

Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych

1. Samorząd gminny w Polsce przy wykonywaniu swoich zadań ma możliwość korzystania z różnych instrumentów prawnych, przewidzianych przez prawo publiczne i prywatne. Co do zasady, prawo przyznaje mu swobodę decydowania o sposobie i formie wykonywania zadań własnych.

2. Podstawowe znaczenie dla określenia zasad na jakich gminy wykonują zadania własne mają ustawa o samorządzie gminnym oraz ustawa o gospodarce komunalnej.

Akty te przewidują, że „w zakresie wykonywania zadań użyteczności publicznej gmina może przyjąć dwa różne rozwiązania organizacyjne: wykonywać te zadania za pośrednictwem utworzonych przez siebie w tym celu jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego (art. 9 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym i art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej) lub za pośrednictwem innych, organizacyjnie niepowiązanych z gminą podmiotów: osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. W tym drugim przypadku na zasadach ogólnych, czyli na podstawie zawartych z nimi umów o wykonywanie zadań (art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym i art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej)”¹.

Gmina może zatem wykonywać zadania własne podejmowane w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty:

- w formie jednostki organizacyjnej niewyodrębnionej ze swojej struktury²,
- w formie utworzonego przez siebie podmiotu prawa prywatnego, w szczególności spółki prawa handlowego,
- poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

¹ Z uzasadnienia wyroku NSA z dnia 11.08.2005r. (sygn. akt II GSK 105/05) w sprawie ze skargi kasacyjnej Miasta Luboń

² „Obok form zarządu publicznoprawnego o charakterze „niesamoistnym”, tj. form działających na podstawie ustawy o finansach publicznych, możliwe jest wykorzystanie form „samoistnych”, tj. jednostek organizacyjnych wyposażonych w osobowość prawną. Ustawy szczególne mogą przewidywać wykonywanie zadań komunalnych w niektórych dziedzinach właśnie w takich formach. Możliwość taką przewiduje przykładowo ustawa z 25 października 1991r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2001r. Nr 13, poz. 123)...” C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, D. Szafrński, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski „Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne”, Warszawa 2005r., str.129

3. W sytuacji, gdy **gmina wykonuje swoje zadania publiczne przy pomocy jednostek organizacyjnych, utworzonych w oparciu o przepisy ustawy o finansach publicznych i działających w ramach osobowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego, mamy do czynienia z samodzielnym wykonywaniem zadań przez gminę.** Jednostki organizacyjne gminy stanowią bowiem wyłącznie formę organizacyjno–prawną umożliwiającą realizację zadań własnych. Nie są więc dla gminy „kontrahentem”, któremu powierza się wykonanie zadania.³ Zasady działania sektora finansów publicznych powodują, że podział zadań do wykonania pomiędzy takie jednostki organizacyjne odbywa się bez powstawania zobowiązań o charakterze cywilnoprawnym, a finansowanie tych zadań następuje w ramach budżetu (planu finansowego) jednostki samorządu terytorialnego.

W świetle definicji zamówienia publicznego, rozumianego przez Prawo zamówień publicznych jako odpłatna umowa cywilnoprawna pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, przy przyjęciu opisanego wyżej sposobu wykonywania zadań publicznych nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego.

4. Art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej wskazujący, iż gospodarka komunalna może być prowadzona m. in. w formie spółki prawa handlowego, należy stosować razem z art. 9 tej ustawy, który uściśla, że dla prowadzenia gospodarki komunalnej, spośród szeregu różnych spółek prawa handlowego, jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także przystępować do takich spółek. Utworzenie spółki, objęcie udziałów lub akcji, wykonywanie wobec niej uprawnień i obowiązków właścicielskich, w tym dokapitalizowanie, odbywa się na zasadach określonych Kodeksem spółek handlowych. Podejmowanie tych czynności nie wymaga zawierania odpłatnych umów cywilnoprawnych pomiędzy współnikami i spółką.

Tak określone działania jednostki samorządu terytorialnego, polegające na **utworzeniu spółki prawa handlowego i wyposażeniu jej w określony majątek samorządu w celu wykonywania przez spółkę zadania własnego jednostki samorządu terytorialnego, nie stanowi w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych, udzielenia zamówienia publicznego.** Ustawa „nie ma zatem zastosowania, jeżeli wykonywanie przez jeden podmiot na rzecz drugiego usług, dostaw lub robót budowlanych, czyli świadczeń, które mogą być przedmiotem zamówienia publicznego, stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa”⁴.

³ C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafranski „Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz i przepisy towarzyszące” Dom Wydawniczy ABC 1997, str. 25

⁴ Z uzasadnienia wyroku NSA z dnia 11.08.2005r. (sygn. akt II GSK 105/05) w sprawie ze skargi kasacyjnej Miasta Luboń

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym wypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Natomiast powierzenie spółce komunalnej takiego zadania w drodze umowy następuje na zasadach wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

Jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11.08.2005r. (sygn. akt II GSK 105/05) „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie – przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania”. Jeżeli zatem powierzenie zadań użyteczności publicznej jednostce organizacyjnej gminy następuje drogą aktu kreującego tę jednostkę do przypadku takiego nie znajduje zastosowania Prawo zamówień publicznych.

5. W celu wykonywania zadań gmina może obok tworzenia jednostek organizacyjnych zlecać ich wykonanie poprzez zawieranie umów z innymi podmiotami, a więc podmiotami odrębnymi organizacyjnie i zdolnymi do zawierania umów we własnym imieniu, w tym z organizacjami pozarządowymi (art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, po przecinku).

