

Km 25/14



Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Małgorzata Krasnodębska - Tomkiel



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

DPR- 070 -2/14/EU

Warszawa, 10.01.2014r.

Pan
Piotr Zientarski
Przewodniczący Komisji Ustawodawczej
Senat Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Przewodniczący

W związku z otrzymanym pismem w dniu 13 grudnia 2013 r. (znak pisma: BPS/KU-034/522/9/13) zawierającym prośbę o sporządzenie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów opinii w przedmiocie rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności dużych przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (druk senacki nr 522), poniżej przedstawiam opinię w zakresie zaproponowanych rozwiązań w ww. dokumencie.

Należy zauważyć, iż z informacji zawartych w uzasadnieniu wynika, iż celem projektu jest dostosowanie systemu prawa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 czerwca 2013 r. (sygn. Akt K 37/12) dotyczącego *ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych* (Dz. U. poz. 891 z późn. zm.). W ww. wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł, że ograniczenie możliwości odzyskania zaległych należności wyłącznie dla przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (art. 4 pkt 1 ww. *ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców*) oraz wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie ww. *ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców* (art. 12 tej *ustawy*) jest niezgodne z Konstytucją. Przedmiotowy projekt wprowadza zatem przepisy umożliwiające dużym przedsiębiorcom odzyskanie ze środków publicznych zaległych należności za wykonane i odebrane przez nich prace przy realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane oraz przepisy dotyczące pewnego rodzaju mechanizmu odszkodowawczego dla wierzycieli wykonawców znajdujących się w stanie upadłości, których wierzytelności powstały przed dniem wejścia w życie ww. *ustawy o spłacie*

niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, a których sytuacja finansowa na skutek pomniejszenia masy upadłościowej o wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy została pogorszona.

Odnosząc się do pierwszego z ww. rozwiązań pragnę poinformować, iż UOKiK w trakcie rządowych prac legislacyjnych nad *projektem ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych* informował, iż przepisy umożliwiające podwykonawcom odzyskiwanie ze środków publicznych całości lub części niezaspokojonych należności stanowią formę pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE) - pismo to przekazuję w załączeniu. Wprowadzenie w życie ww. przepisów stanowi bowiem pewnego rodzaju gwarancję odzyskania przez określoną grupę przedsiębiorców (podwykonawców należących do sektora małych i średnich przedsiębiorstw, realizujących swoje prace w ramach zamówień publicznych na roboty budowlane, których prace zostały zakończone i odebrane) zaległych należności. Analogiczne stanowisko zostało przedstawione przez UOKiK Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej - pismo to również przekazuję w załączeniu.

Analizując aktualnie projektowane przepisy dotyczące umożliwienia dużym przedsiębiorcom odzyskiwania zaległych należności w kontekście przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE należy zwrócić uwagę, iż ewentualne płatności na rzecz tych podmiotów dokonywane będą ze środków publicznych, tj. środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. Należy również zauważyć, iż mechanizm odzyskiwania zaległych należności w dalszym ciągu posiada charakter selektywny. Wprawdzie przyjęcie ww. przepisów spowoduje, iż duże przedsiębiorstwa będą miały możliwość odzyskania zaległych należności ze środków publicznych, to jednak mechanizm odzyskiwania należności skierowany jest wyłącznie do podwykonawców zamówień na roboty budowlane, których prace zostały zakończone i odebrane (nie obejmuje on zatem przedsiębiorców wykonujących swoje prace w ramach innych rodzajów zamówień, przedsiębiorców, którzy w znacznym stopniu wykonali swoje prace, czy też przedsiębiorców wykonujących prace w ramach zamówień publicznych na roboty budowlane nie posiadających zawartej umowy z wykonawcami). Z uwagi na fakt, iż rynek zamówień publicznych, w tym robót budowlanych, jest otwarty na konkurencję, mechanizm odzyskiwania zaległych należności może mieć wpływ na konkurencję oraz wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, iż projektowane przepisy stanowiły będą podstawę prawną udzielania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Odnosząc się natomiast do przepisów dotyczących mechanizmu odszkodowawczego dla wierzycieli wykonawców znajdujących się w stanie upadłości, których wierzytelności powstały przed dniem wejścia w życie ww. ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, a których sytuacja finansowa na skutek pomniejszenia masy upadłościowej o wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy została pogorszona należy zwrócić uwagę, iż celem projektowanych przepisów w tym zakresie jest naprawienie ewentualnych szkód finansowych wyrządzonych przez obowiązywanie niekonstytucyjnych przepisów. Projektowane rozwiązanie nie ma zatem na celu udzielanie ww. przedsiębiorcom dodatkowych korzyści finansowych, tj. ponad to co jest im należne w wyniku istniejących przed dniem wejścia w życie niekonstytucyjnych przepisów stosunków prawnych. W związku z powyższym, przepisy o pomocy publicznej w zakresie ww. regulacji nie będą miały zastosowania.

