



Ministerstwo Rozwoju Regionalnego

Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

Regionalne Programy Operacyjne

NAJCZĘŚCIEJ ZADAWANE PYTANIA

dotyczące

Wytocznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami

Warszawa, lipiec 2010 r.

Spis treści

1. Formy organizacyjno-prawne realizacji zadań własnych gmin	3
1.1 Podmiot wewnętrzny [pkt 55]	3
1.2 Treść uchwały o utworzeniu spółki komunalnej [pkt 59]	5
1.3 Przedmiot działalności spółki komunalnej a świadczenie usług publicznych [pkt 59 i 60]	7
1.4 Działalność spółki komunalnej poza terytorium gminy macierzystej	8
1.5 Projekt realizowany przez kilka gmin.....	9
1.6 Powierzenie spółce realizacji zadań własnych gmin – treść porozumienia międzygminnego [pkt 68].....	10
1.7 Powierzenie realizacji zadań własnych gmin związkowi międzygminnemu [pkt 68].. ..	10
1.8 Powierzenie zobowiązania do świadczenia usług - regulamin.....	11
2. Umowa wykonawcza	12
2.1 Obowiązek zawierania	12
2.2 Moment zawarcia a określenie zakresu obowiązku świadczenia usług publicznych.	12
2.3 Czas trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych.....	12
2.4 Mechanizmy promujące zwiększanie efektywności świadczenia usług publicznych [pkt 104]	12
3. Rekompensata	14
3.1 Rekompensata – kwestie ogólne	14
3.2 Podmiot udzielający rekompensaty	17
3.3 Zasady obliczania rekompensaty	18
3.4 Nadwyżki rekompensaty	19
3.5 Przekazanie majątku przez gminę spółce komunalnej [pkt 91, 105, 106 i 107].....	20
4. Wypełnianie wniosku o dofinansowanie w części dotyczącej pomocy publicznej	22
4.1 Rekompensata stanowiąca pomoc publiczną.....	22
4.2 Rekompensata niestanowiąca pomocy publicznej	22

1. Formy organizacyjno-prawne realizacji zadań własnych gmin

1.1 Podmiot wewnętrzny [pkt 55]

- a. *Zgodnie z pkt 55 jednostka samorządu terytorialnego musi posiadać 100% udziałów w spółce komunalnej i musi zachowywać ten udział przez cały okres trwania zobowiązania.*

Czy postanowienie w akcie założycielskim spółki o możliwości zbycia udziałów, nie kłóci się z punktem wytycznych, jeżeli czas trwania spółki określono w akcie jako nieograniczony? Czy w związku z tym gmina nie może zbyć udziałów w spółce tylko w okresie wymaganej 5-letniej trwałości projektu, czy musi zagwarantować posiadanie udziałów przez cały okres trwania spółki, który jest nieograniczony, czyli de facto usunąć postanowienie o możliwości zbycia udziałów?

W celu spełnienia warunku wskazanego w pkt 55 b) wymagane jest ograniczenie możliwości zbywania udziałów spółki przez cały okres trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych. Wydaje się, że środkiem realizacji tego celu mogłoby być wprowadzenie odpowiednich postanowień do umowy spółki (art. 182 § 1 ksh) albo statutu (art. 337 § 2 ksh), w których treści ograniczono by możliwość zbycia udziałów albo akcji w ww. okresie.

Mając, na uwadze fakt, że możliwość zbywania udziałów albo akcji, stanowi w świetle ksh zasadę, można dopuścić pozostawienie w umowie spółki albo statucie postanowień zezwalających na obrót udziałami lub akcjami, pod warunkiem, że przepisy te znajdą ewentualne zastosowanie dopiero po zakończeniu okresu trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych.

- b. *W punkcie 55. Wytycznych wymieniono warunek m.in. posiadania przez jednostkę samorządu terytorialnego 100% udziałów w spółce komunalnej, który musi być spełniony, aby spółka komunalna mogła być uznana za podmiot wewnętrzny. Jednocześnie w punkcie 68. Wytycznych postanowiono, że wybór spółki komunalnej do świadczenia usług na terenie gminy macierzystej nie wymaga przeprowadzenia przetargu, nie wskazując, iż dotyczy to jedynie spółek o charakterze podmiotu wewnętrznego. Wobec tego, czy spółka komunalna nie będąca podmiotem wewnętrznym, w której jednostka samorządu terytorialnego mimo tego posiada większość udziałów (ma decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez spółkę zgodnie z pkt. 55a) Wytycznych) może być wybierana bez przeprowadzania przetargu, w myśl zapisów punktu 68. Wytycznych? Czy spółki takie mogą ubiegać się o dofinansowanie ze środków wspólnotowych na realizację określonych działań w ramach zadań własnych gminy w zakresie gospodarki odpadami, jeżeli nie zostały wybrane w drodze przetargu?*

Pkt 68 należy interpretować w związku z punktem 55. Wobec tego, co do zasady, powierzenie spółce świadczenia usług publicznych na terenie gminy macierzystej nie wymaga przeprowadzenia przetargu, tylko wtedy jeżeli spółka ma status podmiotu wewnętrznego. Kryteria możliwości uznania za podmiot wewnętrzny wskazane w Wytycznych są dosyć restrykcyjne, niemniej jednak należy mieć na uwadze, że ocena stanu faktycznego pod kątem stwierdzenia zgodności z wymaganiami określonymi w Wytycznych powinna następować z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku.

Spółki, z udziałem gmin, nie posiadające statusu podmiotu wewnętrznego, powinny zostać wybrane do świadczenia usług publicznych, w wyniku przeprowadzenia konkurencyjnej procedury (np. przetargu albo postępowania

w sprawie udzielenia koncesji). Wówczas mogą ubiegać się o dofinansowanie jako przedsiębiorca zewnętrzny (Zob. podrozdział 8.4)

Czy spółka komunalna może działać na terenie całego kraju? Czy spółka musi ograniczyć działalność tylko do terenu gminy, która posiada 100 % jej udziałów? W przypadku konieczności ograniczenia działalności tylko do terenu gminy, czy statut spółki musi ulec zmianie?

Mając na uwadze fakt, że powierzenie spółce przez gminę zobowiązania do świadczenia usług publicznych realizuje się w akcie założycielskim spółki, jej działalność powinna zostać ograniczona w aspekcie terytorialnym przynajmniej w odniesieniu do świadczenia usług publicznych. Jednakże, z uwagi na fakt, że spółka może prowadzić uboczną działalność niezwiązaną ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, w zasadzie nie ma przeciwwskazań, żeby działalność taka była realizowana poza granicami gminy. Podsumowując, za dopuszczalne należy uznać zawarte w umowie albo statucie spółki postanowienie zgodnie z którym spółka może prowadzić działalność również poza granicami gminy macierzystej, jednakże w tymże dokumencie należy wyraźnie zastrzec, że spółka może świadczyć usługi publiczne jedynie na terenie gminy macierzystej. Por. wyjaśnienia na temat działalności spółki komunalnej poza terytorium gminy macierzystej w świetle art. 2 Ustawy o gospodarce komunalnej ([pkt 1.4 a](#))

- c. *W jakich okolicznościach spółka komunalna może utracić status podmiotu wewnętrznego i jakie są tego konsekwencje?*

Pkt 55 wytycznych wskazuje na cechy, które powinna spełniać spółka komunalna, aby korzystać ze statusu podmiotu wewnętrznego względem jednostki samorządu terytorialnego. Tylko w przypadku posiadania tego statusu gmina może, bez przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, powierzyć spółce realizację zadań własnych z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi. Jeżeli spółka ten status utraci – konieczne będzie jej potraktowanie jak każdego innego przedsiębiorcy tzn. dla powierzenia jej realizacji tych zadań będzie wymagane przeprowadzenie np. postępowania ws. udzielenia zamówienia publicznego.

W związku z tym, jeżeli spółka rozszerzy zakres działalności o inne rodzaje działalności (nie związane z realizacją zadań własnych gminy i nie wykonywane na jej rzecz) w okresie trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych straci status podmiotu wewnętrznego, a gmina będzie musiała wszcząć ww. postępowanie.

