

Warszawa, 5 listopada 2009 r.

(ze zm. wprowadzonymi 17 czerwca 2010 r.)

ZALECENIA Nr 2/2009

Instytucji Zarządzającej

Programem Operacyjnym „Infrastruktura i Środowisko” w sprawie sposobu oceny ryzyka występowania w projektach w priorytecie XIII pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz postępowania w takich sytuacjach

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 porozumienia z dnia 11 kwietnia 2008 r. w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” dla osi priorytetowej XIII - Infrastruktura szkolnictwa wyższego pomiędzy Ministrem Rozwoju Regionalnego a Ministrem Nauki i Szkolnictwa Wyższego przedstawiam następujące zalecenia Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko (PO liŚ) dla Instytucji Pośredniczącej i Instytucji Wdrażającej dotyczące sposobu oceny występowania w projektach w ww. priorytecie pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz postępowania w takich sytuacjach.

I. Obowiązek przeprowadzenia analizy występowania pomocy publicznej

1. Zgodnie z art. 9 ust. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006, str. 25-78), dalej jako „rozporządzenie ogólne”, operacje finansowane z funduszy są zgodne z postanowieniami Traktatu i aktów przyjętych na jego podstawie, co oznacza konieczność zapewnienia zgodności dofinansowania realizacji projektów z art. 107 ust. 1 TFUE
2. Analiza występowania pomocy publicznej stanowi zatem istotny element oceny merytorycznej projektu ubiegającego się o dofinansowanie.
3. Instytucja Pośrednicząca zapewnia zgodność analizy występowania pomocy publicznej z niniejszymi Zaleceniami poprzez wprowadzenie odpowiednich procedur do Instrukcji Wykonawczej dla Priorytetu XIII PO liŚ.

II. Moment przeprowadzenia analizy występowania pomocy publicznej

4. W celu zapewnienia sprawnego przygotowania projektów zaleca się przeprowadzanie analizy kwestii możliwości uznania dofinansowania projektu za pomoc publiczną równoległe do oceny formalnej i merytorycznej projektu.
5. Instytucja Pośrednicząca lub Instytucja Wdrażająca, w zakresie swoich kompetencji, powinny wydać wobec potencjalnych beneficjentów zalecenie przeprowadzania analizy występowania pomocy publicznej na etapie przygotowywania wniosku o dofinansowanie. Rezultatem przeprowadzonej analizy powinno być wypełnienie odpowiednich części formularza¹. Instytucja Pośrednicząca lub Instytucja Wdrażająca, powinny dysponować szczegółowymi opracowaniami potwierdzającymi deklarację dotyczącą pomocy publicznej złożoną w ww. formularzu, które w razie potrzeby mogłyby być przedstawione Komisji Europejskiej.
6. W uzasadnionych przypadkach, takich jak zidentyfikowanie szczególnie skomplikowanych zagadnień z zakresu pomocy publicznej w ramach przeprowadzania analizy tej kwestii dla danego projektu, zarówno beneficjenci jak i Instytucja Pośrednicząca lub Instytucja Wdrażająca mogą zwracać się z prośbą o zajęcie stanowiska w danej sprawie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Instytucji Zarządzającej.

III. Zakres analizy występowania pomocy publicznej

7. W kontekście przeprowadzania ww. analizy należy mieć na uwadze, że zgodnie art. 107 ust. 1 TFUE wsparcie dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą podlega przepisom dotyczącym pomocy publicznej, o ile jednocześnie spełnione są następujące przesłanki:
 - a) udzielane jest ono przez państwo lub ze środków państwowych,
 - b) przedsiębiorca uzyskuje przysporzenie na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
 - c) pomoc ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określonego lub określonych przedsiębiorców albo produkcję określonych towarów),
 - d) grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.
8. Wobec powyższego w ramach analizy kwestii pomocy publicznej, konieczne jest rozważenie, czy spełnione są wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie.
9. Dla potrzeb analizowania projektów, które zostały zgłoszone do dofinansowania w ramach XIII priorytetu PO liŚ zaleca się przyjęcie założenia, iż spełniona jest przesłanka:
 - a) dotycząca publicznego pochodzenia środków pomocowych,
 - b) uzyskania przysporzenia na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
 - c) selektywnego charakteru pomocy.
10. W związku z powyższym analizę występowania pomocy publicznej należy ograniczyć do sprawdzenia pozostałych przesłanek tzn. konieczne jest zbadanie spełnienia