Jednocześnie pragnę zasygnalizować, iż równoległe trwają prace legislacyjne nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, przygotowanym przez Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej/Ministra Infrastruktury i Rozwoju. Wyżej wymieniony rządowy projekt ma na celu wykonanie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 czerwca 2013 r. (sygn. akt K 37/12) poprzez zmianę obecnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. poz. 891 z późn. zm.) w zakresie uznanego przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją RP brzmienia art. 4 pkt 1 oraz art. 12 ww. ustawy.




Małgorzata Kozak
Wiceprezes

Załączniki:

1. pismo UOKiK z dnia 29 maja 2012 r. (znak:DDO-0792-16(3)/12/GP);
2. pismo UOKiK z dnia 16 lipca 2012 r. (znak:DDO-0792-16(12)/12/GP);



DDO-0792-16 (3)/12/GP

Warszawa, 29 maja 2012 r.

Pani
Małgorzata Hirszel
Sekretarz Komitetu Rady Ministrów

Szanowna Pani Dyrektor,

W nawiązaniu do przekazanego przez Rządowe Centrum Legislacji w dniu 29 maja 2012 r. projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace wykonawcze wynikające z realizacji udzielanych zamówień publicznych, pragnę zauważyć, że przedmiotowy projekt ustawy przewiduje mechanizm, którego zastosowanie może wiązać się z udzielaniem pomocy publicznej.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wsparcie udzielane przedsiębiorcy jest uznawane za pomoc publiczną w rozumieniu ww. przepisu, o ile jednocześnie spełnione są następujące warunki:

- udzielane jest ono przez państwo lub ze źródeł państwowych;
- powoduje uzyskanie korzyści przez przedsiębiorcę;
- ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określonego lub określonych przedsiębiorców albo produkcję określonych towarów);
- grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 projektu ustawy, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad spłaca należności wykonawcy do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o której mowa w art. 147 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ze środków pochodzących z tego zabezpieczenia albo, w przypadku gdy nie jest możliwe uruchomienie tego zabezpieczenia, ze środków pochodzących z rezerwy celowej. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z ww. art. 147 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zatem środki z tego zabezpieczenia służą pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający, tj. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, który jest podmiotem dysponującym środkami publicznymi, rezygnuje z zabezpieczenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na rzecz spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców, jest to równoznaczne z uszczupleniem środków publicznych, bowiem oznacza to, że finansowe konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy poniesie zamawiający, który jest dysponentem środków publicznych. Ponadto w przypadku niemożności uruchomienia tego zabezpieczenia, środki na spłatę niezaspokojonych należności przedsiębiorców będą pochodziły z rezerwy celowej, tj. bezpośrednio z budżetu państwa. Powyższe oznacza, że spełniona jest przesłanka występowania pomocy publicznej, zgodnie z którą pomoc jest finansowana ze źródeł państwowych.

Odnosząc się do drugiej przesłanki należy zauważyć, iż gwarancja odzyskania przez przedsiębiorców, którzy realizują prace wykonawcze wynikające z realizacji zamówień publicznych udzielonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad całości lub części zaległych należności stanowi dla nich korzyść, bowiem w normalnych warunkach możliwość odzyskania zaległych należności byłaby obciążona dużym ryzykiem, a w niektórych przypadkach niemożliwa.

Ponadto wymaga podkreślenia, że projekt ustawy ma zastosowanie wyłącznie do niektórych kategorii przedsiębiorców, tj. mikroprzedsiębiorców, małych oraz średnich przedsiębiorców, którzy realizują prace wykonawcze wynikające z realizacji zamówień publicznych udzielonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Biorąc pod uwagę, że ww. przedsiębiorcy nie są jedynymi, którzy są zagrożeni możliwością braku uregulowania należności za wykonaną przez nich pracę, należy stwierdzić, że przedmiotowy mechanizm jest selektywny.

Biorąc pod uwagę, że działalność podmiotów w zakresie prac budowlanych jest otwarta na konkurencję przedsiębiorstw z innych państw członkowskich, przesłanka zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej jest również spełniona.

W związku z powyższym należy uznać, iż projektowane rozwiązanie stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W tym przypadku możliwe wydaje się zastosowanie przepisów *rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy de minimis* (Dz. Urz. UE L 379 z 28.12.2006, str. 5). Jednakże należy mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 2 ust. 2. ww. *rozporządzenia*, ogólna kwota pomocy *de minimis* przyznana dowolnemu podmiotowi gospodarczemu nie może przekraczać równowartości 200 000 EUR w okresie trzech lat kalendarzowych, a w przypadku podmiotu działającego w sektorze transportu drogowego 100 000 EUR. W przesłanym projekcie ustawy brak jest jakichkolwiek danych dotyczących skali oraz wielkości zaległych zobowiązań. W związku z tym nie istnieje możliwość oceny, czy zastosowanie przepisów o pomocy *de minimis* pozwoli na osiągnięcie zamierzonego celu.