Kwestia rozszerzenia zakresu działalności prowadzonej przez spółkę komunalną o inne rodzaje działalności była poddana analizie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Zgodnie z pkt 67 b) oraz 73 orzeczenia z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb. Orz. str. I-8585 jeżeli nastąpi rozszerzenie przedmiotu działalności spółki poprzez to, iż spółka rozpoczęła działalność w nowych ważnych sektorach, utraci ona status podmiotu wewnętrznego.

Jeżeli spółce zostały powierzone nowe zadania związane z realizacją zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego nie będzie się to wiązało ze spełnieniem przesłanki rozszerzenia działalności i utratą statusu podmiotu wewnętrznego. Potwierdza to pkt. 85 opinii rzecznika generalnego w sprawie C-458/03, oraz pkt 67-72 orzeczenia ETS w tej sprawie.

- d. *Jak będzie weryfikowane spełnianie przez beneficjenta wymagań wynikających z punktu 55 Wytycznych? Gdzie powinno znaleźć się ustosunkowanie do tych treści? Czy te treści podobnie jak cel działalności*

spółki komunalnej winny znaleźć się w odpowiednich dokumentach, jeżeli tak to w których?

Określenie sposobu weryfikacji spełniania przez beneficjenta wymagań określonych w Wytycznych pozostaje w gestii właściwej instytucji wdrażającej (2.1 PO IiŚ) albo zarządzającej (RPO).

Wydaje się, że najlepszym instrumentem umożliwiającym uregulowanie tych kwestii jest umowa spółki.

1.2 Treść uchwały o utworzeniu spółki komunalnej [pkt 59]

- a. *Czy w Uchwale Rady Gminy powołującej spółkę komunalną cel powołania spółki musi literalnie brzmieć jak cel sformułowany w liście sprawdzającej do wytycznych, czyli: „celem działalności spółki jest zaspokajanie potrzeb mieszkańców w zakresie zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego związanych z gospodarowaniem odpadami poprzez świadczenie usług publicznych w wykonaniu obowiązku służby publicznej.*

Czy powyższy cel może mieć brzmienie bardziej ogólne, np.: „W celu realizacji zadań własnych gminy w zakresie użyteczności publicznej oraz zaspokajania innych potrzeb wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym tworzy się spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Gminy X.

Jedna spółka może świadczyć usługi publiczne związane z więcej niż jednym zadaniem własnym gminy (np. gospodarowanie odpadami oraz transport publiczny). W związku z tym odpowiednie postanowienia spółki mogą być sformułowane w sposób bardziej ogólny niż ww. fragment wytycznych. Niemniej jednak należy zauważyć, że im bardziej zbliżone będzie brzmienie umowy spółki do treści postanowień Wytycznych tym łatwiej będzie stwierdzić osobie sprawdzającej dany wniosek, że projekt jest z nimi zgodny.

- b. *Czy w przypadku gdy w Uchwale Rady Gminy zawarto cel założenia spółki istnieje bezwzględny wymóg zamieszczenia celu działalności spółki również jej statucie?*

Kwestia ta uregulowana jest w punkcie 59 Wytycznych cel związania spółki powinien być wskazany zarówno w uchwale o jej powołaniu jak i w odpowiednim akcie założycielskim.

- c. *Czy wystarczającym jest na obecnym etapie – jako rozwiązanie tymczasowe – zamieszczenie w Akcie założycielskim spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powołaną przez związek międzygminny, postanowienia stwierdzającego, iż: „Poziom opłat za każdy rodzaj usługi oraz obowiązki spółki wobec odbiorców usług publicznych świadczonych przez spółkę oraz zasady korzystania z tych usług, a ponadto wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądów rekompensat, oraz ustalenia dotyczące unikania i zwrotów nadwyżek rekompensat zostaną określone w odpowiednich aktach wewnętrznych spółki uchwalonych przez Zgromadzenie Wspólników”?*

Nie. Postanowienie takie jest błędne, ponieważ takie kwestie jak „wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądów rekompensat, oraz ustalenia dotyczące unikania i zwrotów nadwyżek rekompensat” powinny być uregulowane w umowie wykonawczej, która nie jest wewnętrznym aktem spółki.

- d. *Czy można uznać za prawidłowe następujące podejście:*

(i). W umowie spółki zostanie zapisany obowiązek świadczenia usług publicznych, zakres, czas (nieokreślony),

(ii). W regulaminie określony zostanie sposób naliczania taryf – poziom opłat za każdy rodzaj usługi oraz obowiązki spółki wobec odbiorców usług publicznych świadczonych przez spółkę oraz zasady korzystania z tych usług,

(iii) Podmiotem nadzorującym prawidłowość udzielenia rekompensaty będzie Zgromadzenie Wspólników (ZW) – przedstawiciele Gminy - właściciela, które co roku zatwierdza plan finansowy spółki, dodatkowym elementem, który będzie weryfikowany przez ZW będzie obliczanie, kontrolowanie oraz przegląd rekompensat w oparciu o przyjęte zasady,

(iv). Obowiązek przeglądu rekompensat przez ZW będzie wpisane do umowy spółki,

(v). Ustalenia dotyczące unikania oraz zwrotów nadwyżek rekompensat wynikają z szczegółowych umów z poszczególnymi organami udzielającymi rekompensaty.

Ad (i) Nie. Obowiązek świadczenia usług powinien zostać nałożony na czas określony, tak ażeby całkowita wysokość rekompensaty przypadająca na okres świadczenia usług publicznych mogła być określona przed nałożeniem związanego z nimi obowiązku. Szczegółowe zagadnienia dotyczące zobowiązania do świadczenia usług publicznych (m.in. obliczanie, kontrolowanie oraz przegląd rekompensat) powinny zostać uregulowane w umowie wykonawczej (zawieranej pomiędzy gminą a spółką), której nie należy utożsamiać z aktem założycielskim spółki. Zaleca się, żeby również pozostałe kwestie tj. nałożenie obowiązku i jego zakres były uregulowane w uchwale rady gminy o zawarciu bądź przystąpieniu do spółki.

Ad (ii) Bez zastrzeżeń.

Ad (iii) Problematyka obliczania, kontrolowania oraz przeglądu rekompensat powinna zostać uregulowana w umowie wykonawczej zawieranej pomiędzy gminą jako organizatorem i spółką jako operatorem infrastruktury wchodzącej w skład systemu gospodarki odpadami. W tym kontekście wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby wskazanie w postanowieniach ww. umowy, rady gminy, względnie wójta działającego w tym zakresie z upoważnienia rady gminy jako podmiotu nadzorującego prawidłowość udzielenia rekompensaty. Rada gminy lub wójt oczywiście mogą być w tym zakresie obsługiwani przez pracowników urzędu gminy.

Ponadto, wydaje się, że wskazane byłoby umieszczenie w umowie lub statucie spółki postanowień statuujących mechanizmy i określających obowiązki, w których znajdzie wyraz sprawowanie kontroli przez wspólników w sposób szerszy niż wynikający jedynie z przepisów kodeksu spółek handlowych. Można tytułem przykładu wskazać na następujące rozwiązania:

– upoważnienie pracowników wyznaczonych przez udziałowców do nieograniczonej kontroli działalności (w tym dokumentów spółki) oraz prawa do żądania informacji o działalności spółki w każdym czasie

– w przypadku sp. z o.o. wprowadzenie obowiązku stosowania się członków zarządu do pisemnych poleceń wydanych łącznie przez wszystkich wspólników lub ich upoważnionych przedstawicieli (poleceń niebędących uchwałami zgromadzenia wspólników – byłaby to reguła wewnętrzna funkcjonowania spółki) albo ustanowienie dodatkowych struktur monitorująco–kontrolujących, np. komitetu .

