

KOMERCJALIZACJA ZADAŃ
JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO
W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

Artur Krzysztof Modrzejewski

KOMERCJALIZACJA ZADAŃ
JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO
W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM



Temida2
Białystok 2019

Redaktor Naukowy Wydawnictwa Temida 2: Eugeniusz Ruśkowski

Rada Naukowa Wydawnictwa Temida 2:

Przewodniczący Rady Naukowej Wydawnictwa Temida 2: Rafał Dowgier

Członkowie z Uniwersytetu w Białymstoku: Stanisław Bożyk, Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Adam Jamróz, Dariusz Kijowski, Cezary Kosikowski, Cezary Kulesza, Jarosław Ławski, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Joanna Sieńczyło-Chlabicz, Ryszard Skarżyński, Halina Święczkowska, Jaroslav Volkonovski, Mieczysława Zdanowicz

Członkowie z Polski: Marian Filar (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Edward Gniewek (Uniwersytet Wrocławski), Lech Paprzycki (Sąd Najwyższy)

Członkowie zagraniczni: Lidia Abramczyk (Państwowy Uniwersytet im. Janki Kupały w Grodzie, Białoruś), Vladimir Babčák (Uniwersytet w Koszycach, Słowacja), Renata Almeida da Costa (Uniwersytet La Salle, Brazylia), Chris Eskridge (Uniwersytet w Nebrasce, USA), José Luis Iriarte Ángel (Uniwersytet Navarra, Hiszpania), Marina Karasjewa (Uniwersytet w Woroneżu, Rosja), Bernhard Kitous (Uniwersytet w Rennes, Francja), Martin Krygier (Uniwersytet w Nowej Południowej Walii, Australia), Petr Mrkyvka (Uniwersytet Masaryka, Czechy), Marcel Alexander Niggli (Uniwersytet we Fryburgu, Szwajcaria), Andrej A. Novikov (Państwowy Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja), Sławomir Redo (Uniwersytet Wiedeński, Austria), Bernd Schünemann (Uniwersytet w Monachium, Niemcy), Sebastiano Tafaro (Uniwersytet w Bari, Włochy), Wiktor Trinczuk (Kijowski Narodowy Handlowo-Ekonomiczny Uniwersytet, Ukraina)

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiejkolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

Publikacja współfinansowana z grantu BMN 531

ISBN 978–83–65696–37–3

Recenzenci: *Anna Haładyj, Anna Wierzbica*

Opracowanie graficzne i typograficzne: *Jerzy Banasiuk, Joanna Ziarko*

Projekt okładki: *Jerzy Banasiuk*

Redakcja techniczna: *Jerzy Banasiuk*

Korekta: *Bogumiła Mancewicz*

Wydawca: Temida 2, przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp.....	13

I

ZADANIA JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

1. Wprowadzenie	23
2. Sposoby ujmowania zadań publicznych	24
3. Zadania użyteczności publicznej	43
4. Usługi użyteczności publicznej	54
5. Podejmowanie przez j.s.t. działalności gospodarczej	60
6. Odpłatność za usługi użyteczności publicznej.....	71
7. Rekompensata	78
8. Podsumowanie	86

II

POWIERZENIE ORAZ ZLECENIE ZADAŃ I FUNKCJI

1. Wprowadzenie	89
2. Powierzenie a zlecanie zadań	90
3. Wykonywanie zadań i funkcji administracji przez podmioty spoza administracji publicznej	98
4. Powierzenie funkcji i kompetencji władczych podmiotom spoza administracji publicznej	102
5. Granice powierzenia	117
6. Podsumowanie	125

III

PRYWATYZACJA A KOMERCJALIZACJA

1. Wprowadzenie	131
2. Prywatyzacja zadań publicznych	131
3. Powierzanie zadań publicznych podmiotom niepublicznym w Wielkiej Brytanii	141

4. Komercjalizacja w ujęciu ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników	148
5. Komercjalizacja na poziomie samorządu terytorialnego	150
6. Podsumowanie	160

IV

PODMIOTOWY ZAKRES KOMERCJALIZACJI

1. Wprowadzenie	165
2. Organizacyjnoprawne formy realizacji zadań publicznych	166
3. Cechy podmiotu wewnętrznego	175
3.1. Kryterium kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami	182
3.2. Procentowy udział działalności prowadzonej w ramach wykonywania zadań powierzonych	184
3.3. Brak udziału kapitału prywatnego	189
4. Samorządowa jednostka organizacyjna	191
4.1. Niesamoistne formy organizacyjnoprawne gospodarki komunalnej	191
4.2. Komunalne osoby prawne, kapitałowe spółki handlowe	194
4.2.1. Kontrola j.s.t. nad działalnością spółek komunalnych	204
4.2.2. Kryterium przeważającej działalności w spółkach komunalnych	214
4.2.3. Brak udziału kapitału prywatnego w spółkach komunalnych	218
4.2.4. Dysponowanie majątkiem	220
4.3. Podmiot leczniczy prowadzony przez j.s.t.	228
4.4. Samorządowe instytucje kultury	237
4.5. Spółdzielnie	241
4.6. Stowarzyszenia	246
4.7. Fundacje	249
4.8. Przedsiębiorstwa	250
5. Współpraca j.s.t. a powierzenie zadań podmiotowi wewnętrznemu	251
5.1. Współdziałanie	251
5.2. Porozumienia j.s.t.	252
5.3. Związki j.s.t.	262
6. Podsumowanie	263

PRAWNE FORMY KOMERCJALIZACJI ZADAŃ

1. Wprowadzenie	271
2. Powierzenie na gruncie prawa unijnego.....	273
3. Publicznoprawny i prywatnoprawny tryb powierzenia zadań.....	277
4. Uchwała jako źródło powierzenia zadań.....	282
5. Akt założycielski, statut spółki.....	304
6. Umowa jako forma powierzenia zadań	307
7. Umowa o świadczenie usług publicznych a umowa wykonawcza	313
7.1. Organizacja publicznego transportu zbiorowego	313
7.2. Umowa o świadczenie usług publicznych na gruncie u.p.t.z.	318
7.3. Umowa o świadczenie usług publicznych w gospodarce odpadami – umowa wykonawcza	320
7.4. Umowa o świadczenie usług publicznych (umowa wykonawcza) jako element powierzenia.....	322
7.5. Charakter prawny umowy o świadczenie usług publicznych (umowy wykonawczej)	326
8. Podsumowanie	332