Ewentualnie, w sytuacji, gdy zastosowanie przepisów o pomocy *de minimis* nie będzie możliwe wówczas konieczne będzie notyfikowanie Komisji Europejskiej przedmiotowego projektu pomocy.

Z wyrazami szacunku,





DDO-0792-16(12)/12/GP

Warszawa, 16 lipca 2012 r.

Pan
Jacek Michałowski
Szef Kancelarii Prezydenta
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 11 lipca 2012 r. (znak: BPN-100-54-12) dotyczące ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace wykonawcze wynikające z realizacji udzielanych zamówień publicznych, dalej „ustawa”, pragnę przedstawić następujące wyjaśnienia.

Podczas prac legislacyjnych nad projektem ustawy Prezes UOKiK przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 29 maja 2012 roku skierowanym do Pani Małgorzaty Hirszel - Sekretarza Komitetu Rady Ministrów, zgodnie z którym stanowi on podstawę udzielania pomocy publicznej podlegającej notyfikacji Komisji Europejskiej w trybie art. 108 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), chyba że będzie ona udzielana jako pomoc *de minimis*¹ w rozumieniu przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy *de minimis* (Dz. Urz. UE L 379 z 28.12.2006, str. 5) (załącznik nr 1). Podczas prac legislacyjnych wątpliwości o podobnym charakterze dotyczące pomocy publicznej w odniesieniu do projektu ustawy przedstawił również Minister Spraw Zagranicznych (załącznik nr 2).

Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Wodnej, jako projektodawca, nie zwrócił się do Prezesa UOKiK z wnioskiem o wydanie opinii, o której mowa w art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 ze zm.). Natomiast w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazał on, iż proponowane rozwiązanie legislacyjne polegające na uzyskaniu spłaty z Krajowego Funduszu Drogowego (KFD) niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych nie stanowi pomocy publicznej, która podlegałaby notyfikacji Komisji Europejskiej, gdyż nie dochodzi do uszczerplenia środków publicznych (Generalny Dyrektor ma roszczenie wobec wykonawcy o zwrot środków wypłaconych przedsiębiorcom) oraz spłata należności dotyczy zrealizowanych i odebranych prac (przedsiębiorcy nabyli do nich prawo a więc mają prawo do środków przekazanych wykonawcy).

W przyjętym przez Radę Ministrów projekcie ustawy wprowadzono zmianę polegającą na ustanowieniu nowego źródła finansowania niezaspokojonych należności podwykonawców. Zgodnie z pierwotnym kształtem projektu ustawy, niezaspokojone należności miały być finansowane ze środków pochodzących z zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) albo, w przypadku gdy nie jest możliwe uruchomienie tego zabezpieczenia ze środków pochodzących z rezerwy celowej budżetu państwa. Natomiast przyjęty przez Radę Ministrów projekt ustawy przewiduje wykorzystanie środków zgromadzonych w Krajowym Funduszu

¹ Wielkość pomocy *de minimis* wynosi 200 tys. EUR dla jednego podmiotu gospodarczego w ciągu trzech lat podatkowych.

Drogowym. Powyższa zmiana nie ma jednak wpływu na ocenę ustawy z punktu widzenia przepisów o pomocy publicznej.

I. Ocena ustawy w kontekście przepisów o pomocy publicznej

1. Czy ustawa stanowi podstawę udzielania pomocy publicznej?

Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE, wsparcie udzielane przedsiębiorcy jest uznawane za pomoc publiczną w rozumieniu ww. przepisu, o ile jednocześnie spełnione są następujące warunki:

1. udzielane jest ono przez państwo lub ze źródeł państwowych (publicznych);
2. powoduje uzyskanie korzyści przez przedsiębiorcę;
3. ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określonego lub określonych przedsiębiorców albo produkcję określonych towarów);
4. grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej oraz orzecznictwo sądów europejskich w zakresie pomocy publicznej, w mojej ocenie powyższe przesłanki są spełnione w odniesieniu do rozwiązań przewidzianych w ustawie, co zostało wykazane poniżej.