Ad (iv) Bez uwag z zastrzeżeniem ppkt (iii)

Ad (v) Nie. Ustalenia te powinny wynikać wyłącznie z umowy wykonawczej. Rekompensaty udziela tylko i wyłącznie gmina, mimo to, że jej składnik

w postaci dofinansowania może być wypłacany przez właściwą instytucję wdrażającą albo zarządzającą.

1.3 Przedmiot działalności spółki komunalnej a świadczenie usług publicznych [pkt 59 i 60]

- a. *Prawo handlowe przewiduje możliwość zmiany zakresu działalności (w tym rozszerzenia lub zmniejszenia zakresu świadczonych usług) na każdym etapie funkcjonowania podmiotu podlegającemu wpisowi do KRS. Praktyka prawnicza sugerowała przewidywanie na etapie rejestracji spółki wymienienie możliwie jak najwięcej kodów PKD, które spółka w przyszłości może wykonywać po to, by w przyszłości nie zachodziła potrzeba konieczność zmiany wpisu do KRS. W rezultacie niektórzy potencjalni Beneficjenci mogą posiadać w zakresie działalności objętej wpisem szereg kodów PKD, z zakresie których nigdy nie wykonywały lub nie wykonują działalności.*

Wydaje się, iż zgodnie z duchem rozwiązania kwestii pomocy publicznej o wykonywaniu innej działalności gospodarczej niż działalność w ogólnym interesie gospodarczym nie powinien przesądzać wpis do KRS, ale faktyczne wykonywanie innej działalności przez podmiot. Wydaje się też, że model funkcjonowania spółek handlowych w Europie jest bardzo podobny, gdyż rozwiązania polskie bazują głównie na rozwiązaniach niemieckich, austriackich i szwajcarskich. Z tego też względu nie tylko w Polsce ale i w porządkach prawnych innych państw istnieje możliwość zmiany przedmiotu działalności podmiotu gospodarczego.

Można także zaproponować rozwiązanie, zgodnie z którym, jeśli działalność inna niż wykonywana w ogólnym interesie gospodarczym miałaby charakter marginalny (np. nie przekraczałaby 5 % obrotów przedsiębiorstwa) to należałoby uznać, że rozwiązanie takie nie wpłynie na wymianę międzynarodową, a w rezultacie nie będzie stanowiło pomocy publicznej.

Możliwość rozszerzenia zakresu działalności spółki wynikająca z przepisów prawa handlowego podlega ograniczeniu w przypadku przedsiębiorców świadczących usługi publiczne. Zgodnie z Wytocznymi cel działalności spółki komunalnej powinien znaleźć odzwierciedlenie w szczegółowym opisie przedmiotu jej działalności. Jest to szczególnie istotne z uwagi na kwestię możliwości powierzenia przez gminę realizacji określonych zadań spółce bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie znajduje zastosowanie wynikająca z prawa wspólnotowego koncepcja zamówień in-house (zamówień udzielanych podmiotowi wewnętrznemu). Zgodnie z konstytuującym ją orzecznictwem (Zob. np. orzeczenie C-107/98 Teckal, Zb. Orz 1999, s.I-8121, pkt 49, oraz C-340/04 Carbotermo Zb. Orz. 2006 I-4137, pkt 32), umową w rozumieniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, jest umowa zawarta pomiędzy odrębnymi podmiotami. Jeżeli taka sytuacja ma miejsce, należy wówczas zbadać treść (naturę) stosunku prawnego łączącego gminę z wykonawcą usług publicznych. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Teckal zaistnienie przesłanek sformułowanych w tym orzeczeniu dotyczących instytucji podmiotu wewnętrznego wyłącza obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Treść wspomnianych przesłanek przytoczono w pkt 55, przy czym należy również wspomnieć, że podmiot wewnętrzny, zgodnie z doktryną Teckal, podlega ograniczeniom w zakresie możliwości świadczenia usług na rzecz innych podmiotów niż ten, któremu podlega. W tym zakresie musi wykonywać zasadniczą część swojej działalności na rzecz zamawiającego lub zamawiających, którzy go kontrolują. Przy tym

przytoczone kryteria należy interpretować w sposób zawężający, a ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających rozszerzenie działalności spoczywa na stronie wywodzącej z niej skutki prawne (Por. np. wyroki ETS z 10 kwietnia 2003 r. w sprawach C-20/01 i C-28/01, pkt 58; z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, pkt 46.).

- b. *Czy zakres działalności prowadzonej przez spółkę komunalną może już w pierwszym okresie być szerszy niż tylko np.: termiczna utylizacja odpadów, rozszerzenie działalności np. o : prowadzenie składowiska odpadów? - i tak pozostaje w zakresie świadczenie usług publicznych.*

Usługi publiczne w odniesieniu do gospodarowania odpadami mogą polegać na prowadzeniu instalacji zarówno do odzysku (np. spalarnie z odzyskiem energii) jak i unieszkodliwiania odpadów (np. składowiska).

Wobec tego spółka komunalna mająca w zakresie swej działalności zarówno prowadzenie spalarni jak i składowiska może być zakwalifikowana jako podmiot świadczący usług publicznych.

- c. *Jak należy rozumieć treść pkt 55 lit. c zgodnie z którym usługi zlecone przez jednostkę samorządu terytorialnego stanowią podstawowy przedmiot działalności spółki?*

Wobec faktu, że możliwe jest wpisanie do statutu spółki komunalnej różnych rodzajów działalności, należy wskazać, że taka spółka może świadczyć zarówno usługi publiczne jak i prowadzić działalność niezwiązaną z wykonywaniem zadań gminy z zakresu gospodarowania odpadami. W tym kontekście, w wytycznych zaleca się, aby spółka uzyskująca rekompensatę prowadziła głównie działalność związaną ze świadczeniem usług publicznych.

Przykład: spółka komunalna prowadzi zakład unieszkodliwiania odpadów w skład którego wchodzi instalacja do biologicznego przetwarzania odpadów. Z materiałów wyjściowych tej instalacji spółka produkuje kompost, który sprzedaje na rynku. W tej sytuacji podstawowym przedmiotem działalności spółki jest odzysk odpadów, a dodatkowym, jednakże dopuszczalnym, jest sprzedaż kompostu.

1.4 Działalność spółki komunalnej poza terytorium gminy macierzystej

- a. *Punkt 69. Wytycznych odwołując się do art. 2 Ustawy o gospodarce komunalnej, wskazuje, że nie jest dopuszczalne, aby spółka komunalna świadczyła usługi publiczne na terenie innej gminy, niż gmina macierzysta. Wskazany art. 2 Ustawy o gospodarce komunalnej w brzmieniu: "Gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach: zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego" nie ogranicza zasięgu terytorialnego świadczonych usług. Jakże zastosowanie ma wobec tego punkt 69 Wytycznych w świetle przepisów ww. ustawy?*

Przepis ten ogranicza zasięg terytorialny świadczonych usług, jednakże nie wprost. Odnosi się on do prowadzenia gospodarki komunalnej, która została zdefiniowana w art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tym przepisem gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. To oznacza, że spółka komunalna, podobnie jak jej macierzysta jednostka samorządowa, może prowadzić jedynie taką działalność, która polega na wykonywaniu zadań publicznych spoczywających na macierzystej jednostce samorządu

terytorialnego, które to zadania sprowadzają się - najogólniej rzecz biorąc - do obowiązku zaspokajania potrzeb danej wspólnoty samorządowej. Te wyjaśnienia należy również odnieść do aspektu terytorialnego świadczenia usług publicznych. Spółka komunalna utworzona przez daną gminę może wykonywać w jej imieniu zadania publiczne tylko na terenie tej gminy.

Oczywiście istnieją dopuszczalne prawem mechanizmy umożliwiające powierzenie świadczenia usług publicznych przez gminę spółce komunalnej nie będącej spółką utworzoną przez nią (np. w wyniku utworzenia związku międzygminnego albo zawarcia porozumienia międzygminnego).