¹ Zob. pkt. G formularzy stanowiących załączniki o numerach XXI oraz XXII do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i pkt G formularza wniosku o dofinansowanie w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

pozostałych okoliczności udzielenia wsparcia w kontekście przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE, takich jak:

a) **Status przedsiębiorcy**

Pojęcie przedsiębiorcy w prawie unijnym jest rozumiane bardzo szeroko i obejmuje swym zakresem wszystkie kategorie podmiotów zaangażowanych w działalność gospodarczą. W tym kontekście należy wskazać, że przepisy prawa unijnego znajdują zastosowanie:

- niezależnie od formy prawnej tego podmiotu i źródeł jego finansowania²,
- niezależnie od faktu, czy są to podmioty nie nastawione na osiąganie zysku³,
- do podmiotów sektora publicznego prowadzących działalność gospodarczą⁴.

Z powyższego wynika, że przepisy dotyczące pomocy publicznej potencjalnie mogą znaleźć zastosowanie do wsparcia udzielanego wszystkim podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą, bez względu na to czy przepisy obowiązujące w danym państwie członkowskim przyznają danemu podmiotowi status przedsiębiorcy. Działalność gospodarcza powinna być w powyższym kontekście rozumiana szeroko, jako każda działalność polegająca na oferowaniu dóbr i usług na danym rynku.

b) **Zakłócenie lub groźba zakłócenia konkurencji oraz wpływ udzielonego wsparcia na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi**

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, decydujące znaczenie dla oceny zakłócenia konkurencji ma ustalenie czy pomoc wzmacnia pozycję danego przedsiębiorstwa w porównaniu z innymi przedsiębiorcami – czyli decyduje ewentualne wzmocnienie pozycji rynkowej beneficjenta pomocy w stosunku do jego konkurentów.

Generalnie przesłanka zakłócenia konkurencji oraz wpływu udzielonego wsparcia na wymianę handlową między państwami członkowskimi ma miejsce w sytuacji, gdy dane wsparcie udzielane jest przedsiębiorcy uczestniczącemu w wymianie handlowej między państwami członkowskimi. Groźba zakłócenia konkurencji występuje kiedy pomoc publiczna wzmacnia pozycję przedsiębiorcy w porównaniu do innych przedsiębiorstw unijnych, a wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi jest jedynie potencjalny tzn. przedsiębiorca krajowy, który uzyskuje pomoc nie eksportuje swoich towarów lub usług⁵, a jednocześnie nie zachodzi import tych towarów lub usług z innych krajów Unii Europejskiej.

Wobec powyższego należy uznać, że tylko wsparcie udzielane przedsiębiorcom konkurującym na lokalnych rynkach towarów i usług, na których nie dochodzi, ani nie może dojść do konkurencji z towarami lub usługami pochodzącymi z innych państw członkowskich, może zostać uznane za niepodlegające art. 107 ust. 1 TFUE.

² Por. orzeczenie w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser przeciwko Macrotron GmbH*, Zb. Orz. TS 1991, s. I-1979, orzeczenia w sprawach połączonych od C-180/98 do C-184/98 *Pawłow i inni*, Zb. Orz. 2000 str. I-6451)

³ Por. m.in. orzeczenie z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 *Albany*, Zb. Orz. TS 1999, s. I-5751)

⁴ Np. orzeczenie z 10 grudnia 1991 r. w sprawie C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA przeciwko Siderurgica Gabrielli SpA*. W tym kontekście za działalność gospodarczą uważa się „oferowanie dóbr i usług na danym rynku” (orzeczenie z dnia 30 kwietnia 1974 r. w sprawie C-155/73 *Sacchi*, orzeczenie z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/96 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. TS 1998, s. I-3851, orzeczenie z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-218/00 *Cisal*, Zb. Orz. TS 2002, s. I-691.