Ad 1. Źródła publiczne

W odniesieniu do pierwszej przesłanki należy przede wszystkim stwierdzić, iż prawo unijne bardzo szeroko zakreśla krąg podmiotów, które mogą zostać uznane za tożsame z Państwem w rozumieniu art. 107 TFUE. Chodzi tu o wszystkie organy Państwa (również na szczeblu regionalnym i lokalnym, w tym samorządy), jak również inne publiczne lub prywatne instytucje utworzone lub wskazane przez Państwo, a nawet przedsiębiorców publicznych. Należy również mieć na uwadze, że pojęcie zasobów państwowych obejmuje nie tylko środki pochodzące bezpośrednio z budżetu państwa, ale również wszelkie fundusze ustanowione przez prawo dla realizacji wskazanych przez państwo celów, nawet jeśli gromadzone na nich środki pochodzą ze źródeł prywatnych.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 22 marca 1977 r. w sprawie 78/76 *Steinike & Weinlig przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (Zb. Orz. 1977, str. 595) stwierdził, że „Zakaz zawarty w art. 92 [obecnie art. 107] ust. 1 Traktatu obejmuje wszelką pomoc udzieloną przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych, bez względu na fakt, czy pomoc zostaje udzielona bezpośrednio przez państwo, czy też przez instytucje publiczne lub prywatne powołane przez państwo do zarządzania pomocą. W zastosowaniu art. 92 należy w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na konsekwencję tej pomocy dla uprzywilejowanych przedsiębiorstw lub producentów, nie zaś na status instytucji powołanych do rozdziału i zarządzania pomocą”. Trybunał uznaje zatem, iż dany środek jest przypisywany państwu, jeśli możliwe jest wykazanie, że to państwo podejmuje decyzję o przeznaczeniu kontrolowanych przez siebie zasobów na realizację określonych celów, np. określając przeznaczenie danych środków w akcie prawnym.

Zgodnie z art. 2 ustawy, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) - ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. Krajowy Fundusz Drogowy został utworzony w Banku Gospodarstwa Krajowego na mocy ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, ze zm.). W ww. ustawie o autostradach i drogach płatnych oraz Krajowym

Funduszu Drogowym zostały również określone źródła KFD oraz zadania, które mogą być finansowane ze środków w nim zgromadzonych.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż środki zgromadzone w KFD stanowią środki publiczne. Powyższe potwierdza również *decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 grudnia 2009 r. w sprawie N 462/2009 - Polska - Pomoc państwa na budowę i eksploatację autostrady A2, odcinek Świecko - Nowy Tomyśl* (K(2009)9353 wersja ostateczna). Zgodnie bowiem z punktem 31 ww. decyzji Komisji Europejskiej, środki zgromadzone w Funduszu stanowią zasoby państwowe.

Ad 2. Korzyść ekonomiczna

Odnosząc się do drugiej przesłanki należy zauważyć, iż pojęcie pomocy państwa obejmuje nie tylko świadczenia pozytywne, takie jak dotacje, pożyczki lub objęcie udziałów w kapitale przedsiębiorstwa, lecz również interwencje, które w różnych formach zmniejszają ciężary spoczywające normalnie na budżecie przedsiębiorstwa i które tym samym, nie będąc subwencjami w ścisłym rozumieniu tego słowa, mają taki sam charakter i identyczne skutki (zob. w szczególności wyrok z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-143/99 *Adria-Wien Pipeline i Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Rec. str. I-8365, pkt 38 oraz wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-172/03 *Heiser*, Zb.Orz. str. I-1627i. pkt 36).

Biorąc powyższe pod uwagę należy zauważyć, iż gwarancja odzyskania przez przedsiębiorców, którzy realizują prace wykonawcze wynikające z realizacji zamówień publicznych udzielonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad całości lub części zaległych należności stanowi dla nich korzyść, bowiem w normalnych warunkach możliwość odzyskania zaległych należności byłaby obciążona dużym ryzykiem, a w niektórych przypadkach niemożliwa (z doniesień medialnych wynika, iż sytuacja finansowa wykonawców jest bardzo zła, a niektórzy z nich ogłosili już upadłość).

Ponadto pragnę wskazać, iż w przypadku braku ustawy, przedsiębiorcy indywidualnie musieliby podjąć działania prawne mające na celu dochodzenie od wykonawców swoich należności. Tym samym musieliby dodatkowo pokryć ze środków własnych koszty procesów sądowych i obsługi prawnej z tym związanej. Ustawy „zwalnia” ich więc z obowiązku poniesienia tych kosztów, a tym samym stanowi to dla przedsiębiorców dodatkową korzyść ekonomiczną.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazane zostało, że nie dochodzi do uszczuplenia środków publicznych, bowiem Generalny Dyrektor ma roszczenie wobec wykonawcy o zwrot środków wypłaconych na jej podstawie podwykonawcy. Jak jednak wynika z doniesień medialnych, co zostało wskazane już powyżej, sytuacja finansowa wykonawców jest bardzo trudna, a niektórzy z nich ogłosili już upadłość. Stąd też nie ma żadnej gwarancji, że Generalny Dyrektor odzyska od wykonawców w 100% środki wypłacone przedsiębiorcom na podstawie przedmiotowej ustawy wraz z odsetkami.

Ad 3. Selektywność

Należy zauważyć, że specyficzność środka publicznego, a więc jego selektywność, stanowi jedną z cech charakteryzujących pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W związku z tym, należy przeanalizować czy zawarte w ustawie rozwiązanie przynosi korzyść wyłącznie określonym przedsiębiorstwom lub określonym sektorom działalności (zob. sprawa C-241/94 *Francja przeciwko Komisji* [1996] Zb. Orz., str. I-4551, pkt 24, sprawa C-200/97 *Ecotrade* [1998] Zb. Orz., str. I-7907, pkt 40 i 41, oraz sprawa C-75/97 *Belgia przeciwko Komisji* [1999] Zb. Orz., str. I-3671, pkt 26).

