

ANALIZA PRAWNEJ DOPUSZCZALNOŚCI I WARUNKÓW ZAPEWNIENIA PRZEZ GMINĘ / POWIAT DOSTĘPU DO INTERNETU W RAMACH USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

JAK ZAPEWNIĆ INTERNET SZEROKOPASMOWY W RAMACH USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM – INSTRUKCJA DLA GMIN I POWIATÓW

Niniejsze opracowanie:

- ▶ szczegółowo przedstawia warunki dopuszczalności zapewniania przez gminę / powiat dostępu do Internetu w ramach usług w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG), w szczególności możliwości wykorzystywania bezpośrednio przez gminę lub powiat infrastruktury sieci szerokopasmowych finansowanych z funduszy unijnych,
- ▶ zawiera praktyczną instrukcję w jaki sposób gmina lub powiat może łączyć zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu w ramach UOIG z finansowaniem z funduszy unijnych w trzech wariantach, tj. gdy operatorem UOIG jest: (a) jednostka organizacyjna gminy / powiatu, (b) „komunalna” osoba prawna lub (c) przedsiębiorca zewnętrzny,

Warszawa 2011

Projekt: POIG.07.01.00-00-019/09

1. Pomoc publiczna w projektach szerokopasmowych

Art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: Traktat lub TFUE) stanowi, iż:

„z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w Traktacie, każda pomoc udzielana przez Państwo Członkowskie lub ze źródeł państwowych, w jakiegokolwiek formie, która narusza lub grozi naruszeniem konkurencji przez uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorstw lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z zasadami wspólnego rynku w zakresie, w jakim wpływa negatywnie na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi”.

Oznacza to, iż pomocą publiczną (w niniejszym opracowaniu pojęcie pomoc publiczna będzie używane zamiennie z pojęciem pomoc państwa – tym niemniej w obu przypadkach chodzi o pomoc spełniającą przedstawione poniżej przesłanki wynikające ze wskazanego art. 107 Traktatu) jest transakcja, polegająca na transferze zasobów publicznych na rzecz podmiotu wykonującego działalność gospodarczą, spełniająca łącznie następujące warunki:

- 1) podmiot prowadzący działalność gospodarczą uzyskuje przysporzenie (korzyść ekonomiczną) na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
- 2) pomoc ma charakter selektywny, tzn. uprzywilejowuje określony podmiot lub grupę podmiotów albo produkcję określonych towarów,
- 3) pomoc zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji,
- 4) pomoc wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Reguły dotyczące pomocy publicznej stosuje się zatem wyłącznie w odniesieniu do wsparcia ze środków publicznych udzielanego przedsiębiorcom. Za przedsiębiorcę uważa się przy tym podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od formy organizacyjnej i prawnej, czy źródeł finansowania tego podmiotu¹ oraz niezależnie od tego, czy podmiot ten prowadzi działalność w celu osiągnięcia zysku.²

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości; dalej w opracowaniu jako ETS lub Trybunał) w rozumieniu prawa unijnego za działalność gospodarczą prawa konkurencji uznaje się „*oferowanie dóbr lub usług na danym rynku*”³, jak również oferowanie dóbr lub usług w warunkach konkurencji istniejącej, potencjalnej lub choćby hipotetycznie możliwej⁴. Przedsiębiorcą może być osoba fizyczna prowadząca tak rozumianą działalność gospodarczą, spółka

¹ orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *C-41/90 Höfner i Elser vs. Macrotron GmbH*, ECR [1991] I-1979

² orzeczenie ETS w sprawie *Albany C-67/96*, ECR [1999] I-05751. Pomimo tego, że na gruncie art. 107 ust. 1 TFUE używa się alternatywy („przez państwo lub ze źródeł państwowych”) w orzecznictwie ETS istnieje ugruntowany pogląd, że aby być uznaną za „pomoc państwa” dana korzyść musi być nie tylko przyznana przez państwo (względnie przez podmiot prywatny administrujący pomocą państwa), ale też równocześnie musi bezwzględnie pochodzić ze „źródeł państwowych” (orzeczenia ETS w sprawach: *C-52-54/97 Epifanio Viscido (C-52/97)*, *Mauro Scandella i inni (C-53/97)* i *Massimiliano Terragnolo i inni (C-54/97)* przeciwko *Ente Poste Italiane*, Zbiór Orzeczeń 1998, s. I-2629, pkt 13; *C-200/97 Ecotrade Srl przeciwko Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, Zbiór Orzeczeń 1998, s. I-7907, pkt 35; *C-295/97 Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA przeciwko International Factors Italia SpA (Ifitalia)*, *Dornier Luftfahrt GmbH i Ministero della Difesa*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-3735, pkt 35; *C-379/98 PreussenElektra AG przeciwko Schhleswag AG*, Zbiór Orzeczeń 2001, s. I-2099, pkt 58), a więc musi te źródła (czyli państwowe fundusze i zasoby finansowe) obciążać oraz angażować. Nie wystarczy zatem, że zostaje ona przyznana przez „państwo”. Podejście KE bywa w tym zakresie częściowo odmienne.

³ np. orzeczenie ETS w sprawie *C-35/96 „Komisja vs. Włochy”* [ECR I-3851]

⁴ np. orzeczenia ETS w sprawach: *C-67/96 Albany* i *C-244/94 FFSA*.

prawa handlowego, spółka cywilna, przedsiębiorstwo państwowe, ale również stowarzyszenie, fundacja, gospodarstwo pomocnicze, zakład budżetowy, czy nawet organ administracji publicznej, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu prawa unijnego. Z orzecznictwa ETS wynika jednoznacznie, iż **działalność gospodarcza nie musi być nastawiona na zysk**, a więc przedsiębiorcą może być również organizacja działająca non-profit⁵. Istotą uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę jest **prowadzenie działalności polegającej na oferowaniu towarów lub usług na rynku, gdzie występuje konkurencja ze strony innych podmiotów gospodarczych**. Pojęcie działalności gospodarczej oraz przedsiębiorcy, występujące w prawie unijnym ma zatem inne, szersze znaczenie niż w prawie polskim (por. np. definicje zawarte w ustawie prawo działalności gospodarczej) i zgodnie z zasadą autonomii prawa unijnego powinno być na potrzeby prawa unijnego interpretowane zgodnie z tą autonomiczną definicją. To oznacza, iż obowiązek stosowania przepisów o pomocy publicznej może dotyczyć wszelkich podmiotów, które oferując swoje towary lub usługi konkurują z innymi podmiotami.

W odniesieniu do przesłanki zakłócenia lub groźby zakłócenia konkurencji należy wyjaśnić, iż zachodzi domniemanie spełnienia tej przesłanki w przypadku, gdy wsparcie ze środków publicznych ma charakter selektywny, a więc uprzywilejowuje konkretny podmiot (lub sektor działalności) w stosunku do konkurentów. Natomiast jeśli chodzi o wpływ wsparcia na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE, zgodnie z orzecznictwem ETS nie jest istotne, czy przedsiębiorca oferuje swoje usługi lub towary wyłącznie na rynku krajowym, czy też w innych państwach – wystarczy, że beneficjent prowadzi działalność w sektorze, w którym występuje wymiana handlowa między państwami członkowskimi UE⁶. Pomoc udzielona określone przedsiębiorcy (bądź grupie przedsiębiorców), prowadzącemu działalność na rynku krajowym, wzmacnia jego pozycję wobec konkurentów i tym samym utrudnia wejście na rynek przedsiębiorców z innych państw.

Dla oceny występowania pomocy publicznej w projektach szerokopasmowych bardzo ważne znaczenie ma Komunikat Komisji „Wytyczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych” (2009/C 235/04) (dalej: Wytyczne wspólnotowe), który przybliży i wyjaśnia stosowanie przez Komisję przepisów dotyczących pomocy publicznej w kontekście właśnie projektów szerokopasmowych.

Jak pokazuje praktyka decyzyjna Komisji dotycząca pomocy publicznej na rzecz dostępu szerokopasmowego, wsparcie publiczne dla takich projektów często wiąże się z obecnością pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu.

Po pierwsze środki wymagają na ogół zaangażowania zasobów państwowych (na przykład, gdy państwo wspiera projekty dostępu szerokopasmowego poprzez dotacje, ulgi podatkowe lub inne preferencyjne warunki finansowania).

Po drugie, jeśli chodzi o wsparcie przyznawane na działalność gospodarczą, środki państwowe wspierające projekty zapewniania sieci dostępu szerokopasmowego na ogół są ukierunkowane na prowadzenie działalności gospodarczej (takiej jak budowa i obsługa oraz umożliwianie dostępu do infrastruktury szerokopasmowej, w tym urządzeń, np. stacjonarnych, bezprzewodowych i naziemnych, wykorzystujących połączenia satelitarne lub będących połączeniem różnych technologii). Jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy sieć finansowana w ten sposób nie jest jednak wykorzystywana do celów komercyjnych (np. sieć zapewnia tylko szerokopasmowy dostęp do stron internetowych, usług i informacji o charakterze niekomercyjnym), taka interwencja państwa nie wiązałaby się z przyznaniem przedsiębiorstwu korzyści gospodarczej, wskutek czego nie byłaby pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu.

Po trzecie, jeśli chodzi o przyznanie korzyści, pomoc jest zazwyczaj przyznawana bezpośrednio inwestorom sieci, którzy w większości przypadków są wybierani w drodze przetargu nieograniczonego. O ile stosowanie procedury przetargowej zapewnia ograniczenie wysokości pomocy do niezbędnego minimum dla danego projektu, to

⁵ np. orzeczenia ETS w sprawie C-244/94 FFSA.

⁶ *Vademecum Community Rules On State Aid 01.09.2003*, źródło: strona internetowa Komisji Europejskiej http://www.europa.eu.int/comm/index_en.htm

wsparcie finansowe mogłoby umożliwić wybranemu wykonawcy prowadzenie działalności gospodarczej na warunkach, których w innym razie rynek by nie zapewnił. Beneficjentami pośrednimi mogliby być między innymi inni operatorzy, którzy uzyskują dostęp hurtowy do zbudowanej w ten sposób infrastruktury oraz użytkownicy biznesowi, którzy uzyskują dostęp szerokopasmowy na warunkach, które nie istniałyby bez interwencji państwa. Dotyczy to także operatorów i biznesowych użytkowników końcowych, którzy uzyskują dostęp do sieci publicznej zapewnianej przez samorząd terytorialny.

Po czwarte, jeśli chodzi o kryterium selektywności, środki państwowe wspierające wdrożenie sieci szerokopasmowych są z natury selektywne, ponieważ są skierowane do przedsiębiorstw, które działają tylko w niektórych regionach lub na niektórych segmentach rynku usług łączności elektronicznej. Ponadto, jeśli chodzi o zakłócenie konkurencji, interwencja państwa sprzyja zmianie panujących warunków rynkowych przez to, że szereg przedsiębiorstw dokonałoby w tej sytuacji wyboru usług świadczonych przez wybranych dostawców zamiast istniejących, potencjalnie droższych alternatywnych rozwiązań rynkowych. W związku z tym fakt, że usługi szerokopasmowe stają się w ogóle dostępne albo dostępne po niższej cenie niż w innym przypadku, powoduje zakłócenie konkurencji. Ponadto wsparcie państwa dla infrastruktury szerokopasmowej mogłoby obniżyć rentowność i spowodować wyparcie inwestycji uczestników rynku, którzy w innej sytuacji byłiby skłonni do zainwestowania w określony obszar lub jego części. Dla porównania, jako przykład braku selektywności można wskazać budowę kanałów technologicznych otwartych na jednakowych zasadach dla wszelkich zainteresowanych sektorów (telekomunikacja, energetyka, gaz, woda, ciepło, kanalizacja).

Wreszcie w zakresie w jakim interwencja państwa może wpłynąć na dostawców usług z innych państw członkowskich, wpływa ona także na wymianę handlową, ponieważ rynki usług łączności elektronicznej (w tym hurtowe i detaliczne rynki łączy szerokopasmowych) są otwarte na konkurencję między operatorami i dostawcami usług.

Oznacza to, że udostępnianie subsydiowanej ze środków publicznej infrastruktury szerokopasmowej lub świadczenie usług w takiej sieci dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych z zasady wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

2. Projekty samorządowe w kontekście pomocy publicznej

Jednostki samorządu terytorialnego mają być beneficjentami blisko 1,28 mld euro dotacji z Programów Operacyjnych na lata 2007-2013, przeznaczonych na projekty budowy infrastruktury szerokopasmowej. Wyjątkowo dotacje mogą być przyznawane przedsiębiorcom (przykład: konkurs w ramach Lubuskiego RPO).

Tab. 1 Mapa schematów realizacji projektów szerokopasmowych przez jst

Schemat	Opis
I	Infrastruktura wyłącznie dla administracji publicznej
II	Infrastruktura dla administracji publicznej oraz użytkowników końcowych według modelu praskiego lub rozszerzonego modelu praskiego
III	Infrastruktura dla grup użytkowników końcowych objętych działaniem 8.3 POIG
IV	Infrastruktura wykorzystywana w ramach usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym

V	Infrastruktura udostępniania w ramach pomocy de minimis dla użytkowników końcowych – przedsiębiorców
VI	Infrastruktura udostępniania w ramach pomocy de minimis dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych
VII	Infrastruktura objęta dotacją udzieloną w ramach regionalnej pomocy inwestycyjnej w sektorze telekomunikacyjnym
VIII	Inne

Schemat I nie wzbudza kontrowersji i nie wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej, co potwierdzają decyzje Komisji.⁷

Schemat VII polega na tym, że jst otrzymuje w ramach regionalnej pomocy inwestycyjnej dotację z funduszy unijnych i działa jak przedsiębiorca telekomunikacyjny na zasadach komercyjnych, po uprzednim wpisie do rejestru takich przedsiębiorców prowadzonego przez Prezesa UKE. Warunki otrzymania dotacji określa rozporządzenie z dnia 7 grudnia 2009 r. Ministra Rozwoju Regionalnego w sprawie udzielania pomocy na inwestycje w zakresie: energetyki, infrastruktury telekomunikacyjnej, infrastruktury sfery badawczo-rozwojowej, lecznictwa uzdrowiskowego w ramach regionalnych programów inwestycyjnych⁸. Ze względu na określone w tym rozporządzeniu maksymalne poziomy pomocy publicznej oraz zasadniczo inną niż komercyjna, subsydiarną funkcją realizowaną przez jst (zapewnienie dostępu do Internetu na obszarach, na których występują zakłócenia w funkcjonowaniu rynku lub w celach spójności), schemat ten wystąpi raczej wyjątkowo – dotychczas nie odnotowano w praktyce udzielenia dotacji dla jst w ramach tego programu pomocowego.

Schematy II-III oraz V-VI są przedmiotem odrębnych opracowań.

Schematy IV jest przedmiotem niniejszego opracowania.

Schemat VIII jest zbiorczą kategorią obejmującą wszystkie przypadki, które nie są objęte schematami I-VII. Ta kategoria w zasadzie bez wyjątków wymaga spełnienia warunków określonych w Wytycznych wspólnotowych, indywidualnej notyfikacji pomocy publicznej oraz w rezultacie notyfikacji uzyskania decyzji Komisji. W tym schemacie mieszczą się m.in. wszystkie projekty, w których jst buduje sieć regionalną, a następnie udostępnia ją przedsiębiorcy wybranemu w procedurze konkurencyjnej (tzw. Operator Infrastruktury).

⁷ Decyzja z 30.5.2007 r. w sprawie NN 24/2007 – Republika Czeska, *Prague Municipal Wireless Network* oraz decyzja z dnia 30.5.2007 N 46/2007 – United Kingdom, *Welsh Public Sector Network Scheme*.

⁸ Dz.U. Nr 214, poz. 1661.

1. Pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz potrzeba wspierania ich świadczenia⁹

W odniesieniu do środków finansowych wspierających świadczenie szczególnego rodzaju usług, którymi są usługi w ogólnym interesie gospodarczym (w rozumieniu art. 106 ust. 2 TFUE), organy unijne wypracowały pewne specjalne reguły umożliwiające kwalifikowanie tych środków do kategorii pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Reguły takie wypracował najpierw w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości (słynne orzeczenie w sprawie *Altmark*)¹⁰, po czym zostały one zaakceptowane w aktach prawnych wydanych przez Komisję Europejską¹¹. Od razu warto przy tym zaznaczyć, że te szczególne reguły w istocie nie odbiegają w jakimś radykalnym stopniu od ogólnych (generalnych) reguł uznawania poszczególnych środków państwowych za pomoc państwa i wypracowanych na gruncie art. 107 ust. 1 TFUE. Owe wspomniane szczególne reguły stanowią raczej uszczegółowienie i konkretyzację omówionych wyżej szeroko reguł ogólnych, uwzględniających przy tym specyfikę usług w ogólnym interesie gospodarczym.

Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (*services in general economic interest, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*) są w prawie unijnym szczególną kategorią prawną, stanowiącą oryginalny wytwór tego prawa¹². W Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym pojawia się dwukrotnie (raz w art. 14 TFUE, a drugi raz w art. 106 ust. 2 TFUE), przy czym w żadnym z przepisów tego aktu prawnego wzmiankowane pojęcie nie zostało w sposób legalny zdefiniowane. Ogólnej definicji tegoż pojęcia nie podał również nigdy Trybunał Sprawiedliwości, który w omawianym zakresie ogranicza się jedynie do kazuistycznego stwierdzenia, czy dana usługa jest czy też nie jest usługą w ogólnym interesie gospodarczym¹³. Próbę zdefiniowania przedmiotowych usług podjęła natomiast Komisja Europejska, która w swoim komunikacie z 2000 r. – Usługi w interesie ogólnym w Europie¹⁴ stwierdziła, iż **usługi w ogólnym interesie gospodarczym są usługami rynkowymi, które państwa członkowskie poddają szczególnym zobowiązaniom odnoszącym się do służby publicznej, na podstawie kryterium interesu ogólnego**¹⁵. Z podanej przez Komisję definicji wynika zatem, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym charakteryzują się dwoma podstawowymi cechami, a mianowicie: 1) posiadają charakter rynkowy (komercyjny), i równocześnie 2) realizują – w interesie ogólnym – określoną misję służby publicznej.

To, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym mają charakter rynkowy (komercyjny) oznacza, iż są one świadczone w ramach prowadzonej na rynku działalności gospodarczej, zaś podmiot dostarczający te usługi jest

⁹ W opracowaniu wykorzystano materiały udostępnione przez UKE, a przygotowane przez Kancelarię Grynhoff, Woźny i Wspólnicy, przy współautorstwie prof. dr hab. M. Szydło.

¹⁰ Orzeczenie ETS w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, oraz *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-7747.

¹¹ Zob. decyzję Komisji nr 2005/842/WE w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych przyznawanej niektórym przedsiębiorstwom, którym zostało powierzone świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE 2005, L 312/67) oraz wspólnotowe ramy prawne dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (Dz. Urz. UE 2005, C 297/4).

¹² Jak się dość powszechnie podkreśla, pojęcie „usług w ogólnym interesie gospodarczym” – będąc oryginalnym tworem prawa wspólnotowego – nie posiada swojego bezpośredniego odpowiednika w siatce pojęciowej znanej krajowym porządkom prawnym: R. Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s. 231; V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne* [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. A. Dausés, Warszawa 1999, s. 925.

¹³ L. Hancher, *Community, State, and Market* [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999, s. 726.

¹⁴ Dz. Urz. WE 2001, C 17/4.

¹⁵ Aneks II (*Definition of Terms*) do komunikatu Komisji z 2000 r.

normalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego (tj. bierze udział w rynkowej wymianie dóbr i usług)¹⁶. Jednocześnie, skoro usługi te mają mieć charakter rynkowy, muszą być one świadczone za wynagrodzeniem (tj. w celu osiągnięcia konkretnych przychodów finansowych), nawet motyw zysku (cel czysto zarobkowy) nie jest w danym przypadku pierwszoplanowy. W rezultacie do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym nie będą należały takie rodzaje działań (świadczeń), które ze swej istoty należą do zwierzchniczych prerogatyw państwa i nie są dostarczane w ramach wymiany rynkowej (np. zapewnianie przez państwo wewnętrznego i zewnętrznego bezpieczeństwa, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, prowadzenie polityki zagranicznej, czy też wykonywanie innej działalności immanentnie związanej ze sprawowaniem władzy publicznej)¹⁷. Usługami w ogólnym interesie gospodarczym nie będą też usługi edukacyjne świadczone w ramach krajowych systemów edukacji (szkolnictwa)¹⁸ oraz usługi podstawowego ubezpieczenia społecznego, świadczone przez podmioty (instytucje) zorganizowane na zasadzie solidarności i nie ukierunkowane na osiągnięcie zysku¹⁹.