⁵ Np. wyrok z dnia 13 lipca 1988 r. w sprawie 102/87 *Francja przeciwko KWE*, Zb. Orz. 1988 str. 04067, pkt. 19 oraz wyrok z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 *Altmark*, Zb.Orz. 2003, str. I-07747, pkt. 77 i 78.

IV. Pomoc publiczna w sektorze szkolnictwa (edukacji) w praktyce decyzyjnej KE oraz orzecznictwie TSUE

11. W odniesieniu do analizowania kwestii pomocy publicznej w kontekście dofinansowywania projektów w ramach priorytetu XIII PO liŚ należy wskazać na dwie istotne decyzje Komisji Europejskiej dotyczące pomocy publicznej w sektorze szkolnictwa.
12. Zgodnie z postanowieniami **decyzji Komisji Europejskiej C(2005)429 z dnia 2 marca 2005 r. w sprawie programu pomocy realizowanego przez Włochy w celu restrukturyzacji instytucji zajmujących się kształceniem zawodowym** pomocą publiczną **jest** pomoc udzielona szkole, która:
- a) zapewnia pojedynczym obywatelom dostęp do instytucjonalnych usług oświatowych nastawionych na realizację celów społecznych w ramach publicznego systemu oświaty, finansowanych przez państwo lub regiony i jednocześnie faktycznie świadczy lub ma możliwość świadczenia usług rynkowych w sektorze kształcenia zawodowego zarówno na rzecz firm i ich pracowników, jak i pojedynczych obywateli, traktując wszystkich jako klientów i pobierając od nich opłaty według obowiązujących na rynku stawek⁶ (**status przedsiębiorcy**). Pomoc publiczna nie występuje w zakresie, w jakim udzielone wsparcie, finansuje wyłącznie usługi świadczone w ramach publicznego systemu oświaty – warunkiem jest prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla obu ww. obszarów działania⁷.
 - b) prowadzi działalność przynajmniej na poziomie regionalnym lub ponadregionalnym (ogólnokrajowym), charakteryzującą się dużym obrotem handlowym, który przypuszczalnie pozwala na pokonywanie przeszkód ograniczających rozpowszechnianie oferty usług w dziedzinie kształcenia zawodowego na rynku wewnętrznym⁸ (**zakłócanie konkurencji i wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi**).
 - c) prowadzi działalność na poziomie ponadnarodowym np. jako partner w sieci międzynarodowej zrzeszającej podmioty, których celem jest dzielenie się wiedzą, analiza porównawcza, współpraca przy projektach unijnych, rozwój specyficznych segmentów rynku na potrzeby handlu elektronicznego i kształcenia *on-line*⁹ (**zakłócanie konkurencji i wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi**).
13. Zgodnie z postanowieniami **decyzji Komisji Europejskiej C(2006)5228 z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie State aid NN54/2006 – Czech Republic Přerov logistics College** pomocą publiczną **nie jest** pomoc udzielona szkole wyższej, która:
- a) działa w ramach krajowego systemu edukacji¹⁰ na podstawie pozwolenia Ministerstwa Edukacji w zakresie wyznaczonym przez zatwierdzony przez państwo program nauczania i jednocześnie nie może prowadzić żadnego innego rodzaju działalności nie związanego z jego głównymi zadaniami¹¹ (**brak statusu przedsiębiorcy**).

⁶ Pkt 48 decyzji Komisji Europejskiej C(2005)429 z dnia 2 marca 2005 r. w sprawie programu pomocy realizowanego przez Włochy w celu restrukturyzacji instytucji zajmujących się kształceniem zawodowym

⁷ Pkt 84 – 86 ww. decyzji.

⁸ Pkt 63 ww. decyzji

⁹ Pkt. 6364 ww. decyzji

¹⁰ Należy przyjąć, że krajowy system edukacji w rozumieniu ww. decyzji może być porównany z narodowym systemem edukacji i nauki, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365, z późn. zm.), a w którym uczelnie wyższe uczestniczą przede wszystkim prowadząc studia, studia doktoranckie, studia podyplomowe oraz kursy dokształcające (art. 8 ust. 1 ww. ustawy)..

