

Powierzanie zadań gminy przedsiębiorcom a zamówienia „in house”

Tomasz Srokosz

Dr, radca prawny

<http://dx.doi.org/10.18778/8088-114-3.13>

1. Wprowadzenie

Do 18 kwietnia 2016 r. Polska zobligowana była do implementacji m.in. dyrektyw: ramowej w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz w sprawie udzielania koncesji. W myśl Traktatu o funkcjonowaniu UE: „dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków” (art. 288). Adresatem obu dyrektyw jest Rzeczpospolita Polska, a same dyrektywy nie stanowią, co do zasady, źródła praw i obowiązków. Państwo natomiast jest obowiązane do osiągnięcia rezultatu (celu) określonego w tym akcie w powyższym terminie. Wybór formy prawnej i odpowiednich środków realizacji dyrektyw należy do organów państwa. W dalszej części skoncentruję się na koncesji i dyrektywie w sprawie udzielania koncesji z 26 lutego 2014 r. nr 23/2014 UE, jako przykładowej formie powierzenia zadań zgodnie z art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej (u.k.g.). Zalety koncesji niejednokrotnie dostrzegali Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS), kształtując orzecznictwo stanowiące podstawy dyrektywy koncesyjnej. Dyrektywa ta nakreśliła konstrukcję prawną koncesji jako umowy, zawieranej w autonomicznej względem innych regulacji procedurze, mającej za przedmiot realizację zadań publicznych. Dyrektywa ta jednocześnie została przyjęta w ramach tzw. pakietu zamówień publicznych, obejmującego także dyrektywy:

- Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE,
- Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Poniżej prezentuję zasady wykonywania gospodarki komunalnej oraz możliwości powierzania określonych jej zakresów przedsiębiorcom, jako formy przeciwstawnej realizacji bezpośredniej przez gminę.

2. Formy gospodarki komunalnej

Gmina realizując zadania własne dokonuje czynności prawnych, jako podmiot prawa publicznego, a także prywatnego, co wynika z jej osobowości prawnej. Korzysta ona, w zależności od wykonywanego zadania odpowiednio z instytucji, przewidzianych przez przepisy prawa publicznego, jak i prywatnego. Podział form (działań) prawnych na publiczno- i prywatnoprawne jest powszechnie przyjmowany w polskiej nauce prawa administracyjnego. Pozwala na ich różnicowanie z uwzględnieniem skutków prawnych, jakie one wywołują w sferze prawa prywatnego bądź publicznego, i związanych z tym dalszych konsekwencji. Dla każdej z tych form odmienny jest tryb rozstrzygnięcia sporów, dochodzenia praw przez podmioty uczestniczące w obrocie prawnym (odpowiednio na drodze sądowej bądź administracyjnej i sądowno administracyjnej), czy tryb przymuszania do wykonania obowiązków. Elementem odróżniającym działania prywatno- i publicznoprawne jest władczość. Tylko czynności publicznoprawne mogą się charakteryzować władczością, jednak jej brak nie przesądza o charakterze prywatnoprawnym tych działań, ponieważ ich pewne formy publicznoprawne pozbawione są elementu władczości. W takich przypadkach pomocniczymi kryteriami pozwalającymi na ustalenie charakteru czynności mogą być: dopuszczalność stosowania środków nadzoru administracyjnego, tryb rozstrzygnięcia kwestii spornych, tryb dochodzenia wykonania praw i obowiązków, dopuszczalna droga egzekucji.

Podział form działania na publiczno- i prywatnoprawne sprowadza się do rozdzielenia działań władczych i niewładczych administracji. Wprawdzie brak jest legalnej definicji pojęcia „prawna forma działania administracji”, jednak przyjmuje się, że jest to „dopuszczony prawem środek zastosowany przez administrację dla załatwienia określonej sprawy” (definicja ta pomimo upływu czasu zachowuje swoją aktualność). Nakładając na gminę obowiązek wykonywania zadań, ustawodawca nie wskazuje formy, za pomocą której mają być one realizowane. Gmina obowiązana jest do wyboru najwłaściwszej formy działania. W oparciu o kryterium władztwa T. Kuta wyodrębnił dwie grupy działań administracji: władcze i niewładcze. Za działania władcze uznaje się akty administracyjne i akty

normatywne, których cechą jest to, że organ administracji jednostronnie rozstrzyga o pozycji prawnej drugiej strony stosunku prawnego. Takie działania podejmowane przez organy administracji publicznej muszą zawsze mieścić się w granicach właściwości tych organów, mieć za podstawę przepisy prawa materialnego, a jednocześnie zachowywać tryb postępowania przewidziany przepisami prawa. W przypadku działań niewładczych pozycja organu administracji i drugiego podmiotu stosunku prawnego są sobie równe. Podział form działania administracji na władcze i niewładcze, wydaje się w dalszej części o tyle nieaktualny, że w wielu przypadkach gmina (jej organy) nie działa władczo, ale podejmuje czynności jako osoba prawna (często przedsiębiorca) korzystająca w całej rozciągłości ze swoich praw podmiotowych. Można zatem ograniczyć się, analizując działania gminy, do wskazania wyłącznie odpowiednich regulacji prawa prywatnego lub publicznego, jako właściwych dla poszczególnego stosunku prawnego z udziałem gminy. Ta podwójna płaszczyzna prawna funkcjonowania gminy jest tu kluczowa. Dla przykładu: zawarcie umowy przez gminę z przedsiębiorcą budowlanym może być kwalifikowane, jako jej „niewładcza forma działania”, ale przede wszystkim jest czynnością gminy na płaszczyźnie prawa cywilnego, a ewentualny spór będzie rozstrzygany przez sąd powszechny, tak jak pomiędzy przedsiębiorcami, o czym poniżej.