Obok rynkowego (komercyjnego) charakteru drugą konstytutywną cechą usług w ogólnym interesie gospodarczym jest to, iż realizują one równocześnie określoną misję ogólną (misję służby publicznej). Misją tą jest **zaspokajanie ważnych (egzystencjalnych) potrzeb ludzkich oraz przyczynianie się do rozwoju innych przedsiębiorstw oraz całej gospodarki, przy czym waga (znaczenie) realizowanej przez omawiane usługi misji wyraża się w tym, że gdyby usługi te nie były świadczone przez określone przedsiębiorstwa, to wówczas dostarczać je musiałoby samo państwo**. Usługi w ogólnym interesie gospodarczym świadczą te przedsiębiorstwa, na które władze publiczne nałożyły taki obowiązek (ów obowiązek nie może być przez zobowiązane przedsiębiorstwa jednostronnie zmodyfikowany), przy czym bardzo często jest tak, że świadczenie wzmiankowanych usług **odbywa się pod nadzorem państwa, w sposób powszechnie (tzn. dla wszystkich, którzy chcą z nich skorzystać) dostępny oraz po przystępnych cenach**²⁰. W doktrynie podkreśla się jednocześnie, że przedsiębiorstwa, którym zostało powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym powinny to czynić nawet w przypadku, gdy okazuje się to kolidować z ich własnym partykularnym ekonomicznym (majątkowym) interesem²¹.

Do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym można m. in. zaliczyć usługi polegające na zapewnianiu hurtowego dostępu do szerokopasmowego Internetu, o ile wszakże tego rodzaju dostępu, i to o odpowiednim zasięgu obejmującym wszystkich obywateli lub użytkowników, nie są w stanie zapewnić prywatni inwestorzy, co sprawia, że znaczna część społeczeństwa pozostaje niepodłączona do sieci²².

¹⁶ Por. W. Möschel, *Service public und europäischer Binnenmarkt*, Juristenzeitung 2003, nr 21, s. 1024.

¹⁷ Pkt 28 komunikatu Komisji z 2000 r.; zob. też orzeczenia ETS w sprawach: C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH przeciwko Eurocontrol, Zbiór Orzeczeń 1994, s. I-43, pkt 19-32; C-343/95 Diego Cali & Figli Srl przeciwko Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-1547, pkt 16-25.

¹⁸ Por. orzeczenia ETS w sprawach: 263/86 Belgia przeciwko René Humbel i Marie-Thérèse Edel, Zbiór Orzeczeń 1988, s. 5365, pkt 14-20; C-109/92 Stephan Max Wirth przeciwko Landeshauptstadt Hannover, Zbiór Orzeczeń 1993, s. I-6447, pkt 13-19.

¹⁹ Orzeczenia ETS w sprawach: C-159/91 i C-160/91 Christian Poucet przeciwko Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zbiór Orzeczeń 1993, s. I-637, pkt 18-19; C-218/00 Cital di Battistello Venanzio & C. Sas przeciwko Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-691, pkt 34-46.

²⁰ Por. V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 440-441; A. Deringer, *The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary on the EEC Rules of Competition*, CCH Editions 1968, s. 248-249; A. C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, European Law Review 1982, vol. 7, s. 28; D. Wyatt, A. Dashwood, *The substantive law of the EEC*, op. cit., s. 371.

²¹ P. v. Wilmowsky, *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1991, Band 155, s. 552; E.-J. Mestmäcker, *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV [w:] Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, red. F. Ruland, B. B. von Maydell, H.-J. Papier, Heidelberg 1998, s. 645.

²² Zob. pkt 24 Komunikatu Komisji – Wytoczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych, Dz. Urz. UE 2009, C 235/04).

W ostatnim okresie Unia Europejska przywiązuje niezwykle istotną wagę do kwestii prawidłowego funkcjonowania usług w ogólnym interesie gospodarczym. Przejawem tego jest chociażby art. 14 TFUE²³ oraz liczne akty prawne, regulujące problematykę usług w ogólnym interesie gospodarczym w poszczególnych sektorach gospodarki (m. in. w sektorze telekomunikacji, energetyki, poczty)²⁴. Podkreśla się, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym należy widzieć w bardzo szerokim kontekście sytuacyjnym, jako kluczowy element europejskiego modelu społeczeństwa oraz jako czynnik istotnie wpływający na rozwój społeczny i gospodarczy Unii, a także na poziom życia obywateli. Usługi te muszą być traktowane jako samoistna wartość w unijnym porządku prawnym, której to wartości należy zapewnić wieloraką ochronę i wsparcie²⁵.

Przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym (tzw. *entrusted undertakings*, *beträute Unternehmen*) zmuszone są z tego tytułu ponosić bardzo poważne koszty oraz nakłady. Nie ulega przecież żadnej wątpliwości, że wykonywanie obowiązków związanych z misją publiczną tychże usług jest bardzo kosztowne. Nic więc dziwnego, że państwo zazwyczaj przekazuje wzmiankowanym przedsiębiorstwom stosowne wynagrodzenie (rekompensatę), chcąc pokryć w ten sposób koszty realizacji nałożonych na dane przedsiębiorstwo obowiązków w interesie ogólnym. *Nota bene* wysokość tego wynagrodzenia może być bardzo różna: niekiedy jest ono niższe bądź równe rzeczywiście ponoszonym przez przedsiębiorstwo kosztom świadczenia omawianych usług, niekiedy zaś jest od tych kosztów wyraźnie wyższe. W takich przypadkach w nieuchronny sposób pojawia się pytanie, czy aby wzmiankowane powyżej a przekazywane przez państwo wynagrodzenie nie powinno być traktowane jako pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE? Aby tak było wynagrodzenie to powinno być uprzywilejowaną korzyścią o charakterze selektywnym. To jednak, czy rzeczywiście wynagrodzenie przekazywane przez państwo upoważnionemu przedsiębiorstwu może być uznawane za „uprzywilejowaną korzyść”, a tym samym za pomoc państwa, jest kwestią niezwykle sporną i kontrowersyjną. Można by bowiem twierdzić, że jeżeli wspomniane wynagrodzenie jest niższe bądź równe kosztom ponoszonym przez dane przedsiębiorstwo z tytułu świadczenia powierzonych mu usług, to wówczas nie mamy do czynienia z żadną uprzywilejowaną to przedsiębiorstwo korzyścią (pomocą), lecz jedynie ze świadczeniem wzajemnym ze strony państwa. Mianowicie, przedsiębiorstwo ponosi dodatkowe koszty spowodowane koniecznością realizowania nałożonych na nie – w interesie ogólnym – obowiązków, zaś państwo owe koszty przedsiębiorstwu (choćby częściowo) rekompensuje. Z kolei konkurencyjne względem powyższego poglądu stanowisko zakłada, że nawet jeżeli wynagrodzenie nie przekracza swoją wysokością wielkości dodatkowych kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwo na świadczenie powierzonych mu usług, to i tak powinno być ono kwalifikowane jako pomoc państwa (uprzywilejowana korzyść) w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (takie stanowisko zajął w przeszłości m. in. Sąd Pierwszej Instancji)²⁶.

²³ Przepis ten stanowi co następuje: „Bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecenia i finansowania takich usług”; na temat tego przepisu zob. szerzej M. Ross, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation*?, *European Law Review* 2000, vol. 25, s. 22 i n.; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, op. cit., s. 342 i n.

²⁴ Zob. dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej), Dz. Urz. WE 2002, L 108/51; art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/55); art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/94); art. 3-6 dyrektywy 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, Dz. Urz. WE 1998, L 15/14.

²⁵ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 151.

²⁶ Orzeczenie SPI w sprawie T-106/95 *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) oraz Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń 1997, s. II-229, pkt 163 i nast.

2. Brak pomocy publicznej – kryteria określone w orzeczeniu *Altmark*

Powyższa kontrowersja została ostatecznie wyjaśniona przez Trybunał Sprawiedliwości we wspomnianym już orzeczeniu w sprawie *Altmark*. W orzeczeniu tym Trybunał przypomniał, że aby dany środek państwowy mógł zostać uznany za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE musi stanowić dla danego przedsiębiorstwa (będącego beneficjentem tegoż środka) rzeczywistą finansową korzyść, przy czym korzyść ta musi mieć charakter uprzywilejowujący. Jest tak zaś wtedy, gdy korzyści takiej dane przedsiębiorstwo nigdy nie by nie uzyskało na normalnych rynkowych warunkach (pkt 84 orzeczenia)²⁷. W rezultacie korzyść ta, mając charakter uprzywilejowujący, stawia dane przedsiębiorstwo w znacznie bardziej korzystnej (bardziej sprzyjającej) sytuacji konkurencyjnej, niż jego rywali rynkowych. Analogiczne rozumowanie – zdaniem Trybunału – powinno być również przeprowadzane w przypadku środków finansowych przekazywanych przedsiębiorstwom w zamian za świadczenie przez nie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Mianowicie, jeżeli dany środek daje takiemu (obciążonemu zobowiązaniami służby publicznej) przedsiębiorstwu rzeczywistą finansową korzyść i uprzywilejowuje je wobec innych przedsiębiorstw, to wówczas powinien być uznawany za pomoc państwa (w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE). Jeżeli natomiast dany środek nie daje wspomnianemu przedsiębiorstwu rzeczywistych finansowych korzyści i nie stawia je w bardziej sprzyjającej sytuacji konkurencyjnej od jego rywali rynkowych, to wówczas powinien być uznawany nie za pomoc państwa, lecz za zwykłe wynagrodzenie, przekazywane przedsiębiorstwu w związku z wykonywaniem przez nie zobowiązań służby publicznej (pkt 87 orzeczenia). Równocześnie Trybunał sprecyzował cztery zasadnicze warunki (przesłanki), których kumulatywne spełnienie oznacza, iż dany środek państwowy nie jest pomocą państwa (a więc nie jest uprzywilejowującą dane przedsiębiorstwo korzyścią), lecz jest po prostu wynagrodzeniem za zapewniane przez to przedsiębiorstwo usługi.

Po pierwsze, **dane przedsiębiorstwo musi rzeczywiście spełniać (wykonywać) obowiązki służby publicznej, przy czym obowiązki te muszą być w sposób jasny zdefiniowane.**

Po drugie, **parametry, na podstawie których będzie kalkulowane wynagrodzenie (rekompensatę) przekazywane przedsiębiorstwu muszą być ustalone z wyprzedzeniem (a więc *ex ante*), w obiektywny i przejrzysty sposób.** Chodzi bowiem o to, aby uniknąć przyznawania danemu przedsiębiorstwu jakichkolwiek ekonomicznych korzyści, które mogłyby uprzywilejować beneficjenta wobec jego konkurentów. W rezultacie, jeżeli państwo nie ustali uprzednio (z wyprzedzeniem) parametrów wynagrodzenia i przekaze je danemu przedsiębiorstwu dopiero wtedy, gdy okaże się, iż wykonywanie zobowiązań służby publicznej nie jest dla tego podmiotu opłacalne (tak, aby dzięki wspomnianemu wynagrodzeniu przedsiębiorstwo mogło pokryć straty poniesione w związku z wykonywaniem służby publicznej), to wówczas takie wynagrodzenie stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Po trzecie, **przekazywane przedsiębiorstwu wynagrodzenie (rekompensata) nie może przekraczać tego, co jest rzeczywiście konieczne dla pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem zobowiązań służby publicznej, przy równoczesnym wzięciu pod uwagę zarówno przychodów osiągniętych z takiej działalności, jak też rozsądnego zysku (*reasonable profit*) z tytułu wykonywania wchodzących w grę obowiązków.** Spełnienie tego warunku ma być w swoim założeniu gwarancją tego, że dane przedsiębiorstwo nie otrzyma żadnej korzyści, która mogłaby naruszyć konkurencję lub też grozić jej naruszeniem przez wzmocnienie pozycji konkurencyjnej wzmiankowanego przedsiębiorstwa.

Po czwarte wreszcie, przedsiębiorstwo mające wykonywać zobowiązania służby publicznej **powinno być wybrane w drodze zastosowania procedury zamówienia publicznego (np. publicznego przetargu),** pozwalającego wyłonić takiego oferenta, który będzie zdolny zapewnić świadczenie powierzanych mu usług po najniższym koszcie dla danej społeczności. Jeżeli natomiast przedsiębiorstwo mające wykonywać zobowiązania

²⁷ Zob. też orzeczenia ETS w sprawach: C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni przeciwko La Poste i inni*, Zbiór Orzeczeń 1996, s. I-3547, pkt 60; C-342/96 *Hiszpania przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-2459, pkt 41.

służby publicznej nie zostanie wybrane we wskazany powyżej sposób, to wówczas wysokość wynagrodzenia, jakie zostanie przekazane wykonawcy zobowiązań powinna być określona **na podstawie analizy kosztów, jakie poniosłoby na wykonywanie tychże obowiązków typowe przedsiębiorstwo, dobrze i efektywnie działające, przy uwzględnieniu przychodów osiągniętych z takiej działalności oraz rozsądnego zysku za realizowanie wzmiankowanych zobowiązań** (pkt 88-93 orzeczenia).

Trybunał Sprawiedliwości uznał zatem, że jeżeli państwo przekazując określone przedsiębiorstwu wynagrodzenie w zamian za świadczenie przez nie powierzonych mu usług w ogólnym interesie gospodarczym przestrzega wspomnianych wyżej czterech warunków (przesłanek), to działa tym samym jak normalny rynkowy (prywatny) inwestor i nie uprzywilejowuje danego przedsiębiorstwa względem jego konkurentów. W takim bowiem przypadku przedsiębiorstwo wykonujące zobowiązania służby publicznej nie otrzymuje żadnych rzeczywistych korzyści i nie dostaje niczego ponad to, co uzyskałoby na normalnych rynkowych warunkach. W rezultacie otrzymywane wówczas przez przedsiębiorstwo wynagrodzenie nie stanowi dla niego żadnego przywileju (nie stawia je w lepszej sytuacji konkurencyjnej) i nie powinno być tym samym uznawane za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE²⁸.

Należy w tym miejscu podkreślić, że tezy wypowiedziane przez Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Altmark* zostały następnie w pełni podtrzymane w wydanym kilka miesięcy później przez ETS orzeczeniu w sprawie *Enirisorse*²⁹, a także w orzeczeniach Sądu Pierwszej Instancji w sprawach *Danske Busvognmænd*³⁰ oraz *Valmont Nederland BV*³¹. Bez żadnej przesady można już zatem mówić o istnieniu utrwalonego orzecznictwa sądów unijnych w omawianym zakresie. W związku z tym warto byłoby nieco szerszą uwagę poświęcić owym czterem warunkom (przesłankom), które sformułował Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Altmark*, a których spełnienie jest w danym przypadku równoznaczne z przyjęciem, iż wynagrodzenie przekazywane przez państwo określone przedsiębiorstwu (z tytułu wykonywania przez nie usług w ogólnym interesie gospodarczym) nie jest pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Przed wszystkim należy zauważyć, że warunki te nie mają jednolitego charakteru, gdyż każdy z nich dotyczy innego aspektu związanego z przekazywanym przedsiębiorstwu wynagrodzeniem. Pierwszy warunek dotyczy celu (przeznaczenia) tej płatności. Mianowicie, wynagrodzenie to musi być przeznaczone na wspieranie jasno zdefiniowanych i precyzyjnie określonych zobowiązań służby publicznej. Drugi warunek dotyczy proceduralnych aspektów obliczania wzmiankowanego wynagrodzenia: otóż wynagrodzenie to musi być skalkulowane na

²⁸ W tym miejscu warto wszakże wspomnieć również o poglądzie przeciwnym, w myśl którego działań państwa finansującego świadczenie przez przedsiębiorstwa usług w ogólnym interesie gospodarczym nie można przyrównywać do działań normalnego rynkowego (prywatnego) inwestora, kierującego się rynkowymi zasadami. Nie można zatem twierdzić, że jeżeli państwo przekazując przedsiębiorstwu wynagrodzenie (w zamian za świadczenie przez nie zobowiązań służby publicznej) działa na normalnych rynkowych warunkach, to tym samym nie uprzywilejowuje takiego przedsiębiorstwa (bo nie przekazuje mu niczego więcej ponad to, co uzyskałoby ono na rynkowych warunkach), a więc że nie mamy w tym przypadku do czynienia z pomocą państwa. Uzasadnieniem takiego stanowiska ma być okoliczność, że porównanie działań państwa do działań prywatnego (rynkowego) inwestora jest odpowiednie i właściwe jedynie w sytuacji, gdy działania państwa mają ekonomiczny (gospodarczy) charakter i polegają na przykład na obejmowaniu w przedsiębiorstwie udziałów lub akcji, na udzielaniu przedsiębiorstwu pożyczki lub gwarancji lub też na nabywaniu od niego pewnych dóbr. Takie porównanie jest natomiast zupełnie chybione i niewłaściwe w przypadku, gdy działania państwa nie mają ekonomicznego charakteru i polegają na wykonywaniu władzy publicznej. Finansowanie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest właśnie przejawem wykonywania władzy publicznej, a więc nie jest to działalność, którą wykonują rynkowi (prywatni) inwestorzy. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby inwestor taki w ogóle podejmował się z własnej inicjatywy finansowania wspomnianych usług – zob. opinię Adwokata Generalnego *Légera* w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg* przeciwko *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, oraz *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-7747, pkt 15-27. Pogląd, że działań państwa nabywającego określone usługi w celu realizowania określonych zobowiązań misji publicznej nie powinno się przyrównywać do zachowań prywatnego inwestora rynkowego, lecz raczej do pewnego hipotetycznego publicznego i racjonalnego inwestora jest również prezentowany w doktrynie: A. Doern, *The Interaction Between EC Rules On Public Procurement and State Aid*, Public Procurement Law Review 2004, nr 3, s. 114-115.

²⁹ Orzeczenie ETS w sprawie C-34-38/01 *Enirisorse SpA* przeciwko Ministero delle Finanze, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-14243, pkt 30-40.

³⁰ Orzeczenie SPI w sprawie T-157/01 *Danske Busvognmænd* przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 2004, s. I-0000, pkt 98.

³¹ Orzeczenie SPI w sprawie T-274/01 *Valmont Nederland BV* przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 2004, s. I-0000, pkt 129-131.

podstawie parametrów ustalonych *ex ante*, a więc znanych i ustalonych zanim jeszcze zaistnieje konieczność jego wypłaty³². Trzeci warunek dotyczy odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, przy czym generalnie rzecz biorąc chodzi o to, by wysokość ta nie była nadmierna (ekscesywna). Czwarty wreszcie warunek dotyczy zarówno aspektów proceduralnych, jak też ilościowych przekazywanego przedsiębiorstwu wynagrodzenia. Mianowicie, wynagrodzenie to powinno być przekazywane przedsiębiorstwu wybranemu w drodze przetargu (aspekt proceduralny), tak, aby dzięki temu jego wysokość była jak najniższa (aspekt ilościowy). Jeżeli natomiast przedsiębiorstwo mające wykonywać zobowiązania służby publicznej nie zostaje wybrane w drodze przetargowej (lub też w drodze innej podobnej procedury), to wówczas wysokość tego wynagrodzenia powinna być obliczona w drodze analizy kosztów (aspekt proceduralny), jakie poniosłoby na wykonywanie tychże zobowiązań typowe i efektywne przedsiębiorstwo, dobrze i efektywnie zarządzane (aspekt ilościowy). Trzeba przy tym zauważyć, że aby można było uznać, iż w danym przypadku nie mamy do czynienia z pomocą państwa, wszystkie wspomniane powyżej cztery warunki muszą zostać spełnione łącznie (kumulatywnie). W rezultacie o tym, czy dany zastosowany przez państwo środek (tj. wynagrodzenie) jest czy też nie jest pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE rozstrzygają nie tylko jego cel (przeznaczenie) oraz wysokość, ale także zastosowana przy jego aplikowaniu procedura³³. Trzeba przyznać, że taki sposób zdefiniowania pomocy państwa (na świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym) znacząco odbiega od definicji pomocy państwa przyjmowanej we wszystkich innych sprawach. Reguła jest bowiem taka, że takie elementy, jak cel danego środka (państwowego) oraz procedura jego przyznawania są całkowicie irrelevantne z punktu widzenia możliwości zakwalifikowania go jako „pomoc państwa” w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE³⁴. Tymczasem okazuje się, że w przypadku środków (finansowych) przekazywanych przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym to właśnie wymienione elementy odgrywają decydujące znaczenie, jeśli chodzi o uznanie ich (lub nie) za pomoc państwa.

