iż decyzją z dnia 10 października 2005 r. KE 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.”

Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia 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. Ponadto Wójt stwierdził, iż 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 na zapisy § 1 ust. 1 i 4 tegoż programu.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia, 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 NIK (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.

Dodatkowo Wójt zwrócił uwagę, że ww. postanowienia programu pomocowego powinny być interpretowane zgodnie z prawodawstwem europejskim, które ma pierwszeństwo przed prawem polskim, jako prawem krajowym²⁰, a prezentowane przez niego 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 punkcie niniejszych zastrzeżeń.

Zgłaszający zastrzeżenia wniósł o:

- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 1 w brzmieniu: „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 wyłączonej z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej wynikającego z art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE)”
- wykreślenie pkt. 2.1. i pkt. 2.1.1. z wystąpienia pokontrolnego,
- wykreślenie wniosku pokontrolnego nr 1.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Problematyka dopuszczalności korzystania ze zwolnień podatkowych budynków i budowli, wobec których obowiązek podatkowy powstał w momencie, gdy nie obowiązywały już akty prawa miejscowego, w oparciu o które udzielono jednorazowych zwolnień z podatku od nieruchomości dla inwestycji (w ramach których budynki te wybudowano) była przedmiotem szeregu rozstrzygnięć Komisji Rozstrzygających powołanych do rozpatrzenia zastrzeżeń zgłaszanych do wystąpień kierowanych w ramach omawianej kontroli koordynowanej²¹. By nie powielać argumentacji podniesionej w ww. uchwałach (mających zastosowanie także w analizowanych przypadku) Komisja zwraca jedynie uwagę, iż ocenianie legalności realizacji programu pomocy publicznej polegającej na zwolnieniu od podatku od nieruchomości według kryterium momentu powstania obowiązku podatkowego jest nieprawidłowe, sprzeczne z fundamentalnymi założeniami leżącymi u podstaw pomocy publicznej. Uchwalane przez gminy programy pomocy przewidujące tego rodzaju zwolnienia podatkowe były i są nadal Instrumentem gminnej polityki inwestycyjnej i polityki zatrudnienia. Ich zasadniczym celem jest rozwój gospodarczy gmin. Powiązanie pomocy publicznej z realizacją przez przedsiębiorcę nowej inwestycji i tworzeniem nowych miejsc pracy powoduje, że dokonane przez przedsiębiorcę zgłoszenie zamiaru skorzystania z tej pomocy należy odnosić do nowej inwestycji, a nie do wyizolowanych, samodzielnych przedmiotów nabytych lub wytworzonych w jej ramach. W omawianej sprawie nową inwestycję należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w obowiązującym – w okresie, którego dotyczy kwestionowana ocena – przepisie art. 7 pkt 11 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców²².

²⁰ 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).

²¹ przykładowo, uchwały KR Nr: 33, 34, 35, 36.

²² Stosownie do powołanego przepisu przez nową inwestycję należy rozumieć inwestycję związaną z utworzeniem, rozbudową lub nabyciem przedsiębiorstwa, jak również z rozpoczęciem w przedsiębiorstwie działań obejmujących dokonywanie zasadniczych zmian produkcji bądź procesu produkcyjnego, zmian wyrobu lub usługi, w tym także zmian w zakresie sposobu świadczenia usług.