Jednym z zadań gminy jest prowadzenie gospodarki komunalnej. Artykuł 1 ust 1 u.g.k. określa zarówno jej przedmiot, podmioty, oraz charakter działalności. W znaczeniu przedmiotowym jest ona równoznaczna z wykonywaniem zadań własnych spoczywających na gminie i mających na celu zaspokojenie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Przedmiotem gospodarki komunalnej są wszystkie jej zadania własne, a przede wszystkim polegające na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb danej wspólnoty samorządowej. Zgodnie z art. 1 ust 2 u.g.k. „gospodarka komunalna obejmuje zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”. Dla dalszych rozważań kluczowa jest możliwość zaspokajania potrzeb publicznych przez świadczenie usług, a to pojęcie regulowane jest przepisami szeroko rozumianego prawa cywilnego.

Gospodarka komunalna zgodnie z art. 2 u.g.k. może być prowadzona w formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego. Gmina może także powierzać realizację zadań komunalnych zgodnie z art. 3 u.g.k. w drodze umowy osobom fizycznym, prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem ustaw:

- 1) o finansach publicznych,
- 2) o partnerstwie publiczno-prywatnym (u.p.p.p),

- 3) o koncesji na roboty budowlane lub usługi (u.k.r.b.u.),
- 4) prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.),
- 5) o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie,
- 6) o publicznym transporcie zbiorowym.

W strukturze gminy, jako jednostki organizacyjnej i osoby prawnej, ustawodawca nie wskazał wprost organów lub innych jednostek organizacyjnych odpowiedzialnych za realizację i za formę prowadzenia gospodarki komunalnej. Zastosowanie zatem znajdzie art. 18 u.s.g. przypisujący decyzje o charakterze majątkowym radzie gminy. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt. 1 u.g.k., jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, to rada jako organ stanowiący gminy decyduje o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej.

Łączna analiza przepisów art. 2 i 3 u.g.k. pozwala wyodrębnić następujące formy wykonania zadań, które gmina:

- a) realizuje bezpośrednio przez:
 - zakład budżetowy,
 - spółkę prawa handlowego lub
- b) powierza podmiotom z nią niepowiązanym (w trybie jednego z postępowań przetargów opisanych powyżej).

Niespójność powyższego podziału dotyczy głównie spółek z udziałem gminy, których status z punktu widzenia u.g.k. jest dwojaki. Realizacja zadań własnych gminy przez utworzoną w tym celu spółkę nie stanowi powierzenia tych zadań w trybie art. 3 u.g.k. Taka spółka realizująca zadania gminy, zgodnie ze swoją działalnością statutową, pomimo odrębności prawnej, działa jako przedsiębiorca publiczny. Z drugiej strony ustawodawca może nałożyć obowiązek przeprowadzenia przetargu w celu wyłonienia podmiotu realizującego zadania własne, obejmując tym obowiązkiem także spółki z udziałem gminy. Przykładem jest art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (u.u.p.c.g.), zgodnie z którym spółki komunalne nie mogą otrzymać zlecenia na wywóz odpadów komunalnych inaczej niż w drodze przetargu publicznego w trybie u.p.z.p. Wygrywając przetarg, realizują one wtedy zadania gminy nie w trybie art. 2 ale w trybie art. 3 u.g.k. (spółka gminna z punktu widzenia realizacji zadania jakim jest wywóz odpadów ma taki sam status, jak każdy inny przedsiębiorca uczestniczący w przetargu.).

Czy powyższy podział przeprowadzony na gruncie u.g.k. stanowi wyczerpujący katalog form działalności gminy? Odpowiedzi negatywnej na to pytanie udzielił SN w wyroku z 10 maja 2013 r. przy okazji przesądzając o gospodarczym charakterze działań gminy przy realizacji zadań własnych. Gmina, realizując zadania własne wymienione w art. 7 u.s.g. poprzez zawieranie umów mających charakter czynności z zakresu obrotu gospodarczego, jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 479² § 1 k.p.c. Zdaniem SN dla kwalifikacji określonej działalności jako gospodarczej