Ustawa o gospodarce komunalnej w art. 3 ust. 1 precyzuje uprawnienia określone ustawą o samorządzie gminnym i postanawia, że jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych - z uwzględnieniem, odpowiednio przepisów o finansach publicznych, przepisów o zamówieniach publicznych, przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Z powyższego wynika, że jednostki sektora finansów publicznych zlecając wykonania określonego zadania publicznego poprzez zawieranie umów z innymi podmiotami mogą na wykonanie zadania:

- **przyznać dotację** - na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych lub przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, w związku z przepisami szczególnymi, właściwymi dla przedmiotu zadania albo,
- **udzielić zamówienia publicznego** - na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

6. Mając na uwadze powyższą analizę należy dojść do wniosku, że jednostka samorządu terytorialnego może powierzyć wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej podmiotowi wyodrębnionemu organizacyjnie i zdolnemu do zawierania umów we własnym imieniu bądź na podstawie umowy zawartej w trybie wskazanym w ustawie o finansach publicznych lub ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (przyznającej dotację na realizację zadania) bądź na podstawie umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej na zasadach określonych Prawem zamówień publicznych.

Przyznawanie dotacji ze środków publicznych na podstawie ustaw jest wyłączone spod stosowania Prawa zamówień publicznych (art. 4 pkt 7). Zatem gmina zawierając umowę mającą za przedmiot udzielenie, na podstawie przepisów ustawowych, dotacji na realizację zleconego zadania własnego, nie stosuje przepisów o zamówieniach publicznych.

Jeżeli natomiast jednostka samorządu terytorialnego nie ma podstaw, aby zastosować regulacje prawne zawarte w ustawie o finansach publicznych lub ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, to powierzanie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej na podstawie umowy cywilnoprawnej powinno następować w drodze procedur przewidzianych przepisami Prawa zamówień publicznych.

Powyższa analiza dotyczy w równym stopniu podmiotów prywatnych, o mieszanej publiczno-prawnej strukturze właścicielskiej, jak i należących w 100% do jednostek samorządu terytorialnego. Art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej nie ogranicza bowiem kręgu podmiotów, którym jednostka samorządu terytorialnego może powierzyć wykonywanie zadań na podstawie umowy. Z tego względu przyjęć należy, że przepisy o zamówieniach publicznych mają zastosowanie także przy powierzaniu przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej spółkom prawa handlowego z udziałem tych jednostek. Jak podkreśla Naczelny Sąd Administracyjny „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 nie mieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”⁵.

7. Problem dotyczący zawierania umów (porozumień) pomiędzy organami władzy publicznej a podmiotami, w których władza ta ma stuprocentowy lub większościowy udział, ale które w sensie prawnym są podmiotami niezależnymi, był wielokrotnie rozpoznawany także przez

⁵ Z uzasadnienia wyroku NSA z dnia 11.08.2005r. (sygn. akt II GSK 105/05) w sprawie ze skargi kasacyjnej Miasta Luboń

Europejski Trybunał Sprawiedliwości. ETS wypowiedział się w tym przedmiocie m. in. w sprawach C-107/98 *Teckal*, C-26/03 *Stadt Halle*, C-84/03 *Komisja p. Hiszpanii* oraz C-458/03 *Parking Brixen*.

W orzeczeniu z dnia 18 listopada 1999r. dotyczącym sprawy *Teckal*, Trybunał uznał, iż umowa odpłatna w przedmiocie objętym regulacją dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych zawierana pomiędzy organem lokalnym a osobą (jednostką) z prawnego punktu widzenia inną niż organ lokalny podlega regulacji tychże dyrektyw. Inaczej może być „tylko w wypadku, gdy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów, oraz, jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami”⁶.

Z kolei w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle* Trybunał stwierdził, że 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 kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny być stosowane”⁷.

Istotne z punktu widzenia niniejszego problemu rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości zawarte zostało w orzeczeniu dotyczącym ustawodawstwa wewnętrznego Hiszpanii. Treść wyroku z dnia 13 stycznia 2005r. wskazuje, iż generalne wyłączenie z zakresu stosowania procedur zamówień publicznych stosunków (porozumień) między jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi i, ogólnie, między podmiotami prawa publicznego, niezależnie od natury tych stosunków (a zatem bez uwzględnienia, czy mieszczą się one w przedmiocie regulacji dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych), stanowi nieprawidłową transpozycję dyrektyw na grunt prawa wewnętrznego.⁸

Problem o podobnym charakterze był także przedmiotem rozpoznania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-458/03 *Parking Brixen* (wyrok z dnia 13.10.2005r.). W sprawie tej gmina Brixen utworzyła spółkę *Stadtwaerke Brixen AG* w celu zarządzania parkingiem oraz powierzyła jej to zadanie w drodze decyzji rady gminy. Na podstawie decyzji spółka uprawniona była do pobierania opłat od użytkowników parkingu, a z tytułu uzyskanego prawa odprowadzała określoną należność na rzecz gminy. Trybunał orzekł, iż skoro wynagrodzenie spółki za realizację zadania nie pochodziło od organu władzy

⁶ C-107/98 *Teckal*, par. 49

⁷ C-26/03 *Stadt Halle*, par. 52

⁸ C-84/03 *Komisja p. Hiszpanii*, par. 40

publicznej udzielone jej zamówienie stanowi tzw. „koncesję na usługi”⁹. Pomimo, iż do „koncesji na usługi” nie stosuje się dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, Trybunał uznał, że „postanowienia art. 43 WE i 49 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych (...)”¹⁰ na rzecz spółki, cieszącej się swobodą prowadzenia działalności.

⁹ Przez „koncesję na usługi”, zgodnie z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE, należy rozumieć umowę odznaczającą się tymi samymi cechami co zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem tego, iż świadczenie wzajemnie związane ze świadczeniem usług polega albo wyłącznie na prawie do korzystania z usług, albo na prawie tym obwarowanym ceną.

¹⁰ C-458/03 *Parking Brixen*, par. 72