Mówiąc przy tym o celu danego środka wspierającego, do którego odnosi się warunek pierwszy z orzeczenia *Altmark* (zgodnie z tym warunkiem dany środek musi mieć na celu rzeczywiste wsparcie konkretnych usług w ogólnym interesie gospodarczym, które zostały jasno zdefiniowane i powierzone danemu przedsiębiorstwu), należałoby stwierdzić, że jakkolwiek określenie charakteru i zakresu danych usług jako będących powierzonymi określone przedsiębiorstwu usługami w ogólnym interesie gospodarczym wchodzi w zakres kompetencji i podlega swobodzie decyzyjnej państw członkowskich, to jednak kompetencja taka nie ma ani nieograniczonego charakteru, ani nie może być wykonywana w sposób arbitralny³⁵. W szczególności, aby można było uznać daną działalność za usługę w ogólnym interesie gospodarczym powinna ona wykazywać szczególne cechy w porównaniu do zwykłych rodzajów działalności gospodarczej. W szczególności oznacza to, że cel użyteczności publicznej, do którego dążą władze publiczne, nie może zwyczajnie (po prostu) polegać na rozwijaniu pewnych rodzajów działalności gospodarczej lub dziedzin gospodarki, tak jak przewidziano to w art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE. Państwo członkowskie musi być w stanie opisać powody, z powołaniem się na które uważa, że daną usługę należy – ze względu na jej szczególny charakter – określić jako usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym i odróżnić ją od innych rodzajów działalności gospodarczej. Ponadto państwo członkowskie musi zadbać o to, aby misja świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym spełniała pewne minimalne kryteria, wspólne dla wszystkich misji tego rodzaju, przy równoczesnym wykazaniu, że kryteria te zostały w konkretnym przypadku rzeczywiście spełnione. Kryteria te obejmują co najmniej istnienie aktu organu publicznego powierzającego danym

³² Nie znaczy to rzecz jasna, że *ex ante* (a więc uprzednio) musi być ustalona wysokość wynagrodzenia. *Ex ante* muszą być ustalone jedynie parametry, w oparciu o które wynagrodzenie to będzie następnie obliczane, zob. *European Commission: XXXIIIrd Report on Competition Policy 2003*, Brussels-Luxembourg 2004, s. 150.

³³ Por. S. Santamato, N. Pesaresi, *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling*, Competition Policy Newsletter 2004, nr 1, s. 18.

³⁴ Zob. np. orzeczenie ETS w sprawie 173/73 Włochy przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 1974, s. 709, pkt 13.

³⁵ Orzeczenia SPI w sprawach: T-442/03 SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 2008, s. II-1161, pkt 195; T-289/03 British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 2008 p. II-81, pkt 166; T-17/02 Fred Olsen, SA przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 2005, s. II-2031, pkt 216.

podmiotom misję świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz uniwersalny i obowiązkowy charakter tej misji³⁶.

Warto też zwrócić w tym miejscu uwagę na pewien istotny niuans dotyczący warunku czwartego. Zgodnie z tym warunkiem przedsiębiorstwo mające wykonywać zobowiązania służby publicznej powinno zostać wyłonione w drodze publicznej procedury przetargowej, umożliwiającej wskazanie podmiotu, który będzie w stanie świadczyć dane usługi w ogólnym interesie gospodarczym po najniższych kosztach. Otóż ów „najniższy koszt” wcale niekoniecznie i bynajmniej nie w każdym przypadku zastosowania procedury przetargowej będzie najniższym w ogóle możliwym do poniesienia kosztem (a więc najniższym kosztem, jaki w ogóle można by sobie wyobrazić, tj. takim, który poniosłoby w takiej sytuacji najbardziej efektywne przedsiębiorstwo). Najczęściej będzie to po prostu najniższy koszt spośród tych, które zostały zaoferowane w przetargu i spośród których władze publiczne mogły dokonać wyboru. Nie znaczy to jednak, że wchodzących w dany przypadek w grę usług w ogólnym interesie gospodarczym nie można by już świadczyć po niższym koszcie. Jest to szczególnie dobrze widoczne w przypadku usług dostarczanych za pomocą sieci infrastrukturalnej (np. sieci wodociągowej, gazowej lub elektrycznej), kiedy to przedsiębiorstwo posiadające i eksploatujące taką sieć w naturalny sposób posiada ekonomiczną przewagę nad swoimi konkurentami nie dysponującymi siecią i – ciesząc się korzyściami ekonomii skali lub zakresu – jest w stanie zaproponować władzom publicznym najniższy koszt świadczenia określonych usług. Najczęściej będzie to jednak koszt tylko nieznacznie niższy od kosztów oferowanych przez konkurentów i wcale nie można wykluczyć tego, że dane usługi mogłyby być świadczone po jeszcze niższym koszcie (tyle tylko, że podmiot eksploatujący na zasadzie monopolu naturalnego daną sieć infrastrukturalną nie będzie najczęściej zainteresowany dalszym zmniejszaniem swoich kosztów). Co więcej, nie bez racji się zauważa, że zastosowanie przetargowego sposobu wyłonienia wykonawcy zobowiązań służby publicznej bynajmniej nie wyklucza ryzyka tego, iż przekazywane takiemu podmiotowi wynagrodzenie może przekroczyć swoją wysokością wielkość rzeczywistych kosztów ponoszonych przez dany podmiot na realizowanie misji publicznej. Tym samym spełnienie warunku czwartego (przetarg publiczny) wcale nie musi koniecznie oznaczać, iż automatycznie spełniony będzie również warunek trzeci (który w założeniu ma zapobiegać przekazywaniu upoważnionym przedsiębiorstwom wynagrodzenia przewyższającego ponoszone przez nich koszty)³⁷. Tymczasem w celu uniknięcia kwalifikacji danego środka jako środka pomocowego w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE spełnienie warunku trzeciego jest również konieczne.

Z kolei nie można również wykluczyć i takiej sytuacji, że wprawdzie trzy pierwsze warunki wyspecyfikowane w orzeczeniu w sprawie *Altmark* będą w konkretnym przypadku spełnione, natomiast nie zostanie spełniony omówiony wyżej warunek czwarty. Z taką właśnie sytuacją miała do czynienia Komisja Europejska, kiedy to musiała ocenić legalność specjalnych korzyści finansowych przyznanych przez władze irlandzkie przedsiębiorstwu elektroenergetycznemu *Electricity Supply Board (ESB)*. Korzyści te polegały na możliwości pobierania przez to przedsiębiorstwo określonych dodatkowych opłat od swoich klientów, uwzględnionych i przewidzianych w stosownej taryfie cenowej zatwierdzonej przez irlandzkiego regulatora rynku energii elektrycznej. Owe dodatkowe opłaty miały w swoim założeniu pokrywać dodatkowe koszty ponoszone przez przedsiębiorstwo *ESB* z tytułu wykonywania nałożonych na nie zobowiązań służby publicznej, przy czym zobowiązania te polegały na zapewnianiu rezerw zdolności produkcyjnej, mających zaspokajać zwiększone zapotrzebowanie w okresach szczytowego poboru energii elektrycznej. Komisja uznała, że nałożone na przedsiębiorstwo zobowiązania są jasno zdefiniowane, że parametry pozwalające skalkulować wynagrodzenie zostały ustalone *ex ante* oraz że wysokość wspomnianego wynagrodzenia nie przekracza zasadniczo wielkości ponoszonych kosztów (przy uwzględnieniu uzyskiwanych dochodów). Niemniej jednak Komisja stwierdziła, że przedsiębiorstwo *ESB* nie zostało wybrane w drodze publicznej procedury przetargowej. Co więcej, władze irlandzkie nie dostarczyły Komisji żadnych przekonujących dowodów i informacji wskazujących na to, że koszty wykonywania przez *ESB* powierzonych mu zobowiązań służby publicznej odpowiadają swoją wielkością kosztom, które ponosiłoby w takim przypadku

³⁶ Pkt 24-26 Komunikatu Komisji – Wytyczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych; pkt 39 oraz 43-49 Komunikatu Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej (Dz. Urz. UE 2009, C 257/1).

³⁷ S. Santamato, N. Pesaresi, *Compensation for services of general economic interest*, op. cit., s. 19.

typowe przedsiębiorstwo, dobrze zorganizowane i prawidłowo (efektywnie) działające oraz posiadające odpowiednie środki do wykonywania zobowiązań służby publicznej. Nie można było zatem wykluczyć tego, że efektywność kosztowa przedsiębiorstwa *ESB* nie jest optymalna i że teoretycznie mogłoby się znaleźć przedsiębiorstwo zdolne zapewniać wchodzące w grę usługi po niższym koszcie. W związku z powyższym, wskutek braku spełnienia w tym przypadku czwartego warunku wspomnianego w orzeczeniu ETS w sprawie *Altmark*, Komisja uznała, iż wynagrodzenie przekazane przez władze irlandzkie na rzecz przedsiębiorstwa *ESB* jest pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE³⁸.

Powyższy przykład poucza, że dla uznania, iż wynagrodzenie przekazane przez państwo na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi w ogólnym interesie gospodarczym nie jest pomocą państwa nie wystarczy, że nie przekracza ono swoją wysokością wielkości ponoszonych przez to przedsiębiorstwo rzeczywistych kosztów wykonywania powierzonych mu zadań. W braku zastosowania publicznej procedury przetargowej konieczne jest bowiem jeszcze to, by wysokość tego wynagrodzenia odpowiadała wysokości kosztów, jakie poniosłoby na wykonywanie danego rodzaju zadań publicznych typowe i efektywne przedsiębiorstwo, dobrze zarządzane i prawidłowo funkcjonujące (przy uwzględnieniu rozsądnego zysku tego przedsiębiorstwa).

Wymóg ten jest zresztą nietrudno zrozumieć. Nie ulega przecież wątpliwości, że gdyby „zakupu” usług w ogólnym interesie gospodarczym dokonywał rynkowy (prywatny) inwestor, to wówczas byłby on skłonny zapłacić przedsiębiorstwu podejmującemu się świadczenia takich usług jedynie taką cenę, która by wynikała z efektywnego, tj. po możliwie jak najniższym koszcie, ich świadczenia. Każda wyższa cena byłaby dla rynkowego inwestora równoznaczna z przepłaceniem i oznaczałaby dla niego określoną stratę. Dlatego też jeżeli zakupu od określonego przedsiębiorstwa usług w ogólnym interesie gospodarczym dokonuje państwo i przekazuje temu przedsiębiorstwu wynagrodzenie w wysokości wyższej, niż koszty, jakie poniosłoby w analogicznej sytuacji efektywne przedsiębiorstwo (przy uwzględnieniu rozsądnego zysku), to wówczas dane przedsiębiorstwo otrzymuje w istocie od państwa korzyść je uprzywilejowującą, tj. taką, której nie otrzymałoby na normalnych rynkowych warunkach (prywatny inwestor tyle by nie zapłacił). Taka uprzywilejowująca wspomniane przedsiębiorstwo korzyść (stawiająca je tym samym w lepszej sytuacji konkurencyjnej od jego rywali) musi być oczywiście uznana za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Należy tu jeszcze dodać, że jeżeli w danym przypadku spełniona zostanie ta część czwartego warunku z orzeczenia *Altmark*, w której jest mowa o powierzeniu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym i rekompensaty za te usługi w drodze publicznego przetargu, i gdy równocześnie przetarg ten będzie przeprowadzony przy rzeczywistym respektowaniu zasad niedyskryminacji, obiektywizmu oraz przejrzystości, wówczas będzie można powiedzieć, że taki środek kompensacyjny nie spełnia przesłanki selektywności i nie jest w związku z tym pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, nawet jeżeli nie zostały w danym przypadku spełnione pozostałe warunki z orzeczenia *Altmark*. Skoro bowiem dana korzyść została przyznana określonemu przedsiębiorstwu nie w sposób arbitralny i uznaniowy, lecz w sposób, który potencjalnie gwarantuje dostęp do tej korzyści wszystkim przedsiębiorstwom spełniającym określone obiektywne kryteria, wówczas korzyść ta nie ma charakteru selektywnego w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE i nie jest pomocą państwa, nawet jeżeli jej wysokość (z uwagi na niespełnienie warunku drugiego, trzeciego i czwartego z orzeczenia *Altmark*) przekracza to, co byłby skłonny wydatkować w takiej sytuacji prywatny rynkowy inwestor.

³⁸ Decyzja Komisji w sprawie pomocy nr N 143/2004 – Irlandia, Public Service Obligation – Electricity Supply Board (ESB), Dz. Urz. WE 2005, C 242/4, pkt 3.1 oraz 3.3.

3. Pomoc państwa dopuszczalna na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE

Jeżeli określone przedsięwzięcie infrastrukturalne jest wspierane środkami będącymi pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE i równocześnie przedsięwzięcie to może być zasadnie kwalifikowane jako usługa w ogólnym interesie gospodarczym (w znaczeniu omówionym wyżej), to wówczas uznanie prawnej dopuszczalności tego rodzaju wsparcia może być dokonane na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE. Ten ostatni przepis stanowi, że „Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że z samego literalnego brzmienia art. 106 ust. 2 TFUE nie wynika jeszcze w sposób bezsporny i jednoznaczny, jaki jest lub powinien być rozmiar i zakres zwolnienia danego przedsiębiorstwa lub państwa członkowskiego (gdyż przepis ten może być stosowany zarówno do przedsiębiorstw, jak i państw członkowskich)³⁹ od obowiązku przestrzegania przepisów Traktatu. Nic więc dziwnego, że przepis ten bywa w bardzo różny sposób interpretowany. Dawniejsza doktryna prawa unijnego skłonna była przyjmować, że zwolnienie przedsiębiorstwa od obowiązku przestrzegania reguł Traktatu może wchodzić w grę dopiero wówczas, gdy dane przedsiębiorstwo nie ma żadnych technicznych ani też gospodarczych możliwości wykonywania powierzonego mu przez państwo zadania bez naruszenia Traktatu. Nie jest zatem w tej mierze wystarczające, że przestrzeganie reguł traktatowych utrudnia przedsiębiorstwu wykonywanie danego zadania lub też czyni to wykonywanie bardziej uciążliwym. Aby bowiem można było się powołać na zawarty w art. 106 ust. 2 TFUE (dawny art. 86 ust. 2 TWE) wyjątek, konieczne jest uprzednie stwierdzenie, że bez skorzystania z tego wyjątku dane zadanie (w ogólnym interesie gospodarczym) w ogóle nie zostanie wykonane (bo nie będzie takiej możliwości). Tym samym na derogację tę można się powoływać w sytuacjach naprawdę ostatecznych i zupełnie wyjątkowych⁴⁰. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że takie – jak wyżej opisane – restrykcyjne podejście do kwestii wykładni art. 106 ust. 2 TFUE było również przez bardzo długi okres czasu podzielane w orzecznictwie organów wspólnotowych⁴¹.

Wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE zaczęła ulegać znaczącej zmianie dopiero od początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, a konkretnie od momentu wydania przez Trybunał słynnego orzeczenia w sprawie *Corbeau*. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że rozważając zakres, w jakim dane – wykonujące usługi w ogólnym interesie gospodarczym – przedsiębiorstwo powinno zostać zwolnione z obowiązku respektowania reguł konkurencji należy przede wszystkim brać pod uwagę to, by wspomniane przedsiębiorstwo mogło wykonywać powierzone mu zadania na „ekonomicznie akceptowalnych warunkach”⁴². Z orzeczenia tego wynika zatem, że przyznania zwolnienia z art. 106 ust. 2 TFUE Trybunał nie warunkował już bynajmniej tym, by bez skorzystania z tejże derogacji przedsiębiorstwo w ogóle nie było w stanie wykonywać powierzonego mu zadania. Sprawa przedstawia się wręcz przeciwnie: nawet gdyby bez tej derogacji przedsiębiorstwo mogło (i było w stanie) świadczyć usługi w ogólnym interesie gospodarczym, to i tak mogłoby się jeszcze ubiegać o omawiane tutaj zwolnienie. Zwolnienie to powinno

³⁹ Por. R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 236; M. Burgi, *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, *Europarecht* 1997, nr 3, s. 274-275; A. C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, op. cit., s. 30; G. Marengo, *Public Sector and Community Law*, *Common Market Law Review* 1983, vol. 20, s. 518-519; P. Schindler, *Public Enterprises and the EEC Treaty*, *Common Market Law Review* 1970, vol. 7, s. 67; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 372; J. L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive rights and other anti-competitive state measures [w:] The EC law of competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 1999, s. 314.

⁴⁰ Por. V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, op. cit., s. 455-456; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 372; A. C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, op. cit., s. 30; A. Deringer, *The Competition Law of the European Economic Community*, op. cit., s. 254-255.

⁴¹ Zob. np. decyzję Komisji nr 82/371/EWG w sprawie IV/29.995 – NAVAWA-ANSEAU, *Dz. Urz. WE* 1982, L 167/39; w rezultacie, jak podaje P. v. Wilmsky, praktycznie aż do początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku żadnemu przedsiębiorstwu ani razu nie udało się skorzystać z zawartej w art. 86 ust. 2 TWE derogacji, zob. P. v. Wilmsky, *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, op. cit., s. 553-554.

⁴² Orzeczenie ETS w sprawie C-320/91 Postępowanie karne przeciwko Paul Corbeau, *Zbiór Orzeczeń* 1993, s. I-2533, pkt 16.

bowiem nie tylko „umożliwić” przedsiębiorstwu świadczenie powierzonych mu usług (tzn. sprawić, aby to było w ogóle możliwe), ale powinno zapewniać, by świadczenie tychże usług następowało na „ekonomicznie akceptowalnych warunkach”.

Ten kierunek wykładni był następnie podtrzymywany przez Trybunał w kolejnych orzeczeniach. W tym kontekście warto przede wszystkim zwrócić uwagę na wydane w 1997 roku orzeczenia Trybunału dotyczące istniejących we Francji, Włoszech i Holandii monopoli w zakresie dostaw energii elektrycznej i gazu. Otóż w orzeczeniach tych Trybunał jednoznacznie stwierdził, iż dla przyznania wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE nie jest bynajmniej konieczne, by w sytuacji respektowania przez przedsiębiorstwo (wykonujące powierzone mu przez państwo usługi w ogólnym interesie gospodarczym) reguł Traktatu zagrożone było jego przetrwanie, równowaga finansowa lub też ekonomiczna żywotność. Dla przyznania omawianego tutaj zwolnienia jest bowiem w pełni wystarczające, że pełne poddanie przedsiębiorstwa regułom konkurencji stanowiłoby dla niego przeszkodę w wykonywaniu powierzonych mu zadań. Ostatecznie chodzi bowiem o to, by dzięki zwolnieniu przedsiębiorstwo to mogło wykonywać usługi w ogólnym interesie gospodarczym na ekonomicznie akceptowalnych warunkach⁴³.

Równocześnie ani przedsiębiorstwo ani też państwo członkowskie nie musi wcale wykazywać od strony pozytywnej, że nie istnieje żaden inny niż skorzystanie z art. 106 ust. 2 TFUE hipotetyczny środek, który by pozwalał danemu przedsiębiorstwu na wykonywanie usług w ogólnym interesie gospodarczym na takich samych warunkach, jak w sytuacji skorzystania z tego wyjątkowego przepisu⁴⁴. To ostatnie stwierdzenie Trybunału oznacza istotne ułatwienie sytuacji procesowej przedsiębiorstwa i państwa członkowskiego w postępowaniu przed Trybunałem, gdyż uwalnia te podmioty od konieczności przeprowadzania bardzo uciążliwego dowodu.

Ostatecznie można zatem stwierdzić, że obecnie Trybunał Sprawiedliwości skłonny jest w znacznie dalej idącym stopniu niż dotychczas uwzględniać argumenty przedsiębiorstw i państw członkowskich powołujących się zawartą w art. 106 ust. 2 TFUE derogację. Uznaje on bowiem, że skorzystanie z tego wyjątku dopuszczalne jest już wtedy, gdyby w sytuacji pełnego respektowania reguł traktatowych danemu przedsiębiorstwu było „trudniej” wykonywać powierzone mu zadania i gdyby nie mogło ono tego czynić na warunkach, które są do „zaakceptowania z ekonomicznego punktu widzenia”. Uprawniony przy tym wydaje się wniosek, że w ten sposób Trybunał chroni już nawet nie tyle samo przedsiębiorstwo (i jego ekonomiczną zdolność do przetrwania), co raczej samą usługę w ogólnym interesie gospodarczym oraz możliwość realizowania przez tę usługę związanej z nią misji⁴⁵.

W przypadku środków pomocowych (w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE) wspierających świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym kwestię możliwości uznania ich za dopuszczalne w oparciu o art. 106 ust. 2 TFUE normują obecnie dwa akty prawne wydane przez Komisję Europejską: 1) decyzja Komisji nr 2005/842/WE w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE [obecnie art. 106 ust. 2 TFUE] do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych przyznawanej niektórym przedsiębiorstwom, którym zostało powierzone świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym⁴⁶, 2) wspólnotowe ramy prawne dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych⁴⁷.

Decyzja Komisji nr 2005/842/WE (zwana dalej „decyzją nr 2005/842/WE”) w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE [art. 106 ust. 2 TFUE] do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych przyznawanej niektórym przedsiębiorstwom, którym zostało powierzone świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym została wydana w oparciu o art. 106 ust. 3 TFUE⁴⁸. W decyzji tej generalnie

⁴³ Orzeczenia ETS w sprawach: C-157/94 Komisja przeciwko Holandii, Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-5699, pkt 43, 52 i 53; C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-5815, pkt 59, 95 i 96.