„nie ma znaczenia jej niezarobkowy charakter czy status podejmującego ją podmiotu (...). Działalność prowadzona przez gminę jest działalnością gospodarczą, jeśli odpowiada kryteriom tego rodzaju aktywności, posiada jej cechy charakterystyczne takie jak: fachowość, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, jest działaniem na własny rachunek, powtarzalnym, związanym z uczestnictwem w obrocie gospodarczym (...). Z art. 9 ust. 2 u.s.g. należy wyprowadzić wniosek, że gmina prowadzi działalność gospodarczą wówczas, gdy wykonuje zadania o charakterze użyteczności publicznej określone w art. 7 ust. 1 u.s.g., a w przypadkach określonych w odrębnych ustawach także w zakresie wykraczającym poza nie. Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, reguluje ustawa o gospodarce komunalnej. Wylczenie tych form w art. 2 u.g.k. jest jednak tylko przykładowe” (tak: postanowienie SN z 21 lipca 2011 r., V CZ 49/11, niepubl.). W postanowieniu z 19 października 1999 r., III CZ 112/99 (OSNC 2000, Nr 4, poz. 78) SN wyjaśnił dalej, „że to, czy danej działalności można przypisać cechy działalności gospodarczej, zależy od konkretnych okoliczności rozpoznawanej sprawy, a także od kontekstu prawnego, przy czym to ostatnie stwierdzenie nabiera aktualności zwłaszcza w odniesieniu do gmin, gdyż ich działalność nie ma jednorodnego charakteru, a cele tej działalności oraz sposoby ich osiągnięcia są bardzo różnorodne”. W kontekście powyższego orzeczenia warto za L. Kieresem odnieść się do pojęcia przedsiębiorcy publicznego w gospodarce komunalnej. Jego zdaniem: „obecność samorządu terytorialnego w stosunkach gospodarki rynkowej jest przedmiotem stałych dyskusji, w których ujawniają się zmienne i sprzeczne poglądy na temat celowości tego udziału. Kategoria przedsiębiorstwa, jako forma wykonywania tej aktywności, jest obecna w regulacjach prawa polskiego. Współczesne znaczenie tego pojęcia obejmuje jednostki (podmioty) o zróżnicowanym statusie podmiotowym. Pojęcie przedsiębiorstwa komunalnego jako odrębnej kategorii uczestniczenia gmin w systemie gospodarki rynkowej nie straciło całkowicie na znaczeniu. Obecne ma charakter zbiorczy. Uprawnione jest posługiwanie się nim przede wszystkim na oznaczenie wyróżnionych w prawie form organizacyjno-prawnych gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego. Wydaje się właściwe wiązanie go z pojęciem przedsiębiorstwa publicznego w znaczeniu, jakie nadają tej formie wykonywania władzy publicznej (dominujący wpływ) postanowienia prawa europejskiego oraz prawa polskiego”.

Przedsiębiorstwo komunalne było przejściową formą wykonywania zadań przez gminy. Ich sytuację wyznaczały odpowiednio stosowane przepisy ustawy o przedsiębiorstwach państwowych. Charakter formuły przedsiębiorstwa komunalnego potwierdzały regulacje, przyjmowane

po 1 lipca 1997 r. Wykonanie postanowienia art. 14 u.g.k wymagało bowiem podjęcia prawem przewidzianych czynności przez organy wykonawcze gmin, które zwlekały w wykonaniu tych obowiązków i utrzymywały dotychczasowe przedsiębiorstwa komunalne. Reakcją ustawodawcy na zaniechania gmin, co do obowiązku przekształcenia przedsiębiorstw komunalnych w jednoosobowe spółki, było przyjęcie 17 października 2003 r. ustawy o zmianie ustawy o gospodarce komunalnej. Utrzymała ona odpowiednie stosowanie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych do przedsiębiorstw komunalnych. Pozostaje natomiast kwestią oceny, czy i w jakim zakresie samo pojęcie „przedsiębiorstwa komunalnego” może nadal być pomocne w analizach na temat samorządowych jednostek organizacyjnych z uwzględnieniem aspektu przedmiotowego ich sytuacji prawnej (przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym).

Czy któraś z form realizacji zadań własnych gminy: bezpośrednia lub pośrednia, opisane powyżej jest preferowana przez ustawodawcę? Ustawa nie daje jednoznacznej odpowiedzi. S. Biernat analizując problematykę prywatyzacji w przełomowym opracowaniu pt. *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, wskazywał, iż wykonywanie zadań przez państwo staje się coraz trudniejsze, niekiedy wręcz niemożliwe. Wynika to zarówno z ograniczonych możliwości materialnych, kadrowych, poziomu wymaganych kwalifikacji i wyposażenia technicznego administracji publicznej, jak i rosnących oczekiwań, co do jakości usług. Bezpośrednia realizacja zadań przez administrację publiczną pociąga za sobą wysokie koszty, które bezpośrednio obciążają jej organy. Taka sytuacja przyczynia się do powstawania wzrostu zadłużenia wewnętrznego sektora publicznego. Druga grupa argumentów przemawiających na niekorzyść bezpośredniego realizowania zadań publicznych przez organy administracji publicznej dotyczy poziomu świadczonych usług. Wymagania konsumentów, jak również wzrost konkurencyjności ze strony przedsiębiorców prywatnych, specjalizujących się w usługach komunalnych, wskazuje na coraz mniejszą zasadność bezpośredniego świadczenia usług przez gminy. Administracja ze swej natury pozbawiona jest konkurencyjności, co wprost przekłada się na poziom świadczonych usług. Krytyka realizacji zadań publicznych przez administrację publiczną doprowadziła do konieczności poszukiwania alternatywnych modeli wykonywania tychże zadań, przy jednoczesnej redukcji kosztów działania administracji, jak i zapewnienia odpowiedniego standardu usług zaspokajających potrzeby mieszkańców gminy. Jednym z nich jest koncesja. Ponieważ u.s.g. przewiduje zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie formy wykonywania zadań przez gminę powyższy spór o formę realizacji zadań nie został przesądzony, każda z nich jest zatem równie uprawniona.

Decydując się na realizację własnymi siłami konkretnego zadania, gmina może utworzyć zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego.