VI

NADZÓR I KONTROLA NAD PROCESEM POWIERZENIA ZADAŃ W RAMACH KOMERCJALIZACJI

1. Wprowadzenie	339
2. Nadzór wojewody	340
3. Kontrola i nadzór sprawowane przez RIO	343
4. Kontrola NIK.....	347
5. Podsumowanie	349
Zakończenie	351
Bibliografia	369
Literatura.....	369
Wykaz aktów prawnych.....	388
Prawo UE.....	388

Decyzje Komisji	389
Ustawy.....	390
Uchwały j.s.t. – prawo miejscowe.....	393
Uchwały j.s.t. – akty wewnętrzne.....	399
Dokumenty robocze, komunikaty Komisji	403
Akty prawne angielskie.....	404
Trybunał Sprawiedliwości UE.....	404
Orzecznictwo TK, NSA, WSA, SN, SA, KIO	406
Inne źródła.....	411
Opinie Rzecznika Generalnego	411
Rozstrzygnięcia nadzorcze wojewodów	411
Źródła pozostałe.....	412

WYKAZ SKRÓTÓW

- CBOSA – Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
- dyrektywy zamówieniowe – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 1, dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 65
- dyrektywa 2014/25 – dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 65
- dyrektywa 2014/24 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 1
- dyrektywa 93/36 – dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, Dz. Urz. UE z 09.08.1993, L 199/1
- dyrektywa 93/38 – dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz. Urz. UE z 09.08.1003, L 199/84
- j.s.t. – jednostka samorządu terytorialnego

KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
prawo o stowarzyszeniach	– ustawa z dnia 07 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 713)
u.c.p.g.	– ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2010)
u.d.l.	– ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2190)
u.d.p.	– ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2068)
u.dz.p.p.w	– ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 688)
u.f.	– ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1491)
u.f.p.	– ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 869)
u.g.k.	– ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 712)
u.g.n.	– ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2204)
u.k.b.	– ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1528)
u.o.	– ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 701)
u.k.n.u.p.	– ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1055)
u.o.p.d.k.	– ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1983)
u.p.p.	– ustawa z dnia 25 września 1981 roku o przedsiębiorstwach państwowych, (Dz.U. Nr 24, poz. 122)
u.pr.p.	– ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1292)

u.p.t.z.	– ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2016 ze zm.)
u.p.z.p.	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
u.r.i.o.	– ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2137)
u.s.g.	– ustawa z dnia z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 506)
u.s.p.	– ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 511)
u.s.w.	– ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 512)
u.z.z.m.p.	– ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzenia miem państwowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1302)
s.p.z.o.z.	– samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012)
TS	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
Wytyczne z 2010 r.	– Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami, opublikowane 02 marca 2010 r., Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko Regionalne Programy Operacyjne, http://rpo2007-2013.opolskie.pl/docs/20100302_wytyczne_pp_odpa.pdf
Wytyczne z 2015 r.	– Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach zadań własnych samorządu gminy w gospodarce odpadami komunalnymi, Minister Infrastruktury i Rozwoju, Warszawa, 22 września 2015 r.

WSTĘP

Jak twierdzi Z. Jerzmanowski¹, jedną z form prywatyzacji gospodarki komunalnej jest prywatyzacja zadaniowa, rozumiana jako świadczenie usług komunalnych przez podmioty prywatne, tzw. operatorów. Jednocześnie S. Biernat podkreśla, że zamiana formy organizacyjnoprawnej z podmiotu publicznego na podmiot prywatny określana będzie jako komercjalizacja.² Przyjąłem więc założenie, że zmiana ta wiąże się również ze zmianą formy realizacji zadania przez podmiot, któremu takie zadanie powierzono. To z kolei stanowiło asumpt do podjęcia badań w zakresie wyodrębnienia komercjalizacji od prywatyzacji zadań publicznych. Przyczyn prowadzenia przedmiotowych badań upatrywać można również w wynikach kontroli NIK za lata 2009-2014, a dotyczącej realizacji zadań publicznych przez spółki komunalne, gdzie wskazano szereg nieprawidłowości w zakresie realizacji zadań użyteczności publicznej.

W niniejszej publikacji pole badawcze ograniczono do polskich jednostek samorządu terytorialnego (dalej: „j.s.t.”). Po pierwsze na poziomie państwowym istnieją rozwiązania prawne wprost odnoszące się do komercjalizacji rozumianej właśnie jako zmiana formy organizacyjnoprawnej podmiotu państwowego na prywatny. Na gruncie samorządu terytorialnego brak jest tego typu rozwiązań legislacyjnych,³ co tworzy bardzo interesujące pole badawcze. Pozwoliło to bowiem na zadanie pytania o konieczność odrębnej regulacji na tym poziomie (bądź też wystarczający poziom rozwiązań prawnych, opierający się głównie o ustawę o gospodarce komunalnej). Należy również zauważyć, że wstępne badania pokazują, iż w ramach j.s.t. można wyodrębnić względnie zamkniętą grupę podmiotów, które realizują zadania publiczne i form, w jakich zadania te są realizowane.

- 1 Z. Jerzmanowski, Problemy przekształceń przedsiębiorstw i zakładów komunalnych. Komercjalizacja i prywatyzacja, „Wspólnota” z dn. 25.04.1997 r.
- 2 S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna, Warszawa-Kraków 1994, s. 73.
- 3 Rozwiązania takie funkcjonowały do końca 2016 r., kiedy to uchylony został art. 68 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników (Dz.U. Nr 118, poz. 561).