⁴⁴ Orzeczenie ETS w sprawie C-158/94 Komisja przeciwko Włochom, Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-5789, pkt 54.

⁴⁵ Por. M. Ross, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation ?*, op. cit., s. 25.

⁴⁶ Dz. Urz. UE 2005, L 312/67.

⁴⁷ Dz. Urz. UE 2005, C 297/4.

⁴⁸ Przepis ten nakłada na Komisję obowiązek czuwania nad wykonywaniem i stosowaniem art. 106 ust. 1 i ust. 2 TFUE oraz upoważnia ją do wydawania w razie potrzeby odpowiednich dyrektyw lub decyzji adresowanych do państw członkowskich; na temat art. 106 ust. 3 TFUE zob. szerzej D. G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 490 i n.; P. Craig, G. de Búrca,

uznaje się, że jeżeli wynagrodzenie przekazywane przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym spełnia cztery warunki wyspecyfikowane w orzeczeniu Trybunału w sprawie *Altmark*, to wówczas nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Jeżeli jednak któryś z tych czterech warunków nie jest w danym przypadku spełniony, a przy tym spełnione są przesłanki zawarte w art. 107 ust. 1 TWE, to wówczas takie wynagrodzenie stanowi pomoc państwa. Omawiana tutaj decyzja powinna być przy tym stosowana jedynie w tych ostatnich przypadkach, a więc w przypadkach, gdy kompensacja zobowiązań służby publicznej jest pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (pkt 4 i 5 preambuły decyzji).

Celem omawianej tutaj decyzji jest ustalenie warunków, po spełnieniu których będące pomocą państwa (w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE) a przekazywane przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym wynagrodzenie (rekompensata) jest uznawane za zgodne z rynkiem wewnętrznym (właśnie na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE) oraz jest przy tym **zwolnione z obowiązku uprzedniego notyfikowania go Komisji Europejskiej w oparciu o art. 108 ust. 3 TFUE** (art. 1 decyzji). Aby tak się stało, przedsiębiorstwo, któremu jest przekazywane wynagrodzenie musi przede wszystkim należeć do jednej z kategorii podmiotowych wyspecyfikowanych w art. 2 decyzji. W tym ostatnim przepisie mowa jest o następujących kategoriach przedsiębiorstw: 1) przedsiębiorstwach, których średnioroczny obrót przed opodatkowaniem, ze wszystkich rodzajów działalności, w okresie dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym powierzono mu wykonywanie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest mniejszy niż 100 milionów EURO, zaś przekazywane takiemu przedsiębiorstwu wynagrodzenie za wykonywanie powierzonych mu usług jest mniejsze niż 30 milionów EURO, 2) przedsiębiorstwach będących szpitalami oraz zajmujących się budownictwem społecznym (socjalnym), jeżeli wykonują one usługi kwalifikowane przez dane państwo członkowskie jako usługi w ogólnym interesie gospodarczym, 3) przedsiębiorstwach zapewniających połączenia morskie oraz lotnicze z wyspami, jeżeli ruch pasażerski na obsługiwanych przez nie liniach w okresie dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym zostało im powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym nie przekracza 300 000 pasażerów, oraz 4) przedsiębiorstwach obsługujących porty lotnicze oraz morskie, jeżeli ruch pasażerski w okresie dwóch lat obrachunkowych poprzedzających rok, w którym zostało im powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym nie przekracza 1 miliona pasażerów w przypadku portów lotniczych oraz 300 000 pasażerów w przypadku portów morskich.

Kolejnym warunkiem skorzystania z dobrodziejstwa omawianej tutaj decyzji (którym to dobrodziejstwem jest uznanie danej pomocy za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz zwolnienie jej z obowiązku uprzedniej notyfikacji) jest powierzenie przez państwo członkowskie świadczenia danych usług określonego przedsiębiorstwu w drodze jednego lub więcej aktów urzędowych (*official acts*), przy czym forma prawna takich aktów może być swobodnie określana przez każde państwo członkowskie⁴⁹. Akt taki lub akty powinny określać w szczególności: 1) istotę powierzanych przedsiębiorstwu zobowiązań służby publicznej oraz okres czasu, przez jaki zobowiązania te będą musiały być wykonywane, 2) wskazanie przedsiębiorstwa, mającego wykonywać zobowiązania służby publicznej oraz obszaru geograficznego (terytorium), jaki ma ono obsługiwać, 3) wskazanie wszelkich praw wyłącznych lub specjalnych przekazywanych przedsiębiorstwu, 4) parametry, mające stanowić podstawę dla obliczania, kontrolowania oraz rewizji wynagrodzenia (rekompensaty), a także 5) postanowienia mające zapobiegać sytuacji, w której wynagrodzenie byłoby nadmierne, zaś w razie wystąpienia takiej sytuacji, postanowienia przewidujące obowiązek zwrotu nadwyżki (art. 4 decyzji).

EU Law, op. cit., s. 1134-1135; R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 237 i n.; R. Lane, *EC Competition Law*, op. cit., s. 241 i n.; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 376-377.

⁴⁹ To, że każde państwo członkowskie może w sposób dowolny wybrać formę prawną owego aktu urzędowego (powierzającego przedsiębiorstwu świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym) jest przy tym zgodne z poglądami doktryny ukształtowanymi na gruncie art. 106 ust. 2 TFUE i dotyczącymi formy prawnej „powierzenia” przedsiębiorstwu świadczenia omawianych usług. Zgodnie bowiem z tymi poglądami, „powierzenie” świadczenia wzmiankowanych usług może następować w dowolnej formie, a więc na przykład w formie aktu administracyjnego, ustawy, umowy cywilnoprawnej lub też w jakiegokolwiek innej formie, zob. V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, op. cit., s. 446-447; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law*, op. cit., s. 1131; R. Lane, *EC Competition Law*, op. cit., s. 233; R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 232; P. Schindler, *Public Enterprises and the EEC Treaty*, op. cit., s. 69.

Ważnym warunkiem powołania się na zwolnienie przewidziane w decyzji jest odpowiednia wysokość wynagrodzenia przekazywanego przedsiębiorstwu (zob. art. 5 decyzji). Mianowicie, wynagrodzenie to nie może przekraczać swoją wysokością tego, co jest niezbędne dla pokrycia kosztów ponoszonych na wykonywanie zobowiązań służby publicznej, przy uwzględnieniu osiągniętych z danej działalności dochodów oraz rozsądnego zysku (*reasonable profit*) od zaangażowanego kapitału za wykonywanie tych zobowiązań.

Jeśli chodzi o koszty, które powinny być w takich przypadkach wzięte pod uwagę, to muszą one obejmować wszelkie koszty ponoszone na świadczenie wchodzących w grę usług w ogólnym interesie gospodarczym. Koszty te powinny być obliczone na podstawie generalnie akceptowanych zasad obliczania kosztów, przy uwzględnieniu następujących wytycznych: a) jeżeli dane przedsiębiorstwo zajmuje się jedynie świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, to wówczas wszystkie jego koszty mogą być wzięte pod uwagę, b) jeżeli dane przedsiębiorstwo wykonuje jeszcze dodatkowo jakąkolwiek działalność poza świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, to wówczas uwzględnione mogą zostać jedynie koszty związane (*associated*) ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, c) koszty przypisywane usługom w ogólnym interesie gospodarczym mogą zawierać wszelkie koszty zmienne ponoszone na świadczenie tychże usług, odpowiednią oraz proporcjonalną część kosztów stałych wspólnych dla usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz dla innych rodzajów działalności, a także zwrot kapitału niezbędnego dla wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym, w wysokości odpowiadającej normalnemu zwrotowi rynkowemu dla danego sektora⁵⁰, d) wzięte pod uwagę mogą również zostać koszty związane z inwestycjami, zwłaszcza z inwestycjami w infrastrukturę, o ile wszakże koszty te są niezbędne dla świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym.

Dochód, który ma być wzięty pod uwagę przy obliczaniu przekazywanego przedsiębiorstwu wynagrodzenia (i który – przy obliczaniu wysokości tego wynagrodzenia – będzie musiał być odjęty od obliczonych wyżej kosztów) powinien obejmować całość dochodów uzyskanych ze świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Dochód ten powinien również obejmować zysk przekraczający swoją wysokością poziom rozsądnego zysku z tytułu posiadania przez dane przedsiębiorstwo praw wyłącznych lub specjalnych związanych z innym rodzajem usług w ogólnym interesie gospodarczym, a także wszelkie inne korzyści przyznane przez państwo. Dane państwo członkowskie może przy tym zdecydować, że na finansowanie powierzonych przedsiębiorstwu usług w ogólnym interesie gospodarczym będzie musiała być również przeznaczona całość lub część zysków uzyskanych z innych rodzajów działalności, będących poza zakresem usług w ogólnym interesie gospodarczym (co oczywiście w dodatkowy sposób zmniejszy wysokość przekazywanego przedsiębiorstwu wynagrodzenia).

W rozumieniu omawianej tutaj decyzji „rozsądny zysk” (*reasonable profit*), uwzględniany dla potrzeb obliczenia wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, oznacza stopę zwrotu od własnego kapitału, przy uwzględnieniu ryzyka ponoszonego przez przedsiębiorstwo lub też braku tego ryzyka, zwłaszcza, jeżeli państwo członkowskie przyznaje danemu przedsiębiorstwu prawa wyłączne lub specjalne. Wspomniana stopa zwrotu nie może przekraczać średniej stopy zwrotu dla danego sektora uzyskiwanej w poprzednich latach. W sektorach, w których nie ma żadnych przedsiębiorstw porównywalnych z przedsiębiorstwem, któremu zostało powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, stosowne porównanie (jeśli chodzi o wspomnianą wyżej stopę zwrotu) może być uczynione z przedsiębiorstwami znajdującymi się w innych państwach członkowskich lub też – w razie konieczności – z przedsiębiorstwami działającymi w innych sektorach, pod warunkiem wszakże uwzględnienia szczególnych cech danego sektora. Ustalając przy tym, co mieści się w pojęciu „rozsądnego zysku” dane państwo członkowskie może wprowadzić pewne bodźcowe (stymulujące) kryteria, odnoszące się w szczególności do jakości świadczonych przez określone przedsiębiorstwo usług lub też do wzrostu efektywności produkcyjnej.

W decyzji stwierdza się również, że koszty związane z rodzajami działalności wykraczającymi poza zakres usług w ogólnym interesie gospodarczym powinny obejmować wszelkie koszty zmienne, odpowiednią część

⁵⁰ Treść te zawartej w punkcie c) reguły została w niewątpliwy sposób zainspirowana treścią orzeczenia ETS w połączonych sprawach: C-83/01 P, C-93/01 P oraz C-94/01 P Chronopost SA, La Poste oraz Francja przeciwko Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) i CRIE, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-6993, pkt 40.

kosztów stałych wspólnych dla tego rodzaju działalności oraz dla usług w ogólnym interesie gospodarczym, a także odpowiedni zwrot kapitału.

Niezależnie od omówionej wyżej decyzji nr 2005/842/WE Komisja ustanowiła jeszcze specjalne wspólnotowe ramy prawne dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przy czym ramy te zostały wydane w formie komunikatu Komisji. Wprawdzie komunikaty Komisji (w tym też ten zawierający omawiane tutaj ramy prawne) nie należą do kategorii formalnie wiążących źródeł prawa unijnego (i stanowią tzw. europejskie *soft law*)⁵¹, tym niemniej w żadnym wypadku nie można też uznać, iż nie posiadają one jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Uprawnione jest bowiem twierdzenie, iż wydając tego rodzaju komunikaty Komisja dokonuje swego rodzaju samozobowiązania się, że będzie przestrzegać zawartych w nich zasad (reguł) oraz że będzie interpretować i stosować określone przepisy prawa wiążącego (w omawianym przypadku chodzi o art. 106 ust. 2 TFUE) we wskazany w danym komunikacie sposób⁵². We wspomnianych wyżej ramach prawnych Komisja zobowiązała się, że jeżeli przekazywane przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym wynagrodzenie nie będzie spełniało przesłanek z orzeczenia Trybunału w sprawie *Altmark* (i będzie stanowiło w związku z tym pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE), lecz równocześnie będzie spełniało określone warunki wyspecyfikowane w tychże ramach prawnych, to wówczas **Komisja będzie uznawała takie wynagrodzenie (rekompensatę) za zgodne z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE**⁵³. Równocześnie jednak wynagrodzenie to – w przeciwieństwie do wynagrodzenia spełniającego kryteria określone w omówionej wyżej decyzji Komisji 2005/842/WE – **będzie musiało zostać w normalnym trybie notyfikowane Komisji oraz oczekiwać na jej aprobatę**. Tyle tylko, że w razie spełnienia przesłanek określonych w ramach prawnych, aprobata Komisji będzie pewna (i będzie stanowiła w zasadzie jedynie formalność).

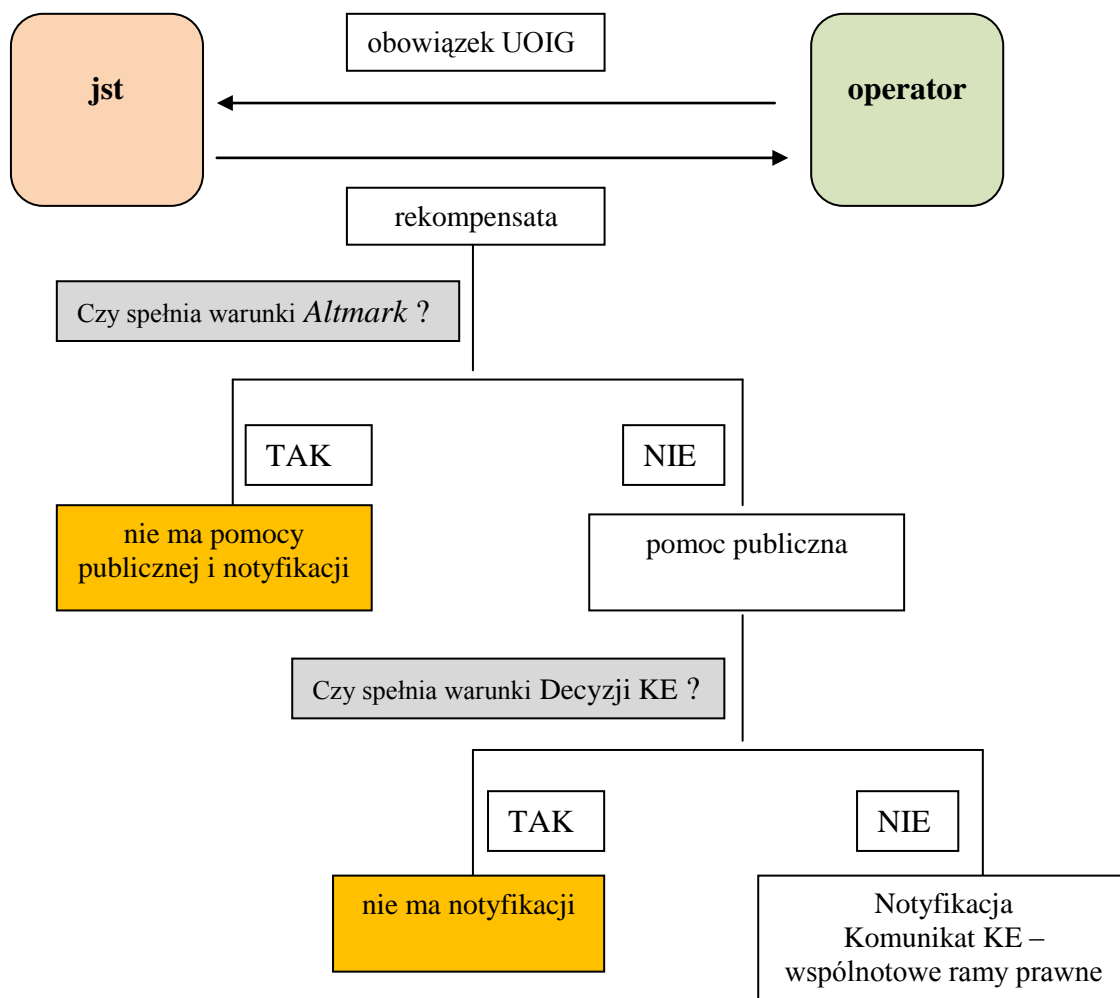
Jeśli chodzi o określone w omawianych tutaj ramach prawnych warunki (przesłanki) uznania pomocy państwa za zgodną ze wspólnym rynkiem, to są one w istocie identyczne z tymi warunkami, które zawiera decyzja Komisji nr 2005/842/WE (w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE [art. 106 ust. 2 TFUE] do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych przyznawanej niektórym przedsiębiorstwom), wydana na podstawie art. 106 ust. 3 TFUE. Chodzi m. in. o to, że państwo członkowskie musi powierzyć świadczenie danych usług określonemu przedsiębiorstwu w drodze jednego lub więcej aktów urzędowych, przy czym akt ten musi zawierać ściśle wskazane w komunikacie elementy; z kolei wynagrodzenie przekazywane przedsiębiorstwu nie może przekraczać swoją wysokością tego, co jest niezbędne dla pokrycia kosztów ponoszonych na wykonywanie zobowiązań służby publicznej, przy uwzględnieniu osiągniętych z danej działalności dochodów oraz rozsądnego zysku (*reasonable profit*) od zaangażowanego kapitału za wykonywanie tych zobowiązań. W porównaniu do warunków określonych w decyzji Komisji nr 2005/842/WE wyjątkiem jest jedynie to, że dane przedsiębiorstwo nie musi spełniać przesłanek dotyczących wielkości rocznego obrotu oraz liczby obsługiwanych pasażerów (zob. art. 2 decyzji nr 2005/842/WE). Gdyby bowiem dane przedsiębiorstwo te ostatnie warunki spełniało, to wówczas, zgodnie ze wspomnianą decyzją, przyznana przedsiębiorstwu pomoc państwa w ogóle nie musiałaby być notyfikowana Komisji.

⁵¹ Na ten temat zob. szerzej J. Klabbers, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, *Common Market Law Review* 1994, vol. 31, s. 997 i n.; K. C. Wellens, G. M. Borchardt, *Soft Law in European Community Law*, *European Law Review* 1989, vol. 14, s. 285 i n.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, Warszawa 2000, s. 521 i n.

⁵² Na temat prawnej oceny tego rodzaju komunikatów wydawanych przez Komisję w sprawach dotyczących pomocy państwa zob. orzeczenia SPI w sprawach: T-214/95 *Het Vlaamse Gewest (Flemish Region) przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń 1998, s. II-717, pkt 79; T-187/99 *Agrana Zucker und Stärke AG przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń 2001, s. II-1587, pkt 56.

⁵³ Pkt 7 i 8 komunikatu Komisji.

Podsumowanie graficzne UOIG w kontekście pomocy publicznej:



4. Szerokopasmowy dostęp do Internetu jako UOIG – praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej

Komisja Europejska nie kwestionuje uznawania przez Państwa Członkowskie za UOIG usług publicznych polegających na wdrożeniu sieci szerokopasmowych w regionach o niedostatecznym zasięgu. W Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowanie przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych („Wytyczne wspólnotowe”)⁵⁴, **Komisja jednoznacznie i wprost potwierdziła, iż w przypadkach, gdy można wykazać, że w najbliższej przyszłości (tj. 3 lat) prywatni inwestorzy mogą nie być w stanie zapewnić sieci szerokopasmowej o odpowiednim zasięgu obejmującym wszystkich obywateli i przedsiębiorców, co sprawia, że znaczna część społeczeństwa pozostaje niepodłączona do sieci, rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych może zostać przyznana przedsiębiorstwu, któremu powierzono świadczenie UOIG, o ile spełnione są warunki z pkt 25-29 Wytycznych wspólnotowych.**⁵⁵

Mając to uwadze trzeba podkreślić z całą mocą, że w razie spełnienia omówionych wyżej czterech warunków Altmark (por. pkt 1.2.) oraz warunków z pkt 25-29 Wytycznych wspólnotowych, doprecyzowujących warunki Altmark, środki pieniężna i/lub infrastruktura mogą być przekazane operatorowi UOIG jako rekompensata z tytułu

⁵⁴ Dz.Urz. UE 2009 C 235/04.

⁵⁵ Pkt 27 Wytycznych wspólnotowych.

świadczenia usługi publicznej polegającej na wdrożeniu sieci szerokopasmowej i nie będzie to w ogóle stanowiło pomocy publicznej, a w konsekwencji nie będzie wymagało zgłoszenia do Komisji.