- b. *Jak według wytycznych należy traktować spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością o bardzo szerokim zakresie działalności (w tym prowadząca usługi nie świadczone w ogólnym interesie społecznym) utworzoną przez związek komunalny – czy jako spółkę komunalną, czy przedsiębiorcę zewnętrznego. Spółka ma świadczyć usługi również dla gmin nie zrzeszonych w związku.*

Odnosząc się do tego zagadnienia należy zwrócić uwagę na dwie kwestie.

(i) Z zastrzeżeniem uwag poczynionych powyżej, prowadzenie działalności poza zakresem usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jest dopuszczalne. Jednakże, zgodnie z art. 5 ust. 5 decyzji KE, w takim wypadku wewnętrzne księgi rachunkowe podmiotu świadczącego te usługi muszą wykazywać oddzielnie koszty i wpływy związane z usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym i te związane z innymi usługami, jak również kryteria, według których przypisuje się koszty i wpływy.

(ii) Spółka komunalna nie może świadczyć usług poza terytorium gminy macierzystej (w rozumieniu Wytycznych). Za świadczenie usług poza tym terytorium należy zatem uznać świadczenie usług na rzecz gmin nie będących udziałowcami w spółce albo nie będących członkami związku międzygminnego posiadającego udziały w spółce. Jeżeli prowadzi taką działalność wówczas należy uznać ją za podmiot zewnętrzny ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym koniecznością wyboru w trybie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego również przez gminy macierzyste działające w związku.

1.5 Projekt realizowany przez kilka gmin

- a. *Projekt odpadowy dotyczy kilku gmin. Zakład wybuduje spółka której właścicielem jest jedna konkretna gmina. Czy prawidłowe jest zobowiązanie tej spółki przez pozostałe gminy do realizacji ich zadań własnych.*

W tej sytuacji gminy zaangażowane w realizację projektu powinny powierzyć realizację swych zadań własnych z zakresu gospodarki odpadami tej gminie, która wybuduje zakład na mocy porozumienia międzygminnego. Mogą też objąć udziały w spółce, tak ażeby spółka mogła uzyskać wobec nich status podmiotu wewnętrznego.

- b. *Czy dopuszczalne jest aby dwie jednostki samorządu terytorialnego, a nie tylko jedna, posiadały łącznie 100% udziałów w spółce komunalnej?*

Tak, wówczas każda z gmin będzie miała wobec spółki status gminy macierzystej.

- c. *Czy po podpisaniu porozumienia gminnego - usługi wchodzące w zakres przedmiotu porozumienia mogą być realizowane przez spółkę komunalną (własność - 100% jst), a nie bezpośrednio przez gminę przejmującą te*

obowiązki? - Czy w takim wypadku projekt będzie traktowany jako projekt partnerski?

Tak. Istotą porozumienia jest to, że kilka gmin powierza jednej wykonywanie określonych zadań. Gmina ta może zaś wykonywać te zadania za pośrednictwem swojej spółki. W przypadku PO liŚ nie będzie to projekt partnerski, ponieważ instytucja partnerstwa nie ma zastosowania w tym programie operacyjnym. W tym zakresie rozliczenia pomiędzy podmiotami realizującymi projekt można oprzeć na koncepcji podmiotu upoważnionego do ponoszenia wydatków kwalifikowanych.

- d. *Czy dopuszczalne jest, aby jednostka samorządu terytorialnego (jst) posiadała np.: 50% udziałów w spółce, a drugie 50% posiadała spółka komunalna będąca w 100% własnością innej jst? Czy może w spółce zajmującej się spalaniem odpadów udziały mogą mieć jedynie spółki komunalne (ze 100% jst) pochodzące z dwóch gmin?*

Struktura własnościowa operatora nie ma wpływu na możliwość stosowania wytycznych. Dopuszczalne są obydwa wskazane w treści pytania warianty instytucjonalne. Inną kwestią jest powierzenie realizacji zadań związanych ze świadczeniem usług publicznych spółce komunalnej bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zgodnie z prawem europejskim może nastąpić jedynie na rzecz spółki komunalnej mającej status podmiotu wewnętrznego.

1.6 Powierzenie spółce realizacji zadań własnych gmin – treść porozumienia międzygminnego [pkt 68]

Z pkt 68 Wytycznych wynika, że porozumienie międzygminne lub związek międzygminny może powierzyć spółce komunalnej wykonywanie usług publicznych na terenie wszystkich gmin wchodzących w skład związku lub porozumienia.

Wytyczne nie precyzują w jaki sposób powinno wyglądać samo porozumienie. Wydaje się jednak oczywiste, że – poza uregulowaniem szeregu innych istotnych postanowień porozumienia - powinno być także wyraźne zobowiązanie wszystkich stron do kierowania głównego strumienia odpadów do jednego lub kilku zakładów, które będą posiadały możliwość nie tylko do składowania ale przede wszystkim do odzysku odpadów.

Strony porozumienia korzystają ze swobody w zakresie uregulowania łączących je relacji. Oczywiście jego postanowienia muszą być zgodne z ustawą o samorządzie gminnym. Należy zgodzić się z sugestią, że w porozumieniu należy odnieść się do kwestii kierowania strumienia odpadów.

1.7 Powierzenie realizacji zadań własnych gmin związkowi międzygminnemu [pkt 68]

Jak należy traktować sytuację, w której beneficjentem jest związek międzygminny prowadzący działalność gospodarczą w zakresie gospodarki odpadami (bez wyodrębniania szczególnej jednostki organizacyjnej np. spółki)?

Związek międzygminny nie jest wprost wskazany w Wytycznych, które wymieniają najbardziej typowe formy organizacyjno-prawne, w ramach których gminy mogą realizować powierzone im obowiązki związane z gospodarowaniem odpadami. Nie oznacza to jednak, że nie może być on beneficjentem projektów odpadowych realizowanych np. w ramach działania 2.1 PO liŚ.

W celu sprawdzenia czy struktura instytucjonalna przyjęta w przypadku związku międzygminnego spełnia wymagania wskazane w Wytocznych, należałoby ją skonfrontować z postanowieniami podrozdziału dotyczącego spółki komunalnej (Podrozdział 8.3). Uzasadnienie tej rekomendacji, stanowi podobieństwo pomiędzy powierzeniem realizacji zadań własnych gmin związkowi międzygminnemu a relacją „gmina – spółka komunalna”.

Ponadto, odnosząc się do treści art. 64 ust. 3 i art. 65 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, należy wskazać, że w zakresie skutków powierzenia zadań nie ma znaczących różnic pomiędzy ich delegowaniem na spółkę komunalną a związek międzygminny. W obu sytuacjach rezultat jest jeden – gmina nie wykonuje danego zadania własnego bezpośrednio, lecz poprzez inny podmiot. Oczywiście występują odmienności stanowiące konsekwencję rozwiązań dotyczących poszczególnych modeli. Najważniejszą z nich jest kwestia odpowiedzialności za wykonanie zadań własnych, która w przypadku powołania związku międzygminnego przechodzi właśnie na ten podmiot, co nie ma miejsca w razie realizacji tych zadań przez spółkę komunalną.

Dodatkowo, należy zauważyć, że również prawo unijne nie wyłącza możliwości zastosowania wskazanego modelu. W tym zakresie punkt odniesienia stanowi art. 345 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) zgodnie z którym związek międzygminny jak i spółka komunalna powinny być uważane za przedsiębiorców, którym można powierzyć obowiązek zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (art. 106 ust. 2 TFUE).

Wobec powyższego kwestia przejścia na związek międzygminny praw, obowiązków i odpowiedzialności związanych z zadaniami własnymi, wynikająca z przepisów ustawy o samorządzie gminnym, nie ma znaczenia dla możliwości zastosowania reżimu rekompensaty, a tym samym nie wyklucza ubiegania się o dofinansowanie ze środków europejskich.

1.8 Powierzenie zobowiązania do świadczenia usług - regulamin

Zgodnie ze Wspólnotowymi ramami dotyczącymi pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (2005/C297/04) władze publiczne pozostają odpowiedzialne za określenie kryteriów i zasad świadczenia usług. Czy można uznać, że regulamin, który jest uchwalany przez samo przedsiębiorstwo stanowi wypełnienie tego warunku?