Pole badawcze ograniczono zasadniczo do polskich jednostek samorządu terytorialnego ze względu na konieczność określenia względnie jednolitych kryteriów podmiotowych, które mogą się różnić w zależności od systemu prawnego. Jednocześnie, jako przykład tendencji związanych z wyborem formy organizacyjnoprawnej realizacji zadań publicznych, przedstawiono rozwiązania brytyjskie.

Komercjalizację można traktować jako urynkowienie, rozumiane jako ogół zmian mających na celu oparcie czegoś na zasadach komercyjnych – handlowych⁴. Jednostki samorządu terytorialnego realizują powierzone im zadania z wykorzystaniem samorządowych jednostek organizacyjnych pozbawionych osobowości prawnej, jak i podmiotów wyposażonych w odrębną od j.s.t. osobowość prawną, jednocześnie powiązanych z tą j.s.t. (na płaszczyźnie majątkowej, organizacyjnej i innych), które dążąc do realizacji powierzonych zadań, mogą podejmować działania w kierunku maksymalizacji ekonomicznych aspektów związanych ze świadczeniem usług użyteczności publicznej. Zadania publiczne realizowane są za pośrednictwem podmiotów wyposażonych w osobowość prawną, pozbawionych takiej osobowości, zależnych od j.s.t. niedziałających na zasadach rynkowych.

Celem prowadzonych rozważań było określenie cech podmiotowych, przedmiotowych, formalnoprawnych charakteryzujących komercjalizację zadań j.s.t., a także wykazanie i wyodrębnienie kryteriów prawnych, na jakich komercjalizacja powinna się opierać. Podjąłem również próbę wyodrębnienia pojęcia komercjalizacji do prywatyzacji zadań publicznych – pojęcia ugruntowanego w polskim porządku prawnym.

Podjęta została próba określenia publicznoprawnych instrumentów prawnych łączących organy j.s.t. – powierzające zadania do wykonania – oraz podmioty, na rzecz których zadania te są powierzane. Oparcie relacji pomiędzy organem administracji a tzw. „podmiotem wewnętrznym” (który realizuje powierzone zadania publiczne) o normy publicznoprawne pozwala na stworzenie płaszczyzny wzajemnych zależności, której wykorzystanie może prowadzić do wykonywania powierzonych zadań, ale jednocześnie czyni z podmiotów wyposażonych w odrębną od j.s.t. osobowość prawną – instrument do realizacji powierzonych zadań. Jednocześnie to płaszczyzna publicznoprawna jest podstawową różnicą pomiędzy prywatyzacją (opartą o relacje umowne) a komercjalizacją zadań.

Nie zakładano przy tym przeprowadzenia oceny co do tego, czy wykonywanie zadań przez ich powierzenie na rzecz własnych jednostek organizacyjnych jest bardziej, czy mniej efektywne od wykonywania tych zadań w ramach ich prywatyzacji. Dla tego rodzaju rozważań należałoby bowiem dysponować ekonomicznymi metodami badawczymi i nie jest to problematyka mieszcząca się w obszarze nauk praw-

4 Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/urynkowic;2533384.html>, [dostęp 18.07.2018 r.].

nych. W mojej ocenie koniecznym było wykazanie kryteriów prawnych uwzględniających zamieniające się otoczenie legislacyjne, jakie muszą być uwzględnione przez organy administracji publicznej przy podejmowaniu decyzji co do wyboru formy realizacji zadań. Analiza rozwiązań normatywnych (polskich i unijnych), poglądów doktryny oraz orzecznictwa pozwoliła wykazać determinanty wyboru sposobu realizacji zadań publicznych za pomocą własnych jednostek organizacyjnych i wyodrębnienie cech charakteryzujących tzw. „podmioty wewnętrzne”.

Badaniu poddane zostały również uchwały powierzające zadania na rzecz jednostek organizacyjnych, co pozwoliło na wyodrębnienie kryteriów wynikających z praktyki działania organów, ale również doprowadziło do zdiagnozowania błędów w zakresie powierzania zadań. Wykazano, które z kryteriów prawnych są aktualnie uregulowane, które zaś konieczne są do wprowadzenia w polskim porządku prawnym. Zauważyć należy, że determinanty pozaprawne powiązane ze sposobem realizacji zadań podlegały już licznym opracowaniom w ramach analizy NPM⁵, jednak wciąż zauważalny jest brak opracowań, wskazujących na te czynniki prawne, które powinny zostać przez organy brane pod uwagę przy wykonywaniu zadań publicznych w ramach ich komercjalizacji (szczególnie ze względu na wciąż poszerzany zakres zadań nakładanych na j.s.t. i zmianę regulacji prawnych).

Pierwszym elementem było wprowadzenie rozgraniczenia pomiędzy realizacją zadań publicznych, prowadzeniem działalności gospodarczej w ramach realizacji zadań publicznych i prowadzeniem przez podmioty działalności *stricto* komercyjnej. Przyjąć przy tym należy, że podstawowym kryterium pozwalającym na odróżnienie działalności komercyjnej od tej związanej z realizacją zadania publicznego jest po pierwsze to, co uznamy za zadanie publiczne, po drugie zaś kryterium powierzenia (czyli które zadania publiczne powierzone zostaną do realizacji przez j.s.t.).

Z kolei podmiotowo punktem wyjścia była analiza instytucji tzw. podmiotów wewnętrznych w oparciu o orzecznictwo TS i tzw. „dyrektywy zamówieniowe”⁶.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzeczeniu NSA z 11 sierpnia 2005 r.⁷ formą powierzenia zadania będzie akt organu gminy powołujący do życia jednostkę organizacyjną i określający przedmiot (zakres) jej działania. Nie znajdują przy tym za-

5 P. Sadura, *Od centralnego planowania do współzarządzania? Polski system edukacji w epoce zmiany paradygmatu administrowania*, „Zarządzanie Publiczne” 2016, nr 1, s. 47-56 wraz z przywołaną tam literaturą, C. Hood, *A public management for all seasons?*, „Public Administration” 1991, vol. 69, s. 3-19; A. Fabian, *New Public Management and What Comes After*, „Issues of Business and Law” 2010, nr 2, s. 36-45.