Biorąc to pod uwagę, niesłuszne jest prezentowane w ocenie podejście do zagadnienia legalności nabycia przez wskazane spółki prawa do otrzymania pomocy publicznej na podstawie uchwały Nr LI/572/05. Z oceny wynika, że zdaniem NIK spółki nabyły prawo do uzyskania pomocy publicznej na podstawie tej uchwały wyłącznie w odniesieniu do tych nieruchomości, co do których obowiązek podatkowy powstał przed upływem terminu obowiązywania uchwały Nr LI/572/05, tj. przed dniem 31 grudnia 2006 r., ale nie nabyły go w stosunku do nieruchomości, wybudowanych po tym terminie. Takie podejście jest błędne oraz niezgodne z celem uchwały. Przewidziana w niej pomoc publiczna miała być udzielana przedsiębiorcom realizującym nowe inwestycje. Budynki i budowle, o których jest mowa w kwestionowanej ocenie, stanowiły części składowe nowych inwestycji. Tymczasem nieruchomości te potraktowane zostały w ocenie jako samodzielne inwestycje, dla których przedsiębiorca powinien odrębnie nabyć prawo do otrzymania pomocy publicznej. Źródłem błędu jest rozpatrywanie legalności nabycia przez spółki prawa do otrzymania pomocy publicznej w kontekście przepisów ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, zamiast w kontekście przepisów uchwały, która była podstawą przyznania pomocy publicznej spółkom. Zgodnie z uchwałą pomoc publiczna przyznawana była na wsparcie nowych inwestycji, a nie na nabycie gruntu lub wybudowanie budynku jako samodzielnych – oderwanych od inwestycji przedmiotów opodatkowania podatkiem od nieruchomości; w związku z tym, moment powstania w stosunku do nich obowiązku podatkowego w podatku od nieruchomości jest z punktu widzenia oceny legalności nabycia przez wskazane spółki prawa do pomocy publicznej bez znaczenia. W opinii Departamentu przedsiębiorca nabywał prawo do otrzymania pomocy na warunkach określonych w uchwale Nr LI/572/05 w dniu zgłoszenia zamiaru skorzystania z pomocy, dokonanego w okresie obowiązywania tej uchwały. Ponieważ uzyskane w ten sposób prawo było związane z nową inwestycją, obejmowało ono swoim zakresem wszystkie nabyte w celu jej realizacji grunty i wybudowane w tym samym celu na gruncie budynki bez względu na to, czy obowiązek w podatku od nieruchomości w stosunku do nich powstał przed, czy po utracie mocy obowiązującej uchwały Nr LI/572/05

Zastrzeżenie 4 dotyczyło zawartej w pkt. 2.4. wystąpienia pokontrolnego oceny, iż pomoc publiczna udzielona na podstawie uchwały Nr LI/572/05 z dnia 27 października 2005 r. dla 9 beneficjentów wskazanych w ppkt. 2.1.1., udzielona zostało pomimo niewypełnienia warunku ujętego w § 6 pkt 1 lit. b) uchwały, co do przedłożenia w terminie 2 miesięcy od dnia oddania nowej inwestycji do użytku, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem.

W wystąpieniu Izba stwierdziła, iż 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 wynagrodzeniach (za cały okres korzystania ze zwolnienia oraz za I i II kwartał 2011 r.). Dodatkowo NIK zwróciła uwagę, iż wyrażone przez Wójta (w wyjaśnieniach dla NIK oraz zastrzeżeniach do protokołu) 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). Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby 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.

W **zastrzeżeniu** Wójt ponownie stwierdził, iż wszyscy beneficjenci spełnili warunek zapisany w § 6 ust. 1 Uchwały nr LI/572/05 z dnia 27 października 2005 r. oraz § 6 ust. 1 Uchwały XI/130/07 z dnia 28 czerwca 2007 r. uprawniający do skorzystania ze zwolnienia w związku z przedłożeniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uprawniających do objęcia zwolnieniem w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia inwestycji.

Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia:

- 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 miała powodów by poddawać je w wątpliwość i żądać dodatkowych dokumentów, czy przeprowadzać kontrolę we własnym zakresie,
- uchwała Rady Gminy nr LI/572/05, ani żadne inne przepisy prawa nie precyzują rodzaju dokumentów, które należy uznać za odpowiednie i konieczne jako potwierdzające prawo do przedmiotowego zwolnienia – tak więc spółki miały prawo potwierdzić fakt uprawniający do zwolnienia w dowolnej formie, tj.: informacji/oświadczenia o poniesionych kosztach inwestycyjnych, kopii protokołu kontroli Ministerstwa Gospodarki - potwierdzającego poniesione nakłady inwestycyjne,
- przywołany w wystąpieniu „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.”.

