



Prezydent Miasta Sopotu

Sopot, 11.10.2013r.

IOŚ.074.7.2013.I

**Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Gdańsku**

W odpowiedzi na wystąpienie pokontrolne - pismo nr LGD-4112-005-01/2013 z dnia 02 października 2013r. (data wpływu 07.10.2013r. niniejszym wyjaśniam:

- I. W dniu 10 października 2013 Prezydent Miasta Sopotu polecił Dyrektorowi Zakładu Oczyszczania Miasta Sopotu przeprowadzenie postępowania przetargowego na odbiór zmieszanych odpadów komunalnych z nieruchomości objętych nowym systemem odbioru odpadów komunalnych.
- II. W uzupełnieniu do przekazanego w trakcie kontroli materiału dowodowego przesyłam opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą: *zlecania przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonymi przez te gminy – zamówienia in house*. W przedmiotowej opinii przytoczony został art. 7 ust 1 ustawy o samorządzie gminnym, wskazujący zadania własne gminy oraz wskazano podmioty, którym gmina może powierzać zadania bez łamania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie tzw. „*zamówienia in house*” tj. zamówienie udzielone przez instytucję zamawiającą podległym sobie podmiotom. W wystąpieniu pokontrolnym NIK wskazano, że wybór podmiotu odbierającego odpady komunalne od mieszkańców „powinien odbywać się w drodze przetargu w trybie ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych”. W tym miejscu należy zauważyć, że o ile art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wykluczył możliwość zlecania spółkom z udziałem gminy odbioru odpadów komunalnych w trybie „*zamówień in house*”, to w świetle opinii Urzędu Zamówień Publicznych wskazującej, że „*zamówieniem in house*” jest realizacja zadań własnych samorządu również w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowego zakładu budżetowego) ustawodawca w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wypowiedział się w tym zakresie w stosunku do pozostałych jednostek organizacyjnych gminy tj. samorządowych zakładów budżetowych. Tym samym uważam, że Gmina Miasta Sopotu nie naruszyła prawa w zakresie będącym przedmiotem kontroli.

Z up. PREZYDENTA MIASTA

Bartosz Piotrusiewicz
WICEPREZYDENT MIASTA

Załącznik:

Kopia opinii prawnej z informatora Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2011



Urząd Miasta Sopotu
ul. Tadeusza Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot
tel.: (+48 58) 52 13 601, fax: (+48 58) 551 01 33
www.sopot.pl

OPINIE PRAWNE

Zlecanie przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy – zamówienia in house

Zagadnienie prawne zlecania przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy wiąże się z problematyką udzielania przez podmioty zamawiające tzw. „zamówień in house”. Pojęcie to zostało wykształcone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) i obejmuje ono zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom.

W odniesieniu do tej kategorii zamówień mamy do czynienia z utrwalonym już orzecznictwem ETS, zgodnie z którym nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek⁶.

W przypadku takich zamówień mamy w istocie do czynienia z powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej jednostce organizacyjnej, wykonywanym w imieniu i na rachunek tej jednostki. Nie zmienia to jednak charakteru wykonywanych zadań jako zadań o charakterze użyteczności publicznej (art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym - Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, ze zm.).

W tym miejscu należy wskazać, iż w świetle postanowień art. 9 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 2 i 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce

⁶ Zob. wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa) teza 55 oraz powołane tam orzecznictwo. Tekst wyroku dostępny na portalu EUR-lex (<http://eur-lex.europa.eu/pl/index.htm>). Zob. też wyrok z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz przegląd orzecznictwa ETS w: M. Lemke, D. Piasta: *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, UZP, Warszawa 2006, s. 28-36.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2011

komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, ze zm.) gminy (szerzej jednostki samorządu terytorialnego) mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy),
- w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), jak też spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100),
- poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej).

Wybór określonej formy prawnej wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej (zob. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2005 r., sygn. akt II SA/Wr 169/05). Oznacza to, iż powierzenie realizacji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego leży w kompetencji organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego (rady gminy). Przy czym ustawa o gospodarce komunalnej, jak też ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), nie zastrzegają żadnych wymogów formalnych, co do formy takiego powierzenia. Z tych względów przy ocenie powierzenia zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego podstawowe znaczenie winny mieć przepisy regulujące formy prowadzenia gospodarki komunalnej.

Powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego powołanej w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05, Lex nr 155826). W wyroku tym NSA stwierdził, iż „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2011

życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. (...) W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę". Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2445/05, Lex nr 191962). W wyroku tym WSA stwierdził, że „Skoro więc ustawodawca w art. 2 ustawy (...) o gospodarce komunalnej (...) przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nie posiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych - to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina będąc udziałowcem lub akcjonariuszem - decyduje o byciu prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilno-prawnej. W pierwszym, więc przypadku, wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy.”

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku powierzenia przez gminę zadań własnej spółce prawa handlowego posiadającej status komunalnej osoby prawnej, w której gmina posiada cały kapitał zakładowy (100%), jest spełniony warunek posiadania kontroli przez instytucję zamawiającą. W takim bowiem przypadku gmina zachowuje wyłączną możliwość decydowania o sprawach spółki (pełną kontrolę nad spółką).

Zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 tej ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Wskazany art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zawiera przykładowy katalog zadań użyteczności publicznej stanowiących zadania własne gminy. W świetle tego przepisu zadania własne gminy obejmują m.in. sprawy gospodarki nieruchomościami (art. 7 ust. 1 pkt 1). Tak więc zadania obejmujące gospodarowanie (zarządzanie) nieruchomościami komunalnymi stanowią zadania użyteczności publicznej.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2011

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż gmina może utworzyć spółkę prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych np. w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi. Powierzenie przez gminę takiej spółce wykonywania powyższych zadań, przy założeniu, iż posiada ona cały kapitał zakładowy tej spółki, nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Takie działanie gminy mieści się w dopuszczonych prawem granicach zasad i form prowadzenia gospodarki komunalnej ustanowionych w przepisach ustawy o gospodarce komunalnej.