

PRZETARGI PUBLICZNE

W prasie prawniczej oraz na forach internetowych toczy się pasjonująca dyskusja o roli podmiotów publicznych w obrocie gospodarczym, która dotyczy głównie państwa i podmiotów z nim powiązanych, ale systemowo rozciąga się także na samorząd terytorialny. Do dyskusji „dołączyła” ostatnio Krajowa Izba Odwoławcza, wypowiadając się w kwestii ograniczeń wolności gospodarczej w usługach komunalnych. W wyroku z 1 marca 2021 r. Izba orzekła, że zakład budżetowy gminy nie może prowadzić innej działalności niż polegającej na zaspokajaniu potrzeb tej gminy. Mimo że dyskusja wykracza daleko poza zamówienia publiczne i można powiedzieć (co zresztą się dzieje), że ma wymiar konstytucyjny, to ma także konsekwencje w zamówieniach publicznych. Idąc śladem wskazanego orzeczenia oraz wyroku z 16 grudnia 2020 r. (sygn. akt: KIO 3069/20), zakład budżetowy oraz spółka komunalna (jednoosobowa spółka gminy) powinny uzyskiwać zamówienia publiczne głównie w trybie „in-house”. Zgodnie z treścią grudniowego wyroku w udzieleniu zamówienia „in-house” nie stoi na przeszkodzie możliwe naruszenie zasady konkurencyjności, o ile spełnione są przesłanki uzp.

Odmienne interpretacja

Jeżeli gmina utworzyła zakład budżetowy lub spółkę komunalną w trybie ustawy o gospodarce komunalnej dla realizacji określonych zadań publicznych, to czy taki podmiot powinien brać udział w przetargach konkurencyjnych jak inni przedsiębiorcy? Dotychczas odpowiedź była jednoznaczna: tak. Obaniedawne wyroki czytane łącznie wskazują na odmienną interpretację. Skoro gmina dysponuje w swojej strukturze wyspecjalizowanymi podmiotami, to powinny one otrzymać zamówienie, o ile spełniają przesłanki „in-house”. Jednak jeżeli nie otrzymają takiego zamówienia, to zgodnie z wyrokiem z 1 marca 2021 r. nie mogą

„Zgodnie z treścią jednego z wyroków KIO w udzieleniu zamówienia „in-house” nie stoi na przeszkodzie możliwe naruszenie zasady konkurencyjności, o ile spełnione są przesłanki prawa zamówień publicznych

szukać zleceń poza obszarem „swojej” gminy. Oczywiście przetargowa droga dla zamówienia jest dopuszczalna, ale nie mieści się w interesie gminy. Gmina jako udziałowiec będzie zainteresowana zapewnieniem swoim podmiotom możliwości prowadzenia działalności na swoim obszarze. Jeden z cytowanych wyroków ogranicza zakład do terenu „swojej” gminy, jednak drugi rekompensuje to łagodzeniem przesłanek dla trybu niekonkurencyjnego. Powyższe rozumowanie jest odwróceniem dotychczasowej

względnej wolności i konkurencyjności w zamówieniach na świadczenie usług komunalnych. Dla umów zawieranych przez gminy, których przedmiotem są usługi komunalne, organem kontrolnym jest KIO, nie tylko w zakresie procedury, lecz także, jak się okazuje, fundamentów gospodarki komunalnej.

Powyższe rozumowanie zmienia dotychczasową praktykę, stąd nasza polemika dotycząca wyłączności samorządu. Nie wchodzimy w obszar „państwowy”, a to dlatego, że ustawodawca wyposażył gminy w szczególne narzędzie, jakim jest ustawa o gospodarce komunalnej. Ustawodawca określił katalog zadań własnych gminy. Aby odnieść się do postawionego pytania, należy odwołać się do zasady subsydiarności jako zasady

zasad porządkujących zakres spraw objętych regulacją art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym (usg), np. poprzez wskazanie form realizacji tych zadań. Jedną z jego funkcji jest przypisanie określonych spraw służących zaspokojeniu zbiorowych potrzeb wspólnoty tej wspólnoty, tj. danej gminie. Jeżeli zadanie ma charakter lokalny i stanowi bezpośrednią realizację potrzeb społeczności zamieszkującej obszar gminy, to powinno być zakwalifikowane jako jej zadanie własne. Zadania własne, które ustawodawca przypisał gminie w art. 7 ust. 1 u.s.g., polegają na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Definicja ta składa się z dwóch elementów. Pierwszym jest „zbiorowość” potrzeb, które są powszechne i służą realizacji ogólnych inte-

resów gminy po spełnieniu dwóch przesłanek:

1. pozytywnej, w postaci upoważnienia gminy do prowadzenia określonej działalności, zawartego zarówno w art. 7 u.s.g., jak i w przepisach szczególnych precyzujących kompetencje gminy oraz sposoby realizacji zadania, oraz

2. negatywnej, w postaci braku obowiązku działania bezpośredniego gminy w celu realizacji określonego zadania, obowiązek taki także powinien zostać nałożony na gminę w przepisach szczególnych.

Artykuł 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej (ugk) określa jej przedmiot, podmioty i charakter. W znaczeniu przedmiotowym gospodarka komunalna jest równoznaczna z wykonywaniem zadań własnych spoczywających na

albo
2. powierza w trybie jednego z postępowania przetargów opisanych w art 3 ugk.