W związku z powyższym Wójt wniósł o wykreślenie ze str. 11 wystąpienia fragmentu rozpoczynającego się od wyrazów „W tej sytuacji w pełni zasadna i zgodna ze stanowiskiem Pana Wójta pozostaje ocena NIK”, a kończącego się wyrazami „oraz sprawozdania GUS Z-03 o zatrudnieniu i wynagrodzeniach”.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Komisja Rozstrzygająca mając na uwadze, że żadne przepisy prawa, w tym również uchwała Nr LI/572/05 Rady Gminy Kobierzyce z dnia 27 października 2005 r., nie precyzują rodzaju dokumentów, które należy uznać za odpowiednie i konieczne do potwierdzenia prawa do zwolnienia w podatku od nieruchomości, uznała, iż wystarczającym dowodem dokonania inwestycji w nowe środki trwałe związane z utworzeniem nowego przedsiębiorstwa (§ 1 ust. 4 pkt 1 cyt. wyżej uchwały) jest uzyskanie przez inwestora decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego (dalej: PINB) w sprawie udzielenia pozwolenia na użytkowanie obiektów

stanowiących nowe przedsiębiorstwo lub jego część. Z dowodów zgromadzonych w toku kontroli, a także przekazanych na żądanie Komisji przez składającego zastrzeżenia wynika, iż każdorazowo decyzje PINB w sprawie udzielenia pozwolenia na użytkowanie przekazywane były do wiadomości Wójta Gminy Kobierzyce. W tej sytuacji można – zdaniem Komisji Rozstrzygającej – przyjąć, iż Wójt na bieżąco informowany był o spełnieniu przez beneficjentów pomocy publicznej warunków do jej udzielenia wynikających z § 1 ust. 4 pkt 1 uchwały Nr LI/572/05 (w zw. z § 6 ust. 1 lit. b cyt. uchwały). Bezzasadne więc byłoby ponowne żądanie od przedsiębiorców przedkładania dokumentów, które Wójt już posiadał.

Nieco bardziej skomplikowana jest – w ocenie Komisji – kwestia potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w § 2 ust. 1 i 2 uchwały (utworzenie nowych miejsc pracy), zgodnie bowiem z ust. 1 pomoc przysługiwała takiemu przedsiębiorcy, który zrealizował na terenie Gminy Kobierzyce nowe inwestycje polegające na uruchomieniu działalności produkcyjnej, pod warunkiem utworzenia, nie później niż w okresie 3 lat od dnia zakończenia inwestycji, nowych miejsc pracy z nią związanych. Z uwagi na to, że zatrudnianie nowych pracowników jest procesem dynamicznym, realizowanych w długim okresie, niemożliwe jest precyzyjne wskazanie momentu, od którego należałoby liczyć dwumiesięczny termin wskazany w § 6. W tej sytuacji – zdaniem Komisji Rozstrzygającej – najwłaściwszym sposobem oceny spełniania warunków, o których mowa w § 2 ust. 1 i 2 uchwały jest okresowe monitorowanie (i dokumentowanie jego wyników) stanu zatrudnienia u przedsiębiorców będących beneficjentami pomocy publicznej. Wyrazem takiego monitoringu było, zdaniem Komisji, skierowane do przedsiębiorców w dniu 5 października 2011 r. żądanie przedłożenia m.in. kopii sprawozdań Z-3. W okresie wcześniejszym za wyraz wspomnianego monitoringu uznać można, będące w posiadaniu Wójta, protokoły z audytów przeprowadzonych przez Ministerstwo Gospodarki u beneficjentów pomocy w zakresie poniesionych kosztów kwalifikowanych oraz liczby utworzonych miejsc pracy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja Rozstrzygająca, po dokonaniu szczegółowej analizy przekazanych przez Wójta dodatkowych dokumentów, uznała zastrzeżenie za zasadne.