6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji (dyrektywa koncesyjna) Dz. Urz. UE z dnia 28.03.2014 r., L 94, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa zamówieniowa), uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. L 94 z 28.03.2014 r. oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (dyrektywa zamówieniowa) w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014.

7 Wyr. NSA z 11 sierpnia 2005 r., sygn. II GSK 105/05, dostępny na: www.orzeczenia.nsa.gov.pl, dalej jako: CBOSA.

stosowania przepisy o zamówieniach publicznych i brak jest podstaw do zawierania przez gminę umów z własną jednostką organizacyjną w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę.

Orzeczenie to stanowiło punkt wyjścia do tego, by przyjąć, że powierzenie zadań podmiotom wewnętrznym nie stanowi zamówienia publicznego. Płaszczyznę powierzenia wykonywania zadań stanowi więc jednostronna czynność organu administracji, a bezpośrednią podstawę prawną mogą stanowić przepisy u.g.k. – art. 2, 3 i 4 ust.1 pkt 1. Analizę wskazanych przesłanek, pozwalających uznać dany podmiot za tzw. wewnętrzny, przeprowadzono w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze dokonano weryfikacji możliwości ich zastosowania na gruncie prawa polskiego. Po drugie zbadano, względem jakiej grupy podmiotów można zastosować ww. kryteria. J.s.t. realizują bowiem powierzone zadania z wykorzystaniem odpowiednich jednostek organizacyjnych (nie tylko spółek prawa handlowego). Powstaje pytanie o spełniania przez te jednostki cech podmiotów wewnętrznych. Zauważyć należy, że tego rodzaju podmioty wyposażone w odrębną osobowość prawną, będące instrumentami wykonującymi powierzone zadania, z jednej strony przede wszystkim realizują powierzone zadania (taki jest bowiem cel ich funkcjonowania), z drugiej mogą dążyć do podniesienia poziomu opłacalności realizacji zadania (co jest charakterystyczne dla spółek prawa handlowego). Przyjęto także założenie, że j.s.t. zachowują przy tym administracyjnoprawne instrumenty kontrolujące jakość i zakres świadczonych usług.

Definiując krąg jednostek spełniających opisane cechy podmiotu wewnętrznego, określono również zakres form prawnych, w jakich zadania mogą być powierzone na rzecz tych podmiotów. Badaniu poddane zostały formy, w jakich następuje powierzenie zadań, w tym również akty powierzające zadania użyteczności publicznej na rzecz spółek prawa handlowego. Jednocześnie postawiono pytanie o zasadność rozważenia wprowadzenia instytucji umowy wykonawczej jako formy uzupełniającej względem aktu powierzenia.

Przyjmując, że płaszczyzną powierzenia zadania będą normy prawa publicznego (odpowiednie uchwały organów j.s.t.), analizie poddano możliwość przeniesienia funkcji (kompetencji) organu na rzecz organów jednostek organizacyjnych. Można zaryzykować twierdzenie, że zastosowanie opisywanej konstrukcji powierzenia sprowadza rolę organu j.s.t. do kontrolującego sposób realizacji zadań powierzonych.

W konsekwencji prowadzone badania nad komercjalizacją zadań publicznych prowadziły do wyodrębnienia kryteriów prawnych odróżniających komercjalizację od prywatyzacji zadań i pozwalających komercjalizację przeprowadzić wraz z ewentualnymi wnioskami *de lege ferenda*.

W związku z przyjętymi założeniami postawiono następujące hipotezy.

Istnieje rozróżnienie pomiędzy zadaniami publicznymi, zadaniami użyteczności publicznej i usługami użyteczności publicznej. Możliwe jest przy tym określenie determinantów takiego rozróżnienia.

Możliwym jest wykazanie, że określona w doktrynie prawa administracyjnego tzw. prywatyzacja zadaniowa ze względu na cechy ją charakteryzujące, na poziomie samorządu terytorialnego, powinna zostać wyodrębniona od pojęcia prywatyzacji. Zasadnym jest przy tym używanie dla tej formy realizacji zadań przez j.s.t. (prywatyzacji zadaniowej) pojęcia komercjalizacji zadań publicznych ze względu na katalog podmiotów wykonujących zadania (posiadających wspólne cechy), jak i form, w jakich te zadania są realizowane, a komercjalizacja znajduje legalne umocowanie w ramach realizowanych przez j.s.t. zadań.

Po trzecie istnieją prawne podstawy pozwalające na wyodrębnienie kryteriów normatywnych, na jakich komercjalizacja powinna się opierać.

Po czwarte powierzenie zadania publicznego podmiotom wewnętrznym może nie stanowić zamówienia publicznego.

Po piąte określone w orzecnictwie TS cechy charakteryzujące tzw. podmioty wewnętrzne mogą odnosić się nie tylko do spółek komunalnych, ale również do innych form organizacyjnoprawnych (jednostek organizacyjnych), w jakich j.s.t. razują swoje zadania, pomimo, że tego rodzaju podmioty, działające na gruncie ustawy o finansach publicznych, nie są nastawione na osiągnięcie zysku finansowego.

Po szóste komercjalizacja zakłada świadczenie usług użyteczności publicznej w zamian za pokrycie kosztów realizacji tego zadania (rekompensata), ale dopuszcza marginalne prowadzenie działalności komercyjnej wpływającej na ekonomiczny rachunek prowadzonej działalności powierzonej. Podstawowym celem podmiotu wewnętrznego jest realizacja powierzonych zadań, jednocześnie możliwe jest akcesoryjne (poboczne) prowadzenie działalności *stricte* komercyjnej, obniżającej koszty wykonywania powierzonych zadań.

