
■ ■ ■ Domański Zakrzewski Palinka

WARUNKI

ZAPEWNIENIA PRZEZ GMINĘ DOSTĘPU DO INTERNETU W RAMACH USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

Projekt: POIG.07.01.00-00-019/09

SPIS TREŚCI

| | | |
|-----|---|----|
| 1. | PRZEDMIOT I CEL OPRACOWANIA | 2 |
| 2. | WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH I DOKUMENTÓW | 2 |
| 3. | DEFINICJE..... | 4 |
| 4. | DZIAŁANIA PRZEDREALIZACYJNE..... | 5 |
| 5. | ZAPEWNIENIE DOSTĘPU DO INTERNETU W RAMACH UOIG | 15 |
| 6. | ZAPEWNIENIE DOSTĘPU TELEKOMUNIKACYJNEGO | 27 |
| 7. | WYMOGI DOTYCZĄCE PRZEJRZYSTOŚCI FINANSOWEJ | 29 |
| 8. | POMOC PUBLICZNA A REALIZACJA PRZESIĘWZIĘCIA..... | 31 |
| 9. | REALIZACJA PRZESIĘWZIĘCIA Z UDZIAŁEM ŚRODKÓW POCHODZĄCYCH Z UE..... | 34 |
| 10. | PODSUMOWANIE | 37 |

1. PRZEDMIOT I CEL OPRACOWANIA

Niniejsze opracowanie prezentuje zasadnicze ścieżki postępowania gminy związane z realizacją zadań własnych w zakresie działalności telekomunikacyjnej polegającej na szeroko rozumianym zapewnieniu dostępu do Internetu, przy uwzględnieniu obowiązku zapewnienia dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Analizując uwarunkowania związane z podjęciem przez gminę określonych działań w celu zapewnienia dostępu do Internetu można wskazać na trzy zasadnicze etapy podejmowania tej działalności: (i) etap przedrealizacyjny (przygotowawczy), (ii) etap realizacji Przedsięwzięcia oraz (ii) etap świadczenia usług (etap operacyjny).

Niniejsze opracowanie dotyczy realizacji zadań własnych gminy, z uwzględnieniem wykorzystania do ich realizacji schematu wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym.

Usługę w rozumieniu niniejszego opracowania należy rozumieć szeroko i może obejmować ona również aspekt inwestycyjny (przy zachowaniu przesłanek usług w ogólnym interesie gospodarczym). Zakres dopuszczalnej działalności telekomunikacyjnej gminy oraz zasady jej prowadzenia zostały określone w Ustawie z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675). Opracowanie bazuje na podstawowych formach wykonywania działalności przez gminę (jednostka budżetowa, spółka komunalna, przedsiębiorca zewnętrzny). Wybór konkretnej formy realizacji powinien oczywiście zależeć od charakteru i zakresu zadania.

Opracowanie skupia się na opisanu wymogów koniecznych dla powierzenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w zależności od wybranego trybu powierzenia. Nie wyklucza to w żadnym stopniu konieczności stosowania przez gminy przy realizacji przedsięwzięć właściwych przepisów prawa, w tym w zakresie telekomunikacji, dotyczących trybu wyboru podmiotu realizującego zadanie (np. zamówieniowych, koncesyjnych), czy przepisów o finansach publicznych.

Opracowanie zostało przygotowane na zlecenie Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

2. WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH I DOKUMENTÓW

Niniejsze opracowanie warunków świadczenia usług dostępu do Internetu przez gminę zostało przygotowane w oparciu o następujące akty prawne i dokumenty:

2.1 na szczeblu wspólnotowym:

- (a) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „**TFUE**”),
- (b) Komunikat Komisji Wytyczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego

wdrażania sieci szerokopasmowych (Dz. Urz. UE C 235 z 30.9.2009) (dalej: „**Wytyczne KE**”),

- (c) Decyzja Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L 312 z 29.11.2005), (dalej: „**Decyzja KE dotycząca rekompensaty**”),
- (d) Wspólnotowe ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (Dz. Urz. UE C 297 z 29.11.2005 r.) (dalej: „**Wytyczne KE dotyczące rekompensaty**”),
- (e) Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans GmbH przeciwko Regierungspräsidium Magdeburg (dalej: „**Wyrok w sprawie Altmark**”).

2.2 na szczeblu krajowym:

- (a) Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675) (dalej: „**Ustawa o wspieraniu sieci**” lub „**Ustawa**”),
- (b) Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) (dalej: „**Ustawa Prawo telekomunikacyjne**”),
- (c) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) (dalej: „**Ustawa o samorządzie gminnym**”);
- (d) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.) (dalej: „**Ustawa o gospodarce komunalnej**”).
- (e) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 . o finansach publicznych (Dz. U. Nr 57, poz. 1240 ze zm.) (dalej: „**Ustawa o finansach publicznych**”),
- (f) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), (dalej: „**Ustawa Prawo zamówień publicznych**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”),
- (g) Ustawa z dnia 30 kwietnia o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz.404-j.t. z późn. zm.); (dalej: „**Ustawa o pomocy publicznej**”)
- (h) ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz.100), (dalej „**Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym**” lub „**Ustawa o PPP**”),
- (i) ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101), (dalej „**Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi**”).

Powyższa lista określa jedynie podstawowe przepisy prawa oraz dokumenty, które mogą mieć zastosowanie przy wykonywaniu przez gminę działalności w zakresie telekomunikacji i nie powinna być traktowana jako wyczerpujące zestawienie.

3. DEFINICJE

3.1 Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto następujące definicje:

- (a) **Działalność** – działalność w zakresie telekomunikacji, o której mowa w art. 3 ust. 1 Ustawy o wspieraniu sieci, zgodnie z którym w celu zaspokojenie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej gmina¹ może:
 - (i) budować lub eksploatować infrastrukturę telekomunikacyjną i sieci telekomunikacyjne oraz nabywać prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;
 - (ii) dostarczać sieci telekomunikacyjne lub zapewniać dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej;
 - (iii) świadczyć, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usługi na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 Ustawy Prawo telekomunikacyjne, bądź użytkowników końcowych;
- (b) **pomoc publiczna** –pomoc państwa spełniająca przesłanki określone w art. 107 ust. 1 TFUE,
- (c) **Przedsięwzięcie** – oznacza projekt realizowany przez gminę, obejmujący szereg działań, którego celem jest zapewnienie dostępu do Internetu, realizowany w ramach schematu usług w ogólnym interesie gospodarczym,
- (d) **UOIG lub usługi publiczne** – usługi w ogólnym interesie gospodarczym, o których mowa w art. 106 TFUE, czyli usługi, które mają charakter gospodarczy (tj. są świadczone w ramach działalności gospodarczej prowadzonej na rynku przez podmioty działające komercyjnie) i co do zasady obejmują działalność istotną z punktu widzenia funkcjonowania danej społeczności, która najprawdopodobniej nie byłaby wykonywana bez wsparcia ze strony podmiotu publicznego (lub nie byłaby wykonywana na określonych warunkach np. w odniesieniu do jakości czy dostępności cenowej). Zdefiniowanie jakiego rodzaju działalność stanowi UOIG należy do danego państwa członkowskiego. Co do zasady w kategorii tej znajdują się określone zadania użyteczności publicznej realizowane przez gminy.

3.2 Zamieszczone w niniejszym opracowaniu uwagi dotyczące:

¹ Niniejsze opracowanie, zgodnie z jego przedmiotem, odnosi się do zapewnienia dostępu do Internetu przez gminę. Należy jednak podkreślić, iż działalność w zakresie telekomunikacji, o której mowa w art. 3 ust. 1 Ustawy o wspieraniu sieci, mogą podejmować pozostałe jednostki samorządu terytorialnego jak i związki tych jednostek oraz inne podmioty (zob. bliżej art. 5 Ustawy o wspieraniu sieci).

- (a) gminy odnoszą się odpowiednio do związku międzygminnego w rozumieniu art. 64 Ustawy o samorządzie gminnym,
- (b) organu stanowiącego gminy odnoszą się odpowiednio do zgromadzenia związku międzygminnego,
- (c) organu wykonawczego gminy odnoszą się odpowiednio do zarządu związku międzygminnego.

4. DZIAŁANIA PRZEDREALIZACYJNE

Głównymi elementami tego etapu jest określenie:

- (a) przedmiotu działalności telekomunikacyjnej, której może podjąć się gmina w ramach schematu UOIG;
- (b) wyboru ścieżki realizacji danego Przedsięwzięcia.

4.1 Przedmiot działalności

4.1.1 Zgodnie z Ustawą o wspieraniu sieci gmina, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty, może podejmować Działalność wskazaną w art. 3 ust. 1, tj.

- (a) budować lub eksploatować infrastrukturę telekomunikacyjną i sieci telekomunikacyjne oraz nabywać prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;
- (b) dostarczać sieci telekomunikacyjne lub zapewniać dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej;
- (c) świadczyć, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usługi na rzecz:
 - (i) przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
 - (ii) podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 Ustawy Prawo telekomunikacyjne,
 - (iii) użytkowników końcowych - w zakresie i na warunkach określonych w Ustawie o wspieraniu sieci.

4.1.2 Podejmowana przez gminę (lub inną jednostkę samorządu terytorialnego) Działalność stanowi zadanie własne tej gminy, o charakterze użyteczności publicznej.

4.1.3 Zgodnie z Ustawą o wspieraniu sieci, podjęcie przez gminę Działalności jest uwarunkowane spełnieniem następujących przesłanek:

- (a) wystąpienie potrzeby wspólnoty samorządowej;
- (b) zachowanie określonych wymogów technicznych (tj. kompatybilności i łączności z innymi sieciami telekomunikacyjnymi tworzonymi przez podmioty publiczne lub finansowanymi ze środków publicznych);

- (c) zagwarantowanie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, na zasadach równego traktowania, współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz dostępu do nich;
- (d) działalność powinna być wykonywana w sposób przejrzysty i niezakłócający rozwoju równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych;
- (e) w przypadku świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych należy wykazać istnienie niezaspokojonego zapotrzebowania użytkowników końcowych i zagwarantować, iż działalność ta będzie proporcjonalna i niedyskryminująca, przy czym, przy zachowaniu określonych warunków, usługa ta może być świadczona bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa². Przy czym za cenę rynkową uznaje się cenę usługi, która odzwierciedla wszystkie koszty świadczenia tej usługi na danym obszarze (wraz z kosztami wytworzenia infrastruktury) oraz odpowiednią marżę operatora.

4.1.4 Podstawowymi przesłankami identyfikującymi UOIG w ramach realizacji zadań związanych z sieciami szerokopasmowymi są natomiast:

- (a) obszar – interwencja gminy, aby mogła być podejmowana w ramach schematu UOIG, powinna mieć miejsce co do zasady na tzw. obszarze białym (określonym zgodnie z właściwymi wytycznymi), w szczególności jeśli wiąże się z budową infrastruktury; ewentualnie można rozważać w tym zakresie interwencję na obszarze szarym. Jednocześnie, bez względu na obszar, można uznać za UOIG działanie polegające na zapewnieniu usług dostępu do Internetu określonym grupom społecznym (bez elementu budowy infrastruktury ze środków publicznych) np. w celu zapobieżenia wykluczeniu cyfrowemu. Jednocześnie zawsze musi istnieć niezaspokojona potrzeba na określone usługi³;
- (b) powszechność działania tj. jego uniwersalny i obowiązkowy charakter – należy udowodnić, iż realizowane Przedsięwzięcie zapewnia docelowo uniwersalną łączność wszystkim użytkownikom na danym obszarze.

² Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE świadczenie usług bezpłatne lub za cenę niższą niż cena rynkowa jest dopuszczalne w przypadku, gdy celem takiej usługi jest:

- (i) likwidacja zjawiska tzw. wykluczenia cyfrowego;
- (ii) wzrost popytu na komercyjne usługi dostępu do sieci Internet;
- (iii) zapewnienie możliwości załatwiania spraw pomiędzy obywatelem czy podmiotem gospodarczym a administracją drogą elektroniczną;
- (iv) stymulowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych do modernizacji infrastruktury;
- (v) okazjonalny dostęp do Internetu użytkowników mobilnych.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE bezpłatne świadczenie usług podlegać również powinno określonym ograniczeniom technicznym, w taki sposób by usługa ta nie stała się substytutem usługi dostępnej u działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych (Por. Stanowisko Prezesa UKE w zakresie świadczenia bezpłatnej lub za cenę niższą niż cena rynkowa usługi dostępu do sieci Internet przez jednostki samorządu terytorialnego(JST).

³ Na obszarach, na których prywatni przedsiębiorcy zainwestowali już w infrastrukturę szerokopasmową lub są w trakcie jej rozbudowy i świadczą już konkurencyjne usługi dostępu szerokopasmowego o odpowiednim zasięgu budowa równoległej konkurencyjnej i finansowanej ze środków publicznych sieci szerokopasmowej nie może być uznana za działanie w ramach usług w ogólnym interesie gospodarczym (por. pkt 24 Wytycznych KE).