Bez zakładu i spółki

Dodatkowo SN w wyroku z 10 maja 2013 r. uzupełnił ten podział, wskazując na możliwość działania gminy z pominięciem formy zakładu lub spółki, przy okazji przesądzając o gospodarczym charakterze działań gminy przy realizacji zadań własnych. Gmina, realizując zadania własne wymienione w art. 7 usg poprzez zawieranie umów mających charakter czynności z zakresu obrotu gospodarczego, jest przedsiębiorcą w rozumieniu [dawnego] art. 479[2] § 1 kpc. Zdaniem SN dla kwalifikacji określonej działalności jako

ślonych 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. Wyliczenie tych form w art. 2 ugk jest jednak tylko przykładowe.

W piśmiennictwie wskazuje się, że 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. Ponadto, w doktrynie zgodnie dopuszcza się także możliwość prowadzenia przez zakłady budżetowe tzw. działalności ubocznej w sytuacji, gdy umożliwia ona lepszą realizację zadania publicznego, którego realizacji służy działalność podstawowa, oraz jednocześnie nie istnieje zagrożenie naruszenia w sposób istotny przez taką działalność konkurencji. Natomiast, gdyby taka działalność gospodarcza stanowiła zagrożenie dla konkurencji, możliwe jest podjęcie interwencji przez organy nadzoru i prezesa UOKiK. Co więcej, w doktrynie wskazuje się nowe tendencje co do pozycji jednostek komunalnych – np. we Francji linia orzecznictwa sądowego dopuszcza możliwość realizowania przez samorząd terytorialny działalności gospodarczej o charakterze wolnorynkowym w celu finansowania z osiągniętych zysków inwestycji mających na celu zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnot lokalnych.

Zatem wracając do zamówień publicznych, w szczególności nowej ustawy regulującej „umowę zamówieniową”, należy postawić pytanie o jej charakter, tj. czy to jest umowa o charakterze gospodarczym zawierana z przedsiębiorcami? Jeżeli tak, to jaka norma prawna wyklucza na poziomie udzielania zamówienia z kręgu tych przedsiębiorców podmioty komunalne, ograniczając obszar ich działalności wyłącznie do terenu gminy-udziałowca. Nie istnieje taka regulacja. Pośrednio potwierdziła to sama Izba i w wyroku z 1 marca 2021 r. uznała, że działania gminy na rzecz innej gminy nie leżą w zakresie użyteczności publicznej. Choć prowadzenie wysypisk i zagospodarowanie odpadów ma charakter użyteczności publicznej, ale tylko w odniesieniu do potrzeb własnych gminy. KIO uznała także, że ma prawo oceniać charakter sankcji tego naruszenia, i stwierdziła, że w braku wyraźnego przepisu o odmiennej sankcji zachodzi nieważność z art. 58 kc. Stwierdziwszy taką nieważność, nakazała odrzucenie oferty. Nie oceniając samych wyroków, trudno się jednak zgodzić z tym, by rewolucyjna zmiana w postrzeganiu zakresu działalności komunalnej następowała mocą orzeczeń KIO. /©©

Tomasz Srokosz jest radcą prawnym, partnerem w kancelarii Andersen oraz członkiem Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych

Leszek Rydzewski jest adwokatem, partnerem w kancelarii Andersen

Wolność gospodarcza czy zamówienia „in-house”?



TOMASZ SROKOSZ, LESZEK RYDZEWSKI

Dla umów zawieranych przez gminy, których przedmiotem są usługi komunalne, organem kontrolnym jest Krajowa Izba Odwoławcza, nie tylko w zakresie procedury, lecz także, jak się okazuje, fundamentów gospodarki komunalnej.

konstytucyjnej. Oznacza ona, że zadania i kompetencje jednostek samorządu terytorialnego powinny być realizowane na odpowiednio niskim poziomie, przy zapewnieniu środków niezbędnych do re-

resów gminy. Drugim elementem jest ich przypisanie gminie, co pośrednio oznacza, że realizacja tych zadań powinna odbywać się na jej obszarze. Zadania własne gminy w postaci usług komunalnych świadczone są co do zasady na rzecz mieszkańców tej gminy, mimo że nie istnieją skuteczne metody identyfikacji odbiorcy usług.

Również inne ustawy

Dodatkowo, każdy z zakresów spraw wymienionych w art. 7 ust. 1 usg powinien być potwierdzony i dodatkowo uregulowany w odrębnej ustawie, poświęconej określonym zadaniom gminy. Ogólna treść art. 7 usg nie może stanowić samodzielnej podstawy określenia kompetencji gminy w sposobie prowadzenia konkretnych spraw. Kompetencje te należy oceniać w powiązaniu z przepisami ustaw szczególnych. Wyliczenie przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 usg zadań gminy nie jest tożsame z wyposażeniem jej organu stanowiącego do określenia formy realizacji tych zadań. Jednak ustawy szczególne np. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazują na możliwość lub wprost obowiązek przekazania podmiotom trzecim zadań wła-

gminie i mających na celu zaspokojenie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zgodnie z art. 2 ugk gospodarka komunalna może być prowadzona w formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego. Zgodnie z art. 3 ugk gmina może także w drodze umowy powierzać realizację zadań komunalnych osobom fizycznym, prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem m.in. ustaw: o partnerstwie publiczno-prywatnym (uppp), o koncesji na roboty budowlane lub usługi (ukrbu), prawo zamówień publicznych (uzp). 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. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ugk, 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 ugk pozwala wyodrębnić następujące formy wykonania zadań, które gmina:

1. realizuje bezpośrednio przez zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego

„KIO uznała w wyroku, że działania gminy na rzecz innej gminy nie leżą w zakresie użyteczności publicznej

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 usg należy wyprowadzić wniosek, że gmina prowadzi działalność gospodarczą zarówno wówczas, gdy wykonuje zadania o charakterze użyteczności publicznej określone w art. 7 ust. 1 usg, a w przypadkach okre-