Zakład budżetowy wydaje się prostszym rozwiązaniem. Nie stanowi on odrębnej osoby prawnej a jego działania utożsamiane są z działaniami gminy. W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej obie formy statuują oddzielny byt prawny.

3. Spółka z udziałem gminy

Zgodnie z art. 9 u.g.k. gmina może tworzyć spółki z o.o. lub akcyjne, a także przystępować do nich w charakterze udziałowca bądź akcjonariusza. Może także tworzyć spółki komandytowe lub komandytowo-akcyjne, o których mowa w art. 14 ust. 1 u.p.p.p. (przy czym te spółki nie stanowią przedmiotu dalszej analizy, gdyż stanowią wyłącznie formę PPP). Rada gminy, wskazując jako właściwą dla realizacji zadania formę spółki prawa handlowego, powinna określić dodatkowo w stosunku do k.s.h. zasady jej funkcjonowania, to jest:

- zakres działalności gospodarczej mieszczący się, co do zasady, w katalogu zadań określonych przez art. 7 u.s.g. poprzez wskazanie ich odpowiedników w Polskiej Klasyfikacji Działalności, o czym dalej,
- wysokość oraz formę pokrycia kapitału zakładowego w sposób gwarantujący realizację zadania np. przez wkład niepieniężny, w postaci infrastruktury komunalnej lub środków pieniężnych odpowiednich dla realizacji zadania,
- skład zarządu i rady nadzorczej odpowiadający art. 10a u.g.k,
- możliwość zmian w jej strukturze kapitałowej, przez uwzględnienie prywatyzacji spółki komunalnej, co ma znaczenie w świetle orzecznictwa ETS przytoczonego dalej.

Kwestia spółek z udziałem gminy jest kluczowa ze względu na pozycję, jaką zajmują one w gospodarce komunalnej. Z punktu widzenia dalszej analizy wykonują one zadania „wewnątrz” gminy (art. 2 u.k.g.) lub na „zewnątrz” (art. 3 u.k.g.). Konsekwencją takiego podziału jest obowiązek lub jego wyłączenie stosowania trybów przetargowych (z u.p.z.p. lub u.k.r.b.u.).

Ustawa o gospodarce komunalnej nie zawiera definicji spółki komunalnej, posługując się jedynie pojęciami: „spółka z udziałem jednostek samorządu terytorialnego” oraz „jednoosobowa spółka jednostek samorządu terytorialnego”. M. Szydło zdefiniował ogólnie komunalne osoby prawne jako „jednostki organizacyjne wyposażone w odrębną od macierzystej jednostki samorządu terytorialnego osobowość prawną, które są powiązane z macierzystą jednostką samorządową szeregiem więzów

(zależności), mających charakter funkcjonalny, organizacyjny i majątkowy. Więzy funkcjonalne oznaczają, że komunalna osoba prawna, 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. Więzy organizacyjne wyrażają się poprzez zwierzchnictwo macierzystej jednostki samorządu terytorialnego nad daną komunalną osobą prawną, przy czym zwierzchnictwo to, w zależności od rodzaju wchodzącej w grę osoby prawnej, może przybierać różne formy oraz kształt (przykładem tego rodzaju zwierzchnictwa jest uprawnienie jednostki samorządu terytorialnego do utworzenia, przekształcenia, podziału oraz zlikwidowania danej osoby prawnej, uprawnienie do ustalenia jej statutu lub innego aktu regulującego jej wewnętrzną organizację, uprawnienie do wyznaczania członków organu danej osoby prawnej itp.).” Tak jednostronne usytuowanie komunalnych osób prawnych nie jest oczywiste, spółki prawa handlowego z udziałem gminy często osiągają niezależność gospodarczą i finansową, np. rozszerzając zakres prowadzonej działalności.

Ustawa o gospodarce komunalnej nie zawiera legalnej definicji pojęcia „spółka komunalna”. W konsekwencji pojawiają się trudności z określeniem jej własnościowej struktury, aby mogła ona zostać jednoznacznie uznana za taką spółkę. W sporze prezentowane są trzy stanowiska. Pierwsze zakłada, że spółkami komunalnymi są jedynie te spółki kapitałowe, w których gminy posiadają wszystkie udziały bądź akcje, a więc których 100% kapitału zakładowego znajduje się w rękach gminy. SN przyjął, że: „spółki z o.o. mogą być państwowymi osobami prawnymi (...) tylko wtedy, gdy wszystkie udziały stanowią mienie państwowe”. Dlatego przez analogię, można założyć posiłkując się orzeczeniem SN, że spółka kapitałowa jest wtedy komunalną osobą prawną, jeżeli wyłącznym udziałowcem/akcjonariuszem pozostaje gmina.

Drugie stanowisko zakłada, że spółkami komunalnymi są takie, w których gmina posiada ponad 50% udziałów lub akcji w kapitale zakładowym, a więc spółki z większościowym udziałem gminy. Szukanie analogii między państwowymi a komunalnymi osobami prawnymi nie jest w pełni trafne. W Polsce mienie państwowe przysługuje Skarbowi Państwa albo innym osobom prawnym. Jednym z istotniejszych głosów w dyskusji jest także wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 29 czerwca 2007 r.: („Uznanie spółki kapitałowej za gminną osobę prawną następuje nie tylko w sytuacji, gdy gmina jest jedynym udziałowcem w spółce, ale także w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego posiada w spółce o kapitale mieszanym ponad 50% udziałów lub akcji”. Gmina (reprezentowana w spółce przez organ wykonawczy) nadal zachowuje

wpływ na jej działalność, tak jak w spółce z wyłącznym udziałem gminy, i jest jej organem założycielskim.