Jednocześnie należy podkreślić, iż ze względu na poziom rozwoju rynku usług telekomunikacyjnych Komisja Europejska uznaje, iż zazwyczaj najbardziej uzasadnione będzie zastosowanie schematu UOIG do projektów związanych z tworzeniem infrastruktury pasywnej, neutralnej i powszechnie dostępnej i zapewniającej świadczenie usług dostępu hurtowego, co jednak nie wyklucza, przy wystąpieniu określonych okoliczności objęciem UOIG również świadczenia usług detalicznych;

- (c) zachowanie otwartego dostępu do infrastruktury powstałej w zakresie realizacji zadania w ramach niedyskryminacyjnego i równego dostępu;
- (d) zachowanie szeregu wymogów formalno-prawnych związanych z powierzeniem i wykonywaniem UOIG (w tym odpowiedniego aktu powierzającego świadczenie UOIG, rozwiązań dotyczących Rekompensaty czy tzw. mechanizmu wycofania).

4.1.5 Mając na uwadze powyższe, decyzja o podjęciu przez gminę Działalności powinna być podjęta po przeprowadzeniu odpowiednich analiz, w tym analiz rynku, które odpowiedzą na pytanie czy i w jakim zakresie (w ramach art. 3 Ustawy o wspieraniu sieci) możliwa jest interwencja gminy w ramach schematu UOIG. Przy przeprowadzeniu tych analiz gmina powinna wziąć pod uwagę w szczególności:

- (a) stopień pokrycia obszaru zasięgiem sieci telekomunikacyjnych;
- (b) rodzaj istniejących sieci, ilość przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym obszarze;
- (c) rodzaj oferowanych przez tych przedsiębiorców usług.

4.1.6 Działania w zakresie telekomunikacji, które gmina zamierza podjąć nie mogą wpływać negatywnie na rozwój równoprawnej i skutecznej konkurencji (np. poprzez wypieranie z rynku podmiotów prywatnych działających na zasadach komercyjnych bądź planujących podjęcie takiej działalności na danym rynku). Powinny być one proporcjonalne do zamierzonych celów i niedyskryminujące. W związku z tym wskazane jest przed podjęciem przez gminę decyzji o tej działalności:

- (a) zidentyfikowanie przyczyn problemów związanych z dostępem do Internetu określonej społeczności (np. brak odpowiedniej infrastruktury telekomunikacyjnej i jednocześnie brak zainteresowania przedsiębiorców budową takiej infrastruktury ze względu na zbyt niski popyt w stosunku do kosztów inwestycyjnych bądź też problemy konkretnej grupy osób wykluczonych cyfrowo ze względu np. na wiek, niepełnosprawność lub sytuację ekonomiczną),
- (b) zidentyfikowanie potrzeb w zakresie dostępu do Internetu, w tym w szczególności określenie, czy potrzeby te dotyczą całej społeczności lokalnej, czy jedynie pewnej grupy podmiotów (np. osób o określonym statusie ekonomicznym lub społecznym, przedsiębiorców, czy jednostek publicznych), określenie typu usług, na które jest zapotrzebowanie, a które nie są wystarczająco dostępne,

- (c) zidentyfikowanie przyczyn braku odpowiedniego dostępu do usług szerokopasmowych, w szczególności do Internetu (np. brak odpowiedniej infrastruktury, niski popyt na określone usługi, trudności ekonomiczne bądź edukacyjne określonej grupy społecznej),
- (d) określenie odpowiednich działań gminy, które mogą zniwelować przyczyny braku odpowiedniego dostępu do Internetu,
- (e) skonsultowanie przez gminę planowanych działań w zakresie świadczenia usług dostępu do Internetu z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w celu weryfikacji proponowanych rozwiązań i określenia działań najbardziej adekwatnych z punktu widzenia wyznaczonych celów i rozwoju rynku, aby wypracować taki model działań/współpracy, który będzie adekwatny do sytuacji na danym rynku (działanie gminy nie może prowadzić do wyeliminowania z rynku podmiotów prywatnych, ani stanowić zagrożenia dla ich działalności).

Ponadto w określonych przypadkach uzasadnione może być także skonsultowanie planowanych działań gminy z sąsiednimi gminami i ewentualne podjęcie współpracy, np. poprzez zawarcie odpowiedniego porozumienia, powołanie związku międzygminnego, czy spółki komunalnej z udziałem innych gmin.

4.1.7 W efekcie, mając na uwadze obowiązujące przepisy prawa, oraz sytuację panującą na danym obszarze w danym momencie, gmina może realizować następujące Przedsięwzięcia w oparciu o UOIG:

- (a) budowa infrastruktury oraz świadczenie usług hurtowego dostępu do sieci;
- (b) budowa infrastruktury, świadczenie usług hurtowego dostępu do sieci oraz usług detalicznych dla użytkowników końcowych (przy czym usługa detaliczna może być świadczona bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa);
- (c) zapewnienie dostępu do Internetu określonej grupie użytkowników końcowych (bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa) poprzez zakup usługi na rynku bądź dofinansowanie kosztów jej świadczenia; w pewnych przypadkach Przedsięwzięcie może wiązać się z dofinansowaniem kosztów budowy/modernizacji infrastruktury (stanowiącej w tym przypadku własność danego operatora).

4.2 Opinia Prezesa UKE

4.2.1 Przed podjęciem Działalności gmina może wystąpić o opinię do Prezesa UKE w sprawie wykonywania ww. Działalności (por. art. 4 Ustawy).

4.2.2 Uzyskanie opinii nie jest warunkiem niezbędnym do podjęcia przez gminę Działalności, ale może być elementem pomocnym przy określaniu ostatecznego zakresu Działalności oraz warunków jej wykonywania, zwłaszcza istotne (w świetle konieczności uzyskania decyzji Prezesa UKE w tym zakresie) mogą być

przedstawione w opinii sugestie dotyczące warunków świadczenia usług bezpłatnego dostępu do Internetu.

4.2.3 Opinia Prezesa UKE nie jest wiążąca.

4.2.4 Wniosek o opinię Prezesa UKE powinien zawierać wszelkie informacje istotne dla oceny potrzeby podjęcia przez gminę Działalności, a więc co najmniej opis Przedsięwzięcia określający formę, rodzaj i zakres planowanej działalności oraz opis sytuacji na obszarze, na którym działalność ta ma być realizowana, w tym:

- (a) liczbę mieszkańców;
- (b) stopień pokrycia zasięgiem sieci telekomunikacyjnych, z podziałem na rodzaje tych sieci;
- (c) odsetek mieszkańców korzystających z usług telekomunikacyjnych;
- (d) liczbę przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego oraz opis zakresu ich działalności telekomunikacyjnej.

4.2.5 Wzór wniosku o wydanie opinii jest dostępny na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead24&news_cat_id=372&news_id=5613&layout=9&page=text

4.3 Uchwała organu stanowiącego gminy

4.3.1 Podjęcie przez gminę Działalności wymaga stosownej uchwały organu stanowiącego gminy.

4.3.2 Uchwała organu stanowiącego gminy powinna określać co najmniej:

- (a) przedmiot działalności oraz sposób jej wykonywania;
- (b) wybraną formę organizacyjno – prawną realizacji zadania własnego w zakresie działalności telekomunikacyjnej;
- (c) zakres wykonywania działalności.

4.3.3 Uchwała, o której mowa powyżej nie stanowi aktu prawa miejscowego i w związku z tym w niej nie wymaga publikacji w Dzienniku Urzędowym Województwa. Uchwała, zgodnie z zasadami ogólnymi, podlega pod względem legalności nadzorowi ze strony wojewody.

4.4 Uzyskanie zgody Prezesa UKE

4.4.1 Świadczenie na rzecz odbiorców końcowych usług dostępu do Internetu bezpłatnie bądź za cenę niższą niż cena rynkowa, wymaga uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UKE w postaci decyzji administracyjnej.

4.4.2 Gmina występuje do Prezesa UKE z wnioskiem o uzyskanie zgody Prezesa UKE na świadczenie usługi dostępu do Internetu bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa jednocześnie uzasadniając spełnienie przesłanek koniecznych do realizacji Przedsięwzięcia na tych zasadach.

Wniosek jest dostępny na stronie UKE:

http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead24&news_cat_id=372&news_id=5618&layout=9&page=text

- 4.4.3 Udzielenie przez Prezesa UKE zgody na podjęcie działalności, o której mowa w pkt 4.4.1 następuje po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego, zgodnie z właściwymi przepisami Ustawy Prawo telekomunikacyjne. Prezes UKE wydaje decyzję przy uwzględnieniu:
- (a) interesu użytkowników końcowych, w szczególności konieczności przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu i zapewnienia maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności usług telekomunikacyjnych, ich ceny i jakości;
 - (b) sytuacji na lokalnym rynku usług, które mają być świadczone;
 - (c) tworzenia warunków efektywnego inwestowania w infrastrukturę telekomunikacyjną przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
 - (d) wymogów dotyczących kompatybilności i łączalności z innymi sieciami telekomunikacyjnymi, wymogów dotyczących zagwarantowania przedsiębiorcom telekomunikacyjnym współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz dostępu do nich,
 - (e) innych wymagań, w tym dotyczących zagwarantowania, że planowana działalność gminy będzie proporcjonalna i niedyskryminująca.
- 4.4.4 Decyzja Prezesa UKE określa obszar, którego dotyczy działalność gminy, maksymalną przepływność łącza oraz warunki świadczenia usługi dostępu do Internetu, w tym maksymalny czas, po upływie którego następuje zakończenie połączenia.
- 4.4.5 Wymóg uzyskania decyzji Prezesa UKE związany jest z badaniem zasadności świadczenia przez gminę określonych usług dostępu do Internetu bez pobierania opłat, bądź za odpłatnością niższą niż cena rynkowa. Ocena zasadności świadczenia tego rodzaju usług powinna być przeprowadzona każdorazowo przed podjęciem działalności w tym zakresie, bez względu na to, czy gmina zamierza świadczyć dostępu do Internetu powierzając taką usługę w formie innej niż na podstawie umowy (np. poprzez własną jednostkę organizacyjną (w tym spółkę komunalną), czy też na podstawie stosownej umowy z przedsiębiorcą zewnętrznym.
- 4.4.6 Ze względu na cel wydawanej decyzji oraz jej zakres (Prezes UKE ma wpływ na kształtowanie warunków świadczenia usług) uzyskanie decyzji Prezesa UKE powinno nastąpić przed wyborem podmiotu, który będzie realizował zadanie.
- 4.4.7 Rekomendacje w zakresie realizacji Przedsięwzięcia polegającego na świadczeniu na rzecz odbiorców końcowych usług dostępu do Internetu bezpłatnie bądź za cenę niższą niż cena rynkowa zawiera Stanowisko Prezesa UKE *w zakresie świadczenia bezpłatnej lub za cenę niższą niż cena rynkowa usługi dostępu do sieci Internet przez jednostki samorządu terytorialnego(JST).*

http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead24&news_cat_id=375&news_id=6425&layout=9&page=text

4.4.8 Uzyskanie pozytywnej decyzji Prezesa UKE nie zwalnia gminy z konieczności zachowania innych wymagań określonych w odrębnych przepisach, w szczególności w zakresie pomocy publicznej (m.in. wymogi związane z powierzeniem UOIG, dotyczące Rekompensaty i rozliczeń pomiędzy gminą a podmiotem świadczącym UOIG, wymagań co do ewentualnej notyfikacji pomocy do Komisji Europejskiej).

4.5 Obowiązek publikacyjny

4.5.1 Gmina, która zdecydowała się na prowadzenie Działalności ma obowiązek opublikowania informacji o podjęciu tej działalności w Biuletynie Informacji Publicznej (na stronie podmiotowej gminy), w swojej siedzibie, jak również jest zobowiązana przekazać informację Prezesowi UKE. Informacja o podjęciu przez gminę Działalności jest również publikowana Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

4.5.2 Informacja o podjęciu przez gminę Działalności musi zawierać opis przedsięwzięcia oraz uzasadnienie spełnienia wymagań, określonych w art. 3 ust. 2 Ustawy o wspieraniu sieci. Ponadto w przypadku, gdy działalność obejmuje świadczenie usług użytkownikom końcowym konieczne także opublikowanie uzasadnienia spełnienia wymogów określonych w art. 6 ust. 1 Ustawy.

4.5.3 Informacja dotycząca Działalności publikowana jest jeszcze przed rozpoczęciem realizacji tej działalności. Celem upublicznienia informacji jest zapewnienie „społecznej kontroli” Przedsięwzięcia.

4.6 Wpisu do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji.

4.6.1 Działalność gminy w zakresie telekomunikacji podlega wpisowi do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji (dalej: „**Rejestr**”), prowadzonego przez Prezesa UKE.