Zastrzeżenie 5 dotyczyło zawartej w pkt. 2.4. wystąpienia pokontrolnego oceny, w brzmieniu: „Kontrola postępowań związanych z pomocą publiczną pod względem jednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie wymogów uzyskania pomocy wykazała nieprawidłowości w tym zakresie.”

W wystąpieniu NIK wskazała, iż w przypadku spółki UPM Raflatac Sp. z o.o. (dalej: Raflatac) rezultatem postępowania podatkowego prowadzonego przez Wójta w latach 2010-2011 było ostatecznie „cofnięcie”²³ 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:

²³ 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.

- 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,
- UOKiK, 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 gminy²⁴,
- 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 powzięcie przez spółkę informacji o przygotowaniach do wdrożenia takiego programu nie może być uznane za uzyskanie pewności co do jego przyszłego faktycznego 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”).

Mając na uwadze powyższe, Izba w wystąpieniu stwierdziła, iż:

- w analizowanej sprawie w pełni podziela 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 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 Wójta pozostaje ocena NIK o udzieleniu pomocy publicznej (pomoc przyznana automatycznie) na podstawie uchwały Nr LI/572/05 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 (*vide* zastrzeżenie nr 4).

W **zastrzeżeniu** Wójt podniósł, iż „zarzut dotyczący niejednakowego traktowania przedsiębiorców w zakresie uzyskania pomocy publicznej nie znajduje żadnych podstaw. NIK 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.”.

²⁴ Pismo UOKiK z dnia 9 marca 2011 r. kierowane do Skarbnika Gminy Kobierzyce w odpowiedzi na zapytanie z 10 grudnia 2010 r.

Zgłaszający zastrzeżenia odnośnie „cofnięcia” zwolnienia z podatku od nieruchomości na nową inwestycję oraz zatrudnienie dla spółki Raflatac stwierdził, iż:

- 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.”,
- z kolei zapis art. 8 ust. 5 Rozporządzenia KE 1628/2006 stwierdza, iż „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.”,
- ww. zasada została wyrażona w § 2 Uchwały Nr XI/130/07, 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,
- wyżej opisany fakt poniesienia wydatków przed wejściem w życie programu pomocowego był powodem wydania niekorzystnej dla spółki Raflatac indywidualnej interpretacji prawa podatkowego oraz „cofnięcia” zwolnienia w podatku od nieruchomości.

Wójt podkreślił, iż analogicznego zapisu brak było w poprzednio obowiązującym programie pomocowym LI/572/05 oraz wcześniejszych Wytycznych z 1998 r. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia „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.”.

W związku z powyższym, Wójt wniósł o:

- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 2 w brzmieniu: „[2] niejednakowym traktowaniu przedsiębiorców, którzy wystąpili z wnioskiem o przyznanie pomocy publicznej”,

- 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”,
- wykreślenie w pkt. 2.4 fragmentu wystąpienia rozpoczynającego się od wyrazów: „W analizowanej sprawie istotnym jest, że Najwyższa Izba Kontroli w pełni podziela”, a kończącego się wyrazami „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.”,
- wykreślenie wniosku pokontrolnego nr 1.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Komisja Rozstrzygająca nie podziela opinii wyrażonej w wystąpieniu pokontrolnym, iż kontrola wykazała przypadki niejednolitego traktowania przedsiębiorców w zakresie spełniania wymogów koniecznych dla uzyskania pomocy publicznej. Ocena taka zdaje się bowiem abstrahować od faktu, iż w czasie starania się o pomoc publiczną przez spółki LG Chem, LG Innotek, Heesung, Dongseo i Dong Yang obowiązywał inny stan prawny (program pomocowy wprowadzony uchwałą Nr LI/572/05 Rady Gminy Kobierzyce z 27 października 2005 r. i Wytyczne Komisji Europejskiej z 1998 r. w sprawie krajowej pomocy regionalnej) niż w okresie kiedy o taką pomoc wystąpiła spółka Rafłatac (program pomocowy wprowadzony uchwałą Nr XI/130/07 Rady Gminy Kobierzyce z 28 czerwca 2007 r. i rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 1628/2006 z 24 października 2006 r.).