Według trzeciego poglądu, spółkami komunalnymi są takie spółki kapitałowe, w odniesieniu do których gminy mogą decydować o najistotniejszych sprawach, takich jak zmiana umowy (statutu) spółki, w tym zmiana przedmiotu prowadzonej przez nią działalności, połączenie się z inną spółką, rozwiązanie spółki, zbycie przedsiębiorstwa spółki itp. Prawną możliwość decydowania o tych wszystkich kwestiach daje gminom odpowiedni udział w kapitale zakładowym spółki, który w przypadku spółek z o.o. powinien wynosić $2/3$, zaś w przypadku spółek akcyjnych $3/4$. Pogląd ten jest ryzykowny, bowiem wielkość udziałów w kapitale spółki nie zawsze ma decydujący wpływ na zakres uprawnień wspólnika wobec spółki (dotyczy to także gminy, jako wspólnika). W przypadku spółek z mieszanym kapitałem może się zdarzyć, że inne podmioty zastrzegą dla siebie większy wpływ na działalność spółki, niż wynikałoby to z liczby posiadanych przez nie udziałów lub akcji (np. posiadają akcje/udziały uprzywilejowane lub w szczególny sposób zredagują postanowienia statutu/umowy założycielskiej). Spółkę komunalną powinno definiować się jako spółkę prawa handlowego (spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), która wypełnia zadania użyteczności publicznej, ponadto opracowała regulamin działania zatwierdzony przez gminę i w której działa rada nadzorcza, a samorząd kontroluje jej kapitał w minimum 50%.

Zgodnie z poglądem M. Szydły spółka komunalna posiada także status przedsiębiorcy publicznego w rozumieniu przepisów ustawy z 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców: „Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 tej ustawy pod pojęciem przedsiębiorcy publicznego należy rozumieć »każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno-prawną, w szczególności spółkę handlową, spółdzielnię, przedsiębiorstwo państwowe, towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych oraz bank państwowy, na którego działalność organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty«. Ów »decydujący wpływ« organu publicznego na dany podmiot (przedsiębiorcę) wyraża się przy tym poprzez »bezpośrednie lub pośrednie oddziaływanie na jego działalność, polegające na: a) dysponowaniu większością głosów w organach przedsiębiorcy (zależnego) lub b) uprawnieniu do powoływania lub odwoływania większości członków organów przedsiębiorcy (zależnego) lub c) sytuacji, w której więcej niż połowa członków zarządu drugiego przedsiębiorcy (zależnego) jest jednocześnie członkami zarządu, prokurentami lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego przedsiębiorcy

bądź innego przedsiębiorcy pozostającego z tym pierwszym w stosunku zależności lub d) zdolności do decydowania w inny sposób o kierunkach działalności przedsiębiorcy (zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie tym przedsiębiorcą» (art. 2 ust. 1 pkt. 3 powołanej ustawy)”.

Powierzenie tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań publicznych materializuje się w uchwale rady gminy o jej powołaniu oraz w akcie założycielskim spółki z o.o., lub statucie spółki akcyjnej. Elementem obu aktów jest wskazanie celu powołania spółki, a co za tym idzie przedmiotu jej działania.

Katalog zadań gminy określony przez art. 7 ustawy o samorządzie gminnym znajduje odzwierciedlenie w klasyfikacji działalności gospodarczej (PKD). Zgodnie z podziałem form realizacji zadań własnych gminy pomiędzy art. 2 i 3 u.g.k., to co dla gminy stanowi zadanie własne, dla przedsiębiorcy (w przypadku powierzenia zadania), stanowi przedmiot działalności gospodarczej. To samo zadanie w jednej gminie może być realizowane bezpośrednio przez nią (lub jej zakład budżetowy), w drugiej może stanowić przedmiot działalności gospodarczej przedsiębiorcy, któremu zostało powierzone. W przypadku powierzenia zadania własnego gminy na rzecz jej spółki, ta ostatnia realizuje je w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Oczywiście zakres działalności opisany w PKD jest szerszy i dla przykładu powierzenie spółce komunalnej transportu drogowego oraz utrzymania gminnych obiektów drogowych nie rodzi po jej stronie obowiązku budowy autostrady, do czego może odsyłać pełen zakres o numerze PKD 42.11. Z.

Spółka komunalna zostaje wyposażona w przez gminę w majątek niezbędny do prowadzenia działalności statutowej. Wnosząc infrastrukturę komunalną do spółki, gmina przenosi jej własność (lub inne prawa rzeczowe np. użytkowanie wieczyste nieruchomości), jednocześnie sama się jej wyzbywając. Tym samym gmina traci faktyczną możliwość bezpośredniej realizacji zadania. Można zastosować pewien skrót myślowy, że wyposażając spółkę w infrastrukturę niezbędną do realizacji zadania własnego (wodociągi, oczyszczalnia ścieków, składowisko odpadów, ciepłownia), gmina przenosi na spółkę obowiązek realizacji zadania związanego z wnoszonym majątkiem. Podjęcie uchwały przez radę gminy nie stanowi udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt. 13 ustawy prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.), pomimo że w ten sposób rozporządza ona mieniem komunalnym. Tytułem do wykonywania przez spółkę komunalną określonych zadań jest uchwała rady gminy oraz akt o utworzeniu spółki i wyposażeniu jej w majątek.