4.6.2 Wpis do Rejestru następuje na wniosek gminy, w terminie 7 dni od złożenia wniosku wraz z wymaganymi dokumentami.

4.6.3 Wzór wniosku znajduje się na stronie UKE

http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead24&news_cat_id=372&news_id=5615&layout=9&page=text

4.6.4 Wpis do Rejestru należy uzyskać przed rozpoczęciem wykonywania Działalności.

4.6.5 Do wpisu do Rejestru stosuje się odpowiednio określone przepisy Ustawy Prawo telekomunikacyjne dotyczące do rejestru przedsiębiorców wykonujących działalność telekomunikacyjną (art. 13a Ustawy Prawo telekomunikacyjne).

- 4.6.6 Wpis do Rejestru nie ma miejsca w przypadku, gdy Przedsięwzięcie (we wszystkich możliwych modelach, o których mowa w pkt 4.1.7) jest realizowane przez przedsiębiorcę zewnętrznego, któremu gmina powierzyła wykonanie zadania na podstawie umowy. Przedsiębiorca ten podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców wykonujących działalność telekomunikacyjną zgodnie art. 10 ust. 1 Ustawy Prawo telekomunikacyjne.
- 4.6.7 Wpis gminy do Rejestru zwalnia z obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców wykonujących działalność telekomunikacyjną zgodnie art. 10 ust. 1 Ustawy Prawo telekomunikacyjne, jednostki budżetowe oraz spółki komunalne (tj. Podmioty wewnętrzne) realizujące Przedsięwzięcie na zlecenie i na rzecz gminy.

4.7 Wybór formy realizacji Przedsięwzięcia

- 4.7.1 Po zdefiniowaniu zakresu i przedmiotu Przedsięwzięcia należy przeanalizować sposoby jego realizacji w celu zastosowania najbardziej optymalnej formuły realizacji zadania. Wybór określonej formy organizacyjno - prawnej realizacji Przedsięwzięcia powinien być poprzedzony odpowiednią analizą uwzględniającą w szczególności aspekty organizacyjne, prawne, finansowe, ekonomiczne i podatkowe związane z wybranym modelem realizacji zadania i jego zakresem.
- 4.7.2 W związku z zasięgiem lub zakresem Przedsięwzięcia powinny również zostać przeanalizowane możliwe do zastosowania formy współdziałania gminy z innymi jednostkami samorządu terytorialnego w celu realizacji zadania, tak by zoptymalizować cele jakie mają zostać osiągnięte. Podstawą takiego współdziałania może być m.in. porozumienie międzygminne, związek międzygminny.
- 4.7.3 Ustawa o wspieraniu sieci nie determinuje formy wykonywania przez gminę Działalności. Gmina może wykonywać zadania własne m.in.:
- (a) w formie jednostki budżetowej/samorządowego zakładu budżetowego – poprzez powołanie takiego podmiotu (w ramach osobowości prawnej gminy);
 - (b) poprzez spółki prawa handlowego (tzw. spółki komunalne) - w ramach tzw. powierzenia bezpośredniego określonego zadania bez procedury przetargowej (koncepcja zamówienia *in-house*) na podstawie innej niż umowa;
 - (c) poprzez powierzenie wykonywania określonego zadania przedsiębiorcy zewnętrznemu na podstawie umowy – przy zastosowaniu odpowiednich procedur wyboru i zawarcie umowy o charakterze cywilnoprawnym.

Co do zasady, o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej decyduje organ stanowiący gminy, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

- 4.7.4 W przypadku Działalności należy wskazać, iż przepisy Ustawy o finansach publicznych nie przewidują możliwości realizacji tego typu działań przez samorządowe zakłady budżetowe. W zamkniętym katalogu określonym w ww. ustawie nie została ujęta działalność w zakresie telekomunikacji, co oznacza, iż nie może być ona wykonywana przez gminny zakład budżetowy.

- 4.7.5 Wybór przedsiębiorcy zewnętrznego, któremu realizacja zadania w ramach Działalności zostanie powierzona na podstawie umowy zawartej na podstawie:
- (a) Prawa zamówień publicznych,
 - (b) Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi,
 - (c) Ustawy o Partnerstwie publiczno-prywatnym,
 - (d) zasad ogólnych,
- zawsze jednak z uwzględnieniem Ustawy o finansach publicznych⁴.
- 4.7.6 Wyłączenia dotyczące działalności telekomunikacyjnej
- 4.7.6.1 Należy wskazać, że zarówno z Prawa zamówień publicznych jak i Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi zostały wyłączone określone działalności dotyczące sektora telekomunikacji (odpowiednio art. 4 pkt 10 oraz art. 4 ust. 1 pkt 2 Ustawy o koncesji).
- 4.7.6.2 Podstawą wyłączenia w obu przypadkach jest zapis przewidziany w art. 13 dyrektywy 2004/18/WE, który wskazuje, że nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych, których głównym celem jest pozwolenie (umożliwienie) zamawiającym na:
- (a) oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
 - (b) eksploatację publicznych sieci telekomunikacyjnych lub
 - (c) świadczenie odbiorcom publicznym jednej lub większej liczby usług telekomunikacyjnych.
- 4.7.6.3 Wyłączenie to, jednak – jak wskazuje pkt 21 preambuły do dyrektywy - jest dopuszczalne wyłącznie, gdy dane zamówienie jest udzielane głównie w celu umożliwienia zamawiającemu realizacji określonych działań w sektorze telekomunikacyjnym o charakterze (przeznaczeniu) publicznym i jako odstępstwo od zasad ogólnych powinno być interpretowane ściśle i zawężająco – zarówno w przypadku przepisów europejskich jak i krajowych⁵.
- 4.7.6.4 Rozpatrując zakres wyłączenia gmina powinna zatem zwrócić uwagę na fakt, że odnosi się ono do działalności, których podstawowym celem (przeznaczeniem) jest

⁴ Zgodnie z art. 3 ust. 1 Ustawy o gospodarce komunalnej poza wskazanymi, podstawą powierzenia wykonywania zadania na podstawie umowy może być również Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie oraz Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym jednak z uwagi na ich zakres nie znajdują one zastosowania do działalności w sektorze telekomunikacji i dlatego nie zostały wymienione.

⁵ Historycznie rzecz ujmując należy wskazać, że w wyniku rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym przepisy dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004 r., str. 1) zastępującej dyrektywę 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. WE L 199 z 9.8.1993 r., 84) nie obejmują swym zakresem przedmiotowym sektora telekomunikacyjnego, co oznacza, że został on uznany za wyłączony spod reżimu zamówień publicznych sektorowych. Celem uniknięcia wątpliwości dotyczących ewentualnej konieczności stosowania przepisów dyrektywy 2004/18/WE do zamówień, których podstawowym celem jest umożliwienie zamawiającym prowadzenia działalności telekomunikacyjnej na użytek publiczny, wprowadzono przedmiotowe wyłączenie w art. 13.

umożliwienie prowadzenia określonej działalności podmiotowi tę działalność już wykonującemu, tj. podmiotowi działającemu w sektorze telekomunikacji. Wykazanie związku zamówienia z jedną lub większą ilością określonych w przepisie działalności ma zasadnicze znaczenie dla możliwości skorzystania z wyłączenia. W konsekwencji najważniejszym elementem, który należy brać pod uwagę jest to, czy umowa zamówienia, umowa koncesji lub umowa PPP „umożliwia” (pozwala na) prowadzenie tej (tych) działalności. Stąd akcent „umożliwienia” powinien odnosić się do każdej z działalności.

- 4.7.6.5 Dla określenia zakresu możliwości powierzenia Działalności poza trybami przewidzianymi w Prawie zamówień publicznych lub Ustawie o koncesji, istotne znaczenie mają zatem pojęcia „udostępnianie” (oddanie do dyspozycji) i „eksploatacja” publicznej sieci telekomunikacyjnej.
- 4.7.6.6 Uwzględniając fakt, że mamy do czynienia z wyłączeniami spod zasad ogólnych uprawnione jest wskazanie, że dyrektywa 2004/18/WE celowo różnicuje działalności związane z sektorem telekomunikacji. Działania podejmowane przez gminę w związku z prowadzeniem działalności polegającej na udostępnianiu (oddaniu do dyspozycji) lub eksploatacji publicznej sieci telekomunikacyjnej jak również świadczeniu przez nią publicznych usług telekomunikacyjnych uznaje się zatem za wyłączone spod obowiązku stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji. Jednakże nie obejmują one wszelkiej działalności obejmującej dostarczanie sieci, w tym m.in. działalności związanej z jej utworzeniem (budową lub dostawą).
- 4.7.6.7 Należy przyjąć, iż działania w zakresie budowy sieci telekomunikacyjnej nie mieszczą się w zakresie kategorii dotyczącej udostępnienia, eksploatacji lub świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, a tym samym nie podlegają wyłączeniu, o którym mowa w art. 13 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 4 pkt 10 Prawa zamówień publicznych i art. 4 ust. 1 pkt 2 Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.
- 4.7.6.8 Ustawa o PPP w art. 4 ust. 3 przewiduje, że w przypadkach, w których nie ma zastosowania ani Prawo zamówień publicznych, ani Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu jej przepisów, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów Ustawy o gospodarce nieruchomościami.
- 4.7.6.9 Choć nie zostało to wyrażone wprost, wydaje się, że regulacja ta odnosi się m.in. do zadań w zakresie telekomunikacji opisanych w pkt 4.1.1, oraz że powinna ona znaleźć zastosowanie nie tylko w przypadku Przedsięwzięć realizowanych na podstawie Ustawy o PPP, ale również w odniesieniu do tych, które ze względu na cechy charakterystyczne nawiązywanego stosunku umownego nadają mu charakter zamówienia publicznego lub koncesji.

4.7.6.10 W takim przypadku, gmina wypełni dyspozycję art. 3 ust. 1 Ustawy o gospodarce komunalnej, tj. zawrze umowę dotyczącą oddania do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub eksploatacji publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenia odbiorcom publicznym jednej lub większej liczby usług telekomunikacyjnych na zasadach ogólnych, przy równoczesnym przestrzeganiu zasad wydatkowania środków publicznych ustanowionych w Ustawie o finansach publicznych poprzez zachowanie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców.

4.7.6.11 Jednocześnie gmina uczyni zadość stanowisku Komisji Europejskiej, zgodnie z którym nawet w przypadku zamówień publicznych lub koncesji wyłączonych spod reżimu dyrektywy 2004/18/WE istnieje obowiązek przestrzegania podstawowych zasad wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶.

4.7.6.12 Opisane przesłanki wyłączenia spod reżimu stosowania Prawa zamówień publicznych lud Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi dotyczą zatem jedynie niektórych wyraźnie wskazanych działalności podejmowanej przez gminę w ramach wykonywania przez nią Działalności, o których mowa w art. 3 ust. 1 Ustawy o wspieraniu sieci. Wyłączenia dotyczą powierzenia przez gminę prowadzenia działalności polegającej na:

- (a) eksploatacji sieci;.
- (b) dostarczaniu (udostępnianiu) sieci telekomunikacyjnej oraz
- (c) świadczeniu publicznych usług telekomunikacyjnych.

Wyłączenia nie obejmują jednakże budowy infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych.

5. ZAPEWNIENIE DOSTĘPU DO INTERNETU W RAMACH UOIG

5.1 Uwagi wstępne

Po to, aby mogły być zastosowane szczególne zasady odnoszące się do wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym, zgodnie z art. 106 ust. 2 Traktatu FUE muszą być spełnione następujące przesłanki:

- (a) musi istnieć akt nałożenia zobowiązania na dany podmiot w zakresie odpowiedzialności za wykonywanie określonych usług;

W zależności od podmiotu, który będzie wykonywał Przedsięwzięcie, gmina nakłada obowiązek świadczenia Działalności w drodze aktu o charakterze organizacyjnym (własne jednostki) bądź też w ramach zobowiązań wynikających z umowy cywilnoprawnej (przedsiębiorca zewnętrzny).

- (b) powierzone usługi powinny być usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym;

⁶ Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02) i wydane w sprawie komunikatu orzeczenie ETS w sprawie T-258/06

Gmina ma więc obowiązek każdorazowo sprawdzić, czy dane Przedsięwzięcie spełnia przesłanki, które umożliwią nadanie mu statusu UOIG (por. pkt 4.1.3, 4.1.4, 4.1.6)

- (c) rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.

5.2 Podstawowe elementy systemu świadczenia UOIG

5.2.1 Zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej

Zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej to zobowiązanie, którego dany podmiot nie podjąłby się w określonych warunkach lub zakresie, uwzględniając swój interes ekonomiczny, gdyby nie rekompensata ze strony władz publicznych udzielana z tytułu świadczenia powierzonych usług publicznych.

5.2.2 Zobowiązanie powinno być sprecyzowane pod względem jego

- (a) przedmiotu,
- (b) charakteru,
- (c) czasu trwania,
- (d) obszaru realizacji,
- (e) wyliczania oraz weryfikacji i monitorowania wysokości rekompensaty należnej z tytułu wykonania zobowiązania.

5.2.3 Rekompensata

5.2.3.1 Rekompensata jest wynagrodzeniem podmiotu z tytułu wykonywania zobowiązania do świadczenia usługi publicznej, na które składają się wszelkie przysporzenia (w dowolnej formie) przyznane przez państwo lub z zasobów państwowych podmiotowi świadczącemu określoną usługę publiczną w celu pokrycia kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem tej usługi, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów (przychodów) oraz rozsądnego zysku.