Komisja ponownie zwraca uwagę, że w okresie kiedy pomoc publiczna przyznawana była spółkom LG Chem, LG Innotek, Heesung, Dongseo i Dong Yang w obowiązujących przepisach nie zostało jasno określone na czym polegało wypełnienie tzw. efektu zachęty (od jakiego momentu można uznać, że efekt ten występuje, bądź nie). Dlatego też komisje rozstrzygające przyjęły, iż istotą tego efektu była relacja uzależniająca decyzję inwestycyjną od uzyskania pomocy na określonym poziomie, rozumiana w ten sposób, że o wystąpieniu efektu zachęty można mówić wyłącznie w przypadku, w którym podjęcie decyzji o rozpoczęciu inwestycji nie nastąpiłoby, gdyby nie spodziewana pomoc.). Podkreślić przy tym należy, że 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, zaś w samej uchwale Nr LI/572/05 brak było zastrzeżenia uzależniającego prawo do pomocy publicznej od momentu rozpoczęcia inwestycji (poniesienia pierwszych wydatków dopiero po wejściu w życie programu pomocowego).

Zgoda odmiennie problem ten przedstawiał się w okresie obowiązywania uchwały Nr XI/130/07. Wówczas warunkiem uznania kwalifikowalności projektu inwestycyjnego do pomocy regionalnej było poniesienie pierwszych wydatków dopiero po wejściu w życie programu pomocowego. W tej sytuacji uznać więc należy, że jasno sprecyzowane zostało od jakiego momentu oceniać można wypełnienie tzw. efektu zachęty. Ponieważ spółka Rafłatac nabyła nieruchomości gruntową na terenie gminy Kobierzyce w dniu 28 czerwca 2007 r., tj. 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.), to 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.

Z powyższych względów - zdaniem Komisji - nie jest zasadne formułowanie oceny o niejednolitym traktowaniu przedsiębiorców w zakresie uzyskania pomocy publicznej, w sytuacji gdy podstawą takiej oceny są dwie różne podstawy prawne (wyznaczniki).

Komisja podkreśla jednocześnie, że to wyłącznie wspomniane wyżej okoliczności stanowiły przesłankę do uznania, iż projekt inwestycyjny realizowany przez Rafflac nie kwalifikował się do pomocy regionalnej, zaś przywołana w uzasadnieniu wydanej dla Spółki decyzji w sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego w podatku od nieruchomości za 2009 r. norma z § 6 ust. 1 lit. b) jest jedynie uzupełniającym cytatem dla podstawowej przesłanki wydania tej decyzji, tj. normy z § 6 ust. 1 lit. a).

Zastrzeżenie 6 dotyczyło zawartej w pkt. 2.2. wystąpienia pokontrolnego oceny, w brzmieniu: „NIK negatywnie ocenia przyjęcie przez Wójta w imieniu Gminy Kobierzycze obowiązku odszkodowawczego na łączną kwotę 40 357,7 tys. zł²⁵ w treści umów inwestycyjnych zawartych z beneficjentami pomocy publicznej wskazanymi powyżej²⁶”.

