

**UCHWAŁA NR LXVIII/483/23
RADY MIEJSKIEJ W GRYFINIE**

z dnia 2 marca 2023 r.

w sprawie wyboru sposobu prowadzenia i formy gospodarki komunalnej i powierzenia realizacji zadań własnych Gminy Gryfino Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Gryfinie.

Na podstawie art. 6, art. 7 ust. 1 pkt 2, 3, 12, 13, 15 oraz art. 18 ust 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40) oraz art. 2, art. 3 i art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2021 r. poz. 679), uchwała się co następuje:

§ 1. Postanawia się, iż gospodarka komunalna na terenie Gminy Gryfino w zakresie:

- 1) utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych na terenach gminnych, z wyłączeniem zadań, których realizacja wymaga przeprowadzenia przetargu zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
- 2) gminnych dróg, ulic, mostów, placów,
- 3) kanalizacji deszczowej, fontann i studni publicznych na terenach gminnych,
- 4) zieleni gminnej i zadrzewień,
- 5) cmentarzy gminnych,
 - prowadzona będzie w formie spółki prawa handlowego ze 100% udziałem Gminy Gryfino w kapitale zakładowym.

§ 2. 1. Powierza się realizację zadań własnych Gminy Gryfino, o których mowa w § 1, jednoosobowej spółce Gminy Gryfino - Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Szczecińskiej 5, 74-100 Gryfino, KRS 0000133946, zwanej dalej "Spółką", do 31 grudnia 2032 r.

2. Powierzone zadania będą realizowane na terenie Gminy Gryfino przez świadczenie usług mających na celu zapewnienie mieszkańcom Gminy Gryfino dostęp i możliwość korzystania z gminnych obiektów i infrastruktury komunalnej oraz urządzeń użyteczności publicznej zlokalizowanych w granicach gminy Gryfino, w szczególności poprzez:

- 1) wykonywanie robót interwencyjnych, utrzymaniowych, remontowych i zabezpieczających na drogach, mostach, placach, ścieżkach rowerowych,
- 2) wykonywanie robót związanych z urządzeniami i elementami bezpieczeństwa ruchu na drogach, mostach, placach, ścieżkach rowerowych,
- 3) zimowe i letnie utrzymanie dróg, mostów, placów, ścieżek rowerowych,
- 4) administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy,
- 5) utrzymanie zieleni, w tym zieleni przydrożnej, poprzez sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów,
- 6) wykonywanie prac interwencyjnych i utrzymaniowych wiat przystankowych,
- 7) wykonywanie prac interwencyjnych, utrzymaniowych i remontowych na sieci i urządzeniach kanalizacji deszczowej,
- 8) oczyszczanie dróg, ulic, chodników, placów i innych terenów, w tym utrzymanie i opróżnianie koszy ulicznych, pojemników na odpady, słupów ogłoszeniowych, witaczy oraz urządzeń "city-light",
- 9) wykonywanie prac związanych z montażem, utrzymaniem i konserwacją ławek,
- 10) wykonywanie prac związanych z obsługą świąt okolicznościowych, w tym zakup i wywieszanie flag masztowych,
- 11) utrzymanie, oczyszczanie i konserwacja fontann i studni publicznych.

3. Powierzone Spółce zadania mają charakter usług publicznych, świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i będą realizowane poprzez zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców Gminy Gryfino, w ramach działalności Spółki, z uwzględnieniem postanowień Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. (Dz. Urz. UE. L 7/3 z 2012 r.).

§ 3. 1. Szczegółowy zakres powierzenia oraz zasady przekazywania Spółce rekompensaty za świadczenie usług publicznych, zostaną określone w umowie wykonawczej. Umowa ta określi w szczególności:

- 1) szacowaną wysokość i sposób obliczenia rekompensaty z tytułu wykonywania przez Spółkę zadań powierzonych,
- 2) zasady kontrolowania i rozliczania rekompensaty,
- 3) zasady postępowania w przypadku wystąpienia nadwyżek lub niedoborów rekompensaty,
- 4) standardy jakościowe wykonywania zadań powierzonych,
- 5) zakres monitorowania i kontroli przez Gminę realizacji przez Spółkę powierzonego zadania,
- 6) odpowiedzialność Spółki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie powierzonego zadania.