5.2.3.2 Rekompensata powinna być obliczona w oparciu o obiektywne i przejrzyste parametry i może mieć różną formę (zarówno płatności bezpośredniej, zwolnienia podatkowego, jak i aportu czy przekazania/udostępnienia określonego składnika majątkowego na określonych zasadach, korzystniejszych niż rynkowe).

5.2.3.3 Głównym parametrem wyliczania Rekompensaty są uzasadnione koszty poniesione w związku z wykonywaniem powierzonego Przedsięwzięcia, uzyskane przychody - jeśli takie występują - oraz tzw. rozsądny zysk.

5.2.3.4 Udzielenie rekompensaty w nadmiernej wysokości może wiązać się z niedozwoloną pomocą publiczną dla wykonującego UOIG. Niezwykle istotne jest więc zaprojektowanie w ramach Przedsięwzięcia przejrzystych mechanizmów wyliczania rekompensaty oraz mechanizmów gwarantujących, iż w ramach Przedsięwzięcia nie nastąpi nadmierna Rekompensata (np. mechanizmów zwrotu środków).

5.2.3.5 Przychody, w zależności od konkretnej struktury Przedsięwzięcia, mogą stanowić zarówno przychody gminy jak i przychody wykonującego UOIG, co należy wziąć przy uwagę przy opracowywaniu mechanizmów dotyczących rekompensaty.

- 5.2.3.6 W ramach Przedsięwzięć związanych z budową sieci takim uzasadnionym kosztem nie będą koszty budowy infrastruktury na obszarach, gdzie działalność telekomunikacyjna jest opłacalna dla przedsiębiorców prywatnych.
- 5.2.3.7 Ze względu na istotny wpływ kosztów na wysokość Rekompensaty konieczne jest zapewnienie w ramach realizacji Przedsięwzięcia odpowiednich mechanizmów weryfikacji zasadności i struktury ponoszonych kosztów (odpowiednie audyty) jak i kontroli wykonania Przedsięwzięcia (system i harmonogram przeprowadzania kontroli).
- 5.2.3.8 W zależności od sposobu powierzenia zadania rekompensata formalnie będzie:
- (a) rekompensatą z tytułu zapłaty za usługę - w przypadku spółki komunalnej;
 - (b) wynagrodzeniem z tytułu zapłaty za usługę (ceną) - w przypadku pomiotu zewnętrznego.

W przypadku jednostki budżetowej, ze względu na jej strukturalny charakter nie możemy mówić o płatności rekompensaty, a raczej o finansowaniu kosztów działalności.

- 5.2.3.9 W zależności od wykorzystanych przez gminę przy realizacji Przedsięwzięcia instrumentów (form realizacji zadania) należy wziąć pod uwagę przepisy dotyczące długu i deficytu publicznego i sposobu jego obliczania oraz zapewnić zgodność Przedsięwzięcia w tym zakresie z zasadami ogólnymi wynikającymi z Ustawy o finansach publicznych. Jeśli środki na realizację Przedsięwzięcia będą pochodziły z budżetu gminy niezbędne może być podjęcie, na zasadach ogólnych, uchwały zmieniającej uchwałę budżetową. Uchwała ta podlega nadzorowi ze strony właściwej Regionalnej Izby Obrachunkowej.

5.3 Jednostka budżetowa

- 5.3.1 Zadanie własne gminy w zakresie zapewnienia dostępu do Internetu może być realizowane przez gminę działającą w formie jednostki budżetowej.
- 5.3.2 Realizacja zadania w tym zakresie jest specyficzną formą, która będzie mogła być wykorzystywana w ograniczonym zakresie, ze względu na ograniczone zdolności do realizacji zadań przez jednostkę (np. najprawdopodobniej nie będzie ona miała co do zasady możliwości do wykonywania samodzielnie zadań inwestycyjnych).
- 5.3.3 Specyfika jednostki budżetowej warunkuje określony sposób jej finansowania jak i prowadzenia rachunkowości, co nie do końca odpowiada systemowi rekompensaty z tytułu świadczenia usługi publicznej. Wybór tego modelu będzie się więc charakteryzował specyficznymi rozwiązaniami w tym zakresie, m.in. wynikającymi z przepisów prawa.
- 5.3.4 Jednostka budżetowa tworzona jest na podstawie przepisów Ustawy o finansach publicznych przez organ stanowiący gminy w drodze uchwały. Uchwała powołująca jednostkę powinna zawierać m.in.:
- (a) fakt powołania jednostki budżetowej;

- (b) określenie celu i przedmiotu działalności jednostki (np. *celem działalności jednostki jest zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnej w zakresie zapewnienia dostępu do Internetu poprzez świadczenie określonych usług publicznych*);
 - (c) informacje na temat składników majątkowych, które zostaną przekazane jednostce w celu wykonywania działalności (przy czym w przypadku nieruchomości są one udostępniane jednostce budżetowej w trwały zarząd, zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi gospodarki nieruchomościami, a samo przekazanie następuje w drodze odrębnego aktu);
 - (d) statut (uszczegóławiający postanowienia uchwały i zawierający zasady funkcjonowania jednostki) określający m.in. przedmiot działalności, nazwę, siedzibę jednostki, jej strukturę organizacyjną, postanowienia dotyczące gospodarki finansowej.
- 5.3.5 Jednostka budżetowa powinna posiadać również regulamin świadczenia usług (który określa zasady i warunki świadczenia usług dla odbiorców).
- 5.3.6 W zależności od zakresu i charakteru działalności kierownik jednostki budżetowej powinien dostać odpowiednie upoważnienie do prowadzenia działalności.
- 5.3.7 W przypadku jednostki budżetowej nałożenie zobowiązania do świadczenia UOIG nastąpi w ramach aktu władczego tj. uchwały właściwego organu stanowiącego gminy.
- 5.3.8 Ze względu na wymogi związane z nałożeniem zobowiązania do świadczenia UOIG w ramach konkretnego Przedsięwzięcia rekomenduje się, aby zobowiązanie to zostało nałożone uchwałą dotyczącą podjęcia przez gminę Działalności (o której mowa w pkt 4.3). Takie rozwiązanie jest bardziej przejrzyste i jednocześnie znajdzie zastosowanie w przypadku, gdy gmina powierza zadanie jednostce już istniejącej.
- 5.3.9 Aby uchwała, która nakłada zobowiązanie, czyniła zadość wymaganiom, o których mowa w pkt 5.2.2., m.in. powinna określić przedmiot, charakter, czas trwania i obszar realizacji zobowiązania.
- 5.3.10 W odniesieniu do określeniu parametrów wyliczenia rekompensaty z tytułu realizacji zobowiązania należy wskazać, iż podstawą działalności jednostki budżetowej jest roczny plan finansowy określający plan dochodów i wydatków. W związku z powyższym w efekcie nie będzie przekazywana jednostce budżetowej rekompensata, a zapewniane jej będzie pokrycie kosztów działalności, do której wykonywania ją zobowiązano.
- 5.3.11 Równoległe z podjęciem przez uchwały nakładającej zobowiązanie do świadczenia UOIG, powinny zostać podjęte działania zmierzające do zapewnienia finansowania zobowiązania przez okres jego trwania. Odpowiednie kwoty powinny znaleźć więc odzwierciedlenie w Wieloletniej Prognozie Finansowej.
- 5.3.12 Uszczegółowienie zobowiązania do świadczenia usług, również w zakresie zasad jego wykonania następuje w Statucie i regulaminie świadczenia usług (który określa zasady i warunki świadczenia usług dla odbiorców).

5.4 Spółka komunalna

- 5.4.1 Działalność może być realizowana przez gminę działającą za pośrednictwem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej, zwanej dalej „spółką komunalną”. Powierzenie spółce zadania może nastąpić bezpośrednio tj. bez zachowania procedury przetargowej.
- 5.4.2 Aby możliwe było zastosowanie bezpośredniego powierzenia spółka komunalna powinna spełniać przesłanki podmiotu wewnętrznego⁷.
- 5.4.3 Przez podmiot wewnętrzny należy rozumieć odrębny prawnie podmiot podlegający kontroli jednostki samorządu terytorialnego lub grupy takich jednostek analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami, gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub grupy jednostek. W celu uniknięcia sytuacji wątpliwych, w niniejszym opracowaniu przyjmuje się, że charakter podmiotu wewnętrznego posiadają jedynie te podmioty, których kapitał zakładowy w 100 % należy do gminy albo jednostek samorządu terytorialnego.
- 5.4.4 Zasięg terytorialny działalności prowadzonej przez podmiot wewnętrzny nie powinien przekraczać obszaru administracyjnego władztwa danej gminy (jednostki macierzystej) chyba, że dana gmina zawarła odpowiednie porozumienie z sąsiednimi gminami, bądź utworzono związek międzygminny.
- 5.4.5 Bezpośrednie powierzenie podmiotowi wewnętrznemu realizacji UOIG w ramach Przedsięwzięcia wiąże się również z ograniczonymi możliwościami związanymi z ewentualnym podwykonawstwem w ramach tego Przedsięwzięcia. Co do zasady podmiot wewnętrzny sam powinien wykonywać powierzoną mu bezpośrednio działalność.
- 5.4.6 Podmiot wewnętrzny ma status zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych oraz koncesjodawcy w rozumieniu Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz podmiotu publicznego w rozumieniu Ustawy o PPP⁸. W związku z tym, gdyby jednak w ramach realizacji Przedsięwzięcia wystąpiło dopuszczalne podwykonawstwo, podmiot wewnętrzny, w zależności od rodzaju projektu, powinien do wyboru podwykonawcy zastosować właściwe przepisy, z uwzględnieniem przewidzianych w nich wyłączeń (por. pkt 4.7.6).
- 5.4.7 Podmiotem wewnętrznym mogą być również przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, o których mowa w Ustawie o wspieraniu sieci.
- 5.4.8 Podstawą nałożenia zobowiązania do świadczenia UOIG na spółkę komunalną jest odpowiednia uchwała organu stanowiącego gminy. Nałożenie zobowiązania może nastąpić zarówno w akcie założycielskim spółki jak i innej podjętej uchwale (w tym uchwale, o której mowa w pkt 4.3, dotyczącej podjęcia przez gminę Działalności). W przypadku gdyby podjęcie uchwały powierzeniowej miało by jakikolwiek wpływ na

⁷ W świetle obowiązujących przepisów oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

⁸ Podmiot wewnętrzny co do zasady spełnia przesłanki tzw. podmiotu prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt 9 Dyrektywy 2004/18/WE.

zmianę dotychczasowych zasad i zakresu funkcjonowania spółki, konieczne jest dokonanie odpowiednich zmian w umowie lub statucie spółki.

- 5.4.9 Uchwała w każdym razie powinna spełniać wymogi, o których mowa w pkt 5.2.2. tj. m.in. powinna określić przedmiot, charakter, czas trwania i obszar realizacji zobowiązania oraz kwestie dotyczące rekompensaty.
- 5.4.10 Równoległe z podjęciem przez uchwały nakładającej zobowiązanie do świadczenia UOIG, powinny zostać podjęte działania zmierzające do zapewnienia finansowania zobowiązania przez okres jego trwania. Odpowiednie kwoty powinny znaleźć więc odzwierciedlenie w Wieloletniej Prognozie Finansowej.
- 5.4.11 Szczegółowe określenie zakresu i zasad wykonywania zobowiązania z tytułu UOIG nałożonego w drodze uchwały następuje zazwyczaj w tzw. umowie wykonawczej zawieranej pomiędzy gminą a podmiotem wewnętrznym (do zawarcia tej umowy nie mają zastosowania przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Ustawy o koncesji na roboty i usługi). Umowa ta ma charakter umowy cywilnoprawnej.
- 5.4.12 Podstawowymi elementami umowy są:
- (a) przedmiot umowy – zobowiązanie do świadczenia UOIG, należy wskazać rodzaj usługi, której wykonywanie zostało powierzone oraz obszar jej świadczenia;
 - (b) precyzyjne określenie zakresu usługi;
 - (c) prawa i obowiązki stron;
 - (d) parametry techniczne dotyczące usług, które mają być świadczone;
 - (e) zasady wykonywania usług, w tym obowiązki spółki wobec odbiorców usług publicznych oraz warunki świadczenia tych usług na poziomie hurtowym (zapewnienie dostępu do infrastruktury) lub detalicznym, zwłaszcza w kontekście jakości usług oraz ich ceny;
 - (f) mechanizm finansowania usług, w tym zasady obliczania rekompensaty za świadczone usługi, zdefiniowanie i podział kosztów i przychodów, ewentualne mechanizmu bonusowe;
 - (g) procedury weryfikacji poziomu rekompensaty i mechanizmy zapewniające zwrot środków (w celu zapewnienia, iż nie wystąpi tzw. nadmierna rekompensata);
 - (h) zasady udostępnienia/korzystania z infrastruktury w ramach Przedsięwzięcia;
 - (i) zobowiązania związane ze składnikami majątkowymi związanymi z realizacją Przedsięwzięcia;
 - (j) zasady monitoringu i kontroli realizacji zobowiązania;
 - (k) kwestie związane z zakresem i warunkami dopuszczalnego w ramach Przedsięwzięcia podwykonawstwa;