W wystąpieniu Izba stwierdziła, iż podstawowe zastrzeżenia odnoszą się do zakresu umownej odpowiedzialności odszkodowawczej Gminy Kobierzycze 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 Kobierzycze – oprócz odpowiedzialności odszkodowawczej z przyczyn zależnych od Gminy np. niedotrzymanie przyjętych w umowie zobowiązań – przyjął także odpowiedzialność za sytuacje niezależne od Gminy Kobierzycze – 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 uzyskują kosztem majątku Gminy Kobierzycze 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 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 Kobierzycze) potwierdziła, że nie przysługuje jej immunitet wynikający z suwerenności lub innej podstawy (rozdział IX umowy). Choć rozwiązanie takie spełnia kryterium legalności, to

²⁵ w kwocie uwzględniono zmniejszenia dokonane w wyniku „aneksowania” umów inwestycyjnych (pierwotnie było to 48.709,3 tys. zł.).

²⁶ z wyjątkiem Toshiba Television Central Europe Sp. z o.o.

wylączenie sporu o odszkodowanie z jurysdykcji sądów polskich osłabia pozycję stron polskich w ewentualnym procesie.

W zastrzeżeniu Wójt podniósł, że to Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. w przeważającej mierze negocjowała warunki Umów Inwestycyjnych, w uzgodnieniu ze stroną rządową i samorządami, natomiast rola Gminy Kobierzyce była w tym przedsięwzięciu marginalna. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia zawarcie Umów inwestycyjnych samo w sobie nie rodzi także odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie Gminy Kobierzyce. W umowach znajduje się bowiem 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. Ponadto, Wójt wskazał, iż nie zaszyły 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 miałaby 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.

Zgłaszający zastrzeżenia podzielił pogląd NIK, która – jego zdaniem – 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 uchylecia 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 ko)”, natomiast nie zgodził się ze stanowiskiem Izby 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 wylączenie sporu o odszkodowanie z jurysdykcji sądów polskich osłabia pozycję stron polskich w ewentualnym procesie. Wójt stwierdził, iż skoro zgodnie z postanowieniami Umów podlegają one prawu polskiemu, to każdy sąd, także arbitrażowy, orzekałby na podstawie prawa polskiego. Jego zdaniem NIK nie przedstawiła, żadnych argumentów przemawiających za tym, że strona polska poddając ewentualne spory pod arbitraż postawiła się w mniej korzystnej sytuacji. Stanowisko Izby 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.

Ponadto zgłaszający zastrzeżenia przywołał art. 60 ust. 2 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (w brzmieniu przed zmianą która weszła w życie dnia 2 czerwca 2012 r.) zgodnie z którym 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. Wójt podniósł, iż w protokole kontroli nie zostały

przywołane zapisy umów inwestycyjnych odnoszące się do sposobu rozstrzygania sporów, a więc – w jego ocenie – na etapie wystąpienia pokontrolnego kwestie te nie mogą być poddawane ocenie.

Mając na uwadze powyższe zgłaszający zastrzeżenia wniósł o:

- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 3 w brzmieniu: „[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”,
- wykreślenie pkt. 2.2 z wystąpienia pokontrolnego.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

Zgodnie z art. 60 ust. 2 ustawy o NIK²⁷ wystąpienie pokontrolne zawiera oceny kontrolowanej działalności, wynikające z ustaleń opisanych w protokole kontroli. Z kolei stosownie do art. 53 ust. 2 ustawy o NIK²⁸ protokół kontroli zawiera zwięzły opis stanu faktycznego stwierdzonego w toku kontroli, w tym ustalonych nieprawidłowości, z uwzględnieniem przyczyn ich powstania, zakresu i skutków oraz osób za nie odpowiedzialnych. Biorąc pod uwagę obie przytoczone wyżej normy, Komisja Rozstrzygająca uważa, że krytyczne oceny i uwagi zamieszczane w wystąpieniu pokontrolnym powinny wynikać wyłącznie z nieprawidłowości opisanych w protokole kontroli.