¹¹ Pkt. 15 decyzji KE C(2006)5228 z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie *State aid NN54/2006 – Czech Republic Přerov logistics College*

- b) osiągnane zyski może przeznaczać jedynie na działalność statutową i nie może przeznaczać ich na wypłaty dla założycieli, co sprawia, że nie prowadzi działalności zarobkowej, a jej celem nie jest odpłatne świadczenie usług¹² - co nie uniemożliwia pobierania opłat za naukę od studentów¹³ (**brak statusu przedsiębiorcy**).
 - c) prowadzi działalność w wymiarze lokalnym albo regionalnym, co oznacza, że świadczy usługi edukacyjne na rzecz małej grupy studentów¹⁴ w miejscu zlokalizowanym z dala od granicy państwa, głównie w języku państwa, w którym prowadzi działalność (**brak wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi**)¹⁵.
 - d) nie jest w stanie zachęcić studentów z innych państw członkowskich do podjęcia studiów przez nią oferowanych, zamiast studiów w innych państwach członkowskich (**brak wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi**)¹⁶.
14. W odniesieniu do analizowania kwestii pomocy publicznej w kontekście dofinansowywania projektów w ramach priorytetu XIII PO liŚ należy ponadto wskazać na treść poniższych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) dotyczących edukacji.
15. Badanie ewentualnego statusu przedsiębiorcy prowadzone w stosunku do potencjalnego beneficjenta priorytetu XIII PO liŚ warto odnieść do rozważań TSUE na temat pojęcia „usługi” w rozumieniu prawa unijnego¹⁷. zgodnie, z którym:
- a) państwo, ustanawiając i utrzymując krajowy system edukacyjny nie ma na celu zaangażowania się w działalność zarobkową, wypełnia natomiast swoje obowiązki wobec własnego społeczeństwa w obszarach społecznym, kulturalnym i oświatowym. Ponadto, system o którym mowa jest finansowany, co do ogólnej zasady, ze środków publicznych, nie zaś przez uczniów lub ich rodziców. Na naturę tej działalności nie wpływa fakt, że uczniowie lub ich rodzice muszą czasami uiszczać opłaty wpisowe lub za naukę, przez co publiczna działalność edukacyjna nie stanowi „usług” w rozumieniu art. 56 i 57 TFUE¹⁸.
 - b) za usługi w rozumieniu traktatu należy uznać świadczenia uczelni wyższych finansowanych głównie ze środków prywatnych, w szczególności dostarczanych przez uczniów lub ich rodziców, które prowadzą działalność obliczoną na osiągnięcie zysku – wówczas za cel takiej szkoły należy uznać świadczenie usług za wynagrodzeniem¹⁹.

V. Szczegółowe zalecenia i uwagi

16. Konsekwencją uznania dofinansowania projektu za pomoc publiczną jest:
- a) potrzeba uwzględnienia w harmonogramie realizacji projektu czasu potrzebnego na dokonanie procesu notyfikacji,

¹² Pkt. 16 ww. decyzji

¹³ Przyp. 2 do pkt. 8 ww. decyzji

¹⁴ W kontekście stanu faktycznego sprawy, w której wydano ww. decyzję było to 135 osób.

¹⁵ Pkt 19 ww. decyzji

¹⁶ Pkt 20 ww. decyzji

¹⁷ zawarte w orzeczeniu z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 263/86, *Państwo Belgijskie przeciwko René Humbel i Marie-Thérese Edel*, Zb. Orz. TS 1988 potwierdzonym w tym zakresie orzeczeniem z dnia 7 grudnia 1993 r. w sprawie C-109/92 *Wirth przeciwko Landeshauptstadt Hannover*,¹⁷ Zb. Orz. 1993 str. I-6447

¹⁸ Pkt. 18-20 orzeczenie z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 263/86, *Państwo Belgijskie przeciwko René Humbel i Marie-Thérese Edel*, Zbiór Orz. TS 1988

¹⁹ Pkt 17 orzeczenia z dnia 7 grudnia 1993 r. w sprawie C-109/92 *Wirth przeciwko Landeshauptstadt Hannover*, Zb. Orz. 1993 str. I-6447