2. Umowa wykonawcza na realizację zadań powierzonych wskazanych w § 1 pkt 1, 3, 4, 5 może zostać zawarta po rozwiązaniu lub wygaśnięciu obecnie obowiązującej umowy zawartej między Gminą Gryfino i Spółką o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie w okresie 2021-2023 na terenie Gminy Gryfino usług komunalnych.

§ 4. Wykonanie powierza się Burmistrzowi Miasta i Gminy Gryfino.

§ 5. Uchwała wchodzi w życie po upływie 14 dni od ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Województwa Zachodniopomorskiego.

PRZEWODNICZĄCY RADY

Rafał Guga

UZASADNIENIE

Stosownie do art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 40) w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym organizacjami pozarządowymi. W ust. 3 wskazano, że formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa. Zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Dla pełnego obrazu podstawy prawnej zobligowania prywatnych podmiotów do realizacji zadań publicznych konieczne jest uwzględnienie korespondującej z powyższą regulacją ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Gospodarką komunalną w świetle art. 1 powyższej ustawy jest wykonywanie przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Przepis art. 2 u.g.k. stanowi, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Z kolei jak stanowi art. 3 u.g.k. jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398, z późn. zm.) oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów:

- 1) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 i 2275);
- 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z późn. zm.);
- 3) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1057);
- 4) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1944 i 2400);
- 5) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, 1655 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 2275).

Natomiast w myśl art. 9 ust. 1 u.g.k. jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Spółka taka może zatem zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania przez daną jednostkę samorządu terytorialnego należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki jest wykonywanie zadań publicznych (własnych bądź zleconych), należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła.

Zestawienie powyższych przepisów prowadzi do konkluzji, że podstawą powierzenia wykonywania zadań publicznych jest sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. 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. Tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z podmiotem od gminy niezależnym organizacyjnie i gospodarczo jego zaangażowanie w wykonywanie gminnych zadań użyteczności publicznej odbywa się na zasadach ogólnych, a więc z wykorzystaniem umowy.

Gmina jest uprawniona do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka taka stanowi instrument, za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. Spółka taka może zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania przez daną jednostkę samorządu terytorialnego należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki jest zatem wyłącznie wykonywanie zadań publicznych (własnych bądź zleconych), należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła. Przedmiot działania takiej spółki przede wszystkim określony powinien być w akcie powołującym ten podmiot do życia, który zarazem stanowi podstawę zlecenia spółce wykonywania zadań publicznych jednostki samorządu terytorialnego. Jednostka samorządu terytorialnego uprawniona jest do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym) i spółka taka stanowi instrument, za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. Uchwała powierzająca takiej spółce wykonywanie zadań własnych gminy stanowi zarazem podstawę zlecenia spółce wykonywania tych zadań (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 grudnia 2015 r. II OSK 2590/15).

Z powierzeniem wykonywania zadań publicznych dla spółek komunalnych jednostek samorządu terytorialnego łączy się pojęcie tzw. „zamówieniem in house”. Pojęcie to wykształciło się na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i obejmuje swoim zakresem zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom. Wyróżnić można:

- a) zamówienia in house sensu stricto - transakcje, w których podmiot prawa publicznego udziela zamówienia jednej ze swych jednostek organizacyjnych, nieposiadającej osobowości prawnej;
- b) zamówienia in house sensu largo - sytuacje, w których instytucje zamawiające zawierają umowy z kontrolowanymi przez siebie spółkami posiadającymi osobowość prawną.

Zlecenie przez gminy zadań własnym spółkom prawa handlowego wiąże się z problematyką udzielania przez podmioty zamawiające zamówień in house w znaczeniu szerokim. Na przelomie lat w orzecznictwie ETS utrwalił się pogląd, zgodnie z którym jeżeli zostaną spełnione dwa podstawowe warunki obowiązek ogłaszania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takiej sytuacji zostanie wyłączone. Po pierwsze – zadania muszą być powierzane tzw. „podmiotom wewnętrznym”. Po drugie - podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek.