W przypadku wyboru spółki gminnej jako formy wykonywania zadań własnych gminy istotne jest to, że taka spółka będzie mieć osobowość prawną, odrębną od gminy (art. 40 § 3 k.c.). Gmina zachowuje decydu-

jący wpływ na działalność utworzonej przez siebie spółki (art. 156 k.s.h.). Zgodnie z art. 13 u.g.k. spółka utworzona przez gminę określa w regulaminie zasady korzystania z usług publicznych świadczonych przez spółkę, a także obowiązki spółki wobec odbiorców usług. *Ratio legis* tego przepisu zakłada, że utworzenie spółki prawa handlowego jest jedną z form wykonywania zadań własnych gminy.

4. Powierzenie zadań spółkom komunalnym

Zgodnie z art. 2 u.g.k. gospodarka komunalna może być prowadzona przez samorządowy zakład budżetowy lub spółki prawa handlowego. Natomiast w art. 3 u.g.k. ustawodawca dopuścił powierzenie przez gminę „wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej”. Warto zwrócić uwagę na szczególną formę, jaką stanowi powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej spółce prawa handlowego utworzonej przez gminę. Sytuacja ta podlega szczególnej regulacji. Takie stanowisko zajął między innymi NSA w wyroku z 11 sierpnia 2005 r., w którym stwierdził, że: „Przepisy art. 2 i 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej dotyczą niewątpliwie dwóch różnych sytuacji zasygnalizowanych w art. 9 ust.1 ustawy o samorządzie gminnym. Skoro ustawodawca dostrzega i uznaje odmiennosc obu przywołanych sytuacji, dając temu wyraz w art. 9 ust. 1 u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p., art. 8 ust. 1 u.s.w, oraz art. 2 i 3 ust. 1 u.g.k., to interpretując te przepisy w duchu wspólnotowego prawa oraz podążając konsekwentnie śladem aksjologicznych preferencji ustawodawcy, można przyjąć, że wprowadzają one odmienny reżim prawny dla umów zawieranych przez samorząd z jego spółkami komunalnymi”. Wyrok NSA dostarcza istotnych argumentów na rzecz stanowiska, że na gruncie polskiego prawa istnieją wyraźne przesłanki dla wypracowanej przez ETS koncepcji zamówień wewnętrznych (*in house*), które to pojęcie zostanie rozwinięte poniżej.

W tym samym wyroku NSA stwierdził, że: „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie – przez utworzoną tym celu jednostkę organizacyjną, siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania”. W odniesieniu do przedsiębiorstw komunalnych stwierdzenie to może być prawdziwe co do zasady jedynie wtedy, gdy gmina w akcie założycielskim wyposaża spółkę w majątek, który zapewni tej ostatniej

samofinansowanie działalności. Przykładowo, gmina zlecając spółce prowadzenie gospodarki wodno-kanalizacyjnej wnosi aportem infrastrukturę wodno-kanalizacyjną, zapewniając przedsiębiorstwu komunalnemu możliwość finansowania działalności z opłat za dostawę wody i odprowadzanie ścieków od odbiorców usług. Jeżeli w akcie założycielskim spółki komunalnej taka dyspozycja majątkiem nie nastąpi, gminie pozostanie możliwość umownego (czyli przetargowego) powierzenia spółce wykonywania określonych zadań komunalnych, na zasadach opisanych w u.g.k.

Bezprzetargowe powierzenie zadań pozostaje w sprzeczności z poglądami ukształtowanymi przez doktrynę. „Wobec fundamentalnej zasady równości podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym nie jest możliwe preferowanie gminy, zarówno w jej stosunkach z podmiotami innymi niż komunalne, jak i w stosunkach z utworzonymi przez nią osobami prawnymi, w szczególności ze spółkami. Dotyczy to w szczególności powierzenia na podstawie art. 3 u.g.k. spółkom gminy wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej. Udzielenie zamówienia spółce, w której uczestniczy gmina, powinno nastąpić zgodnie z zasadami obowiązującymi inne podmioty. Uprzywilejowanie spółek z udziałem gminy stanowiłoby także naruszenie art. 4 pkt 2 in fine ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów poprzez podział rynku według kryteriów podmiotowych”.

Wykorzystywanie konstrukcji zamówienia wewnętrznego przy wykonywaniu zadań własnych z zakresu gospodarki komunalnej, dopuszczalne jest w orzecznictwie ETS, natomiast w Polsce brakuje ustawowych regulacji w tej kwestii. Na marginesie można tylko dodać, że art. 2 u.g.k. nie daje podstaw do użycia sformułowania „zamówienie wewnętrzne”. Reguluje on zasadę działania gminy przez spółkę. Trybunał zgadzał się, że pod pewnymi warunkami, wąsko rozumianymi i rygorystycznie przestrzegany, zamawiający może zawrzeć umowę odpłatną na dostawę, usługi bądź roboty budowlane z podmiotem trzecim, będącym odrębną osobą, ale równocześnie kontrolowanym przez tego zamawiającego, z pominięciem procedur określonych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Umowa taka nie jest bowiem zamówieniem publicznym, a tzw. zamówieniem wewnętrznym – *in-house sensu largo*.