- b) konieczność indywidualnej notyfikacji dofinansowania projektu zgodnie z odpowiednimi przepisami krajowymi i unijnymi.
17. Zważywszy na omówione wyżej orzecznictwo należy podkreślić, że dofinansowanie udzielone uczelni prywatnej będzie pomocą publiczną. W przypadku uczelni publicznych nie prowadzących działalności komercyjnej pomoc publiczna nie wystąpi. Przez działalność niekomercyjną (pozostającą w ramach publicznego systemu edukacji) należy uznać również prowadzenie przez uczelnie publiczne niestacjonarnych studiów odpłatnych w zakresie i na zasadach wynikających z obowiązujących przepisów, w szczególności zgodnie z art. 99 ust. 2 i 163 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365, z późn. zm.)²⁰. Przez działalność komercyjną w omawianym zakresie należy rozumieć w szczególności świadczenie usług poza publicznym systemem edukacji (np. wynajem sal konferencyjnych, prowadzenie kawiarni, restauracji, sklepów lub wynajem powierzchni obiektu w celach komercyjnych, prowadzenie badań naukowych na zlecenie przedsiębiorców itp.).
18. Analiza możliwości uznania dofinansowania realizacji projektu za pomoc publiczną w odniesieniu do uczelni publicznych powinna być przeprowadzona ze szczególną starannością w przypadku, gdy w ramach projektu przewidziano budowę, rozbudowę, remont, przebudowę, rewaloryzację, konserwację, renowację, restaurację, zachowanie lub adaptację obiektu lub zespołów obiektów z przeznaczeniem na działalność komercyjną opisaną w pkt 17. Zważywszy na fakt, iż beneficjentami priorytetu XIII mają być wiodące ośrodki akademickie można przyjąć domniemanie, iż w razie wystąpienia opisanych w poprzednim zdaniu aspektów komercyjnych projektu, przyznane dofinansowanie będzie pomocą publiczną.
19. Zważywszy na powyższe uwagi, konieczne jest aby IP i IW PO liŚ, w kontekście pomocy publicznej, dokonywały każdorazowo indywidualnej oceny projektów. Dotyczy to zwłaszcza projektów dużych. Na podstawie przeprowadzonej analizy powinno się dokonać podziału projektów na dwie grupy ryzyka posługując się kryterium prawdopodobieństwa występowania pomocy publicznej:
- a) w projektach, w których prawdopodobieństwo jest duże należy dokonać notyfikacji projektu;
 - b) w projektach, gdzie prawdopodobieństwo to nie jest duże ewentualne dokonanie notyfikacji w celu uzyskania pewności prawnej danego projektu powinno być uzależnione przede wszystkim od stanu zaawansowania przygotowania i harmonogramu realizacji projektu. Jeśliby dokonanie notyfikacji nie stało na przeszkodzie osiągnięciu celów projektu w zakładanym horyzoncie czasowym, dokonanie notyfikacji byłoby racjonalne w celu wyeliminowania ewentualnego ryzyka zarzutu udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej i dochodzenia przez KE zwrotu takiej pomocy.
20. W sytuacji, gdy w dokumentacji projektu wnioskodawca zakłada wykorzystywanie infrastruktury wybudowanej w ramach realizacji projektu w celach komercyjnych, należy sprawdzić czy założenie takie jest racjonalne i niezbędne oraz czy nie będzie negatywnie wpływać na możliwość zrealizowania projektu w kontekście konieczności podjęcia dodatkowych działań będących konsekwencją uznania dofinansowania projektu za pomoc publiczną.
21. Należy podkreślić, że organem, któremu przysługuje prawo do orzekania o zgodności pomocy publicznej z zasadami rynku wewnętrznego jest KE. W związku z

²⁰ Por. opinie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 16.12.2009 r. (znak DDO-0795-45(2)/09/MP) i z dnia 12.04.2010 r. (znak DDO-0795-45(4)/09/MP).

powyższym stwierdzenie, że w przypadku danego projektu dofinansowanie może być uznane za pomoc publiczną wiąże się z koniecznością notyfikacji danego środka pomocowego do KE, o ile obowiązek notyfikacji nie jest wyłączony na podstawie przepisów szczególnych (pomoc *de minimis*, wyłączenia blokowe).