Instytucja podmiotu wewnętrznego, znana jest prawnym wspólnotowemu jako wynik wykładni prawa wspólnotowego dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS). Doczekała się ona nawet niedawno zdefiniowania w Rozporządzeniu WE nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Jak wynika z art. 2 lit j) rozporządzenia za „podmiot wewnętrzny” uważa się prawnie odrębną jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli nad własnymi służbami. Najważniejszym spośród orzeczeń ETS formułujących instytucję podmiotu wewnętrznego pozostaje do dziś wyrok w sprawie C-107/98, Teckal, w którym ETS stwierdził, że organ administracji będący zamawiającym nie jest zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych, jeżeli powierza wykonywanie usług w ogólnym interesie gospodarczym podmiotowi, nad którym sprawuje kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. W następnych orzeczeniach ETS doprecyzowywał wykładnię powyższych kryteriów. W wyroku w sprawie C-26/03, Stadt Halle i inni, ETS wskazał, że posiadanie przez podmiot prywatny nawet mniejszościowego udziału w kapitale spółki zależnej zamawiającego wyklucza możliwość sprawowania przez zamawiającego kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami. W wyroku w sprawie C-458/03, Parking-Brixen, ETS uznał, że poddanie podmiotu zależnego zamawiającego prawom rynku, przykładowo poprzez rozszerzenie przedmiotowe i terytorialne prowadzonej przez niego działalności, otwarcie się na kapitał zewnętrzny czy przyznanie znacznych uprawnień władczych zarządowi, powoduje, że nie można mówić o dalszym wykonywaniu przez zamawiającego kontroli nad podmiotem zależnym.

W związku z powyższym w sytuacji powierzenia przez gminę zadań spółce prawa handlowego posiadającej status komunalnej osoby prawnej, w której gmina posiada cały kapitał zakładowy (100%) jest równoznaczne ze spełnieniem pierwszego z wymaganych warunków, tj. posiadania przez podmiot zamawiający (gminę) kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami.

Stanowisko powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie krajowym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2445/05, Lex nr 191962) wyjaśnił, 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 bycie 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”.

Do 31 grudnia 2016 r. powierzenie na rzecz podmiotu wewnętrznego zadań własnych gminy dokonane mogło być na podstawie tzw. umowy wykonawczej o świadczenie usług publicznych w trybie in house – na zasadach i w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz regulacje prawa Unii Europejskiej, takie jak Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Decyzja SGEI) oraz art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., nr 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Z powyższego wynikała konieczność opracowania projektu umowy powierzenia zadań tzw. umowy wykonawczej o świadczenie usług publicznych w trybie in house - na zasadach i w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz regulacje prawa Unii Europejskiej.

Na skutek nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP), wdrożonej ustawą o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), a mającej na celu wdrożenie regulacji Dyrektywy do prawa

polskiego, wprowadzono możliwość bezprzetargowego, w trybie z wolnej ręki, powierzenia wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz podmiotu wewnętrznego, jednakże wskazać należy, że nowelizacja nie przewidywała wprowadzenia instytucji powierzenia in-house w postaci powierzenia poza rygiem zamówień publicznych, a jedynie wprowadzono wyłączenia dotyczące tzw. zamówień typu in-house - jako przesłankę zastosowania trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy w brzmieniu od 1.1.2017 r) - pozostawiając jednakże co do zasady zastosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych do tego typu powierzeń.

Z dniem 1 stycznia 2021 r. Ustawa Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. zastąpiła ustawę z 29 stycznia 2004 r. Nowa ustawa zawiera analogiczne rozwiązania jak przepis art. 67 ust. 1 pkt 12-15 PZP ustawy Prawo zamówień publicznych z 29.1.2004 r. Chodzi tu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 11-14) PZP.