Ustawa obejmuje ochroną podwykonawców w kontraktach na roboty budowlane realizowane w ramach zamówień publicznych udzielanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad. Jednocześnie ochroną objęci zostaną wyłącznie przedsiębiorcy

spełniający wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy. Ponadto z ustawy będą mogli skorzystać wyłącznie przedsiębiorcy, których prace zostały zakończone i odebrane.

Przyjęte rozwiązanie dotyczy zatem pewnej bardzo konkretnie określonej grupy przedsiębiorców prowadzących działalność związaną z budową dróg i autostrad realizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. Biorąc pod uwagę, że ww. przedsiębiorcy nie są jedynymi, którzy są zagrożeni możliwością braku uregulowania należności za wykonaną przez nich pracę (ochroną nie będą objęci m.in. przedsiębiorcy nienależący do sektora MŚP, przedsiębiorcy, którzy wykonali znaczą część swoich prac, a także przedsiębiorcy świadczący swoje usługi na rzecz wykonawców, którzy nie zawarli bezpośrednio umowy z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad), należy stwierdzić, że przedmiotowy mechanizm jest selektywny.

Ad 4. Wpływ na konkurencję i wymianę handlową

Biorąc pod uwagę, iż działalność podmiotów w zakresie prac budowlanych jest otwarta na konkurencję przedsiębiorstw, a także utrwaloną orzecznictwo Komisji oraz sądów europejskich, należy uznać, iż przesłanka wpływu środka na konkurencję i wymianę handlową między państwami członkowskimi jest również spełniona. Komisja uznaje bowiem warunek zakłócenia konkurencji i wymiany handlowej za spełniony nawet w przypadku, gdy zakłócenie to miałyby mieć charakter jedynie potencjalny.

Powyższy pogląd potwierdza również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, który konsekwentnie wskazuje, iż czwarta przesłanka jest spełniona, gdy przyznana przedsiębiorcy pomoc potencjalnie może wzmocnić jego pozycję względem innych przedsiębiorstw konkurujących na rynku². W orzeczeniu z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C 280/00 *Altmark Trans GmbH* (Zb. Orz. 2003, str. I-7747) wskazano dodatkowo, iż „nie istnieje próg czy udział procentowy, poniżej którego można uznać, że handel pomiędzy państwami członkowskimi nie doznał uszczerbku. Stosunkowo mała kwota pomocy lub stosunkowo mała wielkość przedsiębiorstwa, które daną pomoc otrzymuje, nie wykluczają same przez się możliwości, że handel pomiędzy państwami członkowskimi mógłby ucierpieć”. Analogiczne stanowisko zostało przedstawione przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie C-494/06 P *Komisja przeciwko Republice Włoskiej*, w którym wskazano, że „do celów zakwalifikowania działania krajowego jako pomocy państwa nie jest konieczne stwierdzenie faktycznego wpływu pomocy na wymianę handlową między państwami członkowskimi i rzeczywistego zakłócenia konkurencji, lecz jedynie zbadanie, czy pomoc może mieć wpływ na tę wymianę handlową i zakłócać konkurencję (wyrok z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze i in.*, Zb. Orz. str. I-289, pkt 140, i przytoczone tam orzecznictwo)”.

W związku z powyższym należy uznać, iż ustawa stanowi podstawę udzielania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, która podlega zgłoszeniu zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE, gdyż wykazano spełnienie wszystkich czterech przesłanek zawartych w art. 107 ust. 1 TFUE.

2. Czy pomoc publiczna jest zgodna z prawem Unii Europejskiej?

W prawie Unii Europejskiej z zakresu pomocy publicznej brak jest jakichkolwiek aktów prawnych (np. rozporządzeń, wytycznych, komunikatów), określających warunki, na podstawie których przedmiotowa pomoc mogłaby zostać uznana za zgodną z rynkiem

² Zobacz: orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 września 1980 r. w sprawie 730/79 *Philip Morris Holland BV przeciwko Komisji Europejskiej* (Zb. Orz. 1980, str. I-2671) oraz w orzeczenie Sądu z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawie T 298/97 *Alzetta Mauro przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000 r., str. II-2319).

wewnętrzny. Jedynym możliwym rozwiązaniem jest zastosowanie jednego z wyłączeń przewidzianych bezpośrednio w TFUE dla uzasadnienia zgodności pomocy zawartej w ustawie z rynkiem wewnętrznym. Zgodnie z art. 107 ust. 3 TFUE, za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana m.in. pomoc:

- przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce Państwa Członkowskiego może być uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym (art. 107 ust. 3 lit. b TFUE);
- pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem (art. 107 ust. 3 lit. c TFUE).

Aby pomoc mogłaby zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b TFUE lub na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE, musi ona wypełniać ogólne kryteria zgodności ustanowione w art. 107 ust. 3 TFUE, interpretowane w kontekście ogólnych celów Traktatu.