22. W trakcie procesu notyfikacji dofinansowania projektu możliwa jest znacząca ingerencja Komisji Europejskiej w odniesieniu do założeń projektu łącznie ze zmianą wartości dofinansowania.
23. Badanie dofinansowania projektu w kontekście występowania pomocy publicznej będzie przeprowadzone nie tylko na etapie oceny projektu, lecz będzie również przedmiotem kontroli w ramach oceny realizacji projektu prowadzonej przez właściwe jednostki zarówno w trakcie, jak i po zakończeniu procesu inwestycyjnego.
24. Pomoc publiczna uznana za niezgodną z zasadami rynku wewnętrznego podlega zwrotowi wraz z odsetkami. Jednocześnie w świetle orzecznictwa TSUE²¹ oraz art. 11 i nast. rozporządzenia WE 659/1999²² sam fakt niedochowania obowiązku notyfikacji nie skutkuje koniecznością zwrotu pomocy, o ile okaże się ona zgodna z rynkiem wewnętrznym. Istnieje przy tym formalna możliwość zawieszenia pomocy albo jej tymczasowego zwrotu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Mając na względzie silną rynkową pozycję beneficjentów wspieranych w ramach priorytetu XIII POliS istnieje ryzyko, że w razie błędnej oceny w zakresie występowania pomocy publicznej i podniesienia w późniejszym czasie zarzutu niedochowania procedury notyfikacyjnej, KE wyda decyzję o zwrocie przyznanego dofinansowania. Należy uznać, że ryzyko to nie będzie tak duże, jak w przypadku wsparcia udzielanego w innych sektorach gospodarki. Ryzyko to będzie również pomniejszone ze względu na fakt, iż pomoc przyznawana będzie miała charakter pomocy proporcjonalnej znajdującej uzasadnienie w normie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE (pomoc przeznaczona na ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem). Mając na względzie fakt, iż udzielana pomoc będzie miała na celu dofinansowanie projektów wspierających publiczny system edukacji, a ewentualny, towarzyszący efekt (*spill over*) nie będzie znaczący, możliwe będzie przyjęcie w kontekście powołanego przepisu, że wpływ na warunki wymiany handlowej i konkurencji w Unii Europejskiej, które najprawdopodobniej w niektórych projektach wystąpi, będzie mógł zostać uznany za niesprzeczny ze wspólnym interesem²³.

VI. Uwagi dotyczące infrastruktury towarzyszącej wybudowanej w ramach realizacji projektu w kontekście występowania pomocy publicznej²⁴

25. Zgodnie z pkt 14 szczegółowego opisu działania 13.1²⁵ w jego ramach będą realizowane kompleksowe projekty mające na celu rozwój i unowocześnienie infrastruktury służącej prowadzeniu działalności dydaktycznej na poziomie wyższym

²¹ Wyrok z 14.02.1990 r., sygn. C 301/87, Francja przeciwko Komisji.

²² Rozporządzenie Rady (WE) Nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1).

²³ por. powołane w przypisie 4 decyzje KE z 10.10.2007 r., znak NN 50/2007 (dot. pomocy udzielanej, w ramach nie notyfikowanego programu pomocowego, muzeom federalnym w Austrii) oraz z 13.07.2009 r., znak NN 27/2009, pkt 27 (dot. wsparcia dla mobilności kolekcji muzealnych).

²⁴ Fragment zaleceń przygotowany na podstawie uwag przekazanych przez konsultantów Inicjatywy JASPERS w piśmie z dnia 8 października 2008 (PJ/JASPERS/2008-1135/AC/mb) skierowanym do Departamentu Funduszy Europejskich Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego.

²⁵ Szczegółowy opis priorytetów, s. 219.

oraz działalności rozwojowej, naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach”.