Wskazane powyżej hipotezy badawcze doprowadziły do następujących hipotez cząstkowych.

Akt powierzenia może przybierać różne formy, w tym również formę uchwały organu j.s.t. Rozwiązaniem pożądanym jest wsparcie tej formy prawnej powierzenia o akt dwustronny, tzw. umowa wykonawcza.

Powierzenie zadań w ramach współdziałania jednostek j.s.t. może opierać się na porozumieniach bądź związkach, przy tym w każdej z tych form możliwe jest realizowanie określonych zadań z wykorzystaniem podmiotów wewnętrznych. Koniecznym jest przy tym ustalenie wzajemnych realizacji pomiędzy podmiotami po-

wierzącymi zadania (zawierającymi porozumienia bądź związki) a podmiotami wewnętrznymi zadania te realizującymi.

Publicznoprawna forma powierzenia zadań może stwarzać płaszczyznę umożliwiającą przeniesienie na organ podmiotu wewnętrznego funkcji organu administracji publicznej. Przy założeniu powierzenia na rzecz organu jednostki wewnętrznej zarówno zadań, jak i funkcji organu j.s.t. organ j.s.t. staje się jedynie podmiotem kontrolującym działanie podmiotu wewnętrznego.

Możliwe jest wskazanie administracyjnoprawnych instrumentów kontroli i nadzoru nad procesem powierzenia i działalnością podmiotów wewnętrznych.

Powyższe założenia i hipotezy usystematyzowano w sześciu rozdziałach.

Rozdział pierwszy poświęcono rozróżnieniu pomiędzy zadaniami, zadaniami użyteczności publicznej, usługami użyteczności publicznej. Kategorię zadań publicznych powiązano z określonym przez ustawodawcę katalogiem celów, jakie realizować mają organy administracji publicznej. Wskazanie przez ustawodawcę określonego zadania w akcie rangi ustawowej z jednej strony powoduje, że realizacja zadania staje się obowiązkiem organu administracji publicznej, z drugiej – z punktu widzenia jednostek – zadania są jedynie „refleksami prawnymi”.

Istnieje przy tym konieczność precyzyjnego określenia przez normodawcę tego, co zaliczymy do kategorii zadań publicznych. Podzielałam pogląd wyrażony przez M. Kuleszę o ograniczonej możliwości domniemania zadań publicznych⁸, szczególnie jeśli chodzi o zakres tychże zadań wykonywanych w sferze, która może być realizowana jako działalność gospodarcza (tam, gdzie podmioty prywatne mogą być zainteresowane samodzielnym wykonywaniem określonych zadań). Przy tym wykazano, że na rzecz jednostek organizacyjnych powierzone mogą być przez j.s.t. każde nałożone prawem zadania publiczne (zarówno własne, jak i zlecone). Podjęto również rozważania co do tego, w jakim zakresie j.s.t. mogą prowadzić działalność gospodarczą, wprowadzając pewne rozgraniczenie w kilku płaszczyznach:

- 1) wykonywania zadań publicznych, które nie są powiązane z działalnością gospodarczą;
- 2) realizacji zadań publicznych, które jednocześnie uznane mogą być za prowadzone jako działalność gospodarcza;
- 3) realizacji zadań publicznych, obok których akcesoryjnie prowadzona jest działalność komercyjna;
- 4) prowadzenie działalności o charakterze *stricte* komercyjnym.

8 M. Kulesza, O tym, ile jest decentralizacji w centralizacji, a także o osobliwych nawykach uczonych administratywistów, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 12, s. 7-22.

Wykazano także, że powierzenie wykonywania zadań wiązać się może z odpłatnością za te zadania. W przypadku realizacji usług użyteczności publicznej wykonywanych przez jednostki organizacyjne zasadą powinna być realizacja tych zadań w zamian za rekompensatę kosztów ich świadczenia (co wynika z faktu braku nastawienia na zysk przy ich wykonywaniu).

Rozdział drugi poświęcono tematyce powierzania, zlecania zadań na tle funkcji administracji. We wstępnych rozważaniach odniesiono się do zasady subsydiarności w wymiarze horyzontalnym. Podejmując próbę uporządkowania terminologicznego, wykazano, że instytucje te nie powinny być traktowane w sposób jednolity. Od powierzenia zadania odróżniono powierzenie funkcji administracji.

Rozdział trzeci stanowi konsekwencję rozważań prowadzonych w dwóch poprzednich rozdziałach. W rozdziale tym zaprezentowano poglądy doktryny w zakresie prywatyzacji zadań publicznych. Wskazano na wyodrębnienie prywatyzacji zadaniowej i możliwość powiązania jej z komercjalizacją zadań. Analizie poddane zostały również rozwiązania anglosaskie na poziomie samorządu lokalnego w zakresie wykorzystania do realizacji zadań publicznych podmiotów spełniających cechy podmiotów wewnętrznych. Przy tym zaprezentowane w tym rozdziale anglosaskie rozwiązania traktuję jako przykład ewolucji przyjętego sposobu realizacji zadań publicznych (od ich prywatyzacji – przy założeniu określania granicy pomiędzy zadaniami, które mogą być prywatyzowane, a tymi które pozostają wyłączną domeną państwa – do wykorzystania lokalnych jednostek organizacyjnych). W dalszych rozważaniach podjęto się określenia sfer działania administracji lokalnej, które podlegały będą prywatyzacji (i które ew. z takiej prywatyzacji powinny być wyłączone). Opisano rozwiązania dotyczące komercjalizacji na poziomie ustawowym, rozumianej jako komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych. W końcowych rozważaniach tego rozdziału wskazano, w jaki sposób polska doktryna prawa administracyjnego posługuje się pojęciem komercjalizacji w odniesieniu do zadań realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego.