W przypadku pomocy zatwierdzanej bezpośrednio na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b TFUE pomoc musi wypełniać kryteria³:

1. Odpowiedności - pomoc musi być dobrze dopasowana do celu, który ma osiągnąć, a więc w tym przypadku do zaradzenia poważnym zaburzeniom w całej gospodarce. Sytuacja ta nie miałaby miejsca, gdyby zaburzenie znikło także bez udziału omawianego środka lub gdyby środek był nieodpowiedni do zaradzenia temu zaburzeniu;
2. Konieczności - środek pomocy musi być konieczny, zarówno z punktu widzenia swojego rozmiaru, jak i formy, do osiągnięcia zakładanego celu. To z kolei oznacza, że rozmiar środka musi stanowić minimum konieczne do osiągnięcia celu oraz że środek musi przyjąć formę najbardziej odpowiednią do zaradzenia zaburzeniu. Innymi słowy, jeżeli do zaradzenia poważnemu zaburzeniu w całej gospodarce wystarczyłoby mniejsza ilość pomocy lub środek w formie mniej zakłócającej konkurencję, dany środek nie byłby konieczny;
3. Proporcjonalności - pozytywne skutki środków muszą zostać właściwie wyważone w stosunku do zakłóceń konkurencji, tak aby zakłócenia te ograniczyć do minimum koniecznego w celu osiągnięcia celów stawianych przed tymi środkami.

Natomiast w przypadku pomocy zatwierdzanej bezpośrednio na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE, Komisja Europejska bada następujące aspekty⁴:

1. Czy środek pomocy jest ukierunkowany na wyraźnie określony cel leżący we wspólnym interesie (tj. czy zaproponowana pomoc ma na celu wyeliminowanie nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku lub osiągnięcie innego celu leżącego we wspólnym interesie)?
2. Czy pomoc została zaplanowana w odpowiedni sposób, aby zapewnić realizację celu leżącego we wspólnym interesie? W szczególności:
 - a. Czy środek pomocy jest odpowiednim instrumentem, tj. czy istnieją inne bardziej stosowne instrumenty?
 - b. Czy istnieje efekt zachęty, tj. czy pomoc powoduje zmianę zachowania przedsiębiorstw?

³ Zobacz m.in. decyzję Komisji z dnia 10 października 2008 r. w sprawie NN 51/2008 Guarantee scheme for banks in Denmark, decyzję z dnia 25 września 2009 r. w sprawie N 208/2009 - Polska - Program wspierania finansowania banków w Polsce.

⁴ Zobacz m.in. decyzję Komisji w sprawie pomocy państwa N 594/2009 - Pomoc dla Gaz-System S.A. na inwestycje w sieci przesyłowe gazu ziemnego w Polsce oraz decyzje Komisji w sprawie pomocy państwa N 151/2009 i N 152/2009 - Polska - pomoc na budowę i eksploatację autostrady A1

c. Czy środek pomocy jest proporcjonalny, tj. czy tę samą zmianę zachowania można uzyskać przy mniejszej pomocy?

3. Czy zakłócenie konkurencji i wpływ na wymianę handlową są na tyle ograniczone, aby ogólny bilans był dodatni?

W celu oceny, czy pomoc publiczna przewidziana w projekcie ustawy mogłaby zostać uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem konieczne jest przedłożenie informacji, o których mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 26 października 2004 r. w sprawie informacji przekazywanych w celu wydania opinii o planowanej pomocy publicznej (Dz. U. Nr 246, poz. 2467 ze zm.), informacje te są przedstawiane Prezesowi UOKiK przez organ przygotowujący program pomocowy wraz z wnioskiem o wydanie opinii. Jednakże jak wcześniej wspomniano Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Wodnej nie wystąpił do Prezesa UOKiK o wydanie opinii. Stąd też Urząd nie posiada żadnych informacji pozwalających na ocenę zgodności przedmiotowej pomocy z prawem Unii Europejskiej w zakresie pomocy publicznej.

Jednakże bez powyższych szczegółowych informacji można wskazać na wątpliwości dotyczące zgodności pomocy przewidzianej w ustawie zarówno z art. 107 ust. 3 lit b TFUE oraz art. 107 ust. 3 lit. c TFUE. W przypadku pomocy mającej na celu zaradzenie poważnym zakłóceniom w gospodarce państwa członkowskiego, zaburzenie to musi dotyczyć całej gospodarki a nie określonego sektora lub regionu. Pomoc przewidziana w ustawie dotyczy określonej grupy przedsiębiorstw prowadzących działalność związaną z budową dróg i autostrad. Natomiast w przypadku pomocy przeznaczonej na ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych musi ona spełniać tzw. efekt zachęty. Pomoc przewidziana w ustawie nie powoduje zmiany zachowania przedsiębiorców, gdyż polega w uproszczeniu na spłacie należności przedsiębiorców przez Krajowy Fundusz Drogowy zamiast przez wykonawców.