Komisja Rozstrzygająca mając na uwadze treść protokołu kontroli uznała, że zakwestionowana ocena jest niedopuszczalna bowiem nie wynika z ustaleń (nieprawidłowości) opisanych w tymże protokole. W protokole kontroli nie poświęcono ocenianej nieprawidłowości ani słowa skupiając się wyłącznie na domniemanej nieprawidłowości polegającej na zaciągnięciu przez Wójta Gminy Kobierzyce zobowiązania w kwotach odpowiadających obowiązkowi odszkodowawczemu, tj. 40.357.688,60 zł (wg Umów inwestycyjnych z uwzględnieniem postanowień aneksów) oraz nie dopełnieniu obowiązku wykazania powyższej kwoty w sprawozdaniu budżetowym RB-Z. Ponieważ wyłącznie na tę okoliczność żądano w toku kontroli od Wójta wyjaśnień, uznać Zdaniem Komisji należy, że w zakresie oceny przyjęcia przez Wójta obowiązku odszkodowawczego naruszono zasadę kontrydiktoryjności postępowania kontrolnego.

Biorąc powyższe pod uwagę Komisja uwzględniła zastrzeżenie z przyczyn formalnych i orzekła jak w sentencji.

Zastrzeżenie 7 dotyczyło oceny ogólnej w brzmieniu: „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 wyłączonej z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej wynikającego z art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”); [2] niejednakowym traktowaniu przedsiębiorców, którzy wystąpili z wnioskiem o przyznanie pomocy publicznej; [3] przyjęciu przez Wójta (w imieniu Gminy Kobierzyce) w umowach

²⁷ W brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli.

²⁸ W brzmieniu jw.

inwestycyjnych obowiązku odszkodowawczego wobec przedsiębiorców z tytułu utraty prawa do pomocy także z przyczyn niezależnych od Gminy Kobierzyce."

W **zastrzeżeniu** Wójt, mając na względzie powyższe umotywowane zastrzeżenia, zakwestionował ocenę faktów oraz interpretację przepisów prawnych dokonaną przez NIK „z której zdaje się wynikać istnienie w jednostce kontrolowanej nieprawidłowości w związku z udzielaniem pomocy publicznej”. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia pomoc publiczna udzielana była w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, a także z zachowaniem zasad gospodarności i rzetelności.

Wójt podtrzymał wszystkie stwierdzenia zawarte we wcześniej złożonych przez niego wyjaśnieniach oraz zastrzeżeniach, w tym zgłoszonych przy zastrzeżeniach ocen częściowych wnioski dotyczące oceny ogólnej, tj.:

- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 1 w brzmieniu: „[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 wyłączonej z obowiązku notyfikacji do Komisji Europejskiej wynikającego z art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE)” – *vide* zastrzeżenia nr 2 i nr 3,
- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 2 w brzmieniu: „[2] niejednakowym traktowaniu przedsiębiorców, którzy wystąpili z wnioskiem o przyznanie pomocy publicznej” – *vide* zastrzeżenie nr 5,
- wykreślenie z oceny ogólnej pkt. 3 w brzmieniu: „[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” – *vide* zastrzeżenie nr 6.

Komisja Rozstrzygająca uwzględniła zastrzeżenie.

W związku z uwzględnieniem wszystkich zastrzeżeń, Komisja Rozstrzygająca postanowiła dokonać zmiany negatywnej oceny ogólnej na pozytywną z nieprawidłowościami oraz wykreślić uzasadnienie oceny wraz ze wszystkimi wymienionymi w nim nieprawidłowościami. Uzasadnieniem nowej oceny są nieprawidłowości stwierdzone przy udzielaniu pomocy regionalnej spółce POSCO-PWPC Sp. z o.o., opisane w punkcie 2.3. wystąpienia pokontrolnego (przed zmianami), do których nie zostały zgłoszone zastrzeżenia przez Wójta Gminy Kobierzyce.

Zgodnie z art. 56⁸⁶⁾ ust. 6 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli uchwała Komisji Rozstrzygającej jest ostateczna.

Barbara Komar

Dariusz Bojanowski



Tomasz Zaborek