Rozdział czwarty poświęcono określeniu kręgu podmiotów, na rzecz których j.s.t. mogą dokonać powierzenia zadań publicznych, przy założeniu ograniczenia pola badawczego do podmiotów powiązanych organizacyjnie i majątkowo z j.s.t. Analizie poddano przesłanki uznania określonego podmiotu za tzw. podmiot wewnętrzny – przy możliwym ich zastosowaniu w polskich warunkach prawnych. Następnie cechy podmiotu wewnętrznego zestawiono z charakterystyką samorządowych jednostek organizacyjnych (jednostki te opisano pod kątem spełnienia przez nie cech podmiotów wewnętrznych). Ponieważ orzecznictwo TS oraz tzw. „dyrektywy zamówieniowe”⁹ wiążą cechy podmiotu wewnętrznego głównie ze spółka-

9 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji (dyrektywa koncesyjna) Dziennik Urz. UE z dnia 28.03.2014 r., L 94, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/

mi komunalnymi, zbadano, czy analogiczne cechy mogą charakteryzować inne samorządowe jednostki organizacyjne, również te wywodzące swe działanie z ustawy o finansach publicznych. W końcowych rozważaniach opisano rozwiązania prawne w zakresie wykonywania zadań publicznych (i ich powierzania na rzecz jednostek organizacyjnych) w ramach współpracy samorządowej z wykorzystaniem porozumień i związków j.s.t. Podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące tego, kto w przypadku porozumień i związków j.s.t. powierza zadanie, na jakich zasadach powinno następować powierzanie w ramach współdziałania j.s.t.

Rozdział piąty dotyczy prawnych form, w jakich powierzenie zadań może nastąpić. W doktrynie wyróżnia się dwa tryby przenoszenia realizowania zadań na podmioty niepubliczne: tryb prywatnoprawny (w drodze umów cywilnych) i tryb publicznoprawny (administracyjnoprawny). Wykazano, że zastosowanie trybu publicznoprawnego prowadzi do instrumentalizacji jednostek organizacyjnych, co jest zjawiskiem pozwalającym na swobodę wykonywania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego. Następnie opisano rozwiązania unijne odnoszące się do aktu powierzenia.

W dalszych rozważaniach analizie poddano prawne formy powierzenia zadań przez j.s.t. Badaniu poddano elektroniczne bazy wszystkich 16 wojewódzkich dzienników urzędowych od 2011 r. do 2018 r. oraz uchwały 16 rad miast (stanowiących miasta wojewódzkie) podejmowane jako akty wewnętrzne (również ograniczaniem czasowym od 2011 r.) przekazujące zadania na rzecz spółek komunalnych. Dwutorowość analizy podejmowanych uchwał wynika z założenia braku jednolitości co do charakteru tego rodzaju aktów (jako aktów prawa miejscowego bądź aktów o charakterze wewnętrznym). Prowadzone badania pozwoliły na udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Jakie zadania stanowią przedmiot powierzenia – czy możliwe jest wskazanie zadań, które ze szczególną częstotliwością realizowane są za pomocą podmiotów wewnętrznych (spółek komunalnych)?
- 2) Czy w zakresie realizacji powierzonych zadań publicznych występuje specjalizacja, tzn. czy dla każdego zadania (grupy tożsamyh i powiązanych zadań) powoływane są odrębne spółki komunalne, czy też głównym kryterium jest sam fakt istnienia danej spółki, co skutkuje nałożeniem na nią określonych zadań?
- 3) Jakie są formalnoprawne elementy podejmowanych uchwał, tzn. czy z punktu widzenia unijnego spełnione są minimalne elementy wskazujące na powie-

UE w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa zamówieniowa), uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.U. L 94 z 38.03.2014 r. oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (dyrektywa zamówieniowa) w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014.

czenie, czy uchwały odnoszą się do zasad finansowania powierzonej działalności i przewidują uzupełnienie aktu powierzania z inną formą prawną?

- 4) Czy podejmowane uchwały w sprawie powierzenia występują jako akty prawa miejscowego, czy też jako akty wewnętrzne (z jednoczesną próbą określania formy właściwej)¹⁰?

W przypadku spółek komunalnych następczy względem podjętej uchwały będzie akt założycielski spółki – umowa spółki (zaprezentowano rolę aktu założycielskiego w zakresie dokonania powierzenia). W dalszej kolejności opisano mechanizm powierzenia zadania w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego.

Rozdział szósty poświęcono kontroli i nadzorowi nad procesem powierzenia zadań publicznych na rzecz jednostek organizacyjnych j.s.t. Wykazano, że administracyjnoprawny charakter sprawowanej kontroli i środków nadzoru (np. wojewody w zakresie aktów powierzenia,) stanowi istotny element realizacji zadań publicznych w tej właśnie formie i co istotne, odróżnia wykonywanie zadań w ramach ich komercjalizacji od prywatyzacji (pozbawionej tak skonstruowanego nadzoru administracyjnego). Jednocześnie analiza raportów pokontrolnych NIK pozwoliła na charakterystykę realizacji zadań przez upoważnione podmioty wraz z dostrzeżonymi nieprawidłowościami w realizacji tych zadań.

W monografii jako podstawowy typ wnioskowania przyjęto dedukcję. Jako główną metodę badawczą zastosowano metodę interpretacji prawniczej z zastosowaniem metod interpretacyjnych w postaci analizy logicznej, argumentacji i hermeneutyki prawniczej.¹¹ Zastosowano także wykładnię zgodną. Rozważania przeprowadzono w formie studiów teoretycznych i dogmatycznych oraz empirycznych aktów prawa miejscowego, orzeczeń sądów krajowych oraz orzeczeń TS. W pracy wykorzystano także metodę gospodarczo-ekonomiczną. Zauważyć należy, że S. Buczkowski, prekursor na gruncie polskim tzw. gospodarczo-ekonomicznej metody w prawie, uważał, że jej stosowanie w niektórych działach prawa jest szczególnie pożądane. Do tych działów zaliczał prawo karne i podatkowe, argumentując, że zwłaszcza w tych gałęziach nie można poprzestać jedynie na czysto formalno-dogmatycznej metodzie analizy prawniczej¹². Wydaje się, że do tych dwóch działów (gałęzi) z powodzeniem można dołączyć również prawo samorządu terytorialnego. Istotne jest bowiem wypracowywanie rozwiązań prawnych umożliwiających jak najefektywniejsze zaspokajanie przez jednostki samorządu terytorialnego zbiorowych potrzeb ludności.