Należy uznać, że kryteria i zasady świadczenia usług powinny zostać określone w umowie wykonawczej. Mogą one zostać doprecyzowane w treści regulaminu, jednakże zgodnie z ustaleniami wynikającymi z ww. umowy czy uchwały.

2. Umowa wykonawcza

2.1 Obowiązek zawierania umowy wykonawczej

- a. *Czy konieczne jest zawieranie umowy wykonawczej gminy ze spółką? Czy umowa wykonawcza powinna być co roku aneksowana / aktualizowana?*

Zawarcie umowy wykonawczej pomiędzy gminą a spółką jest konieczne, jednakże nie ma potrzeby jej corocznego aktualizowania, jeżeli postanowienia tej umowy będą odpowiadały warunkom świadczenia usług publicznych w kolejnych okresach rozliczeniowych.

- b. *Czy regulamin oraz umowa wykonawcza spółki powinna dotyczyć obecnej działalności spółki czy przyszłej – po realizacji projektu?*

Dokumenty te powinny odnosić się zarówno do działalności bieżącej jak i uwzględniać zmiany jej dotyczące, które nastąpią w wyniku zakończenia realizacji projektu.

- c. *Jak powinna zostać potraktowana spółka, która nie spełni wymogów wytycznych, w przypadku gdy:*

(i) podpisano umowę, w której zapisano jako warunek konieczność spełnienia wytycznych,

(ii) spółka od początku deklaruje, że nie będzie się rozliczać w formie rekompensaty.

Ad (i) Wówczas w umowie o dofinansowanie należy zawrzeć klauzule zabezpieczające właściwą realizację obowiązku dostosowania dokumentacji projektu do wymagań wynikających z Wytycznych. Od jego wypełnienia można np. uzależnić wypłatę pierwszej transzy dofinansowania.

Ad (ii) Jeżeli spółka deklaruje brak woli dostosowania projektu do wymagań wynikających z Wytycznych wówczas nie powinna z nią zostać podpisana umowa o dofinansowanie.

2.2 Moment zawarcia umowy wykonawczej a określenie zakresu obowiązku świadczenia usług publicznych

Czy określenie szczegółowego zakresu obowiązku świadczenia usług publicznych w odpowiednich aktach regulujących daną działalność beneficjenta musi nastąpić przed podpisaniem umowy o przyznaniu rekompensaty?

Tak.

2.3 Czas trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych

Jak długi powinien być czas trwania zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych?

Zaleca się, żeby okres zobowiązania wynikający z umowy wykonawczej odpowiadał okresowi analizy, na podstawie którego ustalono wysokość dofinansowania projektu ze środków europejskich.

2.4 Mechanizmy promujące zwiększenie efektywności świadczenia usług publicznych [pkt 104]

Jak należy rozumieć pojęcie mechanizmów promujących zwiększenie efektywności świadczenia usług publicznych?

Przykładowo, można w umowie zawrzeć postanowienie, zgodnie z którym przy wyliczaniu należnej rekompensaty nie będzie się brało pod uwagę kosztów, których wzrost jest większy niż współczynnik wzrostu cen (inflacji). Wskaźniki mogą być też dotyczyć poszczególnych kategorii kosztów i brać pod uwagę przewidywany trend zmian w danej dziedzinie. Strony umowy mają swobodę kształtowania mechanizmów premiujących efektywność i ograniczenie z góry wzrostu rekompensaty z powodu wzrostu kosztów funkcjonowania podmiotu, któremu udzielana jest rekompensata, a przedstawiona propozycja to tylko jeden z wielu możliwych mechanizmów.

3. Rekompensata

3.1 Rekompensata – kwestie ogólne

- a. *Jak należy uzasadnić brak konieczności stosowania pułapów dotyczących maksymalnej intensywności pomocy, która w przypadku województwa dolnośląskiego wynosiłaby np. 40%. Czy brak konieczności dotyczy także projektów budowy kompostowni, w których kompost będzie odsprzedawany w celach przychodowych? Czy ewentualne ograniczenie dofinansowania w tych przypadkach może być spowodowane tylko przez szacowanie luki finansowej, która może zostać obniżona jedynie poprzez generowanie przez projekt dochodu netto?*

Zgodnie z Wytycznymi dofinansowanie samorządowych projektów odpadowych nie stanowi pomocy publicznej (jeżeli spełnione są kryteria Altmark por. Podrozdział 3.1) albo stanowi pomoc publiczną zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE (rekompensata z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym).

Wobec powyższego w tym przypadku nie znajdują zastosowania ograniczenia maksymalnej intensywności pomocy publicznej wynikające z uregulowań dotyczących pomocy regionalnej (czyli dopuszczalnej na podstawie art. 107 ust. 3 lit. a i c TFUE).

W przypadku pomocy udzielanej zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE, jako dofinansowanie samorządowych projektów odpadowych – w tym również kompostowni, wysokość wydatków kwalifikowanych odpowiada luce finansowej (tj. wartości inwestycji pomniejszonej o wysokość dochodów generowanych w trakcie funkcjonowania projektu). Szczegółowe zasady wyliczania poziomu dofinansowania dla takich projektów określone są w *Wytycznych do przygotowania inwestycji w zakresie środowiska współfinansowanych przez Fundusz Spójności i Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w latach 2007-2013*. Dodatkowo w kwestii określenia maksymalnej wysokości rekompensaty należy mieć na uwadze postanowienia Podrozdziału 10.1 Wytycznych.

- b. *Czy możliwe jest udzielanie wsparcia na samorządowe projekty odpadowe jako pomocy regionalnej na podstawie Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 11 października 2007 r. w sprawie udzielania regionalnej pomocy inwestycyjnej w ramach regionalnych programów operacyjnych?*

Wybór podstawy prawnej dla legalizacji udzielanego wsparcia należy do kompetencji właściwej instytucji zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym. W przypadku Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko wsparcie będzie udzielne wyłącznie jako rekompensata z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym.

- c. *Może należy uznać, że dotacja UE nie stanowi pomocy publicznej i może być skalkulowana zgodnie z artykułem 55 rozporządzenia 1083 (projekt generujący dochód) – ale wówczas brak spójności pomiędzy sposobem wnioskowania dotyczącym rekompensaty (pomoc publiczna w formie rekompensaty) a dotacją (która nie jest pomocą publiczną). Podobne rozbieżności można zauważyć, gdy weźmiemy pod uwagę pożyczki preferencyjne na pokrycie wkładu własnego, przy udzielaniu których stosowana jest pomoc de minimis. Wobec powyższego czy można uznać, że są to przesłanki wskazujące, że dotacja stanowi jedynie „składnik” zmniejszający wartość rekompensaty – pod warunkiem, że taka wartość w ogóle występuje. Podobny charakter mają inne „wpływy ze środków*

publicznych” tj. podniesienie kapitału, bezpłatne użyczenie środków trwałych itp. – obniżają wartość należnej rekompensaty, mimo że nią nie są.

Dotacja finansowana ze środków europejskich stanowi jeden ze składników rekompensaty. Oprócz dotacji wypłacanej na podstawie umowy o dofinansowanie przekazanie spółce komunalnej środków na realizację ciężącego na niej obowiązku świadczenia usługi publicznej może nastąpić np. w formie podwyższenia kapitału, dopłaty wspólnika albo pożyczki wspólnika.

W niektórych przypadkach dofinansowanie ze środków europejskich może stanowić jedyny składnik rekompensaty. Jego wysokość określa się przy zastosowaniu metodyki luki w finansowaniu, jednakże nie oznacza to, że w tym przypadku znajduje zastosowanie art. 55 rozporządzenia ogólnego. Dochodzi w tej sytuacji do użycia wspomnianego mechanizmu, jednakże nie na podstawie wskazanego przepisu, lecz w oparciu o Wytoczne MRR.