26. Zgodnie z pkt 12 szczegółowego opisu działania 13.1²⁶ elementem dopełniającym etap kształcenia jest zapewnienie odpowiedniego zaplecza związanego z obsługą studenta, dlatego też w zakresie ograniczonym do 25% kosztów kwalifikowalnych projektu wsparcie może zostać przeznaczone na rzecz tzw. infrastruktury towarzyszącej wykorzystywanej przez studentów „priorytetowych kierunków” (np. obiekty socjalne, obiekty sportowo-rekreacyjne, biblioteki) z wyłączeniem inwestycji w domy studenckie (akademiki).
27. Należy wskazać, że w kontekście możliwości uznania infrastruktury wybudowanej w ramach realizacji projektu za infrastrukturę kwalifikującą się do wsparcia pod uwagę powinny zostać wzięte trzy główne rozwiązania:
- a) w ramach projektu zostanie wybudowana infrastruktura służąca prowadzeniu niekomercyjnej działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach” oraz związana z nią infrastruktura towarzysząca (dalej jako „Rozwiązanie A”).
 - b) w ramach projektu zostanie wybudowana infrastruktura służąca prowadzeniu działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach” oraz związana z nią infrastruktura towarzysząca, które będą wykorzystywane w celach niekomercyjnych lub komercyjnych, o których mowa w pkt 17 (dalej jako „Rozwiązanie B”).
 - c) w ramach projektu zostanie wybudowana infrastruktura służąca prowadzeniu działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach” oraz związana z nią infrastruktura inna niż infrastruktura towarzysząca, która będzie wykorzystywana w celach niekomercyjnych lub komercyjnych (dalej jako „Rozwiązanie C”).
28. W ramach Rozwiązania A wydatki poniesione na całą infrastrukturę wybudowaną w ramach realizacji projektu będą kosztem kwalifikowalnym. W ramach Rozwiązania B wydatki będą kwalifikowalne w odniesieniu do kosztów związanych z prowadzeniem niekomercyjnej działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach” oraz związanej z nią infrastruktury towarzyszącej. Za koszty takie mogą być uważane jedynie koszty prawidłowo alokowane do działalności niekomercyjnej, co jest możliwe jedynie przy prowadzeniu odrębnej rachunkowości dla usług niekomercyjnych. Dofinansowanie tego rodzaju wydatków nie będzie przy tym pomocą publiczną. W przypadku udostępniania infrastruktury podmiotom gospodarczym wsparcie udzielone na jej sfinansowanie nie będzie stanowiło zakłócenia konkurencji, tylko jeżeli infrastruktura wykorzystywana w celach komercyjnych zostanie udostępniona na niedyskryminujących zasadach (np. w przypadku udostępnienia takiej infrastruktury dla celów prowadzenia działalności gospodarczej wybór operatora powinien zostać przeprowadzony w otwartym przetargu gwarantującym powierzenie infrastruktury odpowiednim podmiotom, zdolnym do realizacji celów dla których wybudowano dane obiekty, na rynkowych warunkach). Konsekwentnie, w odniesieniu do Rozwiązania B, należy przyjąć, że niezastosowanie ww. procedury konkurencyjnej, skutkować będzie dużym ryzykiem wystąpienia w projekcie pomocy publicznej.
29. W odniesieniu do Rozwiązania C należy zauważyć, że wydatki poniesione na budowę infrastruktury związanej (związanej z infrastrukturą służącą prowadzeniu działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach”) innej niż infrastruktura towarzysząca będą

²⁶ Szczegółowy opis priorytetów, s. 216 i nast.

niekwalifikowalne ze względu na to, że infrastruktura ta jest wyłączona ze wsparcia na mocy zapisów szczegółowego opisu priorytetów POIiŚ (patrz pkt 25 – 26), niezależnie od tego czy będą wykorzystywane komercyjnie czy niekomercyjnie. Wydatki te nie będą kwalifikowalne i muszą być sfinansowane ze środków własnych beneficjenta. Jednocześnie infrastruktura służąca prowadzeniu działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach” nie będzie pomocą publiczną i będzie mogła być wspierana tylko w odniesieniu do kosztów związanych z prowadzeniem niekomercyjnej działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach”, które zostaną prawidłowo alokowane do działalności niekomercyjnej. Będzie to możliwe jedynie przy prowadzeniu odrębnej rachunkowości dla usług niekomercyjnych.