Monografia uwzględnia stan prawny na dzień 30 sierpnia 2019 r.

10 Treść art. 40 ust. 2 u.s.g. sugeruje, że akty regulujące strukturę organizacyjną gminy są aktami prawa miejscowego, chociaż w doktrynie i orzecznictwie do tej kategorii przeważnie zalicza się akty zawierające przepisy powszechnie obowiązującego prawa, a nie akty wewnętrzne.

11 J. Stelamch, *Kodeks argumentacji dla prawników*, Kraków 2003, s. 33.

12 S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937, s. 153.

I

ZADANIA JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

1. Wprowadzenie

Przyjąć należy, że administracja może realizować swoje zadania także w formie prawa prywatnego i to nie tylko w ten sposób, że prowadząc swoją działalność, wybiera formy znane z prawa prywatnego, ale także poprzez wykorzystanie osób prawnych prawa prywatnego i powierzenie im realizacji określonych zadań administracyjnych. Podmioty te są prawnie samodzielnie, zorganizowane na bazie prawa prywatnego i prawie zawsze kierowane przez publicznoprawny podmiot administracyjny.¹ W doktrynie prawa administracyjnego zamiennie stosuje się pojęcia zadań publicznych, zadań użyteczności publicznej i usług użyteczności publicznej. Przy tym zauważalna jest tutaj różnica interpretacyjna wskazanych rodzajów zadań i usług. W pierwszym etapie prowadzonych rozważań podjęto próbę usystematyzowania kategorii zadań wykonywanych przez organy administracji publicznej po to, by wskazać, jakiego rodzaju zadania wykonywane są przez organy jednostek samorządu terytorialnego i które spośród nich mogą (powinny) być powierzane na rzecz innych podmiotów. W kontekście działalności j.s.t. konieczne jest również wskazanie granicy pomiędzy realizacją zadań publicznych a prowadzeniem działalności gospodarczej. O ile j.s.t. mogą prowadzić działalność gospodarczą tylko pod pewnymi określonymi ustawowo przesłankami, to zauważyć należy, że realizacja zadań publicznych sama w sobie może polegać na podejmowaniu aktywności w sferach,

1 H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeines Verwaltungsrecht*, tłum. I red. K. Nowacki, Wrocław 2003, s. 233.

w których podmioty prywatne prowadzą działalność gospodarczą. Działalność gospodarcza podejmowana przez j.s.t. powinna jednak mieć co do zasady marginalny charakter, stąd też niezbędne jest określenie obszarów, które zaliczyć trzeba do sfery realizacji zadań publicznych. Granicę pomiędzy realizacją zadań publicznych a prowadzeniem działalności gospodarczej (komercyjnej) stanowi, oprócz samego rodzaju realizowanego zadania, także ustalenie mechanizmu odpłatności za realizację tego zadania.

2. Sposoby ujmowania zadań publicznych

Rozpoczynając od kwestii definicyjnych, należy przede wszystkim określić, czym są zadania publiczne. Pojęcie zadań publicznych nie posiada definicji legalnej. Często zamiennie używane są terminy: zadania publiczne, usługi publiczne oraz zadania o charakterze użyteczności publicznej. W okresie poprzedzającym reaktywowanie struktur samorządu terytorialnego zauważalna była tendencja do posługiwania się określeniami „publiczne” i „państwowe” jako synonimami. Dopiero przemiany ustrojowe i związane z nimi przekształcenia porządku prawnego spowodowały zmianę tego stanu rzeczy. Wynikało to z przywrócenia struktur samorządu terytorialnego, a także z przyjęciem, że nie tylko państwo jest podmiotem mogącym sprawować władzę publiczną, lecz mogą to czynić inne związki publicznoprawne i autonomiczne względem państwa – zakłady i fundacje.

Chociaż dotyczyło przede wszystkim szczebla gminnego, pozwoliło na zróżnicowanie jednolitej dotąd grupy zadań. Dlatego też podjęte przed tym okresem próby zdefiniowania zadań administracji państwowej obecnie klasyfikowalibyśmy jako próby zdefiniowania zadań administracji publicznej.

Konstytucja RP z 1997 r.² do zadań publicznych odnosi się w kontekście podmiotów zobowiązanych do ich wykonywania. Zgodnie z art. 166 konstytucji samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych. Zgodnie zaś z art. 166 ust. 1-2 konstytucji zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne. Jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa, ustawa może zlecić jednostkom samorządu terytorialnego wykonywanie innych zadań publicznych. Ustawa określa tryb przekazywania i sposób wykonywania zadań zleconych. Skoro konstytucja zastrzega wykonywanie przez samorząd terytorialny tylko tych zadań publicznych, które nie są zastrzeżone przez konstytucję bądź ustawy na rzecz innych władz publicznych, to już na wstępie rozważań sugerować może to, że kategoria zadań publicznych odnosi się nie tylko do organów j.s.t.

2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483.