O zamówieniu *in-house* mówimy w sytuacji, gdy podmiot publiczny, np. gmina, zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich jednostek organizacyjnych. Podmiot kontrolowany musi wykonywać większą część swojej działalności na rzecz kontrolującego go podmiotu publicznego. Definicja zamówienia *in-house* została zaczerpnięta z wyroku ETS z dnia 18 listopada 1999 r. wydanego w sprawie C-107/98 Teckal przeciwko Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia

pkt 49–50. Sprawa tocząca się przed sądem krajowym dotyczyła zlecenia przez organ samorządu terytorialnego przedsiębiorstwu AGAC zarządzania usługami grzewczymi w budynkach komunalnych z wyłączeniem przepisów o udzielaniu zamówień publicznych. AGAC było konsorcjum ustanowionym przez kilka gmin włoskich, jednakże posiadającym osobowość prawną i autonomię. W wyroku z 18 listopada 1999 r. ETS zajął się koniecznością stosowania przez organy samorządu terytorialnego przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w sytuacji, gdy zawierają one umowy z podmiotami przez siebie utworzonymi i kontrolowanymi. Czy w takiej sytuacji istnieje obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych? Trybunał uznał, że dopuszczalny jest wyjątek, polegający na możliwości udzielenia odpłatnego zamówienia spółce komunalnej, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- organ władzy lokalnej ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do przysługujących mu wobec własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności wywiera wpływ na strategiczne, jak również inne znaczące decyzje, a zarząd spółki nie może posiadać szerokich uprawnień w zakresie zarządzania spółką, które mogłyby sprawować w sposób autonomiczny,
- osoba ta wykonuje istotną część swojej działalności wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami,
- podmiot (wykonawca) wykonuje istotną, czy też swoją podstawową, działalność wspólnie ze sprawującym nad nim taką kontrolę organem lub organami,
- zakres działalności spółki nie wykracza poza obszar tej władzy lokalnej.

Orzeczenie to zapoczątkowało całą linię orzeczniczą ETS dotyczącą zamówień *in-house*, którą z pewnym uogólnieniem przedstawiam poniżej. ETS niejednokrotnie odwoływał się do orzeczenia w sprawie Teckal, za każdym razem potwierdzając, iż nie jest zamówieniem publicznym sytuacja, gdy podmiot publiczny zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami oraz gdy taki podmiot wykonuje zasadniczo swoją działalność na rzecz podmiotu publicznego lub takich podmiotów nad którymi sprawuje kontrolę.

W orzeczeniu w sprawie Teckal ETS nie udzielił wskazówek, jak rozumieć użyte przez niego sformułowania: (1) „kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami” oraz (2) „zasadnicza część działalności”. Dlatego w kolejnych orzeczeniach Trybunał usiłował wyjaśnić znaczenie tych pojęć, przede wszystkim pierwszego. W orzeczeniu z 11 stycznia 2005 r., w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, rozważając przypadek udzielenia przez gminę

zamówienia spółce, w której gmina ta pośrednio dysponowała większością udziałów, zaś pozostała część była w posiadaniu prywatnego podmiotu, ETS uznał, że gmina w takiej sytuacji nie ma możliwości sprawowania nad spółką kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami. Czasami nawet mniejszościowe udziały przedsiębiorcy prywatnego w kapitale spółki, w której udziały należą również do instytucji zamawiającej, wyklucza możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami. Trybunał odwołał się przy tym do argumentu, że udzielenie zamówienia przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania usługodawców, leżącej u podstaw dyrektywy Rady 92/50. W rezultacie ETS orzekł, iż: „w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitał ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny być stosowane”. W literaturze zauważono, iż w cytowanym orzeczeniu Trybunał po prostu stwierdził wprost to, co wcześniej było przyjmowane w orzecznictwie w sposób dorozumiany.

Warto podkreślić, że samo posiadanie przez instytucję publiczną całości kapitału zakładowego przedsiębiorcy, któremu ma być udzielone zamówienie *in-house*, nie przesądza jeszcze o spełnieniu pierwszego warunku z orzeczenia w sprawie Teckal. Takie stanowisko zajął Trybunał m.in. w orzeczeniu z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA. ETS zalecił dokonywanie oceny spełniania warunku analogicznej kontroli w sposób kompleksowy, uwzględniając wszystkie przepisy prawne i okoliczności tak, aby nie było wątpliwości, że instytucja publiczna ma decydujący wpływ na całe strategiczne oraz ważne decyzje podejmowane przez przedsiębiorstwo, któremu udzielono zamówienia. Kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą musi mieć stały charakter. Jeżeli zarząd spółki ma pełne i niczym nieograniczone kompetencje do prowadzenia spraw wynikających ze zwykłego zarządu, jak też spraw wykraczających poza ten zakres, bez zastrzeżenia dla instytucji zamawiającej żadnych kompetencji w tej sferze, spółka taka nie spełnia przesłanek do zastosowania zamówień *in-house*.