- (l) zakres i warunki świadczenia przez podmiot wewnętrzny ewentualnej działalności dodatkowej (związanej z powierzoną usługą) bądź odrębnej od działalności zleconej przez gminę;
 - (m) zasady odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez przedsiębiorcę, w tym katalog kar umownych;
 - (n) zasady wprowadzania zmian do umowy;
 - (o) czas trwania umowy tj. czas, na jaki została powierzona realizacja zobowiązania do świadczenia UOIG.
- 5.4.13 Szczegółowe postanowienia umowy powinny być opracowywane przy uwzględnieniu konkretnego Przedsięwzięcia i okoliczności związanych z jego realizacją.
- 5.4.14 Istotnymi postanowieniami umowy z punktu widzenia prawidłowości powierzenia zobowiązania w ramach UOIG są postanowienia odnoszące się do zakresu usług, które mogą być świadczone. W przypadku zlecenia świadczenia UOIG podmiotowi wewnętrznemu jest to jeszcze bardziej istotne ze względu na uniknięcie potencjalnych zarzutów dotyczących zachowań niekonkurencyjnych, a jednocześnie w związku z koniecznością określenia wysokości należnej rekompensaty z tytułu wykonania powierzonego zobowiązania. Należy pamiętać, iż interwencja gminy jest uzasadniona tylko w takim zakresie, w jakim ma służyć usunięciu nieprawidłowości na danym rynku.
- Zakres zobowiązania w ramach Przedsięwzięcia może być dookreślony m.in. poprzez wskazanie zadań do realizacji (np. w zakresie zadań inwestycyjnych czy związanych z utrzymaniem sieci); poprzez kryterium ilościowe, jakościowe, a także poprzez określenie
- 5.4.15 Jak wspomiano głównym parametrem wyliczania rekompensaty są uzasadnione koszty poniesione w związku z wykonywaniem powierzonego Przedsięwzięcia, wygenerowane w ramach Przedsięwzięcia przychody oraz tzw. rozsądny zysk. W ramach rekompensaty z tytułu świadczenia usług powinny być finansowane wyłącznie koszty uzasadnione, przy czym koszty pośrednie powinny być alokowane zgodnie z uzgodnionymi przez strony kluczami alokacji. Uzasadnione jest, aby w umowie sprecyzować rodzajowo katalog kosztów, które uznaje się za uzasadnione (wraz ze skazaniem odpowiednich kluczy alokacji).
- 5.4.16 Aby zapewnić efektywność kosztową Przedsięwzięcia uzasadnione jest wprowadzenie do umowy odpowiednich wskaźników wzrostu kosztów, których przekroczenie powodowałoby szczególne obowiązki sprawozdawcze spółki, a nawet w określonych przypadkach brak sfinansowania nadwyżki kosztów ponad uzgodniony i uzasadniony ekonomicznie wskaźnik.
- 5.4.17 Na wysokość wypłacanej spółce rekompensaty mają wpływ przychody generowane w ramach realizacji Przedsięwzięcia. Jednym ze źródeł tych przychodów są m.in. opłaty odbiorców usług. Umowa, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności realizacji Przedsięwzięcia i jego celu, może zawierać określone mechanizmy bonusowe dla podmiotu świadczącego usługę (szczegółowo zdefiniowane), np. w

związku z osiągnięciem określonych wskaźników ilościowych czy jakościowych, zachęcające podmiot do maksymalizacji przychodów osiąganych od odbiorców usług czy też polepszania parametrów świadczonych usług. Wówczas możliwe będzie zmniejszenie strumienia środków publicznych od gminy.

- 5.4.18 Jednocześnie należy wskazać, iż wprowadzanie do umowy z podmiotem wewnętrznym mechanizmu koncesyjnego (tzn. przetransferowanie na spółkę ryzyka popytowego w ramach Przedsięwzięcia), ze względu na status podmiotu (100% właścicielem jest dana gmina) nie wydaje się adekwatnym rozwiązaniem. Rekompensata powinna w przypadku podmiotu wewnętrznego gwarantować przynajmniej pokrycie kosztów spółki związanych z powierzonym jej zadaniem.
- 5.4.19 W związku z szeroką definicją rekompensaty (wszelkie przysporzenia, w dowolnej formie, przyznane przez państwo lub z zasobów państwowych podmiotowi świadczącemu określoną usługę publiczną w celu pokrycia kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem tej usługi, przy uwzględnieniu odpowiednich przychodów oraz rozsądnego zysku) przy wyliczaniu rekompensaty należy uwzględnić wszelkie korzyści, jakie spółka odnosi z szeroko pojętych środków publicznych jak np. dotacje ze środków unijnych, aporty, udostępnienie publicznych składników majątkowych na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, pożyczki, gwarancje udzielone na warunkach korzystniejszych niż rynkowe.

Wartość korzyści, która wynika dla spółki w związku z wystąpieniem zdarzeń, o których mowa powyżej, należy odpowiednio określić⁹ i uwzględnić w wypłacanej spółce rekompensacie (np. poprzez uwzględnienie ich w przychodach).

- 5.4.20 W przypadku Przedsięwzięcia wieloetapowego, obejmującego zarówno budowę jak i operowanie na infrastrukturze, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności, ze względu na inny charakter strukturalny wydatku (koszty inwestycyjne i operacyjne tj. dopłata do działalności) wskazane może być odrębne rozliczanie zadania w zakresie budowy infrastruktury oraz w zakresie jej eksploatacji i świadczenia określonych usług.
- 5.4.21 Umowa powinna określać poziom rozsądnego zysku dla podmiotu wewnętrznego, jeśli w ogóle przewiduje jego występowanie. Rozsądny zysk oznacza stopę zwrotu z kapitału własnego, uwzględniającą ryzyko lub brak ryzyka, osiągniętą przez przedsiębiorstwo dzięki interwencji publicznej¹⁰.

⁹ M.in. przy pomocy zasad zawartych w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach (Dz. U. z dnia 6 września 2004 r.).

¹⁰ Decyzja Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwu zobowiązanemu do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (2005/842/WE). Zgodnie z Decyzją „Stopa ta nie przekracza zwykle średniej stopy w danym sektorze w ostatnich latach. W sektorach, w których nie ma przedsiębiorstw porównywalnych z przedsiębiorstwem zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, można dokonać porównania z przedsiębiorstwem mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim lub, jeśli to konieczne, z przedsiębiorstwem z innego sektora, pod warunkiem że zostanie uwzględniona specyfika poszczególnych sektorów. Określając wysokość rozsądnego zysku, Państwa Członkowskie mogą wprowadzić kryteria motywacyjne, w szczególności w zakresie jakości świadczonych usług i wzrostu

- 5.4.22 Umowa, oprócz szczegółowego opisu mechanizmu wyliczenia rekompensaty, powinna zawierać mechanizmy pozwalające na kontrolowanie jej wysokości oraz na umożliwiające np. zwrot środków, w przypadku, gdyby wystąpiła nadmierna rekompensata. Pojawienie się nadmiernej rekompensaty oznacza, co do zasady, niedozwoloną pomoc publiczną dla spółki, która musi zostać zwrócona wraz z odsetkami od dnia jej udzielenia.
- 5.4.23 Rekomenduje się wprowadzenie do umowy postanowień o weryfikacji przez niezależnego eksperta udzielonej rekompensaty w zakresie jej wysokości i prawidłowości rozliczenia.
- 5.4.24 Istotna z punktu widzenia prawidłowego wykonania zadania jak i również rozliczenia rekompensaty (tj. zagwarantowania, iż zostanie ona wypłacona w należnej wysokości) jest również prawidłowa kontrola i monitoring. Są one istotne zarówno pod względem zapewnienia jakości wykonywania UOIG jak i ewentualnej weryfikacji konieczności kontynuowania zobowiązania do świadczenia UOIG (czyli interwencji gminnej) w związku z rozwojem danego rynku usług na danym obszarze.
- 5.4.25 Kontrola i monitoring mogą być sprawowane przy pomocy:
- (a) określonego systemu raportowania i sprawozdawczości o wykonywanym zadaniu;
 - (b) niezależnych audytów działalności spółki w zakresie UOIG;
 - (c) okresowej i bieżącej kontroli dokumentacji i wykonania zadania przez gminę;
 - (d) badań satysfakcji odbiorców usług;
 - (e) badań rynku.

5.5 Przedsiębiorca zewnętrzny

- 5.5.1 Gmina może powierzyć wykonywanie zadań w zakresie zapewnienia dostępu do Internetu w ramach UOIG przedsiębiorcom zewnętrznym.
- 5.5.2 Powierzenie wykonywania zadań następuje w drodze umowy, w jednej z przewidzianych prawem form (patrz pkt 4.7.5). Wybór przedsiębiorcy zewnętrznego, któremu realizacja zadania w ramach Działalności zostanie powierzona na podstawie umowy, może nastąpić na podstawie procedur przewidzianych w:
- (a) Prawie zamówień publicznych,
 - (b) Ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi,
 - (c) a w przypadku wyłączeń przewidzianych w tych ustawach, na podstawie Kodeksu cywilnego - w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej

konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności¹¹,

po podjęciu przez organ stanowiący gminy uchwały upoważniającej organ wykonawczy gminy do przeprowadzenia odpowiedniego postępowania i zawarcia z przedsiębiorcą zewnętrzną umowy o świadczenie usług publicznych.

- 5.5.3 Uwzględniając zarówno złożoność Przedsięwzięcia – zarówno od strony organizacyjnej, prawnej jak również – a może przede wszystkim - finansowej – kluczowe jest odpowiednie przygotowanie się gminy do procesu przetargowego.
- 5.5.4 Jednym z instrumentów, z których gmina powinna korzystać jest tzw. dialog techniczny, instytucja, która została opisana w preambule do dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z pkt. 8 preambuły „...przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą, z wykorzystaniem dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji”.
- 5.5.5 Założeniem tego instrumentu jest to, aby przed wszczęciem procedury gmina mogła poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowania najistotniejszych elementów dotyczących postępowania.
- 5.5.6 Wskazuje się, że dialog techniczny to „...możliwość zbadania opinii rynku i istniejących na nim rozwiązań zanim zacznie się proces przetargowy, w celu identyfikacji rozwiązań, które w największym stopniu spełniają potrzeby zamawiającego i które mogą znaleźć odzwierciedlenie w specyfikacji warunków zamówienia.”¹² Chodzi zatem zarówno o informacje dotyczące rozwiązań technicznych jak również podstawowych założeń przyszłej umowy UOIG.
- 5.5.7 Z uwzględnieniem wielkości oraz złożonego charakteru Przedsięwzięcia rekomenduje się wykorzystanie do wyboru przedsiębiorcy zewnętrznego procedur negocjacyjnych, które umożliwiają na etapie wyboru dyskusję nad wszystkimi lub określonymi aspektami realizacji Przedsięwzięcia. Niezwykle istotne jest przygotowanie się gminy do takich negocjacji i opracowanie tzw. warunków brzegowych przedsięwzięcia.
- 5.5.8 Źródłem zobowiązania do świadczenia UOIG w przypadku przedsiębiorcy zewnętrznego jest umowa dotycząca realizacji Przedsięwzięcia zawarta pomiędzy gminą a przedsiębiorcą zewnętrzną.
- 5.5.9 Zakres umowy powinien być zgodny z właściwymi przepisami, w zależności od wybranego trybu zlecenia zadania i jednocześnie uwzględniać wymogi wynikające z zasad dotyczących UOIG.

¹¹ Ustawa o PPP, na podstawie której również może zostać powierzona Działalność w zakresie telekomunikacji nie przewiduje odrębnego trybu wyboru, stąd odesłanie jedynie do wskazanych w tym punkcie.