II. Możliwe konsekwencje wejścia w życie ustawy w kontekście unijnych przepisów o pomocy publicznej

Biorąc pod uwagę, iż jak wykazano powyżej, ustawa stanowi podstawę prawną udzielania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, nie powinna być ona udzielana do czasu dokonania notyfikacji Komisji Europejskiej i uzyskania jej pozytywnej decyzji. Pomoc publiczna, która nie została notyfikowana Komisji Europejskiej i jest udzielana bez jej zgody stanowi pomoc nielegalną. Zgodnie z prawem UE⁵, udzielenie nielegalnej pomocy publicznej rodzi dwojaki rodzaj konsekwencji.

1. Na poziomie europejskim

1.1 Decyzja Komisji

W przypadku gdy Komisja Europejska stwierdzi udzielenie pomocy nielegalnej dokonuje ona oceny zgodności tej pomocy z rynkiem wewnętrznym. W przypadku gdy Komisja stwierdzi niezgodność pomocy z rynkiem wewnętrznym wydaje ona decyzję nakazującą zwrot pomocy. Wówczas na państwie członkowskim (organie, który udzielił pomocy) spoczywa obowiązek odzyskania pomocy otrzymanej przez beneficjentów wraz z odsetkami naliczanymi od dnia udzielenia pomocy do dnia jej faktycznego, pełnego zwrotu. Jeśli nie wskazano inaczej w decyzji Komisji Europejskiej, stopą procentową stosowaną do celu ustalenia odsetek (tzw. stopa zwrotu) jest publikowana przez Komisję Europejską stopa bazowa obowiązująca w dniu, w którym pomoc znalazła się w dyspozycji beneficjenta powiększona o 100 punktów bazowych (stopa ta wynosi na dzień dzisiejszy 5,91%). Jeśli od dnia, w którym pomoc

⁵ Komunikat Komisji w sprawie egzekwowania prawa dotyczącego pomocy państwa przez sądy krajowe (Dz. Urz. C 85 z 9.04.2009) oraz Komunikat komisji w sprawie zapewnienia skutecznego wykonania decyzji Komisji nakazujących państwu członkowskim odzyskanie pomocy przyznanej bezprawnie i niezgodnej ze wspólnym rynkiem (Dz. Urz. C 272 z 15.11.2007)

przyznana bezprawnie znalazła się po raz pierwszy w dyspozycji beneficjenta, do dnia jej zwrotu upłynął więcej niż rok, stopę procentową wylicza się ponownie w rocznych przedziałach, biorąc za podstawę stopę obowiązującą w dniu jej ponownego wyliczenia. Natomiast odsetki naliczone podlegają corocznej kapitalizacji⁶. Co do zasady decyzja Komisji nakazująca zwrot pomocy powinna zostać wykonana w terminie czterech miesięcy.

Oznacza to, że faktyczne konsekwencje udzielenia przez Polskę niezgodnej z rynkiem wewnętrznym pomocy publicznej, ponoszą przede wszystkim jej beneficjenci, tj. w niniejszym przypadku mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy, realizujący prace wykonawcze wynikające z realizacji zamówień publicznych udzielonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, którzy będą zmuszeni zwrócić nie tylko kwotę otrzymanej pomocy, ale również odsetki od tej kwoty (liczone od dnia udzielenia pomocy do dnia jej zwrotu).

1.2 Wyrok TSUE

Ponadto w razie niewykonania przez państwo członkowskie decyzji Komisji w wyznaczonym terminie, Komisja (lub każde inne państwo członkowskie) może wnieść sprawę bezpośrednio do Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) na podstawie art. 108 ust. 2 TFUE, żądając stwierdzenia naruszenia przez państwo członkowskie prawa UE⁷. W przypadku, gdy TSUE przychyli się do skargi, wydaje wyrok stwierdzający, że państwo członkowskie naruszyło nałożony na nie w decyzji Komisji obowiązek.

1.3 Drugi wyrok TSUE

Jeżeli Komisja uzna, że państwo członkowskie nie zastosowało się do ww. wyroku, może podjąć działania na podstawie art. 260 ust. 2 TFUE. Komisja umożliwia wówczas państwu ustosunkowanie się do zgłaszanych zarzutów, a następnie może przeciwko niemu skierować do TSUE skargę o niewykonanie wyroku. W skardze tej Komisja wnioskuje o zasądzenie zapłaty przez państwo okresowej kary pieniężnej lub ryczałtu (lub łącznie obu). Jeżeli TSUE stwierdzi, że dane państwo nie zastosowało się do jego wcześniejszego wyroku, może nakazać zapłatę wnioskowanego przez Komisję ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem TSUE, wysokość kary pieniężnej powinna uwzględniać okres niewykonania przez państwo wyroku, a dzienna stawka kary powinna uwzględniać⁸: powagę dokonanego naruszenia, okres jego trwania, potrzebę zapewnienia efektu odstraszającego w odniesieniu do innych państw oraz zdolność państwa członkowskiego do zapłacenia kary⁹.