Należy jednak wskazać, że instytucja zamówienia in-house wprowadzona do ustawy PZP nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. i utrzymana w obecnie obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych nie wyklucza i nie stoi w sprzeczności w wykonywaniu zadań własnych przez gminę, w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty samorządowej w oparciu o powierzenie zadań własnych własnej spółce komunalnej i opracowaną w tym celu umowę powierzenia wykonywania zadań własnych (tzw. umowę wykonawczą), na analogicznych zasadach jak przed 31.12.2016 r.

W obecnym stanie prawnym mamy więc do czynienia z dwoma alternatywnymi, niezależnymi od siebie formami powierzenia realizacji zadań własnych gminy, własnej spółce komunalnej, w której gmina sprawuje pełną, prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami (np. gdy gmina posiada 100% udziałów w spółce komunalnej):

- 1) powierzenie realizacji zadań własnych spółce utworzonej w celu wykonywania zadań publicznych gminy z zakresu gospodarki komunalnej (art. 9 u.s.g. oraz art. 1 i art. 2 u.g.k.),
- 2) powierzenie realizacji zadań własnych w formie umowy zawartej ze spółką przez gminę w trybie zamówienia z wolnej ręki określonego w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.

Aby ocenić wzajemną relację między obiema alternatywnymi metodami wyboru sposobu realizacji zadań własnych przez gminę tj. kiedy gmina musi stosować przepisy ustawy PZP, a kiedy może skorzystać z trybu powierzenia zadań własnych opisanego w ustawie o gospodarce komunalnej można posłkować opinią Urzędu Zamówień Publicznych. Urząd ten wyjaśnił, że jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o.,

statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu, np. rady gminy oraz akt o utworzeniu spółki (akt założycielski albo statut). W takim przypadku można stwierdzić, że gmina działa za pośrednictwem swojej spółki. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak ekwiwalentności świadczeń. Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05), zgodnie z którym "wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga".

Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Tytułem przykładu, w wyroku w sprawie Tragsa 4, orzekając na gruncie dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG 5, Trybunał stwierdził, że przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna organów administracji publicznej nie podlega regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, organy administracji publicznej sprawują nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, przedsiębiorstwo to wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy zamawiającym a jej spółką wykonawczą miały charakter wewnętrzny, tj. aby podmiot, za pośrednictwem którego jednostka samorządu terytorialnego realizuje swoje zadania publiczne, był od niej zależny pod względem gospodarczym i był jej podległy organizacyjnie. W takim przypadku podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy.

Podobnie jest w przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, doprecyzowujące zakres zadań i obowiązków jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. Jak podkreślono w wydanym na gruncie dyrektywy 92/50/EWG wyroku Trybunału w sprawie Asociación Profesional 6, gdy porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie podmiot zależny, odbiegając niekiedy znacząco od zwykłych

warunków rynkowych, należy uznać, że w odniesieniu do takiego porozumienia nie znajdują zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy powierzonych w drodze umowy, należy z kolei odróżnić od powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała ustawa Pzp, w tym możemy mieć do czynienia z udzieleniem zamówienia typu in-house w oparciu o regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp.

Podsumowując, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne:

a) w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy), lub
b) w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego - tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej)

działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów ustawy Pzp. Jednostka samorządu terytorialnego wykonująca zadania własne i decydując się na powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy - udziela zamówienia publicznego (jeśli przepisy innych ustaw nie mają zastosowania) i w tym celu zobowiązana jest stosować przepisy ustawy Pzp [...].