Co więcej, nawet gdyby nie zostały spełnione niektóre warunki Altmark, ale byłyby spełnione warunki z decyzji Komisji nr 2005/842/WE oraz warunki z pkt 25-29 Wytycznych wspólnotowych⁵⁶, to środki pieniężne i/lub infrastruktura przekazane operatorowi UOIG tytułem rekompensaty będą wprawdzie stanowiły pomoc publiczną, ale nie będą wymagały notyfikacji do Komisji.

W polskich uwarunkowaniach instytucja UOIG stwarza największe możliwości dla finansowania ze środków publicznych wdrażania sieci szerokopasmowych bez notyfikacji pomocy publicznej.

Praktyka decyzyjna Komisji potwierdza stanowisko wyrażone w Wytycznych wspólnotowych. W trzech decyzjach, w których projekty notyfikowano dla pewności prawnej, Komisja uznała, że spełnione zostały wszystkie warunki Altmark i tym samym rekompensata udzielona z tytułu świadczenia usług publicznych w postaci wdrożenia sieci szerokopasmowych nie stanowiła pomocy publicznej. Projekty te nie wymagały w ogóle notyfikacji, dlatego też w oparciu o to stanowisko Komisji zrealizowano w samej Francji blisko 100 projektów szerokopasmowych, w których operatorzy UOIG otrzymywali ze środków publicznych finansowanie infrastruktury i usług szerokopasmowych. Decyzje te dotyczyły wdrażania podstawowych sieci szerokopasmowych, a jedna z nich dotyczyła wdrażania sieci NGA.

Ta praktyka znalazła dodatkowe potwierdzenie i umocowanie w Wytycznych wspólnotowych jako jeden ze wskazywanych przez Komisję sposób wspierania szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych.

Na uwagę zasługuje jeszcze jedna decyzja Komisji dotycząca wdrażania sieci szerokopasmowych jako UOIG. W dniu 20 lipca 2010 r. Komisja wydała decyzję N 196/2010 – Estonia, w której uznała za zgodną ze wspólnym rynkiem pomoc publiczną przyznaną jako dofinansowanie z funduszy unijnych tytułem rekompensaty za zapewnienie sieci szerokopasmowych jako UOIG na obszarach o niedostatecznym zasięgu sieci. W decyzji tej Komisja po raz kolejny potwierdziła, że zapewnienie sieci szerokopasmowych może być uznane przez Państwo Członkowskie za UOIG, aczkolwiek w tym konkretnym przypadku ze względu na brak spełnienia czwartego warunku Altmark oraz brak wykazania warunków z decyzji Komisji nr 2005/842/WE pomoc publiczna wymagała notyfikacji, po której rozpatrzeniu Komisja zdecydowała nie wnieść zastrzeżeń co do zgodności środka pomocy ze wspólnym rynkiem.

Natomiast warunki, w szczególności ceny, świadczenia usług hurtowych i detalicznych będą przesądzały czy pomoc publiczna wystąpi na dalszych poziomach w odniesieniu do przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub użytkowników biznesowych. Istotne w tym kontekście może być także to, że w razie spełnienia warunków Altmark – inaczej niż w przypadku decyzji nr 2005/842/WE - rekompensata dla operatora UOIG w ogóle nie jest pomocą publiczną.

5. Warunki Altmark.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, o ile spełnione są cztery warunki (znane powszechnie jako kryteria *Altmark*), finansowanie UOIG przez państwo nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu⁵⁷.

Cztery warunki *Altmark* są następujące:

- a) beneficjent rekompensaty musi zostać przez Państwo Członkowskie formalnie zobowiązany do świadczenia usług publicznych jako usług w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG) i zobowiązanie to musi być w sposób jasny zdefiniowane;

⁵⁶ Pkt 30 Wytycznych wspólnotowych.

⁵⁷ Zob. sprawa C-280/00 *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rec. [2003], s. I-7747 („orzeczenie w sprawie *Altmark*“).

- b) parametry, na podstawie których obliczana jest rekompensata, muszą być wcześniej ustalone w obiektywny i przejrzysty sposób, tak aby rekompensata nie powodowała powstania korzyści ekonomicznej, która mogłaby stawiać beneficjenta w korzystniejszej sytuacji wobec przedsiębiorstw konkurencyjnych;
- c) rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia UOIG, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wykonania tych zobowiązań;
- d) jeżeli beneficjent nie został wybrany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, poziom rekompensaty musi być określony na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne prawidłowo zarządzane przedsiębiorstwo poniosłoby w związku z wykonaniem takich zobowiązań, przy uwzględnieniu właściwych przychodów i rozsądnego zysku.

6. Warunki z decyzji nr 2005/842/WE

Decyzja nr 2005/842/WE dotyczy tylko przypadków, w których nie zostały spełnione w danym projekcie warunki *Altmark*. Różnica pomiędzy warunkami z decyzji nr 2005/842/WE a warunkami *Altmark* dotyczy głównie czwartego warunku *Altmark*, bowiem decyzja nr 2005/842/WE pozwala na to, by beneficjent rekompensaty nie był wybrany w procedurze udzielania zamówień publicznych, jak również nie wymaga określenia poziomu rekompensaty na podstawie analizy kosztów hipotetycznego, efektywnego przedsiębiorcy.

Zgodnie z decyzją nr 2005/842/WE, zwolnienie z obowiązku notyfikacji pomocy publicznej do Komisji, zależy od spełnienia następujących warunków:

- a) rekompensata może zostać przyznana jedynie w celu zapewnienia świadczenia usług stanowiących usługi w ogólnym interesie gospodarczym,
- b) beneficjent (operator) musi zostać specjalnie zobowiązany przez organ publiczny do wykonywania szczególnych usług w ogólnym interesie gospodarczym,
- c) niezbędne jest określenie szczegółowych warunków, które muszą zostać spełnione w odniesieniu do nałożenia zobowiązań z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Kwota rekompensaty może zostać właściwie wyliczona i sprawdzona tylko wówczas, jeżeli zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych spoczywające na przedsiębiorstwach i wszelkie zobowiązania spoczywające na państwach członkowskich są jasno określone w formalnym akcie właściwych władz publicznych danego państwa członkowskiego. Forma tego instrumentu może być różna w poszczególnych państwach członkowskich, ale powinien on określać przynajmniej dokładny charakter, zakres i czas trwania zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, nazwę danego przedsiębiorstwa oraz koszty, jakie ponosi dane przedsiębiorstwo,
- d) rekompensata nie może przekraczać kwoty koniecznej do pokrycia kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwo w ramach wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich przychodów i rozsądnego zysku,
- e) operator UOIG spełnia łącznie następujące przesłanki:
 - osiągnięciem średni roczny obrót przed opodatkowaniem, uwzględniający całą działalność nie przekraczający 100 mln EUR w okresie dwóch lat obrotowych poprzedzających rok, w którym powierzono im wykonywanie zadań z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym oraz

- otrzymującym rekompensatę roczną z tytułu usług, o których mowa w lit. a, nie przekraczającą 30 mln EUR⁵⁸.

Wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku z kapitału własnego niezbędnego do wywiązywania się z tych zobowiązań. Rekompensata musi być faktycznie wykorzystywana na finansowanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, bez uszczerbku dla możliwości korzystania przez przedsiębiorstwo z rozsądnego zysku. Wysokość rekompensaty oblicza się z uwzględnieniem wszelkich korzyści przyznanych przez państwo lub z zasobów państwowych, bez względu na ich formę. Rozsądny zysk uwzględnia wszystkie lub niektóre przypadki wzrostu wydajności, osiągnięte przez dane przedsiębiorstwo w ustalonym ograniczonym okresie, bez obniżania poziomu jakości usług powierzonych przedsiębiorstwu przez państwo członkowskie.

7. Warunki z Wytycznych wspólnotowych

7.1. Akt powierzenia obowiązku świadczenia usługi publicznej jako UOIG.

Niezbędne jest nałożenie na przedsiębiorcę zewnętrznego zobowiązania zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym poprzez jeden lub kilka aktów, których forma może zostać określona przez każde Państwo Członkowskie. Najczęściej jest to umowa koncesji i dokumentacja przetargowa⁵⁹, przepisy prawa powszechnie obowiązującego⁶⁰, czy też akty prawne lub decyzje regulacyjne lub władzy lokalnej. W każdym przypadku powinien to być akt lub akty władzy publicznej, które zgodnie z prawem krajowym mają moc prawną jako źródło zobowiązań przedsiębiorcy wykonującego UOIG.

Zgodnie z polskimi przepisami w odniesieniu do przedsiębiorcy zewnętrznego będzie to najczęściej umowa o zamówienie publiczne, umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym albo umowa koncesji na usługi lub roboty budowlane. W odniesieniu do wewnętrznej jednostki organizacyjnej aktem takim będzie statut, w niektórych elementach regulamin, oraz odpowiednie uchwały organu stanowiącego.

Istotne jest by był to akt urzędowy władzy publicznej, który powierza i zobowiązuje określonego przedsiębiorcę do wykonywania UOIG, wyraźnie wskazuje na wykonywanie przez tego przedsiębiorcę misji publicznej w ogólnym interesie, jak również określa zakres i ogólne warunki wykonywania UOIG. Takie publiczne powierzenie, które może być zawarte w jednym lub kilku aktach urzędowych, jest niezbędne dla zdefiniowania obowiązków operatora UOIG i władzy publicznej.

Nie ma jednego standardowego brzmienia, jakie powinien zawierać akt powierzenia („act of entrustment”) świadczenia UOIG. Wymagania odnośnie powierzenia mają raczej charakter podstawowy, co oczywiście nie wyklucza określania przez władzę publiczną bardziej szczegółowych wymagań, jak choćby wymagania jakościowe. Akt powierzenia nie musi określać szczegółowo każdej z usług hurtowych związanych z dostępem do wdrożonej w ramach UOIG sieci szerokopasmowej. Jeżeli nie jest to możliwe, by zdefiniować takie usługi, akceptowane jest posłużenie się szerszą definicją powierzanych usług publicznych, jednakże w takich granicach, by możliwe było jednoznaczne zdefiniowanie zakresu powierzonej misji świadczenia takich usług. Im bardziej precyzyjnie określony będzie zakres i rodzaje usług oraz dotyczące ich wymagania, tym mniejsze ryzyko podważenia zgodności UOIG z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

W odniesieniu do wdrażania sieci szerokopasmowych jako UOIG rekomendujemy, by formy dostępu zostały określone jak najszerzej, aby inni przedsiębiorcy mogli w przyszłości bez przeszkód korzystać z infrastruktury

⁵⁸ Należy przyjąć średnioroczną wartość dofinansowania w okresie trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych, przy czym rekompensata stanowi sumę średniorocznej wartości dofinansowania w okresie trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych i innych środków pochodzących ze źródeł publicznych (w tym stanowiących wkład własny).

⁵⁹ Np. decyzja Komisji N 562/2005 – Włochy.

⁶⁰ Np. decyzja Komisji N 395/05 – Irlandia i NN 8/2007 – Hiszpania.

objętej rekompensatą ze środków publicznych, ale z drugiej strony, by bardzo precyzyjnie określić rodzaj, zakres i warunki świadczenia minimalnego pakietu usług hurtowych, obejmującego odpowiednie usługi wskazane w Wytycznych wspólnotowych.

Akt lub akty powierzenia UOIG powinny w szczególności określać co najmniej⁶¹:

- a) charakter, zakres i czas trwania zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych jako UOIG,
- b) nazwę przedsiębiorcy (operatora UOIG) i obszar, którego dotyczy zobowiązanie,
- c) koszty jakie poniesie dane przedsiębiorstwo na wykonywanie UOIG,
a w przypadku aktu, do którego zastosowanie ma decyzja 2005/842/WE, także:
- d) wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądów rekompensat,
- e) ustalenia dotyczące unikania i zwrotów nadwyżek rekompensat (clawback).

Przedsiębiorca zewnętrzny zobowiązuje się do świadczenia usług publicznych w zamian za określone wynagrodzenie (zapłatę ceny za usługę). Jeżeli kwota wynagrodzenia nie pokrywa wszystkich kosztów świadczenia usług publicznych oraz nie gwarantuje rozsądnego zysku przedsiębiorca zewnętrzny otrzymuje rekompensatę.

Przepisy TFUE nie przewidują maksymalnego okresu, na jaki mogą być zawierane umowy o świadczenie usług publicznych w odniesieniu do sieci i usług szerokopasmowych, jednakże okres na jaki została zawarta umowa o świadczenie usług publicznych, co do zasady, powinien wynikać z analizy finansowej przedsięwzięcia. W zakresie spełnienia wymagania zachowania trwałości projektu zalecane jest, aby okres ten obejmował co najmniej 5 lat po przewidywanej dacie zakończenia realizacji projektu.

7.2. Obszar o niedostatecznym zasięgu sieci oraz pokrycie zapewniane przez UOIG

Powierzenie świadczenia UOIG w zakresie sieci i usług koniecznych do zapewnienia szerokopasmowego dostępu do Internetu jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy w odniesieniu do określonego terytorium można wykazać, że **w najbliższej przyszłości prywatni inwestorzy mogą nie być w stanie zapewnić sieci szerokopasmowej o odpowiednim zasięgu obejmującym wszystkich obywateli lub użytkowników**. Wytyczne wspólnotowe mówią tutaj o obszarach o niedostatecznym zasięgu sieci („underserved areas”), na których prywatni inwestorzy nie zapewniają odpowiedniego zasięgu (pokrycia) sieci, przez co znaczna część społeczeństwa pozostaje niepodłączona do sieci.⁶² Z drugiej strony Wytyczne wspólnotowe zakazują, by jako UOIG była ze środków publicznych wdrażana równoległa konkurencyjna infrastruktura szerokopasmowa, jeżeli infrastruktura istniejąca lub wdrażana w najbliższej przyszłości zapewnia konkurencyjne usługi szerokopasmowe, a zasięg (pokrycie) dostępu szerokopasmowego jest odpowiedni.⁶³ Dlatego też oceniając zapotrzebowanie na UOIG każdorazowo należy uwzględnić porównywalną (konkurencyjną) infrastrukturę, a więc podstawowe sieci szerokopasmowe albo sieci NGA.⁶⁴

Posługując się określeniem „obszarów o niedostatecznym zasięgu” („underserved areas”) Wytyczne wspólnotowe nie odwołują się wprost do kategorii obszarów białych, szarych i czarnych, o której mowa w pkt 40 Wytycznych wspólnotowych. Nie ma wątpliwości, że obszary białe należą do „obszarów o niedostatecznym zasięgu”⁶⁵, a obszary czarne do nich nie należą. Natomiast co do obszarów szarych ocena jest bardziej skomplikowana. Z jednej strony, są to obszary, na których istnieje już jedna infrastruktura szerokopasmowa dostarczająca usługi, a więc co do zasady nie może być mowy o braku dostępności usług („underserved”) i dlatego Wytyczne wspólnotowe mówią raczej o nieodpowiednich usługach („no affordable or adequate services”) np. pod

⁶¹ Wytyczne wspólnotowe, przypis (²⁴).

⁶² Wytyczne wspólnotowe, pkt 24.

⁶³ ibidem

⁶⁴ Wytyczne wspólnotowe, przypis (³⁰).

⁶⁵ Por. pkt 41, zdanie pierwsze, Wytycznych wspólnotowych.

względem jakości lub ceny, czy też braku dostępu dla użytkowników do niektórych usług. Z drugiej strony, infrastruktura istniejąca i/lub wdrażana w najbliższych 3 latach na danym obszarze może nie zapewniać pełnego pokrycia, pozostawiając poza swoim zasięgiem znaczną część populacji z tego obszaru, co uzasadniałoby zapewnienie pełnego pokrycia w ramach UOIG. Taka sprzeczność wydaje się jednak pozorna, a jej rozwiązanie jest jedynie kwestią zdefiniowania mniejszego obszaru odniesienia jako części miejscowości, na której nie ma zasięgu sieci. Obszary, na których jest lub w najbliższych 3 latach będzie zasięg choćby jednej sieci, nie powinny być miejscem wdrażania ze środków publicznych konkurencyjnej (porównywalnej) infrastruktury. Stanowisko to potwierdzają decyzje Komisji, w których w ramach UOIG wdrażano sieci szerokopasmowe na obszarach białych, na których wdrażanie takiej sieci jest nieopłacalne.

Termin „w najbliższej przyszłości” należy rozumieć jako odnoszący się do okresu trzech lat. W tym względzie przedsięwzięcia inwestycyjne planowane przez prywatnych inwestorów powinny być tak opracowane, aby gwarantować osiągnięcie przynajmniej znacznych postępów w zakresie rozpowszechniania infrastruktury w okresie trzech lat oraz zakończenie planowanej inwestycji w rozsądnym terminie po tym okresie (w zależności od specyfiki każdego obszaru i projektu).

W kontekście obszaru wdrożenia UOIG trzeba jeszcze przywołać decyzję Komisji N 890/06 – Francja, w której jedną z okoliczności decydujących o tym, że Komisja odrzuciła możliwość zastosowania UOIG, był fakt objęcia projektem jedynie części regionu. BEREC także interpretuje pkt 26 Wytycznych wspólnotowych w taki sposób, że misja UOIG powinna zapewniać powszechną łączność („universal connectivity”) dla wszystkich mieszkańców i przedsiębiorców na terytorium danej władzy lokalnej.⁶⁶

Wykonując usługi publiczne polegające na powszechnym udostępnieniu sieci, operator świadczący usługę w ogólnym interesie gospodarczym być może będzie musiał wdrażać infrastrukturę szerokopasmową nie tylko na obszarach, na których jest to nieopłacalne, lecz również na obszarach, gdzie jest to opłacalne, czyli na obszarach, na których inni operatorzy mogli już wdrożyć swoją własną infrastrukturę lub zamierzają to uczynić w bliskiej przyszłości. W takim przypadku **kwota przyznanej rekompensaty powinna pokrywać jedynie koszty wdrażania infrastruktury na obszarach, gdzie nie jest to opłacalne.**

W kompetencji państw członkowskich leży opracowanie, przy uwzględnieniu specyfiki każdego indywidualnego przypadku, najwłaściwszej metodologii zapewniającej przyznawanie rekompensaty jedynie w wysokości pokrywającej koszty wynikające z misji świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym na obszarach, na których działalność nie jest opłacalna. Na przykład przyznana rekompensata mogłaby opierać się na porównaniu dochodów z tytułu komercyjnego wykorzystania infrastruktury na obszarach, gdzie świadczenie przedmiotowych usług jest opłacalne oraz dochodów z tytułu komercyjnego wykorzystania infrastruktury na obszarach, gdzie nie jest to opłacalne. Jakakolwiek nadwyżka zysku, czyli zysk przekraczający średni branżowy zwrot z kapitału na wdrażanie danej infrastruktury telekomunikacyjnej, mógłby zostać przeznaczony na finansowanie usług w ogólnym interesie gospodarczym na obszarach, na których świadczenie tych usług nie jest opłacalne, a pozostała część, której nie można w ten sposób sfinansować, powinna zostać pokryta z rekompensaty przyznanej przez władzę publiczną.

7.3. Uniwersalny (powszechny) i obowiązkowy charakter świadczenia UOIG

Aby można było uznać daną działalność za UOIG, działalność taka powinna wykazywać szczególne cechy w porównaniu do zwykłych rodzajów działalności gospodarczej. Koniecznym jest **opisanie powodów**, w oparciu o które władza powierzająca UOIG uważa, że daną usługę należy – **ze względu na jej szczególny charakter („specific nature”)** – określić jako usługę w ogólnym interesie gospodarczym i odróżnić ją od innych rodzajów działalności gospodarczej.⁶⁷ Opisanie szczególnego charakteru usługi polegającej na wdrażaniu infrastruktury szerokopasmowej i zapewniania powiązanych z nią usług hurtowych jest jednym z najważniejszych elementów

⁶⁶ BoR (11) 05, s. 14.