¹² Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw Publikacja opracowana w ramach projektu systemowego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”, Warszawa 2010;

- 5.5.10 Umowa powinna więc definiować w odpowiedni sposób zobowiązanie do świadczenia UOIG poprzez uwzględnienie wszystkich koniecznych elementów do jego ukonstytuowania się (por. pkt 5.2.2). Jednocześnie zakres umowy powinien także obejmować analogiczne elementy jak te opisane w pkt 5.4.12, oczywiście przy uwzględnieniu specyfiki i zakresu danego Przedsięwzięcia i przepisów znajdujących zastosowanie do trybu zawarcia umowy (np. odnoszących się do umowy koncesji).
- 5.5.11 Do powierzania realizacji Przedsięwzięcia przedsiębiorcy zewnętrznemu znajdują odpowiednie zastosowanie uwagi dotyczące umowy wykonawczej i jej poszczególnych elementów zawarte w pkt 5.4.13 - 5.4.25, z zastrzeżeniem i uwzględnieniem postanowień niniejszego rozdziału.
- 5.5.12 Ze względu na tryb wyboru przedsiębiorcy zewnętrznego, w omawianym modelu realizacji Przedsięwzięcia rekompensata z tytułu zobowiązania do UOIG przyjmie formę wynagrodzenia/ceny za usługę. Zakłada się, iż procedura przetargowa, co do zasady weryfikuje i zapewnia rynkowość tego wynagrodzenia.
- 5.5.13 Z punktu widzenia określenia w umowie odpowiedniej wysokości wynagrodzenia za realizację Przedsięwzięcia istotne jest określenie i skwantyfikowanie ewentualnych innych korzyści przedsiębiorcy zewnętrznego w związku z realizacją Przedsięwzięcia. Kluczowe mogą tu okazać się m.in. zasady i warunki udostępnienia przez gminę przedsiębiorcy zewnętrznemu infrastruktury niezbędnej do wykonania UOIG.
- 5.5.14 Zważywszy, iż realizacja Przedsięwzięcia jest oparta o rozwijający się rynek i występują w nim, co do zasady, przychody od podmiotów trzecich, niezależnie od tego czy umowa będzie miała charakter zamówieniowy czy koncesyjny (charakteryzujący się transferem ryzyka popytowego), należy w niej odpowiednio ukształtować mechanizmy wynagradzania biorąc pod uwagę rodzaj i zakres realizowanego Przedsięwzięcia. W kontekście planowanego do zastosowania w ramach Przedsięwzięcia mechanizmu wynagrodzeniowego, należałoby również rozważyć kwestię kryteriów wyboru, które będą stosowane w ramach procedury wyboru. Umowa powinna przewidywać mechanizmy gwarantujące, iż wysokość wynagrodzenia będzie ściśle kontrolowana (aby nie podniesiono zarzutu nadmiernego wynagradzania przedsiębiorcy zewnętrznego).
- 5.5.15 W sposób szczegółowy należałoby uregulować warunki i zasady prowadzenia przez przedsiębiorcę zewnętrznego działalności na udostępnionej mu infrastrukturze, w innej niż powierzone mu UOIG, jeśli taką się dopuszcza. Zasady te powinny zapobiegać ewentualnym nadużyciom i naruszeniom konkurencji na rynku.
- 5.5.16 W odróżnieniu od sytuacji spółki komunalnej, bardziej zasadnym, w określonych okolicznościach (np. z uwzględnieniem rodzaju obszaru), będzie zastosowanie przy zleceniu UOIG przedsiębiorcy zewnętrznemu mechanizmu koncesyjnego (tzn. przetransferowanie na przedsiębiorcę części lub całości ryzyka popytowego w ramach Przedsięwzięcia).
- 5.5.17 Istotnym elementem wynagrodzenia jest ustalenie przez gminę i przedsiębiorcę zewnętrznego zysku z Przedsięwzięcia na określonym poziomie, adekwatnym do poziomu rynkowego, z uwzględnieniem wystąpienia ryzyka bądź jego braku.

- 5.5.18 W związku z zaangażowaniem w Przedsięwzięcie środków publicznych (w szczególności publicznej infrastruktury lub przekazywania wsparcia na rozwój infrastruktury należącej do przedsiębiorcy zewnętrznego) konieczne jest zawarcie w umowie z przedsiębiorcą zewnętrznym tzw. mechanizmu wycofania (mechanizm *claw back*) gwarantującego, iż przedsiębiorca ten realizujący we współpracy z gminą określone Przedsięwzięcie nie uzyska nadmiernego wynagrodzenia/korzyści ze środków publicznych. Struktura mechanizmu *claw back* powinna zależeć od warunków realizacji konkretnego Przedsięwzięcia.
- 5.5.19 W wyjątkowych okolicznościach (gdy mogłoby to nakładać nieproporcjonalne obciążenie na strony podpisujące umowę), w przypadkach niewielkich Przedsięwzięć (tzn. związanych z niewielkimi kwotami wynagrodzenia lub niewielkimi prostymi projektami realizowanymi na prostych zasadach przetargowych) mechanizm *claw back* nie jest wymagany.
- 5.5.20 W zależności od obszaru, na którym realizowane jest Przedsięwzięcie, umowa może, a nawet wskazane jest, by zawierała określone kryteria i mechanizmy motywacyjne dla przedsiębiorcy zewnętrznego np. w związku z osiągnięciem określonych wskaźników ilościowych czy jakościowych Przedsięwzięcia. Tego typu mechanizmy wpływają zazwyczaj pozytywnie na efektywność realizacji zadania.
- 5.5.21 Aby zapewnić prawidłowość wykorzystania środków publicznych oraz zapobiec tzw. subsydiowaniu skrośnemu konieczne jest zapewnienie odrębnej rachunkowości co najmniej w zakresie działalności prowadzonej w ramach UOIG oraz innej działalności przedsiębiorcy. Jednocześnie wskazane jest ustanowienie obowiązku okresowych audytów kosztów związanych z UOIG, aby zminimalizować ryzyko wystąpienia nieprawidłowości w zakresie rozliczania kosztów świadczenia UOIG.
- 5.5.22 W związku z dynamiką rynku usług szerokopasmowego Internetu, a także wymogów związanych ze świadczeniem tej działalności przez gminę w ramach UOIG wskazane jest zawarcie w umowie okresowych weryfikacji co do zakresu i warunków świadczenia UOIG poprzez np. okresowe badania rynku.
- 5.5.23 W zależności od wyników przeprowadzanych badań warunki świadczenia UOIG powinny być odpowiednio modyfikowane (np. wzrost opłaty za infrastrukturę, jeśli została ustalona w związku ze wzrostem popytu na usługi na obszarze). Istotne jest w przypadku umów zawieranych z podmiotem zewnętrznym w związku z rygorystycznymi zasadami wprowadzania zmian do takich umów – zarówno w przypadku Prawa zamówień publicznych, Ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz Ustawy o PPP¹³ – przewidzenie mechanizmów pozwalających na ich dostosowanie do ewentualnych zmian, których wystąpienie jest prawdopodobne. Zmiany takie mogą w szczególności dotyczyć zakresu, jakości oraz związanej z tym kwoty wypłacanego wynagrodzenia. Możliwość wprowadzania zmian do umowy należy wziąć pod uwagę już na etapie przygotowywania Przedsięwzięcia i opracowywania dokumentacji przetargowej.

¹³ Por. art. 144 Prawa zamówień publicznych, art. 23 Ustawy o koncesji oraz art. 13 Ustawy o PPP.

5.5.24 Właściwe dla danego trybu powierzenia realizacji Przedsięwzięcia przepisy przewidują maksymalne okresy¹⁴, na jaki mogą być zawierane umowy z przedsiębiorcami zewnętrznymi świadczącymi UOIG. Okresu tego nie określają jednak zasady dotyczące UOIG. Okres, na jaki została zawarta umowa dotycząca UOIG powinien być warunkowany zarówno przedmiotem UOIG jak i wynikać z analizy finansowej Przedsięwzięcia. Jednocześnie dość duża dynamiczność rozwoju rynku jak i fakt, iż realizacja Przedsięwzięcia dotyczy szybko starzejących się technologii zapewne umowy UOIG w ramach sieci szerokopasmowych będą zawierane na odpowiednio krótsze okresy niż w innych sektorach (np. transporcie).

6. ZAPEWNIENIE DOSTĘPU TELEKOMUNIKACYJNEGO

- 6.1 Co do zasady infrastruktura lub sieci wybudowane lub nabyte przez gminę podlegają regule „otwartej sieci”, co oznacza obowiązek umożliwienia współkorzystania z nich oraz dostępu do nich wszystkim zainteresowanym podmiotom na równych, niedyskryminacyjnych zasadach.
- 6.2 Reguła otwartej sieci ma zastosowanie niezależnie od przyjętej przez gminę formy organizacyjno – prawnej realizacji zadania publicznego, a więc zarówno w przypadku, gdy w ramach realizowanego zadania gmina (jej jednostka budżetowa) wybudowała, zmodernizowała bądź nabyła prawo do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, jak też w przypadku gdy zadanie to zostało wykonane przez spółkę komunalną bądź też inny podmiot, któremu gmina powierzyła realizację tego zadania.
- 6.3 Zasady dostępu do sieci powinny być ustalone pomiędzy gminą i podmiotem realizującym na jej zlecenie UOIG i zawarte w odpowiednich dokumentach (np. umowie pomiędzy stronami). Wskazane może być przygotowanie odpowiedniego regulaminu określającego zasady oraz warunki cenowe usługi dostępu. Przy określaniu tych warunków należy zwrócić uwagę na ewentualne ryzyko związane z wystąpieniem pomocy publicznej (w szczególności w przypadku różnicowania zasad dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych).
- 6.4 Zachowanie wymogu równego, niedyskryminującego traktowania jest szczególnie istotne w przypadku przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, a więc operatorów (działających w oparciu o infrastrukturę powstałą ze środków publicznych) świadczących usługi hurtowego dostępu i jednocześnie prowadzących działalność na rynku usług detalicznych. Mając na uwadze zapewnienie skutecznej konkurencji na poziomie detalicznym, w określonych przypadkach może być uzasadnione, aby podmiot, którego gmina zobowiązała do świadczenia UOIG działał wyłącznie jako operator – dostawca usług hurtowego dostępu do sieci. Natomiast w przypadku dopuszczenia także możliwości świadczenia usług detalicznych wskazane jest prowadzenie odrębnej ewidencji przychodów i kosztów w zakresie działalności na rynku usług hurtowego dostępu oraz działalności detalicznej.

¹⁴ Por. art. 142 Prawa zamówień publicznych, art. 24 Ustawy o koncesji.

- 6.5 Warunki współkorzystania oraz dostępu do infrastruktury technicznej, w tym techniczne, eksploatacyjne i finansowe warunki współpracy, ustalane są pomiędzy podmiotem świadczącym UOIG a przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystającym z otwartego dostępu w umowie o współkorzystaniu lub o dostępie do infrastruktury technicznej (z uwzględnieniem postanowień umowy o świadczenie UOIG), zgodnie z właściwymi przepisami.
- 6.6 Zapewnienie dostępu do infrastruktury finansowanej ze środków publicznych oraz warunki tego dostępu mogą być powiązane z wystąpieniem pomocy publicznej (w szczególności w przypadku różnicowania zasad dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub zapewnienia preferencyjnych warunków dostępu).
- 6.7 Warunki dostępu powinny być niedyskryminujące, a jednocześnie powinny uwzględniać rynkowe koszty wytworzenia określonej infrastruktury lub sieci. W określonych przypadkach (w szczególności na tzw. obszarach białych) infrastruktura lub sieci wybudowane lub nabyte ze środków publicznych mogą być udostępniane przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na warunkach korzystniejszych, które nie uwzględniają w pełni kosztów wytworzenia infrastruktury.
- 6.8 Udostępnianie infrastruktury na warunkach korzystniejszych niż rynkowe (czyli nie uwzględniających w pełni kosztu wytworzenia infrastruktury) może być uzasadnione m.in. ze względu na zapewnienie świadczenia UOIG zakresie dostępu do Internetu na określonych obszarach oraz zagwarantowanie poziomu cen dla użytkownika końcowego na poziomie społecznie akceptowalnym.
- 6.9 Pomimo, iż teoretycznie zapewnienie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu do infrastruktury lub sieci na warunkach korzystniejszych niż rynkowe (czyli nie uwzględniających w pełni kosztu wytworzenia infrastruktury) przez gminę (bądź inny podmiot zobowiązany do świadczenia UOIG) może nosić znamiona pomocy publicznej, nie musi automatycznie oznaczać konieczności notyfikacji tej pomocy do Komisji Europejskiej.
- 6.10 Przy zachowaniu określonych warunków, możliwe jest wykazanie zgodności Przedsięwzięcia z kryteriami określonymi w Wyroku w sprawie Altmark (por. pkt 8.1.4). W takim przypadku należałoby przyjąć, iż na wszystkich etapach Przedsięwzięcia (w tym również na poziomie zapewniania usługi dostępu hurtowego dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego kupującego tę usługę) pomoc publiczna nie wystąpi.
- 6.11 Przyjmując iż UOIG może stanowić zapewnienie usług dostępu hurtowego¹⁵, należałoby przyjąć, iż spełnienie przy realizacji Przedsięwzięcia przesłanek Decyzji KE dotyczącej rekompensaty (por. pkt 8.1.11(f)) pozwala uznać rekompensatę udzielaną w ramach Przedsięwzięcia za zgodną ze wspólnym rynkiem i w związku z tym wyłączonej spod notyfikacji KE. W takim przypadku zasadne jest zastosowanie analogicznego stanowiska w zakresie zgodności ze wspólnym rynkiem i wyłączenia spod notyfikacji ewentualnej korzyści dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych kupujących usługi hurtowe w ramach UOIG.