W tym kontekście, o ile wybór podmiotu zobowiązanego do świadczenia usług publicznych nastąpi w sposób nie spełniający wszystkich kryteriów Altmark, rekompensata będzie stanowiła pomoc publiczną zgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 86 ust. 2 TWE (obecnie art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej), wypłacaną zgodnie z decyzją Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L 312 z 29.11.2005 r.), zwaną dalej „decyzją KE”.

Poza tym, fakt korzystania z rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie wyłącza możliwości uzyskania przez podmiot zobowiązany do świadczenia tych usług innych rodzajów pomocy publicznej np. pomocy *de minimis* w postaci preferencyjnych pożyczek NFOŚiGW.

- d. *Konieczne jest rozstrzygnięcie, czym jest rekompensata w sektorze odpadów. Istotą rekompensaty, zgodnie z definicją zawartą w Decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE, jest „udzielenie wsparcia finansowego, które pokryje część lub całość szczególnych kosztów wynikających ze zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych”. W przypadku sektora odpadowego w Polsce mamy do czynienia z sytuacją, w której żadne przedsiębiorstwo nie rozlicza się w formie rekompensaty. JST realizują swoje obowiązki zazwyczaj poprzez powołanie spółki komunalnej (100% własności jst), której obowiązkiem jest świadczenie usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami. Spółka gospodaruje w taki sposób, aby zapewnić co najmniej zwrot kosztów. Nie jest to działalność nieopłacalna. Jedynym elementem, który może generować straty są inwestycje dostosowujące system gospodarki odpadami do wymagań unijnych i pozwalający wypełnić obowiązki nałożone na Polskę w zakresie poziomów odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Inwestycje te będą realizowane dzięki dotacjom UE, które posiadają wbudowany „mechanizm” kontroli nadwyżek udzielonego dofinansowania. Czy tworzenie kolejnego systemu kontroli udzielonej rekompensaty w umowie wykonawczej nie będzie dublowaniem systemu, który funkcjonuje już przy wdrażaniu funduszy UE? Hipotetycznie możemy mieć do czynienia z sytuacją w której gmina sama nie udzielając rekompensaty kontroluje, czy WFOŚiGW nie udzielił zbyt wysokiej dotacji. Na jakiej podstawie gmina miałaby żądać zwrotu dotacji przez beneficjenta? Jaki mechanizm należałoby zastosować?*

Należy podkreślić, że w przypadku gospodarki odpadami komunalnymi „całość szczególnych kosztów wynikających ze zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych” obejmuje również koszty budowy infrastruktury (np. sortowni, instalacji do termicznego przekształcania odpadów, składowisk) niezbędnej do prawidłowego prowadzenia gospodarki odpadami komunalnymi pozwalającego na spełnienie wymagań wynikających z prawa wspólnotowego (zob. art. 16a ustawy o odpadach). Wobec tego należy uznać, że działalność w zakresie świadczenia usług publicznych z zakresu gospodarki odpadami generuje straty. W związku z tym spółki komunalne zapewniające usługi publiczne, celem umożliwienia ciągłości ich świadczenia muszą otrzymywać rekompensatę. W przeciwnym wypadku usługi nie będą świadczone albo będą świadczone w sposób nie spełniający obowiązujących standardów.

Mając na względzie powyższe zachodzi potrzeba uregulowania kwestii finansowania świadczenia usług publicznych w sposób zgodny z rynkiem wewnętrznym. W tym zakresie należy w szczególności uwzględnić postanowienia decyzji KE. Sugestie dotyczące sposobu uwzględnienia tych postanowień zostały wskazane w Wytycznych, zgodnie z którymi mechanizm kontroli rekompensaty powinien być uregulowany w umowie wykonawczej zawieranej pomiędzy gminą a spółką.

Wobec powyżej opisanych okoliczności nie ma możliwości, żeby spółka realizując projekty inwestycyjne dofinansowane ze środków europejskich nie otrzymywała rekompensaty. Jeżeli jej jedynym składnikiem jest dotacja wypłacana na podstawie umowy o dofinansowanie bezpośrednio przez WFOŚiGW i w tej sytuacji stwierdzono udzielenie zbyt wysokiej dotacji to umowa wykonawcza powinna zawierać odpowiednie rozwiązania pozwalające, w przypadku braku możliwości zwrotu środków (kwestia zamknięcia programu), na rozliczenie nadwyżki zgodnie z decyzją KE w kolejnych latach trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych. Wydaje się, że w ramach rozliczenia nadwyżki można np. doprowadzić do okresowego obniżenia opłat pobieranych od użytkowników usług publicznych.

- e. *Czy wszystkie projekty odpadowe mogą zostać objęte systemem rekompensaty? Czy konieczna jest indywidualna analiza zakresu działalności firmy? Np. projekty polegające na wstępnym przekształcaniu odpadów, przygotowaniu ich do dalszego odzysku lub unieszkodliwienia (m.in. sortownie, stacje przeładunkowe) nie generują przychodów w takim stopniu jak np. instalacje do termicznego przekształcania odpadów.*

Tak. W każdym przypadku, w którym dany podmiot może być uznany za przedsiębiorcę świadczącego usługi publiczne z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi uprawnionym do rekompensaty. Rezultatem prowadzenia działalności generującej mniejsze przychody będzie konieczność odpowiedniego skalkulowania kwoty rekompensaty (i związana z tym wypłata kwot proporcjonalnie wyższych niż w przypadku bardziej dochodowych przedsięwzięć).

- f. *Czy jest podstawa prawna pozwalająca na przekazywanie dotacji przedmiotowej na „pokrycie strat poniesionych w związku ze świadczeniem usług publicznych”, czyli przekazywanie rekompensaty w sektorze odpadów. W innych sektorach (np. transport) istnieją szczegółowe przepisy prawne regulujące sposób postępowania przy zawieraniu umów wykonawczych itp. oraz istnieje „fundusz kolejowy” (poziom województwa) tworzony m.in. z odpisów CIT/ PIT.*

Za podstawę prawną przekazywania rekompensat z tytułu świadczenia usług publicznych należy uznać Artykuł 106 Traktatu o funkcjonowaniu Unii

Europejskiej (dawny art. 86 ust. 2 TWE) oraz decyzję KE, których stosowanie w warunkach polskich mogą ułatwić postanowienia Wytucznych. Zawieranie umów wykonawczych powinno następować na zasadach ogólnych. Ponadto, w kontekście podstawy prawnej należy dodatkowo wspomnieć o art. 2 i 9 ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tym przepisami celem wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej mogą tworzyć albo przystępować do spółek kapitałowych. Z tych przepisów należy również wywieść obowiązek finansowania działalności tych podmiotów.

- g. *Jaki jest cel sformułowania katalogu przysporzeń mogących stanowić składniki rekompensaty zawarty w definicji tego pojęcia?*

Katalog przysporzeń zawarty w definicji tego pojęcia ma na celu wskazanie jej składników na potrzeby sprawdzenia czy nie został przekroczony próg maksymalnej średniorocznej rekompensaty (30 mln euro), do którego możliwe jest stosowanie decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L 312 z 29.11.2005 r.).”

Przykładowa metodyka potwierdzenia, że beneficjent nie uzyska nadmiernej rekompensaty za świadczenie usług publicznych została określona w pkt. 3.4. Nie wyłącza to możliwości stosowania przez właściwą instytucję innej metodyki, o ile jest ekonomicznie uzasadniona.