⁶⁷ Pkt 25 Wytycznych wspólnotowych.

powierzania tych usług w ramach UOIG. Świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym winno z definicji odbywać się w interesie ogólnym lub publicznym. Z tego względu usługi w ogólnym interesie gospodarczym różnią się w szczególności od usług świadczonych w interesie prywatnym, choć ten ostatni może mieć mniej lub bardziej zbiorowy charakter lub zostać uznany przez państwo za słuszny lub korzystny. Ponadto ogólny lub publiczny interes nie może zostać sprowadzony do potrzeby podporządkowania danego rynku pewnym zasadom lub też potrzeby uwarunkowania prowadzonej przez dane podmioty gospodarcze działalności koniecznością uzyskania zezwolenia ze strony państwa. Sama bowiem okoliczność, że ustawodawca krajowy ustanawia, w szeroko pojętym interesie ogólnym, pewne zasady uzyskiwania zezwolenia, funkcjonowania lub kontroli wszystkich podmiotów gospodarczych prowadzących działalność w danym sektorze, nie przesądza co do zasady o istnieniu zadania świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym.⁶⁸

Opis ten powinien odwoływać się do potrzeb obywateli i przedsiębiorców, a także do celów leżących w interesie ogólnym. Obok rynkowego (komercyjnego) charakteru drugą konstytutywną cechą usług w ogólnym interesie gospodarczym jest bowiem to, iż realizują one równocześnie określoną misję ogólną (misję służby publicznej). Misją tą jest **zaspokajanie ważnych (egzystencjalnych) potrzeb ludzkich oraz przyczynianie się do rozwoju innych przedsiębiorstw oraz całej gospodarki, przy czym waga (znaczenie) realizowanej przez omawiane usługi misji wyraża się w tym, że gdyby usługi te nie były świadczone przez określone przedsiębiorstwa, to wówczas dostarczać je musiałoby samo państwo.**

Koncepcja UOIG opiera się na wspólnym zbiorze wartości i celów, obejmuje wszystkie usługi spełniające kryteria interesu publicznego, w którym leży powszechna dostępność dla wszystkich (społeczna, przestrzenna i finansowa), gwarancja ciągłości usług i określona norma zapewnianej jakości, a także reagowanie na potrzeby użytkowników i ochrona konsumenta oraz przystępność cenowa. UOIG nie należy utożsamiać z jakimiś dodatkowymi usługami dla obszarów w niekorzystnych warunkach lub obywateli znajdujących się w niekorzystnej sytuacji – są to usługi służące wszystkim obywatelom i przedsiębiorstwom, które pomagają korzystać z praw podstawowych i ułatwiają dostęp do podstawowych usług, przyczyniając się do tworzenia spójności społecznej i dobrobytu społecznego. UOIG są bardzo ważnym aspektem w europejskim modelu społecznym, gdyż promują wartości europejskie, wspierają spójność społeczną i terytorialną oraz gwarantują możliwości korzystania z podstawowych wolności. UOIG są czynnikiem warunkującym spójność co do świadczenia takich samych, przystępnych cenowo i uniwersalnych usług wszystkim obywatelom i przedsiębiorstwom, niezależnie od ich sytuacji ekonomicznej, społecznej i geograficznej.⁶⁹

Jeśli chodzi o uznanie usługi za usługę w ogólnym interesie gospodarczym z prawa unijnego nie wynika, aby dana usługa musiała stanowić usługę powszechną w ścisłym tego słowa znaczeniu. Z pojęcia usługi powszechnej w rozumieniu prawa unijnego nie wynika bowiem, że dana usługa powinna odpowiadać potrzebie, która jest wspólna wszystkim mieszkańcom danego terytorium lub powinna być świadczona na całości tego terytorium. Choć te cechy charakterystyczne odpowiadają klasycznemu i jak najbardziej rozpowszechnionemu w państwach członkowskich typowi usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, nie wyklucza to możliwości istnienia innych, także dozwolonych typów usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, na które państwa członkowskie mają prawo się zdecydować w ramach wykonywania przysługujących im uprawnień dyskrecyjnych.⁷⁰ Rozróżnienie to jest szczególnie istotne dla sektora telekomunikacyjnego, bowiem z prawa unijnego i krajowego wynika obowiązek zapewnienia niektórych usług telekomunikacyjnych jako usługi powszechnej. Przytoczony wyżej pogląd Sądu I instancji wprost potwierdza, że niezależnie od obowiązków związanych z usługą powszechną w sektorze telekomunikacyjnym Państwo Członkowskie może uznać zapewnienie sieci szerokopasmowych i powiązanych z nimi usług hurtowych za usługi w ogólnym interesie gospodarczym.

⁶⁸ T 289/03 (BUPA)

⁶⁹ Dyrekcja Generalna ds. Polityki Wewnętrznych Unii, *Wzajemne powiązania między funduszami strukturalnymi i usługami świadczonymi w ogólnym interesie (gospodarczym) oraz możliwości świadczenia usług na skalę transgraniczną*, IP/B/REGI/IC/2009-013.

⁷⁰ ibidem

Znaczenie wagi wykazania szczególnego charakteru usług uważanych przez władzę publiczną za UOIG potwierdzają decyzje Komisji N 284/05 – Irlandia oraz N 890/06 – Francja. W projektach objętych tymi decyzjami nie było jednoznacznego umocowania, ani też zobowiązania do zapewnienia dostępu szerokopasmowego oraz zapewnienia łączności dla wszystkich mieszkańców i przedsiębiorców na obszarach o niedostatecznym zasięgu sieci, a infrastrukturę szerokopasmową wdrażano raczej w celu zapewnienia łączności dla przedsiębiorców. W pierwszym z wymienionych projektów budowano dystrybucyjną sieć międzymiastową ukierunkowaną głównie na biznesowych użytkowników końcowych, a w drugim sieć szerokopasmową łączącą parki biznesowe i instytucje sektora publicznego na części obszaru Tuluzy.

Oprócz opisanego tych powodów – stosownie do Wytycznych wspólnotowych - władze powierzające UOIG muszą wykazać, że misja świadczenia UOIG spełnia **minimalne kryteria**, tj. istnienie aktu organu publicznego powierzającego danym podmiotom misję świadczenia UOIG (por. pkt 7.1.) oraz uniwersalny i obowiązkowy charakter tej misji.⁷¹

W kontekście usług i sieci szerokopasmowych oznacza to, że wdrażana infrastruktura telekomunikacyjna **powinna zapewniać powszechną (uniwersalną, jednakową) łączność wszystkim użytkownikom końcowym na danym obszarze, zarówno prywatnym, jak i biznesowym.**⁷² Uniwersalny charakter działalności oznacza również jednakowe ceny i podobne warunki jakościowe, niezależnie od lokalizacji, w której zapewniany jest dostęp do infrastruktury lub w której świadczone są usługi publiczne. Natomiast obowiązkowy charakter misji świadczenia UOIG oznacza, że **operator UOIG nie będzie mógł odmówić dostępu do infrastruktury kierując się własnym uznaniem lub dyskryminując niektórych użytkowników** (na przykład dlatego, że świadczenie usług dostępu w danej części obszaru może nie przynosić komercyjnego zysku).

W tym kontekście na uwagę zasługuje jeszcze stanowisko Sądu I instancji, zgodnie z którym „okoliczność, że dane zobowiązania świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym mają tylko ograniczony terytorialnie lub przedmiotowo zakres stosowania lub że ze związanych z nimi usług korzysta tylko względnie niewielka grupa usługobiorców, nie musi konieczności stanowić argumentu przeciwko powszechnemu charakterowi zadania świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu prawa unijnego. Ponadto kryterium powszechności nie musi pociągać za sobą tego, że dana usługa jest darmowa lub oferowana w oderwaniu od jej rentowności, a fakt, że cena usługi nie jest regulowana ani nie ma wyznaczonego żadnego pułapu, również nie ma wpływu na jej powszechny charakter. Okoliczność, że niektórzy potencjalni usługobiorcy nie dysponują środkami finansowymi koniecznymi do skorzystania z usługi, pozostaje bez wpływu na powszechny charakter usługi, skoro jest ona oferowana wszystkim klientom po jednakowych i niedyskryminacyjnych cenach oraz na podobnych warunkach jakościowych. Obowiązkowy charakter usługi stanowi zasadniczy warunek istnienia zadania świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu prawa unijnego. Ten obowiązkowy charakter rozumieć należy w ten sposób, że podmioty gospodarcze, którym w akcie władzy publicznej powierzone zostało zadanie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym są co do zasady zobowiązane do oferowania danej usługi na rynku, wykonując zobowiązania w zakresie wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym regulujące sposób świadczenia takiej usługi. (...) W przypadku nieprzyznania prawa wyłącznego lub specjalnego obowiązkowy charakter tego zadania może polegać na nałożonym przez akt władzy publicznej na dany podmiot gospodarczy zobowiązaniu do oferowania pewnych usług wszystkim pragnącym z niej skorzystać obywatelom”.⁷³

Tezy powyższe są szczególnie aktualne w odniesieniu do wdrażania jako UOIG sieci NGA i powiązanych z nią usług hurtowych. Dla uznania tych usług za UOIG nie ma znaczenia to, że dochodzi tutaj do ograniczenia przedmiotowego rodzaju świadczonych usług szerokopasmowych, jak również, że z usług tych mogłaby korzystać względnie niewielka grupa użytkowników lub że niektórych użytkowników nie stać na zakup tych usług. Dla powszechnego charakteru kluczowe bowiem znaczenie ma obowiązek oferowania określonych usług uznanych przez Państwo Członkowskie za UOIG wszystkim użytkownikom po jednakowych i niedyskryminujących cenach

⁷¹ Pkt 26 Wytycznych wspólnotowych.

⁷² „(...) the broadband infrastructure to be deployed should provide universal connectivity to all users in a given area, residential and business users alike.” (pkt 26 Wytycznych wspólnotowych)

⁷³ ibidem

oraz na podobnych warunkach jakościowych. Wystarczające jest uznanie, iż z ogólnych względów natury politycznej, społecznej lub zdrowotnej dana usługa odpowiada rzeczywistym potrzebom dużej części mieszkańców na danym obszarze. W omawianym przypadku ujawnia się jeszcze jedna specyficzna cecha dostępu szerokopasmowego jako UOIG, a mianowicie powszechny i obowiązkowy charakter nie oznacza świadczenia bezpośrednio przez operatora UOIG usług szerokopasmowych użytkownikom końcowym. Przeciwnie, Wytyczne wspólnotowe stawiają warunek, by operator UOIG jedynie wdrażał infrastrukturę szerokopasmową i/lub powiązane z nią usługi hurtowe, bez świadczenia usług detalicznych.

7.4. Pasywna, neutralna technologicznie i powszechnie dostępna infrastruktura

Zważywszy na stan konkurencji osiągnięty od momentu liberalizacji sektora łączności elektronicznej we Wspólnocie, infrastruktura finansowana ze środków publicznych, stworzona w ramach UOIG, powinna być dostępna dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. Stosowanie instytucji UOIG w odniesieniu do wdrażania sieci i usług dostępu szerokopasmowego **powinno być oparte na tworzeniu infrastruktury pasywnej, neutralnej i powszechnie dostępnej („open access”)**.⁷⁴ Neutralność wdrażanej infrastruktury należy rozumieć w kontekście możliwości wykorzystywania dowolnej technologii, by dostarczać usługi do użytkowników końcowych. W odniesieniu do usług podstawowego dostępu szerokopasmowego (np. w razie wdrożenia sieci ADSL) tak rozumiana neutralność może mieć ograniczone zastosowanie, ale już w przypadku sieci NGA ma pełne zastosowanie, bowiem wdrożenie sieci światłowodowej umożliwia wykorzystywanie dowolnej technologii optycznej w celu dostarczania usług do użytkowników końcowych (np. punkt-punkt lub G-PON).

Taka infrastruktura powinna zapewniać podmiotom ubiegającym się o dostęp wszelkie możliwe formy dostępu i umożliwiać skuteczną konkurencję na poziomie detalicznym oraz świadczenie konkurencyjnych i przystępnych usług dla użytkowników końcowych.

Należy zauważyć, że wskazywane w Wytycznych wspólnotowych formy dostępu dotyczą także hurtowych usług dostępu do infrastruktury aktywnej (np. BSA), dlatego też wdrażanie infrastruktury pasywnej wydaje się z jednej strony minimalnym wymaganiem przy projektowaniu sieci wdrażanej w ramach UOIG⁷⁵, a z drugiej strony jest to wymaganie minimalizujące zakłócenie konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych, co oznacza, że objęcie UOIG również infrastruktury aktywnej wymagałoby jednak dodatkowej analizy i uzasadnienia.

7.5. Neutralność operatora UOIG – zakaz zaliczania usług detalicznych do UOIG

Wykonywanie obowiązku świadczenia UOIG w odniesieniu do sieci i usług szerokopasmowych powinno polegać na zapewnieniu uniwersalnej (powszechnej) łączności oraz na świadczeniu potrzebnych do osiągnięcia tego celu usług dostępu telekomunikacyjnego, **nie obejmując jednak świadczenia detalicznych usług telekomunikacyjnych**.⁷⁶ Na przykład sieć ADSL powinna zapewniać usługi BSA i LLU, natomiast światłowodowa sieć NGA powinna przynajmniej zapewniać dzierżawę ciemnych włókien, BSA, a jeśli wdraża się sieć FTTC – także dostęp do podpętli.

W przypadku, gdy przedsiębiorca obowiązany do świadczenia UOIG jest również zintegrowanym wertykalnie operatorem publicznej sieci telekomunikacyjnej, w umowie o świadczenie usługi publicznej należy ustanowić odpowiednie **mechanizmy zabezpieczające przed konfliktem interesów, dyskryminacją innych przedsiębiorców lub jakimikolwiek innymi pośrednimi korzyściami**, np. wynikającymi z wcześniejszego dostępu do informacji o planach budowy sieci. Takie mechanizmy zabezpieczające mogą obejmować w

⁷⁴ Pkt 27 Wytycznych wspólnotowych.

⁷⁵ BoR (11) 05, s. 14

⁷⁶ ibidem

szczególności obowiązek oddzielnej rachunkowości, jak również ustanowienie podmiotu pod względem strukturalnym i prawnym oddzielonego operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej.⁷⁷

Warunek, by nie obejmować UOIG świadczenia usług detalicznych, jak się wydaje, nie powinien być przeszkodą do wykorzystywania tej samej infrastruktury do zapewniania usług detalicznych na potrzeby własne administracji publicznej oraz do świadczenia usług niesubstytucyjnych do usług oferowanych na rynku (np. tzw. Internet socjalny na warunkach określonych w decyzji NN 24/2006 – Praga).

7.6. Procedura wyboru operatora UOIG

Rekompensata za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym powinna być co do zasady przyznawana w drodze otwartego, przejrzystego postępowania, opartego na zasadzie niedyskryminacji, w którym od wszystkich kandydujących operatorów wymaga się zdefiniowania w przejrzysty sposób obszarów, na których działalność polegająca na wdrażaniu dostępu szerokopasmowego jest opłacalna i obszarów, na których nie jest opłacalna, oszacowania przewidywanych dochodów oraz złożenia oferty ze wskazaniem odpowiedniej kwoty rekompensaty, którą uważają za bezwzględnie konieczną do zapewnienia UOIG.⁷⁸

Uwzględniając polskie przepisy, wybór przedsiębiorcy zewnętrznego, z którym jednostka samorządu terytorialnego zawrze umowę o świadczenie usług publicznych, następuje na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷⁹, prawie zamówień publicznych⁸⁰ albo ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁸¹, po podjęciu przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego uchwały w przedmiocie upoważnienia organu wykonawczego do przeprowadzenia odpowiedniego postępowania i zawarcia z przedsiębiorcą zewnętrznym umowy o świadczenie usług publicznych w odniesieniu do wdrażania sieci szerokopasmowych i świadczeniu powiązanych usług hurtowych.

Zasada wyboru operatora UOIG w drodze otwartego przetargu nie ma charakteru bezwzględnego i dopuszczalne jest spełnienie czwartego warunku Altmark, poprzez określenie rekompensaty na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne prawidłowo zarządzane przedsiębiorstwo poniosłoby w związku z wykonaniem takich zobowiązań, przy uwzględnieniu właściwych przychodów i rozsądnego zysku (brak pomocy publicznej), ewentualnie poprzez spełnienie wymagań z decyzji Komisji nr 2005/842/WE, w szczególności w razie powierzenia UOIG podmiotom wewnętrznym w rozumieniu doktryny Tockal. Rezygnacja z przetargu publicznego powinna jednak mieć miejsce wyjątkowo, zwłaszcza wówczas, gdy nie ma przedsiębiorców zewnętrznych zainteresowanych funkcją operatora UOIG albo wysokość rekompensaty z tytułu świadczenia tych usług przewyższa koszty realizowania UOIG przez podmioty wewnętrzne.

7.7. Zakaz przyznawania praw wyłącznych lub specjalnych

Usługa świadczona w ogólnym interesie gospodarczym w odniesieniu do wdrażania dostępu szerokopasmowego nie może opierać się na przyznaniu wyłącznego lub specjalnego prawa podmiotowi świadczącemu UOIG.⁸²

⁷⁷ Pkt 27 Wytocznych wspólnotowych teoretycznie dopuszcza świadczenie usług detalicznych przez operatora UOIG (tj. zintegrowanego wertykalnie), ale ta działalność detaliczna nie powinna być objęta UOIG oraz muszą zostać ustanowione odpowiednie mechanizmy zabezpieczające przed konfliktem interesów, dyskryminacją lub innym ukrytym korzyściom. Z uwagi na to, że separacja pod względem strukturalnym i prawnym niewątpliwie jest odpowiednim mechanizmem, a inne rozwiązania stwarzają ryzyko błędu, rekomenduje się rozwiązanie oparte na separacji, a więc zakazie świadczenia usług detalicznych przez operatora UOIG.

⁷⁸ Pkt 29 Wytocznych wspólnotowych.

⁷⁹ Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100.

⁸⁰ t. jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655.

⁸¹ Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 101.

⁸² Pkt 28 Wytocznych wspólnotowych.

7.8.Rekompensata i mechanizm clawback

W razie wyboru operatora UOIG w drodze przetargu publicznego (czwarty warunek Altmark) do rekompensaty ma zastosowanie drugi i trzeci warunek Altmark, tj.

- parametry, na podstawie których obliczana jest rekompensata, muszą być wcześniej ustalone w obiektywny i przejrzysty sposób, tak aby rekompensata nie powodowała powstania korzyści ekonomicznej, która mogłaby stawiać beneficjenta w korzystniejszej sytuacji wobec przedsiębiorstw konkurencyjnych;
- rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia UOIG, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wykonania tych zobowiązań.

W razie zapewniania sieci na obszarach opłacalnych i nieopłacalnych przyznana rekompensata mogłaby opierać się przykładowo na porównaniu dochodów z tytułu komercyjnego wykorzystania infrastruktury na obszarach, gdzie świadczenie przedmiotowych usług jest opłacalne oraz dochodów z tytułu komercyjnego wykorzystania infrastruktury na obszarach, gdzie nie jest to opłacalne.

Jednocześnie, jeżeli UOIG w zakresie wdrażania sieci szerokopasmowej nie opiera się na wdrażaniu infrastruktury publicznej, należy przewidzieć odpowiednie mechanizmy przeglądu i wycofania (clawback) w celu zapobieżenia uzyskania przez operatora UOIG nienależnej korzyści poprzez utrzymanie własności sieci sfinansowanej z funduszy publicznych po zakończeniu umowy na świadczenie UOIG. W razie wdrażania infrastruktury publicznej nie dochodzi do utrzymania własności przez operatora UOIG, a tym samym mechanizm clawback nie jest potrzebny.

Jeżeli operatora UOIG nie wybrano w publicznym przetargu, to opisane wyżej reguły ustalania rekompensaty mają odpowiednie zastosowanie, o ile czwarte kryterium Altmark jest spełnione, poprzez określenie poziomu rekompensaty na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne prawidłowo zarządzane przedsiębiorstwo poniosłoby w związku z wykonywaniem takich zobowiązań, przy uwzględnieniu właściwych przychodów i rozsądnego zysku. Celem takiego podejścia jest odwołanie się nie do kosztów ponoszonych przez danego operatora UOIG, ale do kosztów efektywnie działającego przeciętnego przedsiębiorcy. Wykonanie takiej analizy jest skomplikowane, ale nie jest niemożliwe, zwłaszcza biorąc pod uwagę wykształcone na rynkach telekomunikacyjnych metody ustalania uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego wobec operatora o znaczącej pozycji rynkowej (por. art. 39 ustawy – Prawo telekomunikacyjne).

Wydaje się jednak, że łatwiejszym zadaniem niż analiza kosztów efektywnego przeciętnego przedsiębiorcy – zwłaszcza w razie powierzenia UOIG podmiotowi wewnętrznemu w rozumieniu doktryny Teckal – może być spełnienie warunków z decyzji nr 2005/842/WE wskazanych w pkt 6 oraz uszczegółowionych poniżej w odniesieniu do rekompensaty:

- (a) Akt władzy publicznej zobowiązujący do wdrażania sieci szerokopasmowych i powiązanych usług hurtowych jako UOIG powinien określać **wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu rekompensat oraz ustalenia dotyczące unikania i zwrotu nadwyżek rekompensat**.
- (b) Operator prowadzący inną, nie związaną ze świadczeniem usługi publicznej, działalność gospodarczą zobowiązany jest prowadzić rachunkowość w sposób umożliwiający prawidłową alokację kosztów i przychodów związanych ze świadczeniem usługi publicznej, rozdzielając je od kosztów i przychodów związanych z inną działalnością gospodarczą.
- (c) Kwota rekompensaty obejmuje wszystkie korzyści przyznane przez Państwo lub z zasobów państwowych w dowolnej formie. Przekazywane lub udostępniane operatorowi w związku ze świadczeniem przez niego usług publicznych, składniki majątkowe, jeśli nie mają do nich na równych warunkach dostępu (rzeczywistego lub potencjalnego) inni przedsiębiorcy działający na danym rynku, stanowią część rekompensaty. Obowiązek zapewnienia dostępu do sieci szerokopasmowej w ramach świadczenia usług

hurtowych nie oznacza jeszcze dostępu do infrastruktury publicznej dla innych przedsiębiorców, bowiem te składniki majątkowe udostępniane są tylko operatorowi UOIG, a inni przedsiębiorcy od tego operatora uzyskują dostęp do infrastruktury, sieci i usług hurtowych.