¹⁵ Pkt 27 Wytycznych KE

- 6.12 W przypadku, gdy Przedsięwzięcie nie spełnia ani przesłanek wskazanych w Wyroku w sprawie Altmark ani przesłanek Decyzji KE dotyczącej rekompensaty ewentualna korzyść dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w związku z warunkami dostępu do infrastruktury publicznej powinna być zanotyfikowana Komisji Europejskiej, celem uzyskania potwierdzenia zgodności pomocy dla tego przedsiębiorcy ze wspólnym rynkiem.
- 6.13 Do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego mają odpowiednie zastosowanie przepisy działu II rozdział 2 Ustawy Prawo telekomunikacyjne, przy czym:
- (a) gmina jest traktowana jako operator o znaczącej pozycji rynkowej,
 - (b) jest obowiązana zawrzeć umowę o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie,
 - (c) jest obowiązana równo traktować przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach.
- 6.14 Uznanie gminy za operatora o znaczącej pozycji rynkowej oznacza, iż w określonych przypadkach Prezes UKE może nałożyć określone obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji ustawowo określonych, w szczególności wspieraniu równoprawnej i skutecznej konkurencji. Konsekwencją nałożenia takich obowiązków regulacyjnych na gminę może być wskazanie przez Prezesa UKE zasad kalkulacji kosztów służących do określenia warunków cenowych dostępu telekomunikacyjnego.

7. WYMOGI DOTYCZĄCE PRZEJRZYŚCI FINANSOWEJ

- 7.1 W odniesieniu do podmiotów wykonujących Działalność wymogi dotyczące zachowania przejrzystości finansowej wynikają z przepisów:
- (a) Ustawy o przejrzystości oraz dokumentów dotyczących pomocy publicznej – tj. Decyzji KE dotyczącej rekompensaty, Wytycznych KE dotyczących rekompensaty czy Wyroku w sprawie Altmark,
 - (b) Ustawy o wspieraniu sieci, która nakłada określone obowiązki na jednostki organizacyjne gminy prowadzące Działalność (art. 9) oraz na podmioty, które otrzymały środki publiczne na infrastrukturę lub sieć telekomunikacyjną (art.10),
 - (c) Ustawy Prawo telekomunikacyjne, która przewiduje w określonych przypadkach możliwość nałożenia przez Prezesa UKE na przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38).
- 7.2 Istotą wymogów związanych z odrębnym ewidencjonowaniem działalności jest zagwarantowanie, że środki publiczne przekazywane podmiotowi z tytułu świadczenia UOIG będą udzielane w niezbędnej wysokości i nie będą wykorzystane na finansowanie innej działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę (subsydiowanie skrośne).

- 7.3 Do realizacji tego celu nie jest niezbędne prowadzenie odrębnych systemów księgowych (opartych na odrębnych zasadach rachunkowości), a jedynie zastosowanie odrębnej ewidencji przychodów i kosztów dla różnych rodzajów działalności oraz odpowiednich kluczy alokacji, pozwalających na przypisanie kosztów i przychodów do poszczególnych rodzajów działalności.
- 7.4 W przypadku kosztów pośrednich konieczne jest przyjęcie określonych kluczy alokacji pozwalających na zakwalifikowanie odpowiedniej części kosztu do działalności UOIG. Przyjęte zasady w zakresie kluczy alokacji powinny być zgodne z dobrymi praktykami rachunkowości, obiektywnie uzasadnione i określone w dokumentacji księgowej (w szczególności w polityce rachunkowości przyjętej przez dany podmiot).
- 7.5 Uwzględniając obowiązujące wymogi dotyczące zachowania przejrzystości prowadzenia Działalności w ramach UOIG konieczne jest zachowanie następujących zasad:
- (a) w przypadku prowadzenia przez dany podmiot działalności w ramach UOIG oraz innej działalności gospodarczej – konieczne jest odrębne ewidencjonowanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów dla działalności w zakresie powierzonych usług publicznych oraz dla pozostałej działalności gospodarczej, wg odpowiednich kluczy alokacji, konsekwentnie stosowanych i mających obiektywne uzasadnienie,
 - (b) w przypadku wykonywania różnych zadań w ramach powierzonych usług publicznych związanych z wykonywaniem Działalności – konieczne jest odrębne ewidencjonowanie (w tym wg określonych kluczy alokacji) kosztów i przychodów związanych z:
 - (i) budową bądź nabywaniem praw do infrastruktury lub sieci,
 - (ii) działalnością w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych.
- 7.6 Dodatkowo Prezes UKE może w określonych przypadkach nałożyć na gminę określone obowiązki regulacyjne. W ramach tych obowiązków gmina może zostać ponadto zobowiązana do prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, w tym odrębnego ewidencjonowania aktywów, pasywów oraz kosztów i przychodów związanych z usługami w zakresie dostępu telekomunikacyjnego oraz usługami na rynku detalicznym.
- 7.7 Celem rachunkowości regulacyjnej jest przypisanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do działalności w zakresie dostępu telekomunikacyjnego lub działalności w zakresie usług na rynku detalicznym, tak jakby każdy rodzaj działalności był świadczony przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a także ustalenie przychodów i związanych z nimi kosztów odrębnie dla każdej z usług objętych kalkulacją kosztów.
- 7.8 Rachunkowość regulacyjną prowadzi się w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych pomiędzy poszczególnymi rodzajami

8. POMOC PUBLICZNA A REALIZACJA PRZESIĘWZIĘCIA

- 8.1.1 Realizacja przez gminę określonego Przedsięwzięcia w ramach UOIG wiąże się z koniecznością zapewnienia zgodności finansowania usług z przepisami o pomocy publicznej.
- 8.1.2 Oceniając pomoc publiczną przy UOIG należy ocenić charakter danego Przedsięwzięcia w świetle wymogów dotyczących UOIG (por. pkt 5.1 i 5.2)¹⁶.
- 8.1.3 W przypadku, gdy warunki realizacji i finansowania UOIG spełniają kryteria określone w Wyroku w sprawie Altmark, wówczas nie mamy do czynienia z pomocą publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.
- 8.1.4 W Wyroku w sprawie Altmark ETS wskazał na następujące przesłanki, których spełnienie pozwala wykluczyć występowanie pomocy publicznej:
- (a) na przedsiębiorstwo otrzymujące rekompensatę nałożone są faktyczne zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, z których ma się ono wywiązać, a zobowiązania te muszą być jasno zdefiniowane,
 - (b) wskaźniki, na podstawie których wyliczana jest rekompensata, muszą być wcześniej określone w sposób obiektywny i przejrzysty,
 - (c) wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się z zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku,
 - (d) w przypadku, gdy wybór przedsiębiorstwa, na które zostało nałożone zobowiązanie z tytułu świadczenia usług publicznych nie jest dokonywany zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych, która pozwoliłaby na wybór oferenta świadczącego te usługi za cenę najkorzystniejszą dla danej społeczności, poziom rekompensaty należy określić na podstawie analizy kosztów, jakie poniosłoby typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami.
- 8.1.5 Mając na uwadze czwartą przesłankę Wyroku w sprawie Altmark (por. 8.1.4(d)) należy zauważyć, iż procedury zamówień publicznych zawierają również procedury negocjacyjne. Jak wskazywano powyżej, w przypadku skomplikowanych Przedsięwzięć, zastosowanie tego typu procedur jest jak najbardziej uzasadnione. W projektach związanych z zapewnieniem dostępu do Internetu wykorzystywane są również procedury koncesyjne. Choć Komisja Europejska wskazuje, iż zastosowanie procedury negocjacyjnej zwiększa ryzyko wystąpienia pomocy publicznej, mając na uwadze specyfikę realizowanych Przedsięwzięć, ale również praktykę decyzyjną samej Komisji Europejskiej w tym zakresie¹⁷, a także możliwość

¹⁶ Określenie charakteru i zakresu UOIG należy na kompetencji państwa członkowskiego, kompetencja ta nie ma jednak charakteru nieograniczonego ani arbitralnego i może być w określonych przypadkach (oczywistych błędów) podważona przez KE.

¹⁷ W przypadku kilku projektów dotyczących dostępu do Internetu we Francji, realizowanych z wykorzystaniem procedury koncesyjnej, po przeprowadzeniu notyfikacji Komisja uznała spełnienie przesłanek Wyroku w sprawie Altmark i brak pomocy.

odwołania się do odpowiedniej analizy kosztów, nie należy wykluczać możliwości spełnienia przesłanek wskazanych w Wyroku w sprawie Altmark, przy wykorzystaniu w ramach realizacji Przedsięwzięcia, jednej z dostępnych prawnie niedyskryminujących, zapewniających uczciwą konkurencję procedur.

- 8.1.6 W przypadku podjęcia decyzji o wykazywaniu zgodności Przedsięwzięcia z przesłankami Wyroku w sprawie Altmark (aby wykluczyć występowanie pomocy publicznej w Przedsięwzięciu) niezwykle istotne będzie odpowiednie ustrukturyzowanie Przedsięwzięcia na wszystkich jego etapach m.in. poprzez przyjęcie rozwiązań wykazujących i uzasadniających przejrzystości przyjętych do wyliczenia wynagrodzenia wskaźników, określenia właściwych (optymalnych) kosztów Przedsięwzięcia oraz zastosowanych, w ramach wyboru przedsiębiorcy zewnętrznego, kryteriów wyboru.
- 8.1.7 W uzasadnionych przypadkach (np. biorąc pod uwagę rozmiar i stopień skomplikowania Przedsięwzięcia, w szczególności dotyczący struktury organizacyjno-prawnej i finansowej) zaleca się, pomimo podjęcia decyzji o wykazywaniu, iż spełnione są przesłanki Wyroku w sprawie Altmark, notyfikację Przedsięwzięcia do Komisji Europejskiej, celem uzyskania potwierdzenia co do statusu udzielanego w ramach Przedsięwzięcia wsparcia.
- 8.1.8 Jeśli przy realizacji Przedsięwzięcia nie będą zachowane wszystkie przesłanki wskazane w Wyroku w sprawie Altmark, rekompensata będzie uznana za pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, co oznacza konieczność dokonania oceny jej zgodności z regułami wspólnego rynku.
- 8.1.9 Zasadnicze przesłanki oceny zgodności pomocy udzielanej w ramach rekompensaty z tytułu UOIG z regułami wspólnego rynku zostały wskazane przez KE w Wytycznych KE dotyczących rekompensaty oraz w Decyzji KE dotyczącej rekompensaty.
- 8.1.10 Zachowanie w ramach Przedsięwzięcia warunków określonych Decyzji KE dotyczącej rekompensaty zwalnia z obowiązku notyfikowania planowanej pomocy (rekompensaty) do KE w trybie art. 108 ust. 3 TFUE.
- 8.1.11 Aby rekompensata w ramach Przedsięwzięcia mogła zostać uznana za pomoc zgodną ze wspólnym rynkiem w rozumieniu Decyzji KE dotyczącej rekompensaty i nie wymaga, muszą być spełnione co najmniej następujące warunki:
- (a) rekompensata może zostać przyznana jedynie w celu zapewnienia świadczenia UOIG - stąd też jak wskazano powyżej przy podejmowaniu przez gminę Działalności konieczne będzie szczegółowe określenie rodzaju i zakresu usług, które mają być wykonywane, przy uwzględnieniu istniejącej sytuacji na danym rynku oraz działań planowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych¹⁸,
 - (b) podmiot, któremu powierzono wykonywanie usług publicznych musi zostać specjalnie zobowiązany przez organ publiczny do wykonywania UOIG –

¹⁸ Uwzględniając stanowisko KE przedstawione w Wytycznych KE (pkt 24) należy wskazać, iż rekomendowane jest uwzględnienie planowanych działań przedsiębiorców telekomunikacyjnych w ciągu najbliższych 3 lat.

- spełnienie tej przesłanki wiąże się z zachowaniem poszczególnych kroków procedury powierzenia w zależności od przyjętego trybu zlecenia zadania;
- (c) zobowiązanie do świadczenia usług publicznych musi wynikać z odpowiedniego aktu lub aktów władz publicznych (przy czym jak wskazano wyżej może to być akt o charakterze władczym, bądź umowa cywilnoprawna), określających szczegółowo:
- (i) charakter i czas trwania zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych,
 - (ii) nazwę przedsiębiorstwa, któremu powierzono wykonywanie UOIG,
 - (iii) zasięg terytorialny zobowiązania,
 - (iv) wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i weryfikacji rekompensaty,
 - (v) ustalenia dotyczące unikania i zwrotu nadwyżek rekompensaty (co do zasady rozliczenie rekompensaty powinno następować w okresach rocznych, przy czym w przypadku gdy kwota nadwyżki rekompensaty nie przekracza 10 % wartości rocznej rekompensaty, dopuszczalne jest zaliczenie tej kwoty na poczet rekompensaty należnej na kolejny roczny okres rozliczeniowy),
- (d) rekompensata nie może przekraczać kwoty koniecznej do pokrycia kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwo w ramach wywiązywania się z zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku.
- W związku z powyższym konieczne jest zawarcie przez gminę odpowiednich informacji w uchwałach powierzeniowych lub umowach, zgodnie z zaleceniami zawartymi w pkt 5.
- (e) Ze względu na liberalizację rynku łączności elektronicznej powierzenie świadczenia UOIG określonej podmiotowi nie może wiązać się to z przyznaniem mu prawa specjalnego lub wyłącznego (jego ustanowienie mogłoby bowiem w efekcie prowadzić do zmonopolizowania określonego obszaru świadczenia usług).
- (f) Rekompensata w ramach Przedsięwzięcia spełnia jednocześnie następujące warunki:
- (i) jest udzielana przedsiębiorcy, którego średni roczny obrót przed opodatkowaniem, uwzględniający całą działalność nie przekracza 100 mln EUR w okresie dwóch lat obrotowych poprzedzających rok, w którym powierzono mu wykonywanie zadań z tytułu usług publicznych oraz
 - (ii) roczna wartość rekompensaty z tytułu powierzonych usług publicznych nie przekracza 30 mln EUR – przy czym przez rekompensatę należy rozumieć ostateczną wysokość przepływów

pieniężnych oraz innych transferów ze środków publicznych w jakiegokolwiek formie ze strony podmiotów publicznych w okresie roku.