3.2 Podmiot udzielający rekompensaty

- a. *W przypadku realizacji projektów w ramach POLiŚ wątpliwość budzi fakt, że podmiotem, który nakłada na firmę odpadową obowiązek świadczenia usług publicznych jest gmina, a podmiotem udzielającym pomocy – np. WFOŚiGW. Czy należy rozumieć, że przekazując dotację UE z POLiŚ WFOŚiGW udziela tym samym pomocy państwa w formie rekompensaty (nie będąc stroną umowy wykonawczej)? Przy udzielaniu pomocy publicznej, zgodnie z ustawą o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, podmiot, który pomocy udzielił odpowiadał za poprawność wyliczenia jej intensywności, wydawanie zaświadczeń o jej udzieleniu beneficjentom, monitorowanie i sprawozdawczość rodzajów, formy, wielkości i przeznaczeniu udzielonej pomocy. Jaka jest rola WFOŚiGW w przypadku, gdy pomoc przekazywana jest w formie rekompensaty?*

W przypadku dofinansowania samorządowych projektów odpadowych podmiotem udzielającym rekompensaty nie jest WFOŚiGW, lecz gmina, czyli ta jednostka organizacyjna, który nakłada na spółkę obowiązek świadczenia usług publicznych. WFOŚiGW jest stroną umowy o dofinansowanie i z tego tytułu wypłaca kwoty dofinansowania ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, jednakże czyni to tylko dlatego, że gmina upoważniła spółkę do zawarcia umowy o dofinansowanie w związku z powierzeniem jej obowiązku świadczenia usług publicznych. Dofinansowanie stanowi więc jeden z elementów rekompensaty i bez znaczenia jest w tym wypadku fakt, że jest on przekazywany nie przez gminę, lecz przez WFOŚiGW.

W tym kontekście, należy podkreślić, że obowiązki wynikające z ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej spoczywają na gminie jako na podmiocie udzielającym wsparcia.

- b. *Zgodnie ze Wspólnotowymi ramami dotyczącymi pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (2005/C297/04) pojęcie*

„państwa” obejmuje władze centralne, regionalne i lokalne (czyli np. gminę). Ponadto zgodnie z ww. dokumentem kwota rekompensaty obejmuje wszystkie korzyści przyznane przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie. Czy należy rozumieć, że rekompensaty może udzielać tylko gmina? Czy rozszerzająco – wszystkie podmioty państwowe?

Rekompensaty udziela tylko gmina jako jednostka samorządu terytorialnego do której zadań własnych należy gospodarka odpadami komunalnymi. W ramach realizacji tych zadań powierza obowiązek świadczenia usług publicznych i z tego tytułu może wypłacać rekompensatę przedsiębiorcy świadczącemu te usługi.

3.3 Zasady obliczania rekompensaty

- a. *W przypadku, gdy Spółka świadczy szereg usług publicznych, również tych nieobjętych projektem (np. gospodarka wodno-ściekowa, utrzymanie bieżące dróg gminnych, zieleni, opłaty za odbieranie odpadów) to czy przy obliczaniu rekompensaty należy uwzględniać wszystkie kategorie wymienionych przychodów czy jedynie przychody odnoszące się do projektu (uzyskiwanych z budowy kompostowni)?*

Wydaje się, że dla każdego rodzaju działalności związanej z wykonywaniem poszczególnych zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego powinna być prowadzona oddzielna rachunkowość umożliwiająca skalkulowanie oddzielnej rekompensaty dla każdej ze świadczonych przez spółkę usług publicznych.

- b. *Konieczne jest precyzyjne ustalenie, co można wliczyć w skład rekompensaty. Z jakich składników się składa? Warto byłoby stworzyć, w miarę możliwości, kompletną listę.*

Przykładowe wyliczenie tych składników zawiera pkt 105. Nie ma możliwości stworzenia zamkniętego katalogu, ponieważ gmina i spółka korzystają w tym zakresie z zasady swobody umów i mogą kreować transfery związane z finansowaniem zadań publicznych w każdy sposób zgodny z prawem.

- c. *Problemem będzie zarówno sytuacja, w której wystąpi nadwyżka rekompensaty (muszą zostać ustalone zasady jej rozliczania pomiędzy różne podmioty), jak również sytuacja, w której spółka np. w wyniku fiaska projektu finansowanego z UE (np. błędy w zamówieniach publicznych; konieczność zwrotu środków) będzie generować stratę. Wówczas ciężar pokrycia strat pośrednio może spoczywać na gminie. Brak środków na pokrycie takich pozycji w budżetach gmin.*

Kwestia rozliczania rekompensaty dotyczy tylko dwóch podmiotów: gminy oraz przedsiębiorcy zobowiązanego do świadczenia usług publicznych, które powinny ją odpowiednio uregulować kierując się wskazówkami zawartymi w Wytycznych oraz mając na względzie postanowienia decyzji KE. Rozliczenia wynikające z umowy o dofinansowanie stanowią oddzielne zagadnienie, odpowiednio uregulowane we właściwych przepisach i dokumentach programowych. Konieczność zwrotu środków z budżetu UE w przypadku wystąpienia nieprawidłowości w toku realizacji projektu rzeczywiście może spowodować obowiązek sfinansowania całości rekompensaty ze środków budżetu gminy. W związku z tym gminy oraz podległe im spółki powinny dołożyć najwyższej staranności w kwestii prawidłowej realizacji projektu, co pozwoli na uniknięcie opisanych problemów.

- d. *Czy wynagrodzenie za świadczenie usług na podstawie odrębnej umowy (np. zbiórka i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych na terenie gminy – konkretna usługa) także wchodzi w skład rekompensaty?*

Zakres obowiązku świadczenia usług publicznych powinien być określony w umowie wykonawczej. Wydaje się, że jeżeli całość obowiązków spółki wynika z różnych umów zawartych z gminą należałoby doprowadzić do ich zastąpienia przez umowę wykonawczą. W tym zakresie umowa ta powinna spełnić wymagania wynikające z art. 5 decyzji KE zgodnie z którym wysokość rekompensaty nie przekracza 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.

- e. *Jakie koszty należy uwzględnić w ramach kalkulacji rekompensaty? Czy należy wyłączyć nakłady inwestycyjne, uwzględniając tylko koszty i przychody eksploatacyjne?*

Odnosząc się do opisanego stanu faktycznego, należy uznać, że w dominującej liczbie przypadków podmiotem udzielającym pomocy, będzie gmina, która zapewne nie będzie korzystać z prawa do dywidendy, pozostawiając zysk w spółce. Wartość pomocy udzielonej jako pokrycie udziału w podwyższonym kapitale zakładowym, tak jak zasugerowano, trzeba będzie obliczyć na podstawie ww. rozporządzenia Rady Ministrów.

- f. *Czy w przypadku już podpisanych umów należy uzupełnić wnioski o dofinansowanie o dokumenty opisane w punkcie 88 wytycznych? Czy konieczne jest oparcie obliczeń należnej rekompensaty o poziom średniorocznego zysku z kapitału? Czy wyliczenia powinny zostać zaprezentowane w modelu różnicowym?*

Nie ma konieczności uzupełniania wniosku o dofinansowanie, jednak konieczne jest dostarczenie dokumentów, o których mowa w punkcie 86 wytycznych. Obliczenia należnej rekompensaty nie muszą opierać się o poziom średniorocznego zysku z kapitału, jednak niezależnie od przyjętej metodologii konieczne jest wyliczenie stopy zwrotu z kapitału własnego i porównanie jej z rekomendowaną wartością określoną w wytycznych. Przy wyliczeniu rekompensaty co do zasady model różnicowy nie ma zastosowania.

- g. *Wytyczne nie precyzują jak fizycznie ma zostać określony przez Beneficjenta mechanizm (o którym mowa w podrozdziale 10.3 Wytycznych) kontroli nadwyżek i zasady zwrotu rekompensaty w umowie o świadczenie usług publicznych lub umowie wykonawczej?*

Wytyczne zawierają jedynie wskazówki, którymi powinien kierować się beneficjent regulując odpowiednie mechanizmy uwzględniające uwarunkowania danego projektu. W tym zakresie umowa może przewidywać na przykład obowiązek przeprowadzenia cyklicznych audytów działalności spółki przez niezależnego audytora.

3.4 Nadwyżki rekompensaty

Jak sprawdzić czy beneficjent nie uzyska nadmiernej rekompensaty za świadczenie usług publicznych?