- (d) Wysokość rekompensaty nie przekracza kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich przychodów i rozsądnego zysku z kapitału własnego niezbędnego do wywiązywania się z tych zobowiązań. Rekompensata musi być faktycznie wykorzystana na funkcjonowanie UOIG, bez uszczerbku dla możliwości korzystania przez przedsiębiorstwo z rozsądnego zysku.
- (e) Kalkulacji kosztów usług objętych umową o świadczenie usług publicznych powinny zostać uwzględnione wszystkie koszty związane ze świadczeniem tych usług, zarówno koszty stałe jak i zmienne, w tym m.in.:
- wszystkie koszty związane z działalnością operatora (wraz z kosztem amortyzacji) kalkulowane zgodnie z zasadami rachunkowości,
 - koszty związane z wykorzystaniem i utrzymaniem niezbędnej infrastruktury technicznej, jeżeli są ponoszone przez operatora,
 - koszty finansowe bezpośrednio związane ze świadczeniem usług (w tym z zakupami inwestycyjnymi na potrzeby ich świadczenia),
 - podatek dochodowy (ze względu na fakt, że zakładany zysk przyjęty do kalkulacji zwrotu z zainwestowanego kapitału jest kalkulowany w oparciu o zysk po opodatkowaniu).

Koszty wynikające z inwestycji, szczególnie związanych z infrastrukturą, mogą zostać uwzględnione, jeżeli są konieczne do funkcjonowania UOIG.

- (f) Koszty świadczenia dodatkowych usług, które nie są związane ze świadczeniem usług publicznych, powinny zostać wyłączone z kalkulacji, o ile nie są wymagane przez odrębne przepisy prawa lub nie są określone w dokumentach regulujących warunki świadczenia usług publicznych. Przychody z tytułu świadczenia dodatkowych usług również powinny zostać wyłączone z kalkulacji rekompensaty.
- (g) Operatorzy mogą uzyskiwać przychody pozostające w bezpośrednim związku z wykorzystaniem składników majątkowych służących świadczeniu usług w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. Przychody takie mogą być uzyskiwane przez operatora w wyniku podjętej inicjatywy gospodarczej i nie mogą wpływać na jakość świadczonych usług publicznych. Możliwość uzyskiwania oraz rozliczenia takich przychodów powinna zostać uregulowana w umowie o świadczenie usług publicznych. Przychody takie należy włączyć do kalkulacji rekompensaty.
- (h) „Rozsądny zysk” oznacza stopę zwrotu z kapitału własnego, uwzględniającą ryzyko lub brak ryzyka, osiągniętą przez przedsiębiorstwo dzięki interwencji Państwa Członkowskiego. Stopa ta nie przekracza zwykle średniej stopy w danym sektorze w ostatnich latach. Określając wysokość rozsądnego zysku Państwa Członkowskie mogą wprowadzić kryteria motywacyjne. W celu kalkulacji rekompensaty „rozsądny zysk” operatora nie powinien być utożsamiany z finansowym zyskiem netto roku obrotowego, prezentowanym w rachunku wyników w ramach statutowego sprawozdania finansowego operatora. Na finansowy wynik netto roku obrotowego mogą mieć wpływ jednorazowe zdarzenia księgowe niezwiązane z przepływami pieniężnymi, które mogłyby wprowadzać anormalne zmiany w poziomie rekompensaty i wpływać na poziom osiąganego zysku. Najbardziej adekwatną miarą zysku osiąganego przez operatora z zainwestowanego kapitału jest kalkulacja średniorocznego zwrotu z kapitału w całym okresie umowy o usługi publiczne.
- (i) Poziom zwrotu, z zainwestowanego przez operatora kapitału, powinien zostać zweryfikowany w oparciu o analizę przepływów pieniężnych do operatora w całym okresie obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych. Taka kalkulacja powinna być przeprowadzana okresowo w oparciu o zaktualizowane dane finansowe operatora w celu weryfikacji poziomu zysku osiąganego przez operatora w całym okresie

umowy o usługi publiczne. W celu opracowania wstępnej projekcji finansowej na potrzeby zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych zysk finansowy netto każdego roku obrotowego może być dobrym przybliżeniem poziomemu zysku z kapitału.

- (j) Metoda kalkulacji rekompensaty może być wykorzystana w celu zweryfikowania zasadności udzielenia dofinansowania z funduszy unijnych. Kalkulacja rekompensaty powinna wykazać, że w wyniku przyznania dofinansowania nie wystąpi nadmierne wynagrodzenie operatora (np. w sytuacji, gdy umowa o świadczenie usług publicznych została już wcześniej zawarta). W przypadku, gdy udzielenie dofinansowania na maksymalnym pułapie spowoduje, że może wystąpić nadmierna rekompensata, wówczas należy obniżyć wartość dofinansowania o wartość nadmiernej rekompensaty, która wystąpi w całym okresie umowy według wartości w ujęciu realnym. Alternatywnie można (o ile jest to wykonalne i zasadne) zmniejszyć wypłacaną operatorowi rekompensatę do dozwolonego poziomu.
- (k) Wielkość rekompensaty jest z reguły weryfikowana przez organ zamawiający usługi publiczne w okresach rocznych, w oparciu o dane finansowe roku poprzedniego. Reguły płatności za rekompensatę powinny dopuszczać możliwość:
 - skorygowania wysokości płatności na koniec danego roku z tytułu zapłaty zbyt wysokiej rekompensaty
 - nakładania kar w przypadku, gdy operator nie świadczył usługi zgodnie z wymaganym standardem usług.
- (l) Konieczne jest przeprowadzanie regularnej kontroli w celu zapewnienia, aby operator UOIG nie otrzymał rekompensaty przekraczającej kwotę określoną zgodnie z opisanymi wyżej zasadami. Wszystkie nadwyżki muszą być zwrócone, a wskaźniki służące do obliczania rekompensaty muszą być uaktualnione na przyszłość. Dopuszczalne jest wprowadzenie możliwości przenoszenia na kolejny okres rozliczeniowy nadwyżki nie wyższej niż 10% rocznej kwoty rekompensaty.

8. Warunki wdrażania sieci szerokopasmowych jako UOIG w prawie polskim.

8.1. Podstawa prawna powierzenia UOIG w zakresie działalności w telekomunikacji

Działalność gmin w zakresie telekomunikacji, w tym polegająca na świadczeniu usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, jest działalnością, dla wykonywania której określone podstawy prawne znajdują się już w przepisach Konstytucji RP. W świetle przepisów Konstytucji ustawodawca zwykły może upoważnić gminy do wykonywania takiej działalności, o ile wszakże taka działalność realizowana przez poszczególne gminy będzie zaspokajała potrzeby danej gminnej wspólnoty samorządowej (będzie to wówczas zadanie własne gminy – art. 166 ust. 1 Konstytucji) lub też będzie przejawem zaspokajania uzasadnionych potrzeb państwa, pojmowanego jako ogół obywateli (będzie to wówczas zadanie zlecone gminy – art. 166 ust. 2 Konstytucji). Działalność gmin w zakresie telekomunikacji musi być przy tym zawsze realizowana na podstawie określonej ustawy lub ustaw zwykłych, jako że wszystkie swoje zadania publiczne (własne i zlecone) jednostki samorządu terytorialnego wykonują „w ramach ustaw” (wyraźnie o tym stanowi art. 16 ust. 2 zd. 2 Konstytucji)⁸³.

Do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (zwana w niniejszym opracowaniu zamiennie „ustawą szerokopasmową”) także działalność gmin w zakresie telekomunikacji mogła być wykonywana w oparciu o ustawowe klauzule generalne zawarte w art. 6 i 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, a więc jako zadanie własne gminy, wiążące się z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb gminnej wspólnoty samorządowej. Po wejściu w życie powołanej wyżej

⁸³ Nawet więc te zadania zlecone, które są jednostkom samorządu terytorialnego powierzane na podstawie porozumień (z organami administracji rządowej) muszą mieć swoją podstawę ustawową. Wynika z tego, że wspomniane wyżej porozumienia muszą być zawierane na podstawie określonych ustaw, upoważniających określone podmioty do dokonywania takich właśnie dwustronnych czynności.

ustawy działalność gmin w zakresie telekomunikacji może być wykonywana tylko i wyłącznie z jej zastosowaniem, na zasadach i warunkach w niej przewidzianych. To bowiem właśnie ta ostatnia ustawa określa m. in. „zasady działalności w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego” (art. 1 ust. 1 pkt 2 tej ustawy). Oznacza to, że działalność jednostek samorządu terytorialnego w tym zakresie może być odtąd urzeczywistniana jedynie z pełnym poszanowaniem postanowień tej ustawy, bez możliwości ich omijania. Do działalności gmin w zakresie telekomunikacji znajdują oczywiście nadal zastosowanie ogólne przepisy ustrojowe dotyczące działalności gmin, w tym w szczególności zawarte w ustawie o samorządzie gminnym oraz w ustawie o gospodarce komunalnej. Niemniej jednak ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych posiada w odniesieniu do działalności gmin w zakresie telekomunikacji charakter aktu *lex specialis*, czyli aktu, który w sferze regulowanych jego przepisami postanowień posiada pierwszeństwo przed przepisami ogólnych ustaw ustrojowych normujących pozycję i działalność gminy. Tym samym wykonując (i już zamierzając wykonywać) działalność w zakresie telekomunikacji gminy nie mogą się uchylać od zastosowania szczegółowych przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, powołując się w danym zakresie na – być może do pewnego stopnia odmienne treściowo – przepisy ustawy o samorządzie gminnym lub ustawy o gospodarce komunalnej. Podstawowe zasady wykładni systemowej przekonują, że w zakresie działalności gmin w telekomunikacji aktem prawnym mającym prymat nad innymi jest obecnie ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Należy przy tym podkreślić, że „działalność w zakresie telekomunikacji” jest co do zasady pojęciem zakresowo szerszym niż pojęcie „działalności telekomunikacyjnej” w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁸⁴. Ustawę o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych należy więc traktować jako akt prawny mający pierwszeństwo w regulowaniu sytuacji gmin nie tylko w odniesieniu do działalności telekomunikacyjnej, ale tej szerszej pojmowanej działalności w zakresie telekomunikacji.

Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych stanowi jednocześnie, że działalność jednostek samorządu terytorialnego w telekomunikacji należy do zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej jednostki samorządu terytorialnego (art. 3 ust. 4 ustawy). Zasadniczą konsekwencją z tego wynikającą jest fakt, że działalność ta może być przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywana jedynie w celu zaspokajania potrzeb danej wspólnoty samorządowej, a więc w celu eliminowania określonych braków (mankamentów) w dziedzinie telekomunikacji odczuwanych przez członków danej wspólnoty samorządowej. Zostało to zresztą wyraźnie podkreślone w art. 3 ust. 1 omawianej ustawy, gdzie postanowiono, iż jednostka samorządu terytorialnego może wykonywać działalność w telekomunikacji jedynie w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Oznacza to, że ustawodawca zwykły w pełni respektował w tym względzie odnośne przepisy Konstytucji (zwłaszcza powołany wcześniej art. 166 ust. 1 Konstytucji) i nie przekroczył bynajmniej w tym zakresie granic stosownego upoważnienia konstytucyjnego. Kolejną konsekwencją prawną stypulacji zamieszczonej w art. 3 ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych jest to, że zadanie w postaci działalności jednostek samorządu terytorialnego w telekomunikacji musi być wykonywane jako zadanie o charakterze użyteczności publicznej, czyli jako zadanie, którego celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym; art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej). Inaczej mówiąc, w ramach działalności jednostek samorządu terytorialnego w telekomunikacji muszą być w pełni obecne wszystkie te cechy, które polskie prawo samorządowe uznaje za konstytutywne dla pojęcia działalności (zadań) o charakterze

⁸⁴ Działalność telekomunikacyjna w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne polega na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących (art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne). Natomiast działalność w zakresie telekomunikacji w rozumieniu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych polega na: 1) budowaniu lub eksploataowaniu infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych oraz nabywaniu prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych; 2) dostarczaniu sieci telekomunikacyjne lub zapewnianiu dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej; 3) świadczeniu, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usług na rzecz: a) przedsiębiorców telekomunikacyjnych, b) podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, c) użytkowników końcowych – w zakresie i na warunkach określonych w art. 6 i 7 ustawy (art. 3 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych).

użyteczności publicznej⁸⁵. O konieczności obecności niektórych z tych cech ustawodawca wprost zresztą mówi w samej ustawie o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, wyraźnie te cechy nazywając (chodzi mianowicie o konieczność zagwarantowania dostępu do usług, i to równego dla wszystkich – zob. art. 3 ust. 2 pkt 1 oraz art. 6 ust. 1 ustawy).

Poza upoważnieniem wynikającym z ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz poza podjęciem uchwały, o której jest mowa w art. 3 ust. 5 tej ustawy jednostki samorządu terytorialnego nie potrzebują już żadnej innej podstawy prawnej do wykonywania przez siebie działalności w zakresie telekomunikacji. W szczególności nie jest tu już potrzebny żaden inny akt prawny autoryzujący tego typu aktywność samorządową wydany przez jakikolwiek organ władzy publicznej, np. rozporządzenie właściwego ministra.

8.2. Uchwała organu stanowiącego

Art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych stanowi, że „Jednostka samorządu terytorialnego wykonuje działalność, o której mowa w ust. 1 [tj. opisaną już wyżej działalność w zakresie w telekomunikacji – przyp.], na podstawie uchwały organu stanowiącego”. Oznacza to, że warunkiem legalności zorganizowania przez jednostkę samorządu terytorialnego przedsięwzięcia polegającego na podjęciu i wykonywaniu przez nią działalności w telekomunikacji jest podjęcie przez organ stanowiący tej jednostki (tj. przez radę gminy, radę powiatu, sejmik województwa lub przez organ stanowiący związku jednostek samorządu terytorialnego) stosownej uchwały, legitymującej aktywność jednostki samorządowej w omawianym zakresie. Należy uznać, że uchwała, o której mówi powołany przepis ustawy nie musi być koniecznym aktem, który by zawierał w swojej treści postanowienia dotyczące tylko i wyłącznie upoważnienia danej jednostki do wykonywania działalności w zakresie telekomunikacji. Uchwała organu stanowiącego wspomniana w art. 3 ust. 5 ustawy może bowiem normować również i inne zagadnienia prawne, w tym też może być częścią uchwały organu stanowiącego odnoszącej się do pewnych szerszych problemów i zagadnień związanych z aktywnością danej jednostki samorządowej (np. uchwała ta może być częścią uchwały rady gminy deklarującej przyszłe kierunki aktywności danej gminy związane z zaspokajaniem określonych potrzeb użyteczności publicznej na jej terytorium). W każdym bądź razie tego rodzaju uchwała, o której mówi powołany art. 3 ust. 5 ustawy, musi zostać bezwzględnie i uprzednio podjęta, zaś wykonywanie działalności w telekomunikacji bez tej uchwały będzie stanowiło przejaw naruszenia przez daną jednostkę samorządową prawa.

Należy uznać, że sama uchwała z art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie jest co do zasady aktem prawa miejscowego, pojmowanym jako wydany na podstawie ustawy akt normatywny, zawierający normy prawne będące źródłami prawa powszechnie obowiązującego. Nie jest aktem prawa miejscowego chociażby dlatego, że nie zawiera on bynajmniej (i nie musi zawierać) norm prawnych generalno-abstrakcyjnych, skierowanych (adresowanych) do ogółu mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego⁸⁶. Jest to raczej uchwała adresowana do jednostek organizacyjnych danej jednostki samorządu terytorialnego, deklarująca w sposób

⁸⁵ Na temat tych cech działalności o charakterze użyteczności publicznej (w rozumieniu polskiego prawa samorządowego) zob. szerzej np. S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze 1998, s. 253 i n.; K. Byjoch, S. Redel, *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000, s. 59 i n.; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 132 i n.

⁸⁶ Jak w tym kontekście stwierdza NSA: „Ustawa [o samorządzie gminnym – przyp.] nie zawiera definicji aktu prawa miejscowego, niemniej zarówno doktryna, jak i orzecznictwo wypracowały jednolite stanowisko co do cech aktów prawa miejscowego. Bez wątpienia akt taki, aby stanowić przepis gminny, obowiązujący na obszarze działania organu, który go ustanowił – musi zawierać co najmniej jedną normę o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Innymi słowy akt taki powinien być skierowany do nieokreślonego kręgu podmiotów (nie do indywidualnego, konkretnego adresata) i kształtować sytuację prawną bliżej nieokreślonych podmiotów, do których zaliczyć należy zarówno osoby fizyczne, jak i prawne. Zatem przy kwalifikacji danego aktu do aktów prawa miejscowego powszechnie obowiązującego niezbędne jest ustalenie adresata norm regulacji wynikającej z przedmiotowego aktu oraz na jakiej podstawie został on podjęty, czyli wskazanie kompetencji prawodawczej, na podstawie której uchwalono dany akt” (wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2002 r., I SA 2160/01; wyrok NSA z dnia 18 lipca 2006 r., I OSK 669/06; wyrok NSA z dnia 9 listopada 2006 r., II OSK 1311/05; postanowienie WSA w Białymstoku z dnia 13 lutego 2007 r., II SA/Bk 751/06).

urzędowy zamiar podjęcia przez daną jednostkę samorządu określonej działalności w zakresie telekomunikacji. Uchwała ta nie ma w swoim zamierzeniu wywoływać żadnych konkretnych skutków prawnych na zewnątrz danej jednostki samorządowej, w tym w szczególności nie ma przesądzać i określać praw lub obowiązków członków wspólnoty samorządowej. Jest to tylko i wyłącznie uchwała o charakterze wewnętrznym, legalizująca i autoryzująca podejmowaną działalność jednostki samorządu terytorialnego w zakresie telekomunikacji.

Rzecz jasna, omawiana tu uchwała mogłaby fakultatywnie być częścią innego aktu prawa miejscowego, jeżeli dana jednostka samorządu terytorialnego zdecydowałaby się tak właśnie postąpić. Przykładowo można sobie wyobrazić, że uchwała z art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych zostałaby zawarta w ramach uchwały rady gminy określającej zasady i tryb korzystania z gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej w rozumieniu art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy o samorządzie gminnym. Ta ostatnia uchwała jest, zgodnie z wyraźną dyspozycją powołanego przepisu, aktem prawa miejscowego i można sobie wyobrazić, że zawierałaby ona również – jako jej integralną część – uchwałę, o której mowa w art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Nadawanie uchwale z art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych charakteru aktu prawa miejscowego, zwłaszcza poprzez wprowadzanie jej postanowień do innej uchwały jednoznacznie posiadającej taki właśnie status, nie jest wszakże bynajmniej konieczne, w szczególności w kontekście charakteru norm prawnych, które zawiera (i powinna zawierać) uchwała z art. 3 ust. 5 powołanej ustawy. Te ostatnie normy są to bowiem normy o charakterze wewnętrznym.

W uchwale, o której mowa w art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych jednostka samorządu terytorialnego powinna jedynie wyraźnie wskazać i wyspecyfikować konkretny rodzaj działalności w telekomunikacji, który ma ona zamiar podjąć. Jednostka samorządu terytorialnego musi zatem wyraźnie wskazać, że np. zamierza ona podjąć działalność polegającą na budowie lub eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, lub działalność polegającą na nabywaniu praw do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, względnie działalność w zakresie dostarczania sieci telekomunikacyjnych lub zapewniania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej lub też działalność polegającą na świadczeniu, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usług na rzecz określonej kategorii podmiotów (tzn. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne lub użytkowników końcowych). Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego pierwotnie podejmuje określony rodzaj działalności w zakresie telekomunikacji, zaś następnie zamierza działalność tę rozszerzyć również na inny rodzaj lub rodzaje działalności w telekomunikacji wskazany/e w art. 3 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, to wówczas konieczne jest podjęcie przez organ stanowiący tej jednostki kolejnej uchwały, bądź to formalnie zmieniającej poprzednią uchwałę w tym względzie (uchwała o zmianie uchwały), bądź też uchwały samodzielnej, stanowiącej odrębny i niezależny akt od poprzedniej uchwały w tym względzie.

Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie określa w sposób szczegółowy treści uchwały, o której jest mowa w art. 3 ust. 5 tej ustawy. W szczególności nie przesądza ona tego, że uchwała ta musi mieć tak rozbudowaną treść, jak informacja, o której jest mowa w art. 3 ust. 6 i 7 ustawy. Ta ostatnia informacja powinna zawierać nie tylko dokładny opis przedsięwzięcia, ale również uzasadnienie spełnienia stosownych wymogów ustawowych. W uchwale, o której jest owa w art. 3 ust. 5 ustawy nie musi się znaleźć ani dokładny opis, ani tym bardziej uzasadnienie tego, że wszystkie przesłanki ustawowe podjęcia przez jednostkę samorządu terytorialnego działalności w zakresie telekomunikacji są spełnione. Wystarczy w tym kontekście samo wskazanie rodzaju działalności w telekomunikacji, jaki dana jednostka samorządu zamierza podjąć.

Uchwała z art. 3 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie jest wprawdzie co do zasady (nie musi być) aktem prawa miejscowego, ale może zostać zaskarżona do sądu administracyjnego, z uwagi na jej ewentualną sprzeczność z prawem, na podstawie art. 3 §2 pkt 6 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁸⁷. Wspomniana tu sprzeczność z prawem może w szczególności wynikać z faktu, że

⁸⁷ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.

jednostka samorządu terytorialnego wskaże w tej uchwale innych rodzaj działalności w telekomunikacji niż ten wyraźnie określony w art. 3 ust. 1 ustawy.

8.3. Wpis do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE

Kwestię wpisu do rejestrów prowadzonych przez Prezesa UKE reguluje art. 5 ustawy szerokopasmowej oraz art. 10 ust. 1-1a ustawy – Prawo telekomunikacyjne (zwana dalej „Pt”).

Należy wyraźnie rozróżnić, jakiego rodzaju działalność w zakresie telekomunikacji podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych („rejestr PT”) a jaka do rejestru jednostek samorządu terytorialnego („rejestr JST”).

Do rejestru PT podlega wpisowi **gospodarcza działalność telekomunikacyjna** (art. 1 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 10 ust. 1 Pt). Do rejestru JST podlega wpisowi **niegospodarcza działalność, określona w art. 3 ust. 1 ustawy szerokopasmowej** (art. 3 ust. 1 w związku z art. 5 ustawy szerokopasmowej).

Należy podkreślić, że na mocy art. 64 ustawy szerokopasmowej działalność w zakresie telekomunikacji, na skutek zmiany w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm –dalej „uosg”) została ujęta jako **zadanie własne gminy** (art. 7 ust. 1 pkt 3a uosg). Ponadto, w art. 3 ust. 4 ustawy szerokopasmowej zostało rozstrzygnięte, że działalność określona w ust. 1 tego artykułu jest działalnością z zakresu zadań własnych **o charakterze użyteczności publicznej**.

Operator UOIG, prowadzący gospodarczą działalność telekomunikacyjną, w tym w zakresie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, podlega wpisowi do rejestru PT. Dotyczy to zarówno przedsiębiorcy zewnętrznego, „komunalnej” osoby prawnej, czy też samej jst, jeżeli jej wewnętrzna jednostka organizacyjna prowadzi taką działalność. Jeżeli jednak działalność w zakresie telekomunikacji jst nie ma charakteru działalności gospodarczej, czy to przy pełnieniu funkcji UOIG, czy też przy jej powierzaniu lub wykonywaniu części zadań (np. w zakresie budowy lub nabywania praw do infrastruktury telekomunikacyjnej), to wówczas nie ma potrzeby wpisu do rejestru JST, ale zgodnie z art. 5 ustawy szerokopasmowej wymagany jest wpis do rejestru JST.

8.4. Ogłoszenie o zamiarze rozpoczęcia działalności i opinia Prezesa UKE

Podobnie jest z obowiązkiem z art. 3 ust. 6 ustawy szerokopasmowej, który wymaga ogłoszenia informacji o **podjęciu** działalności, o której mowa w ust. 1, jak również przekazania do Prezesa UKE takiej informacji. Nie jest to informacja o zamiarze podjęcia działalności, ani też o przygotowywaniu się do jej podjęcia. „Podjęcie działalności” to rozpoczęcie jej wykonywania, czyli rozpoczęcie budowy, eksploatacji lub dostarczania infrastruktury lub sieci, nabywania praw do infrastruktury lub sieci, świadczenia usług z jej wykorzystaniem. Informację taką należy ogłosić w BIP i przekazać Prezesowi UKE, gdy będzie już znana data rozpoczęcia działalności, o której mowa w art. 3 ust. 1. Z drugiej strony nie byłoby naruszeniem ustawy szerokopasmowej wcześniejsze opublikowanie informacji (tj. przed podjęciem działalności, w szczególności, gdy będą już znane jej warunki, planowana data jej rozpoczęcia, a organ stanowiący podejmie uchwałę o wykonywaniu takiej działalności).

Trzeba podkreślić, że szerokie obowiązki konsultacyjne i informacyjne na etapie przygotowania projektu, w których występuje pomoc publiczna, a związane z wymaganiami Komisji, są niezależne od obowiązku informacyjnego z art. 3 ust. 6 ustawy szerokopasmowej. Niemniej jednak w praktyce zapewniają spełnienie tych samych celów już na etapie poprzedzającym podjęcie działalności. Wówczas informacja z art. 3 ust. 6 będzie tą finalną informacją o terminie i warunkach podjęcia działalności w telekomunikacji, upublicznią już po spełnieniu wszystkich wymagań (np. co do uchwały organu stanowiącego).

Jednostka samorządu terytorialnego może, przed rozpoczęciem działalności w zakresie telekomunikacji, wystąpić do Prezesa UKE z wnioskiem o opinię w sprawie wykonywania tej działalności (art. 4 ustawy szerokopasmowej). Prezes UKE wydaje opinię za pobraniem opłaty.

8.5. Inne warunki określone w ustawie o wspieraniu rozwoju sieci i usług telekomunikacyjnych

Powierzenie jako UOIG wdrażania sieci szerokopasmowej i świadczenia powiązanych z tym usług hurtowych jest jednym ze sposobów wykonywania przez JST gospodarki komunalnej i zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy szerokopasmowej. Oznacza to konieczność przestrzegania warunków z art. 3 ust. 2 ustawy szerokopasmowej, w szczególności prowadzenia działalności w sposób przejrzysty i niezakłócający rozwoju równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych. Konieczne jest także przestrzeganie przepisów o pomocy publicznej (art. 3 ust. 3 ustawy szerokopasmowej). Spełnienie tych warunków następuje m.in. poprzez wdrażanie infrastruktury pasywnej, neutralnej technologicznie i objętej obowiązkami otwartego dostępu dla wszystkich zainteresowanych operatorów.

Zgodnie z art. 8 ustawy szerokopasmowej, „jednostka samorządu terytorialnego, powierzając przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wykonywanie działalności w zakresie telekomunikacji, w przypadku gdy ze względu na warunki ekonomiczne nie jest możliwe na danym obszarze prowadzenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego opłacalnej finansowo działalności telekomunikacyjnej, może:

- 1) udostępnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu infrastrukturę lub sieci telekomunikacyjne w zamian za opłaty niższe niż koszt wytworzenia;
- 2) współfinansować koszty ponoszone z tytułu świadczenia usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym lub przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na potrzeby świadczenia tych usług”.

Przepis powyższy dotyczy w szczególności sytuacji powierzenia tej działalności jako usług w ogólnym interesie gospodarczym i stwarza podstawę prawną do udzielenia rekompensaty z tytułu wykonywania zobowiązań do świadczenia UOIG. Dopuszcza bowiem udostępnienie infrastruktury lub sieci za obniżoną opłatą lub nawet bez pobierania opłat, jak również pozwala rekompensować koszty ponoszone na potrzeby świadczenia usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym lub przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Wydaje się, że do kosztów świadczenia usług można zaliczyć również koszty budowy przez operatora UOIG koniecznej do tego infrastruktury. Z uwagi na to, że rekompensata z tytułu UOIG oprócz ponoszonych kosztów obejmuje także „rozsądny zysk” operatora UOIG, to dyskusyjne może być to, czy art. 8 ustawy szerokopasmowej pozwala na współfinansowanie „rozsądnego zysku”, a jeżeli nie pozwala, to czy wyłącza w tym zakresie podstawy prawne z innych przepisów, w szczególności z ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

W przypadku zastosowania art. 8 pkt 1 lub 2 ustawy szerokopasmowej konieczne jest wykazanie, że ze względu na warunki ekonomiczne nie jest możliwe na danym obszarze prowadzenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego opłacalnej finansowo działalności telekomunikacyjnej.

Jeżeli wewnętrzna jednostka organizacyjna JST wykonuje działalność w zakresie telekomunikacji (np. jako operator UOIG lub poprzez budowę infrastruktury telekomunikacyjnej), to JST jest obowiązana prowadzić ewidencję w sposób umożliwiający odrębne obliczanie kosztów i przychodów, zysków i strat w zakresie budowy oraz nabywania praw do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, a także działalności telekomunikacyjnej (art. 9 ustawy szerokopasmowej). Taki sam obowiązek dotyczy operatora UOIG, który wykorzystuje środki publiczne do budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury telekomunikacyjnej, lub nabył prawa do takiej infrastruktury, niezależnie od rodzaju nabytych praw (art. 10 ustawy szerokopasmowej).

Ponadto, konieczne jest ustanowienie strukturalnego rozdziału funkcji związanych z wykonywaniem zadań i uprawnień właścicielskich wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego od funkcji wydawania zezwoleń na zakładanie i przeprowadzanie na nieruchomości infrastruktury telekomunikacyjnej (art. 11 ustawy szerokopasmowej).

9. Rodzaje operatorów UOIG

Należy rozróżnić następujące rodzaje operatorów UOIG:

- wewnętrzna jednostka organizacyjna (jednostka budżetowa lub samorządowy zakład budżetowy) gminy, powiatu lub związku gmin / powiatów, zwana w załączonej Instrukcji „**operatorem wewnętrznym**”,

- „komunalna” osoba prawna (spółka ze 100% udziałem jst, fundacja, stowarzyszenie, spółdzielnia) zwana w załączonej Instrukcji „**operatorem komunalnym**”,
- przedsiębiorca zewnętrznym, zwana w załączonej Instrukcji „**operatorem zewnętrznym**”.

Każda z opcji podmiotowych wykazuje specyfikę w odniesieniu do zasad powierzania UOIG, aczkolwiek we wszystkich tych przypadkach muszą być spełnione te same, omówione wyżej warunki. Używane w Instrukcji określenia nie są używane w przepisach prawa, ani orzecznictwie sądowym, nie można ich utożsamiać zwłaszcza z pojęciem „podmiotu wewnętrznego” w rozumieniu doktryny Teckal, które to pojęcie obejmuje zarówno „operatora wewnętrznego”, jak i co do zasady „operatora komunalnego”.

Od razu trzeba podkreślić, że aktualnie obowiązujące przepisy ustawy o finansach publicznych⁸⁸ uniemożliwiają samorządowym zakładom budżetowym wykonywanie działalności w zakresie telekomunikacji, choćby nawet było to świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Działalność w zakresie telekomunikacji nie została bowiem wymieniona w art. 14 ustawy o finansach publicznych. Nie wydaje się to rozwiązaniem korzystnym dla rozwoju sieci szerokopasmowych na obszarach, na których inwestycje komercyjne nie są opłacalne, gdyż wykonywanie działalności w zakresie telekomunikacji poprzez jednostki budżetowe sprawia wiele trudności praktycznych. Dlatego też koniecznym jest znowelizowanie art. 14 ustawy o finansach publicznych i umożliwienie samorządowym zakładom budżetowym wykonywania takiej działalności.

10. Łączenie UOIG z finansowaniem z funduszy unijnych

Jednostka samorządu terytorialnego albo operator UOIG (spółka komunalna lub przedsiębiorca zewnętrzny) świadczący usługi publiczne ma możliwość ubiegania się o dofinansowanie ze środków wspólnotowych na realizację projektów obejmujących zapewnienie wdrożenia dostępu szerokopasmowego.

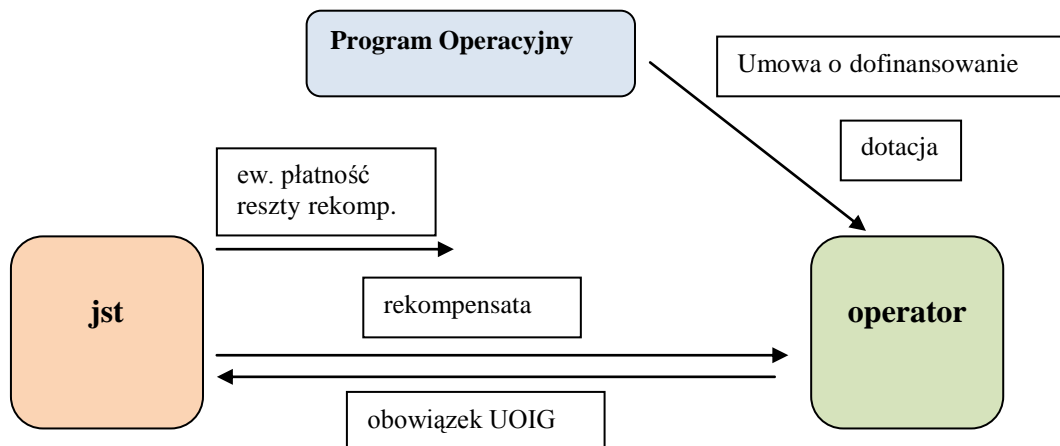
Dofinansowanie jest udzielane wyłącznie na wydatki inwestycyjne. Tymczasem przy obliczaniu rekompensaty z tytułu świadczenia UOIG uwzględnia się wszystkie koszty, operacyjne i inwestycyjne, a ponadto „rozsądny zysk”. Oznacza to, że tylko część rekompensaty związana z wydatkami inwestycyjnymi może być objęta dofinansowaniem z funduszy unijnych, a pozostała część wymagałaby pokrycia z budżetu samorządu. Trzeba jednak pamiętać o tym, że w niektórych projektach przychody mogą pokrywać koszty operacyjne, a tym samym rekompensata nie wykraczałaby poza wydatki inwestycyjne.

Możliwe jest zastosowanie kilku wariantów udzielenia z Programów Operacyjnych dofinansowania na świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym:

- wariant A:** Tryb konkursowy lub indywidualny może przewidywać - w ramach działania związanego ze społeczeństwem informacyjnym – udzielenie dotacji bezpośrednio dla beneficjenta określonego przykładowo jako „*podmiot świadczący usługi publiczne w ramach realizacji zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zapewnienia sieci szerokopasmowych*”, czy też jako „*partner prywatny w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*”, „*wykonawca zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych*” lub „*koncesjodawca w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*”, przy czym udzielenie dofinansowania będzie bez stosowania reguł dotyczących projektów obejmujących pomoc publiczną, o ile spełnione są warunki omówione powyżej, tj. opierające się na kryteriach Altmark albo na Decyzji KE oraz spełniające wymagania z pkt 25-29 Wytycznych wspólnotowych. Po podpisaniu umowy o dofinansowanie operator UOIG będzie bezpośrednio odpowiedzialny za jej wykonywanie, w tym za wniesienie wkładu własnego. Natomiast przyznana dotacja będzie stanowiła całość lub część rekompensaty z tytułu świadczenia UOIG, przyznanej temu operatorowi przez jednostkę samorządu terytorialnego - w tym ostatnim przypadku pozostałą częścią rekompensaty byłyby środki pieniężne z budżetu jst. W tym wariantcie do wniosku o dofinansowanie należy już dołączyć umowę na świadczenie usług publicznych jako usług w ogólnym interesie gospodarczym.

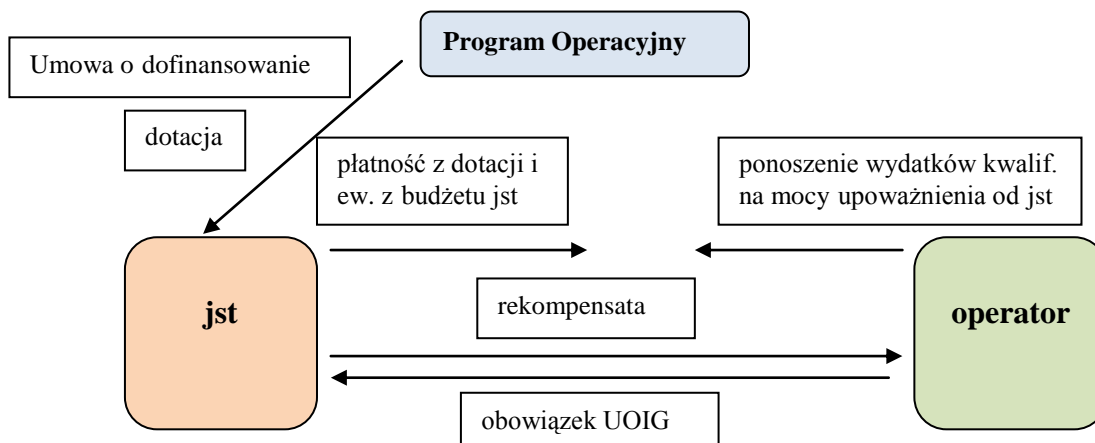
⁸⁸ Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240.

Schemat graficzny wariantu A:



- b) **wariant B:** Jednostka samorządu terytorialnego ubiega się o dotację z Programu Operacyjnego na finansowanie projektu, a jednocześnie we wniosku o dofinansowanie upoważnia operatora UOIG, z którym ma już zawartą umowę o świadczenie usług publicznych lub którego dopiero wybrała, do ponoszenia wydatków kwalifikowanych. Wybór operatora UOIG, jak również upoważnienie do ponoszenia wydatków kwalifikowalnych może być dokonany także już po złożeniu wniosku o dofinansowanie. W wariantcie B jednostka samorządu terytorialnego jest stroną umowy o dofinansowanie i na niej ciąży obowiązki określone w tej umowie, w tym wniesienie wkładu własnego. Dotacja pozyskana przez jst może stanowić całość lub część rekompensaty - w tym ostatnim przypadku pozostałą częścią rekompensaty byłyby środki pieniężne z budżetu jst. W tym wariantcie należy co do zasady dołączyć do wniosku o dofinansowanie upoważnienie dla operatora UOIG do ponoszenia wydatków kwalifikowanych oraz wskazać jego dane we wniosku.

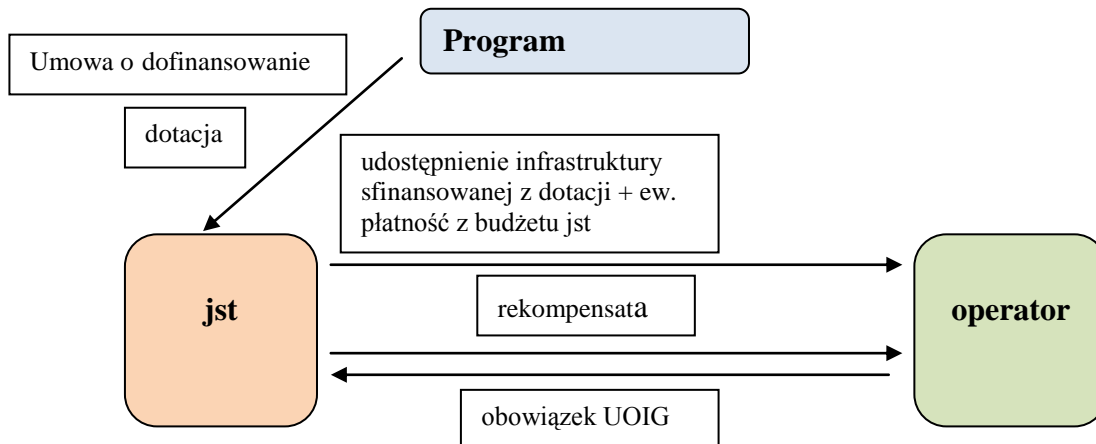
Schemat graficzny wariantu B:



- c) **wariant C:** Jednostka samorządu terytorialnego ubiega się o dotację z Programu Operacyjnego na finansowanie projektu i z tej dotacji finansuje wytworzenie lub nabycie składników majątkowych (np. infrastruktury telekomunikacyjnej). Następnie te składniki majątkowe udostępnia operatorowi UOIG jako element rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, do czego operator ten zobowiązał się w zawartej z jst umowy na świadczenie usług publicznych w zakresie zadań własnych jst w telekomunikacji. Udostępnione składniki majątkowe mogą ograniczać się do infrastruktury szkieletowo-

dystrybucyjnej, a ich udostępnienie może stanowić całość lub część rekompensaty – w tym ostatnim przypadku pozostałą częścią rekompensaty byłyby środki pieniężne z budżetu jst.

Schemat graficzny wariantu C:



Szczegółowy opis procedur ubiegania się o dofinansowanie w ramach poszczególnych programów operacyjnych dostępny jest na stronach internetowych odpowiednich Instytucji Zarządzających. Do rozpoczęcia procedury każdorazowo konieczne jest złożenie wniosku o dofinansowanie.