Należy zatem wskazać, że instytucja in-house wprowadzona do ustawy Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. nie wyklucza i nie stoi na przeszkodzie wykonywaniu zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze ustawy o gospodarce komunalnej. Należy bowiem wskazać, że instytucje in-house i współpracy uregulowane w ustawie Pzp w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 mają szerszy zasięg zastosowania, albowiem dotyczą podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, a zatem nie tylko jednostek samorządu terytorialnego i nie są ograniczone przedmiotowo. Powierzenie zadań w drodze ustawy o gospodarce komunalnej dotyczy jedynie tych zadań, które polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności będą to zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Opiniujący wskazuje, że o ile w przypadku zamówień in-house udzielanych w trybie z wolnej ręki na gruncie PZP występuje próg 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej, które musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę nad tą jednostką, o tyle takiego ograniczenia nie ma w trybie

powierzenia realizacji zadań na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. Teoretycznie więc możliwe jest powierzenie wykonywania zadań własnych gminy własnej spółce komunalnej, w której gmina ma 100% udziałów, nawet wówczas gdy ta spółka prowadzi działalność na rzecz innych podmiotów niż gmina wymiarze większym niż 10% działalności. Warunkiem jest, aby powierzone jej zadania spełniały warunek zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Takimi właśnie zadaniami publicznymi są zadania w zakresie utrzymania dróg, ulic i placów, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych na terenach gminnych, kanalizacji deszczowej, fontann i studni publicznych na terenach gminnych, zieleni gminnej i zadrzewień, cmentarzy gminnych albowiem faktycznymi beneficjentami tych usług są wszyscy korzystający z publicznych dróg, ulic i placów, zieleni gminnej, urządzeń gminnych. Jest to więc usługa publiczna.

Na gruncie orzecznictwa ETS zwraca się jednak uwagę, aby podmiot wewnętrzny prowadził działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek. Judykatura nie określa procentowego limitu, który pozwala ocenić czy podmiot prowadzi zasadniczą działalność na rzecz jednostki kontrolującej czy też nie. Pewną wskazówką przy interpretacji tego pojęcia może być przepis art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., nr 2014/24/UE. Przepis ten wyłącza z pod stosowania tej dyrektywy zamówienia udzielane podmiotom (osobom prawnym) nad którymi instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami gdy ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Przepis ten został wdrożony do polskiego porządku prawnego w art. 214 ust. 1 pkt 12-14 PZP, przy czym polski ustawodawca zdecydował się zwiększyć powyższy limit do 90%. Nie zmienia to faktu, że ustawodawca europejski uważa próg udziału 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej na rzecz podmiotu kontrolującego za przesądzający o tym, że podmiot ten prowadzi zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolującej osoby.

Z przeprowadzonych analiz ekonomiczno-finansowych wynika, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. mieści się w progu 80% działalności wykonywanej na rzecz Gminy Gryfino.

Powierzenia zadań spółce komunalnej wymaga podjęcia aktu powierzenia realizacji zadań publicznych w formie uchwały Rady Miejskiej i dostosowania treści umowy spółki aby wynikało z nich, że spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. powierzono realizację zadań z gospodarki komunalnej w zakresie usług użyteczności publicznej (co już nastąpiło)

zawarcia umowy powierzenia realizacji usług publicznych (tzw. umowy wykonawczej), która określi standardy jakościowe świadczonych usług publicznych oraz sposób pokrycia kosztów i wydatków związanych z realizacją powierzonej usługi publicznej w tym ewentualnie wypłaty i rozliczania rekompensaty, wraz z ewentualnym mechanizmem zwrotu nadwyżki pobranej rekompensaty w stosunku do uzyskanych dochodów.

Z uwagi na wyrażane w orzecznictwie sądowym poglądy wedle których jeśli przekazanie kompetencji nastąpi uchwałą organu stanowiącego, to uchwała taka, jako że przekazuje kompetencje i zadania ustawowo przypisane organowi jednostki samorządu terytorialnego na podmiot pozostający poza strukturą tych organów, stanowi akt prawa miejscowego, który winien być podany do powszechnej wiadomości poprzez ogłoszenie go w wojewódzkim dzienniku urzędowym (por. wyrok WSA w Gliwicach z 21.1.2020 r. II SA/Gl 1502/19 oraz wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 listopada 2013 r. II OSK 2283/13), niniejsza uchwała podlega publikacji w Zachodniopomorskim Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym.

Sporządził:

Mariusz Andrusewicz