Do oceny czy rekompensata za świadczenie usług publicznych nie jest nadmierna można posługiwać się np. średnioroczną wartością wskaźnika ROA (Return On Assets), czyli stopą zwrotu z aktywów, liczoną wg wzoru:

$$\text{ROA} = \text{zysk netto} / \text{średni stan aktywów ogółem} \times 100\%.$$

Rekomendowana średnioroczna wartość wskaźnika ROA odpowiadająca rozsądnemu zyskowi, o którym mowa w punkcie 15 lit. d Wytycznych, wynosi 6% w ujęciu realnym (9% w ujęciu nominalnym) (pkt 100 Wytycznych).

Sposób obliczenia przed rozpoczęciem świadczenia usług publicznym oraz w trakcie świadczenia tych usług:

- przed zawarciem umowy o dofinansowanie, ROA dla okresu świadczenia usług publicznych oblicza się jako średnią wartość ROA z poszczególnych lat okresu świadczenia usług publicznych,

- w czasie świadczenia usług publicznych ROA oblicza się:

(i) na podstawie danych z roku obrotowego podlegającego weryfikacji oraz poprzednich lat świadczenia powierzonych usług publicznych - jeżeli jest niższa, niż graniczna wartość określona w pkt 100 Wytycznych lub

(ii) jako średnią wartość obliczoną na podstawie danych z całego okresu na jaki zawarto umowę wykonawczą - jeżeli wartość na podstawie danych z roku podlegającego weryfikacji oraz poprzednich lat świadczenia powierzonych usług publicznych jest wyższa niż określona w pkt 100 Wytycznych (wtedy roczne wskaźniki ROA ex-post ujmuje się wg danych historycznych, natomiast roczne wskaźniki ROA ex-ante ujmuje się wg danych wynikających ze zweryfikowanej prognozy finansowej sporządzonej na okres pozostały do końcowego terminu zobowiązania do świadczenia usług publicznych).

Do obliczenia ROA przyjmuje się wartość zysku netto dla każdego analizowanego roku na podstawie rachunku zysków i strat operatora, a średnioroczną wartość aktywów przyjmuje się w wysokości średniej arytmetycznej stanu aktywów na początek i na koniec roku obrotowego na podstawie bilansu operatora (w przypadku gdy w części aktywa nie stanowią własności operatora należy je także uwzględnić w obliczeniach wg danych z ewidencji księgowej ich właściciela).

W każdym przypadku do obliczeń ROA przyjmuje się jedynie dane finansowe z tej części działalności operatora, która jest związana ze świadczeniem usług publicznych w ramach zadań własnych gminy w zakresie gospodarki odpadami, wyodrębniane zgodnie z wymaganiami wskazanymi w Wytycznych.

3.5 Przekazanie majątku przez gminę spółce komunalnej [pkt 91, 105, 106 i 107]

a. Czy przekazanie aportem majątku do spółki stanowi rekompensatę?

Aport, czyli wkład niepieniężny wnoszony na pokrycie udziałów w kapitale zakładowym (również udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym) stanowi element rekompensaty (Por pkt 58 i 105 Wytycznych).

b. Beneficjentem dofinansowania (dotacji FS) jest miasto, natomiast po wybudowaniu zakładu zagospodarowania odpadów, miasto wniesie zakład jako aport do spółki, w której ma 100% udziałów. Kto przy takiej konstrukcji będzie beneficjentem pomocy publicznej? W zależności od relacji wartości przekazywanego majątku do wartości obejmowanych udziałów, przyszłych zysków generowanych przez przekazywany majątek, przeznaczenia tych zysków beneficjentem pomocy publicznej może być spółka albo miasto. Zakładając, że zyski będą pozostawiane w spółce (czyli miasto nie inwestuje

w spółkę dla zysku) można byłoby w zasadzie uznać że beneficjentem będzie spółka.

Jak należy obliczyć wartość tak udzielonej pomocy? Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach określa sposób obliczania EDB dla dokapitalizowania wkładem pieniężnym lub niepieniężnym (§ 4 pkt 3 lit. b). Nie będzie to więc kwota dotacji. Do tego organem udzielającym pomocy będzie w zasadzie miasto.

W samych Wytycznych kwestie związane z opisaną strukturą instytucjonalną są zasygnalizowane – por pkt 91, 105, 106 i 107.

Analizując opisaną sytuację, w szczególności, należałoby uwzględnić treść pkt 91 zgodnie z którym „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”. Należałoby to rozumieć w ten sposób, że rekompensata może przybrać postać nie tylko transferów pieniężnych, lecz również przysporzeń rzeczowych. Wówczas, rzeczywiście w kalkulacji tej części rekompensaty, która zostanie pokryta w pieniądzu, nie uwzględni się nakładów inwestycyjnych (bo te zostały poniesione przez gminę), a tylko koszty i przychody eksploatacyjne. Jednocześnie jednak ww. przysporzenia rzeczowe również powinny być literalnie wskazane jako element, który stanowi część szeroko rozumianej rekompensaty. W rzeczywistości bowiem, pod względem ekonomicznym, ta sytuacja nie różni się od sytuacji w której gmina, zamiast uposażyć spółkę w ww. majątek, finansuje koszt jego zakupu przez swój podmiot wewnętrzny – pokrywając np. w ramach rekompensaty koszt spłat rat kredytu zaciągniętego przez spółkę na ten cel.

4. Wypełnianie wniosku o dofinansowanie w części dotyczącej pomocy publicznej

4.1 Rekompensata stanowiąca pomoc publiczną

Jak należy wypełnić wniosek o dofinansowanie w części dotyczącej pomocy publicznej, jeżeli udzielana rekompensata stanowi pomoc publiczną?

Należy zaznaczyć kratkę „Tak” dot. pomocy publicznej w tych przypadkach, w których odpowiednie Wytyczne wskazują, że wypłacana za świadczenie usług publicznych rekompensata jest formalnie pomocą publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawniej art. 87 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską).

W takim przypadku należy w polu „Całkowita kwota przyznanej pomocy” podać kwotę, na jaką opiewa umowa o świadczenie usług publicznych (w wyjaśnieniu załączonym do wniosku należy wskazać, że w omawianym polu wpisano kwotę wynikającą z umowy) albo kwotę na jaką planuje się zawarcie ww. umowy (w takim przypadku należy w wyjaśnieniu wskazać, że ostateczna kwota rekompensaty zostanie ustalona po przeprowadzeniu przetargu, bezpośrednim zawarciu umowy itp.).

Z kolei w polu „Całkowity koszt projektu inwestycyjnego” należy podać kwotę wynikającą z rubryki 12 i kolumny A tabeli w części H.1 wniosku (Razem/Całkowite koszty projektu). Pozostałe pola w części G.1 należy pozostawić puste. W wyjaśnieniu załączonym do wniosku należy ponadto wskazać, że udzielenie pomocy publicznej w formie grantu z UE odbywa się w ramach umowy o świadczenie usługi publicznej zawartej na wskazany okres zgodnie z właściwym aktem prawa wspólnotowego (należy w tym zakresie powołać odpowiedni akt prawa wspólnotowego wymieniony w Wytycznych, czyli decyzję KE).

4.2 Rekompensata niestanowiąca pomocy publicznej

Jak należy wypełnić wniosek o dofinansowanie w części dotyczącej pomocy publicznej, jeżeli udzielana rekompensata nie stanowi pomocy publicznej?

W takim przypadku należy zaznaczyć kratkę „Nie” w odniesieniu do pomocy publicznej. W wyjaśnieniu załączonym do wniosku należy wskazać, że projekt będzie realizowany w ramach umowy o świadczenie usługi publicznej zawartej zgodnie z właściwym aktem prawa wspólnotowego (należy w tym zakresie powołać odpowiedni akt prawa wspólnotowego wymieniony w wytycznych MRR, czyli decyzję KE). Należy przy tym podać kwotę, na jaką opiewa umowa o świadczenie usług publicznych i okres jej zawarcia (albo kwotę i okres na jakie planuje się zawarcie ww. umowy – w takim przypadku należy w wyjaśnieniu wskazać, że ostateczna kwota rekompensaty i okres obowiązywania umowy zostaną ustalone po przeprowadzeniu przetargu, bezpośrednim zawarciu umowy itp.).