30. Wybór rozwiązania B, którego dopuszczenie może być uzasadnione względami konieczności zapewnienia finansowej samowystarczalności projektu, powinien wiązać się z wprowadzeniem szczególnych uregulowań odnoszących się do korzystania z właściwej infrastruktury, obliczonych m.in. na uniemożliwienie wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem.
31. Wybór jednego z powyższych rozwiązań będzie również wpływał na wysokość dofinansowania przy założeniu, że:
 - a) wsparcie udzielone na budowę całej infrastruktury przewidzianej w projekcie nie stanowi pomocy publicznej wobec czego zastosowanie znajdzie art. 55 rozporządzenia ogólnego, a luka finansowa może wynieść nawet 100%, z uwagi na fakt, że infrastruktura wykorzystywana w sposób przewidziany w ramach Rozwiązania A nie będzie generować żadnych przychodów albo wygeneruje przychód w wysokości zbyt niskiej, żeby sfinansować z tego źródła koszty operacyjne czy koszty utrzymania infrastruktury,
 - b) zostanie wybrane rozwiązanie B, a przyznane wsparcie, przy zachowaniu zasad wynikających z pkt 28 w określonym zakresie nie stanowi pomocy publicznej wobec czego zastosowanie znajdzie art. 55 rozporządzenia ogólnego, to luka finansowa powinna zostać obliczona z uwzględnieniem kwoty całkowitego dochodu wygenerowanego w ramach projektu (także dochodu generowanego przez usługi komercyjne) zgodnie z *Wytycznymi Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie wybranych zagadnień związanych z przygotowaniem projektów inwestycyjnych, w tym projektów generujących dochód*,
 - c) zostanie wybrane Rozwiązanie C, przy obliczaniu luki finansowej należy uwzględnić całkowity dochód generowany przez projekt mimo, że został wygenerowany przez infrastrukturę wybudowaną w związku z poniesieniem wydatków niekwalifikowalnych.
32. W kontekście analizowania możliwości zakwalifikowania dofinansowania realizacji projektu jako pomocy publicznej, a także ewentualnego zakwalifikowania takiej pomocy jako zgodnej z art. 107 ust. 3 TFUE, istotne znaczenie ma również zakres działalności komercyjnej prowadzonej z wykorzystaniem dofinansowanej infrastruktury. Infrastruktura ta powinna być, co do zasady, wykorzystywana dla działalności niekomercyjnej w ramach systemu edukacji publicznej. Naruszenie proporcji w tym zakresie na rzecz działalności komercyjnej może prowadzić do uznania przez KE środków przekazanych na jej sfinansowanie za pomoc publiczną niezgodną z TFUE.
33. W kontekście analizowania możliwości zakwalifikowania dofinansowania realizacji projektu jako pomocy publicznej, a także ewentualnego zakwalifikowania takiej pomocy jako zgodnej z art. 107 ust. 3 TFUE, istotne znaczenie ma również wielkość infrastruktury towarzyszącej. Musi być ona proporcjonalna wobec infrastruktury

służącej prowadzeniu działalności dydaktycznej, rozwojowej i naukowo-badawczej powiązanej z dydaktyką na „priorytetowych kierunkach”. Wszelka infrastruktura towarzysząca, której rozmiar wykracza poza konieczność zapewnienia odpowiedniego zaplecza związanego z obsługą studenta może prowadzić do konieczności uznania środków przekazanych na jej sfinansowanie za pomoc publiczną niezgodną z TFUE (np. wówczas gdy następnie zbędna z punktu widzenia obsługi studentów infrastruktura zostanie udostępniona na warunkach komercyjnych) i wydatek niekwalifikowalny.

34. Należy zauważyć, że wśród powyżej przedstawionych wariantów. Rozwiązanie A będzie cechować się najniższym prawdopodobieństwem możliwości uznania dofinansowania projektu za pomocy publicznej.

.....
Instytucja Zarządzająca