2. Na poziomie krajowym

Jeżeli zainteresowany podmiot (np. konkurent przedsiębiorcy, który otrzymał pomoc) wystąpi do krajowego sądu ze stosowną skargą wskazującą, że udzielono nielegalnej pomocy

⁶ Nie mają zastosowania polskie przepisy zakazujące stosowania anatocyzmu (naliczania odsetek od zaległych odsetek).

⁷ Podkreślić należy, że przedmiotowe postępowanie toczy się na podstawie art. 108 ust. 2 TFUE, a nie art. 258 TFUE. W tym przypadku, w przeciwieństwie do postępowania w trybie art. 258 TFUE, Komisja nie ma obowiązku uprzedniego skierowania do zainteresowanego państwa członkowskiego uzasadnionej opinii, co znacznie skraca postępowanie.

⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-387/97 *Komisja przeciwko Republice Grecji*, Zb. Orz. 2000, s. I-5047.

⁹ Przykładowo, w wyroku w sprawie C-387/97 *Komisja przeciwko Republice Grecji* TSUE ustalił wysokość kary za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu swojego poprzedniego wyroku na 20 tys. euro. W wyroku z dnia 7 lipca 2009 r. w sprawie C-369/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej* (Zb. Orz. 2009, s. I-05703) Trybunał zasądził obowiązek zapłaty przez państwo na rzecz Komisji kwoty ryczałtu w wysokości 2 mln euro oraz okresowej kary 16 tys. euro za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu wyroku. Natomiast w wyroku z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie C-496/09 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej* (Zb. Orz. 2011, s. 00000) TSUE zasądził od państwa ryczałt w wysokości 30 mln euro oraz okresowej kary stanowiącej iloczyn 30 mln euro oraz procentu bezprawnie udzielonej i nielegalnej pomocy, której nie odzyskano do dnia wydania wyroku.

publicznej (zarówno w przypadku gdy została ona już wypłacona, jak i dopiero planowane jest jej wypłacenie) sąd krajowy ma obowiązek:

- zapobiec wypłacie bezprawnej pomocy;
- nakazać zwrot bezprawnej pomocy od beneficjenta;
- nakazać zwrot odsetek naliczonych za okres, kiedy pomoc była bezprawna;

Ponadto sąd krajowy może:

- zasądzić odszkodowanie za poniesioną przez skarżącego szkodę w związku z bezprawnym udzieleniem jego konkurentowi pomocy publicznej;
- zarządzić środki tymczasowe zapobiegające skutkom bezprawnej pomocy (np. nakaz wstrzymania wypłaty pomocy lub ulokowania wypłaconej kwoty pomocy na zablokowanym rachunku bankowym do czasu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty).

Powyższe działania są podejmowane przez sąd krajowy ze względu na niedopełnienie przez państwo obowiązku notyfikacji projektu pomocy publicznej Komisji Europejskiej (nielegalność pomocy), bez rozstrzygnięcia kwestii zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym.

III. Wszczęcie postępowania przez Komisję Europejską

W przypadku udzielenia pomocy bez jej notyfikacji w trybie art. 108 TFUE, Komisja może wszczęć postępowanie:

- na skutek skargi strony zainteresowanej (np. konkurenta beneficjenta pomocy, innego państwa członkowskiego),
- z własnej inicjatywy.

Obecnie Komisja prowadzi bardzo wiele postępowań w sprawie udzielenia pomocy wszczętych właśnie na podstawie skargi (głównie konkurentów beneficjenta pomocy). Komisja może też wszczęć postępowanie z własnej inicjatywy, gdyż sama prowadzi monitoring tego co się dzieje w poszczególnych państwach członkowskich i jakie inicjatywy legislacyjne podejmują rządy poszczególnych państw członkowskich. Sprawami polskimi, którymi Komisja zajmowała się lub nadal zajmuje na skutek skargi lub z własnej inicjatywy to między innymi domniemana pomoc dla: PLL LOT, Banku Gospodarstwa Krajowego, funduszy emerytalnych, Huty Stalowa Wola, Crist, Nauta.

Ponadto należy wskazać, iż pomoc przewidziana w ustawie jest kierowana do wąskiej grupy przedsiębiorców z branży budowlanej, natomiast w sektorze tym w Polsce funkcjonuje kilkadziesiąt tysięcy. Do Urzędu kierowana jest korespondencja wskazująca na negatywne nastawienie do interwencji państwa w tym sektorze. Stąd też możliwe jest złożenie skargi do Komisji przez konkurentów beneficjentów pomocy.

Z wyrazami szacunku,



Załączniki:

1. Pismo UOKIK z dnia 29 maja 2012 r. (znak: DDO-0792-16(3)/12/GP);
2. Pismo MSZ z dnia 30 maja 2012 r. (znak: DPUE-920-591-12/ml/eg/kma/2 SM1029).