Z kolei w sprawie z 13 października 2005 r., w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, Trybunał bardzo precyzyjnie określił katalog przypadków, które w sposób istotny osłabiają kontrolę instytucji zamawiającej sprawowaną nad przedsiębiorstwem, któremu ma zostać udzielone zamówienie. Rozważa-

jąc przypadek udzielenia przez gminę koncesji na usługi spółce, w której ta gmina posiadała 100% akcji, ETS przyjął, iż sam ten fakt nie wystarczy by uznać, że zachodzi przesłanka kontroli analogicznej do tej, jaką podmiot publiczny sprawuje nad własnymi służbami. W każdej sytuacji konieczne jest dokonanie dalszych ustaleń, przede wszystkim dokładne zbadanie stosunków korporacyjnych. Oceniając charakter tej kontroli ETS przeanalizował powstanie spółki oraz fakt, że została ona poddana prawom rynku, o czym świadczyło że:

- przedsiębiorstwo komunalne przekształciło się w spółkę akcyjną,
- spółka rozszerzyła działalność na nowe sektory, m.in. w zakresie przewozu osób i towarów, informatyki oraz telekomunikacji,
- nastąpiło otwarcie spółki na kapitał zewnętrzny,
- poszerzony został terytorialny zakres działalności na całe Włochy i zagranicę,
- przyznano znaczne uprawnienia zarządowi spółki, praktycznie bez żadnej kontroli ze strony gminy w zakresie zarządzania przedsiębiorstwem.

Trybunał odmówił kwalifikacji takiego zamówienia jako *in-house*, uzasadniającę rezygnację z publicznego przetargu poprzedzającego udzielenie zamówienia. Odnosząc się do drugiego warunku postawionego w orzeczeniu Teckal, tj. wykonywania przez podmiot przyjmujący zamówienie *in-house* zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej, wobec braku jakichkolwiek wskazówek interpretacyjnych, zasadne wydaje się kierowanie wytyczną Komisji, zgodnie z którą: „wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części swojej działalności na rzecz podmiotu kontrolującego ma miejsce, gdy podmiot zależny jedynie wyjątkowo realizuje zamówienia na rzecz osób trzecich”.

Orzecznictwo ETS zostało uwzględnione w dyrektywie 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, prowadząc do ustalenia nowych zasad udzielania zamówień publicznych i uchylenia dyrektywy 2004/18WE. Jej przepisy wyraźnie regulują zasady udzielania zamówień podmiotom zależnym (powiązanym), typu *in-house*. Warunki udzielania zamówień pomiędzy podmiotami sektora publicznego (tj. bez konieczności stosowania przepisów prawa zamówień publicznych) w sposób szczegółowy określa § 12 dyrektywy 2014/24/UE. Wynika z niego że, zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem jej stosowania, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą;

- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Przyjmuje się, że instytucja zamawiająca (w tym przypadku gmina) sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Analogiczne rozwiązanie zawiera nowa dyrektywa koncesyjna, zgodnie z którą koncesje udzielone kontrolowanym osobom prawnym nie powinny podlegać jej procedurom, jeżeli „koncesjodawca, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem, że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80% swojej działalności, wykonując zadania powierzone jej przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję lub podmiot zamawiający, niezależnie od tego, kto odnosi korzyści z realizacji koncesji”.

Zawarcie umowy koncesji podobnie jak udzielenie zamówienia publicznego, może być poprzedzone (po implementacji obu przywołanych powyżej dyrektyw do polskiego prawa) zastosowaniem szczególnego trybu jakim jest zamówienie wewnętrzne. Ustawodawca unijny przewidział możliwość powierzenia wewnętrznego z pominięciem procedur przetargowych, o ile spełnione są określone powyżej przesłanki. Zatem na rynku usług komunalnych nadal będą funkcjonowały podmioty wyłonione w drodze transparentnych przetargów w tym koncesyjnych, jak i takie, którym te zadania zostały powierzone wewnętrznie z pominięciem procedur przetargowych. Kolejne lata funkcjonowania samorządu terytorialnego pozwolą ocenić, czy są to formy równie efektywne dla realizacji gospodarki komunalnej.

5. Podsumowanie

Regulacja zarówno umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak i zamówień publicznych wymaga dostosowania do wskazanych powyżej dyrektyw. Jednym z problemów jest kwestia implementacji przepisów o zamówieniach „in house” jako wyjątku od obowiązku powierzania zadań publicznych w drodze publicznych i transparentnych przetargów.

Zamówienia „in house” to sposób na utrzymanie usług komunalnych w rękach przedsiębiorców komunalnych, natomiast przeciwstawną formą realizacji usług jest ich powierzenie w trybie przetargowym. O ile kwestia korzystania przez gminy z możliwości realizacji zadań komunalnych w trybie art. 2 u.g.k. wymaga regulacji, o tyle zamówienia „in house” powinny zostać wyraźnie wskazane jako wyjątek. Istnieją sektory, w których zamówienia „in house” zostały wyłączone – należy do nich gospodarka odpadami komunalnymi. Trzy lata po nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, polegającej na obowiązku organizowania przetargu na wybór przedsiębiorcy prowadzącego gospodarkę odpadami, zauważalny jest silny wzrost konkurencji w tej działalności. Konkurencja przejawia się zarówno w kształtowaniu cen jak i jakości usług. Kierunek ten zdaje się osiągać zamierzone cele.

W przypadku dopuszczenia zamówień „inhouse”, po spełnieniu określonych przesłanek, konieczne jest wprowadzenie środków odwoławczych od decyzji o skorzystaniu przez organy gminy z takiej formy realizacji zadań z pominięciem trybów przetargowych.