- 8.1.12 W przypadkach, gdy gmina podejmuje decyzję o niewykazywaniu w ramach Przedsięwzięcia przesłanek Wyroku w sprawie Altmark lub też nie jest możliwe ich wykazanie, albo nie są spełnione przez Przedsięwzięcie kryteria wynikające z Decyzji KE dotyczącej rekompensaty, co do zasady przed powierzeniem świadczenia UOIG konieczne jest zgłoszenie planowanego Przedsięwzięcia do KE. Pomoc przewidziana w ramach Przedsięwzięcia podlega uprzedniej kontroli KE pod kątem faktycznego spełniania warunków zgodności ze wspólnym rynkiem m.in. ze względu na interwencję publiczną dokonywaną i związane z tym ryzyko naruszenia konkurencji, na wysoką kwotę rekompensaty/wynagrodzenia.
- 8.1.13 W ramach zgłoszenia badana i akceptowania jest również pomoc występująca w ramach Przedsięwzięcia dla odbiorców usług (np. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którym zapewnia się dostęp do publicznej sieci na określonych warunkach).
- 8.1.14 Dotychczasowa praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej w zakresie oceny projektów dotyczących wdrażania sieci szerokopasmowych w ramach UOIG wskazuje, iż istotnymi kryteriami przy ocenie występowania pomocy publicznej przy realizacji danego projektu z udziałem środków publicznych były:
- (a) rodzaj obszaru, na którym podejmowano interwencję;
 - (b) szczegółowe określenie zakresu zobowiązania do świadczenia określonych usług (w tym wykazanie, że usługa ma charakter powszechny);
 - (c) sposób określenia zasad wynagradzania za świadczone usługi, zapewniający, iż w ramach projektu nie wystąpi nadmierna rekompensata/wynagrodzenie;
 - (d) procedura wyboru podmiotu zobowiązanego do realizacji określonego projektu.

9. REALIZACJA PRZEDSIĘWZIĘCIA Z UDZIAŁEM ŚRODKÓW POCHODZĄCYCH Z UE

- 9.1 Przedsięwzięcie może być realizowane przy udziale wsparcia ze środków pochodzących z Unii Europejskiej. W takim przypadku, oprócz warunków związanych z reżimem rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, konieczne jest również zachowanie określonych wymogów wskazanych w danym programie operacyjnym i właściwych przepisach¹⁹.
- 9.2 Dofinansowanie ze środków UE może się ubiegać bezpośrednio gmina lub przedsiębiorca telekomunikacyjny, któremu gmina powierzyła świadczenie usług w ramach UOIG.

¹⁹ Szczegółowe warunki oraz procedury związane z ubieganiem się o dofinansowanie dostępne są na stronach internetowych danego programu operacyjnego.

9.3 Istotnymi elementami związanymi z realizacją Przedsięwzięcia współfinansowanymi ze środków UE, które należy uwzględnić przygotowując dokumentację związaną z projektem dofinansowanym ze środków unijnych (wniosek o dofinansowanie, studium wykonalności) są m.in.:

- (a) Określenie modelu zarządzania infrastrukturą, której dotyczy projekt unijny²⁰ – np. w przypadku gdy o dofinansowanie ubiega się gmina należy określić komu i na jakich zasadach będzie udostępniana powstała w wyniku projektu infrastruktura, tj. czy operatorem będzie jednostka budżetowa, spółka komunalna, czy wybrany w określonym trybie przedsiębiorca zewnętrzny.
- (b) Wskazanie, czy infrastruktura będzie służyć tylko do świadczenia powierzonych przez gminę usług publicznych, czy też może być również wykorzystana do innej działalności, a jeśli tak, to na jakich zasadach i w jakim stopniu.
- (c) Wykazanie zgodności projektu z przepisami o pomocy publicznej (w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych).
W szczególności należy wykazać, że udzielenie operatorowi infrastruktury dofinansowania ze środków UE lub udostępnienie jemu infrastruktury dofinansowanej ze środków UE nie spowoduje przekroczenia dopuszczanej wysokości rekompensaty. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na fakt, iż system rekompensaty przyjęty w umowie o świadczenie usług publicznych (jej projekcie lub założeniach), przedstawianej wraz z wnioskiem o dofinansowanie, powinien być odpowiednio uwzględniony w modelu finansowym projektu.
- (d) Zgodnie z dotychczasową praktyką (np. w sektorze transportu i gospodarki odpadami), pomimo stosowania systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, właściwe organy zalecają również, aby przy określaniu poziomu dofinansowywania z UE do składników majątkowych w ramach tego schematu stosować metodę luki finansowej w celu wyliczenia wysokości dofinansowania (regulacje związane z projektami generującymi dochód²¹).

Z punktu widzenia wypełnienia przez beneficjenta środków UE wymogów dotyczących projektów generujących dochód istotne jest, aby przygotowując dokumentację dotyczącą projektu oraz konstruując postanowienia umowy z Operatorem wziąć pod uwagę: (i) zakres i zasady prowadzonej ramach projektu działalności; (ii) przyjęty mechanizm płatności; (iii) możliwe strumienie przychodów (iv) stosowaną politykę

²⁰ Projekt współfinansowany z UE nie necessarily musi być tożsamy z zakresem Przedsięwzięcia, choć taka sytuacja może wystąpić, w szczególności przy projektach, w ramach których beneficjentem środków z UE będzie JST.

²¹ Wytyczne dostępne są na stronie internetowej Ministerstwa Rozwoju Regionalnego http://www.mrr.gov.pl/fundusze/wytyczne_mrr/obowiazujace/horyzontalne/strony/lista.aspx

taryfową; (v) dokonywanie okresowych analiz rynku czy monitorowania popytu (przychodów).

- (e) Zagwarantowanie spełnienia warunku zachowania trwałości projektu m.in. poprzez wykazanie, że infrastruktura będzie wykorzystywana do określonego celu, zgodnego z celami programu, przez okres co najmniej 5 lat od zakończenia projektu; w tym kontekście należy zwrócić uwagę, iż uzyskanie dofinansowania w ramach UOIG warunkuje zastosowanie określonego schematu pomocowego.

- 9.4 Jednocześnie umowa z Operatorem powinna zawierać elementy charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług publicznych (w tym metodologię wyliczania rekompensaty z tytułu świadczenia usług, w ramach której odpowiednio należy uwzględnić przysporzenie ze środków UE udzielane na infrastrukturę, zazwyczaj poprzez odpowiednie określenie wysokości kosztu amortyzacji tej infrastruktury).
- 9.5 Beneficjent otrzymuje dofinansowanie ze środków UE na podstawie umowy o dofinansowanie zawartej z właściwą instytucją wdrażającą/pośredniczącą/zarządzającą danym programem operacyjnym, która określa szczegółowe warunki realizacji projektu i wykorzystania środków. Rozliczenie się beneficjenta ze zobowiązań wynikających z tej umowy następuje niezależnie od obowiązków wynikających z tytułu zawartej umowy o świadczenie usług publicznych zawartej z operatorem.
- 9.6 Beneficjent dofinansowania ze środków UE jest zobowiązany do prowadzenia dla projektu odrębnej ewidencji księgowej kosztów, wydatków i przychodów, w sposób umożliwiający identyfikację wszystkich transakcji związanych z projektem. W związku z tym konieczne jest przy Przedsięwzięciu dofinansowanym ze środków UE wyodrębnienie operacji związanych z projektem współfinansowanym z UE (np. poprzez stosowanie odrębnego kodu księgowego identyfikującego wszystkie transakcje i operacje bankowe związane z projektem), przy jednoczesnym zachowaniu wymogów dotyczących przejrzystości finansowej prowadzonej działalności w ramach UOIG (por. pkt 7).
- 9.7 Na zlecenie UKE został opracowany dokument „Rekomendacje w zakresie finansowania z programów operacyjnych budowy infrastruktury szerokopasmowej bez udzielania pomocy publicznej lub bez obowiązku jej notyfikacji, w ramach usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”, który w określonym zakresie może być pomocny przy przygotowaniu i realizacji w systemie UOIG Przedsięwzięcia dofinansowanego ze środków unijnych.

Dokument jest dostępny na stronie internetowej UKE:

http://www.forumszerokopasmowe.pl/do_pobrania.php?start=13

10. PODSUMOWANIE

W przypadku, gdy gmina zamierza realizować Przedsięwzięcie w ramach UOIG powinna podjąć następujące kroki (przy zachowaniu szczegółowych zasad zawartych w niniejszym opracowaniu, innych właściwych wytycznych i odpowiednich regulacjach):

10.1 w ramach etapu przedrealizacyjnego:

- (a) zdefiniowanie zakresu i warunków świadczenia usług publicznych (po przeprowadzeniu odpowiednich analiz danego obszaru, na którym usługi te mają być świadczone);
- (b) analiza sposobu realizacji Przedsięwzięcia celem wyboru jak najbardziej optymalnej formuły realizacji inwestycji;
- (c) złożenie wniosku o opinię do Prezesa UKE ws. wykonywania Działalności w ramach UOIG (opcjonalnie);
- (d) przyjęcie odpowiedniej uchwały przez organ stanowiący gminy o wykonywaniu Działalności;
- (e) w przypadku, gdyby usługi dla odbiorców końcowych miały być świadczone nieodpłatnie lub po cenie niższej niż cena rynkowa, gmina powinna uzyskać odpowiednią decyzję Prezesa UKE wyrażającą zgodę na podjęcie takiej działalności na określonych warunkach; w przypadku gdyby decyzja Prezesa UKE zmieniała postanowienia wcześniej przyjętej uchwały organu stanowiącego, o której mowa w lit. d (stanowi ona załącznik do wniosku o wydanie decyzji), konieczne będzie podjęcie odpowiednich kroków w celu jej modyfikacji;
- (f) opublikowanie informacji na temat prowadzenia Działalności w BIP ;
- (g) dokonanie wpisu do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji (nie dotyczy przypadku, kiedy Przedsięwzięcie zostało powierzone do realizacji przedsiębiorcy zewnętrznemu na podstawie umowy);

10.2 w ramach etapu realizacji Przedsięwzięcia:

- (a) wybór podmiotu realizującego Przedsięwzięcie; gmina może wykonywać zadania własne m.in.:
 - (i) w formie jednostki budżetowej – poprzez powołanie takiego podmiotu (w ramach osobowości prawnej gminy);
 - (ii) poprzez spółki prawa handlowego (tzw. spółki komunalne) - w ramach tzw. powierzenia bezpośredniego określonego zadania bez procedury przetargowej (konceptcja zamówienia *in-house*) na podstawie innej niż umowa;
 - (iii) poprzez powierzenie wykonywania określonego zadania przedsiębiorcy zewnętrznemu na podstawie umowy – przy zastosowaniu odpowiednich procedur wyboru i zawarcie umowy o

charakterze cywilnoprawnym (w oparciu o Prawo zamówień publicznych, Ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Ustawę o Partnerstwie publiczno-prywatnym albo zasady ogólne, zawsze jednak z uwzględnieniem Ustawy o finansach publicznych;

- (b) powierzenie realizacji zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, z uwzględnieniem odpowiednich wymogów, w zależności od podmiotu wykonującego zadanie tj.:
 - (i) jednostka budżetowa – uchwała nakładająca zobowiązanie, statut i regulamin świadczenia usług - pkt 5.3;
 - (ii) spółka komunalna – uchwała nakładająca zobowiązanie, umowa wykonawcza - pkt 5.4;
 - (iii) przedsiębiorca zewnętrzny – umowa - pkt 5.5;
- (c) w ramach powierzenia zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych istotne jest:
 - (i) zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego wszystkim zainteresowanym podmiotom na równych, niedyskryminacyjnych zasadach (reguła otwartej sieci);
 - (ii) zachowanie wymogów dotyczących przejrzystości finansowej;
 - (iii) zagwarantowanie zgodności finansowania usług w ramach UOIG z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

W przypadku, gdy Przedsięwzięcie jest realizowane przy udziale środków unijnych, oprócz wskazanych wyżej warunków związanych z reżimem rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, konieczne jest również zachowanie określonych wymogów wskazanych w danym programie operacyjnym i odpowiednich przepisach.