Do tego, w jaki sposób należy interpretować pojęcie zadań publicznych, szeroko odnosi się doktryna prawa administracyjnego. Polska nauka prawa administracyjnego klasyfikuje zadania wykonywane przez administrację zarówno rządową, jak i samorządu terytorialnego jako zadania z zakresu administracji publicznej.³

Jak wskazuje R. Michalska-Badziak, w prakseologii „zadania” określa się jako stan rzeczy, który ma być utrzymany bądź osiągnięty. Zadanie to skonkretyzowana czasowo ocena realizowanego stanu, faktu, zdarzenia odnoszona do systemu wartości ustawodawcy. Można też przyjąć bardziej ogólne określenie i przez „zadania” rozumieć ustalone cele i kierunki działania konkretnych podmiotów.⁴

Zdaniem M. Sthal pojęcie zadania publicznego zależy od określonego kontekstu prawnego, politycznego społecznego, przyjmowanego systemu wartości. Określenie „zadania publiczne” wiąże się z celami publicznymi (użyteczności publicznej), jakie ma zrealizować administracja, te z kolei utożsamia z interesem publicznym. Autorka ta wskazuje jednocześnie na ograniczoną użyteczność definiowania pojęcia zadań publicznych. W jej opinii bezsprzecznym jest, że zadania publiczne wynikają z przepisów prawa, państwo decyduje, co jest w danej chwili celem publicznym. Oceny te jednak zawsze mogą być kwestionowane na drodze politycznej, a nie prawnej. Podstawowym zaś kryterium uznania danych zadań za publiczne jest okoliczność, że państwo lub samorząd terytorialny ponoszą w świetle prawa odpowiedzialność za realizację tych zadań.⁵

Zgodzić się należy z autorką, że główne determinanty do uznania określane go zadania za mające charakter publiczny to przede wszystkim pewien szeroko pojęty kontekst społeczny (polityczny) i wola ustawodawcy. Akty prawne określają, co w danym okresie uznać należy za zadanie publiczne i zaliczyć należy do powiązanego z zadaniami publicznymi celu publicznego, przy tym katalog tych zadań może zmieniać się z upływem lat. Istotne zdaje się przy tym, by ustawodawca zachował możliwą precyzję. Zarówno bowiem wykonujący zadanie, jak i podmioty, do których zadanie jest skierowane, miały wiedzę co do tego, czy wykonywane zadanie ma charakter zadania publicznego.

Z kolei w ocenie S. Biernata w kontekście określania tego, co jest zadaniem publicznym, podkreślana jest powinność i obowiązek realizacji zadania, a także odpowiedzialność za jego realizację. Podstawowym kryterium uznania konkretnego zadania za zadanie publiczne powinno być ponoszenie odpowiedzialności za jego realizację przez administrację publiczną (czy to na szczeblu rządowym, czy samorządowym), nawet jeśli wykonawca sytuuje się poza strukturami administracji. Autor

3 Z. Leoński, Samorząd terytorialny w RP, Warszawa 1998, s. 24.

4 R. Michalska-Badziak, Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, (wyd. 5), red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 267.

5 M. Stahl, Cele publiczne i zadania publiczne, (w:) Koncepcja systemu prawa administracyjnego, (red.) J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 100.

podkreślił, że przekazanie wykonywania zadań publicznych podmiotom niepublicznym nie powoduje, że przestają one być ujmowane w kategorii zadań publicznych.⁶

Pogląd ten wymaga podkreślania w obliczu zwiększającego się katalogu form organizacyjnych, w jakich realizowane mogą być zadania publiczne. Zauważyć można, że odpowiedzialność za realizację zadania przekazanego na zewnątrz administracji może zmieniać się w zależności od formy, w jakiej zadanie zostało przekazane. Jeśli podstawą przekazania zadania jest umowa cywilnoprawna, to dla podmiotu, który zadanie realizuje, istotne jest przede wszystkim osiągnięcie zysku związanego z realizacją zadania. Więć publicznoprawna łącząca zlecającego i wykonawcę zdaje się w silniejszy sposób wpływać na fakt, że realizowane powinno być przede wszystkim samo zadanie, przez co wpływa na poczucie odpowiedzialności za realizację zadania zarówno przez zlecającego jak i przez wykonującego zadanie.

W ujęciu S. Biernata można wskazać trzy ujęcia zadań publicznych. W pierwszej kolejności kładzie on nacisk na ujęcie, które odnosi się do zadań rzeczywiście wykonywanych. W tym znaczeniu chodzi o ustalenie stanu faktycznego, realnego zasięgu i rodzajów zadań publicznych. Nie jest w tym przypadku istotne, z czego wynika oraz na jakich podstawach opiera się wykonywanie danego zadania przez administrację publiczną, wystarczy sam fakt, że tego rodzaju zadania są realizowane. Na pierwszym planie nie znajduje się więc zagadnienie powinności, ale sfera rzeczywistości społecznej. W takim ujęciu ustalenie zakresu zadań i systematyzacja ich rodzajów następuje w wyniku badania profilaktyki funkcjonowania państwa i samorządu terytorialnego.⁷

Po drugie zadania publiczne pojmować można jako zadania swoiste i charakterystyczne dla państwa. W tym ujęciu chodzi o „modelowe” zadania publiczne albo zadania publiczne w „czystej postaci”. Zakres tak rozumianych zadań jest zmienny w czasie i niejednakowy w różnych ustrojach, np. węższy w ustroju demokracji parlamentarnej, a szerszy w państwie totalitarnym. Zakres tak rozumianych zadań wynika z konstytucji i innych doniosłych ustaw ustrojowych. Przy tym jednocześnie S. Biernat, podaje w wątpliwość, czy można w ogóle wyróżnić zadania, które byłyby niejako „ze swej natury” przypisane państwu. Pewne zadania są charakterystyczne dla państwa, jak np. zapewnienie bezpieczeństwa zewnętrznego i porządku wewnętrznego, a więc zadania, które dla urzeczywistnienia wymagają dysponowania przymusem. Kontrowersje dostrzega w przypadku zadań polegających na wspieraniu dobrobytu obywateli, w jego bowiem opinii zależne są one od wyboru politycznego.⁸

6 S. Biernat, *Prywatyzacja...*, *op. cit.*, s. 25-34.

7 Tamże, s. 15.

8 Tamże, s. 16.

Po trzecie jako zadania samorządu wynikające z całego obowiązującego w danym czasie porządku prawnego, a więc nie tylko konstytucji, ale również ustaw zwykłych i aktów normatywnych niższej rangi. W tym ujęciu chodzi więc o wszelkie zadania wyznaczone przez obowiązujące prawo. Suma ustalonych w ten sposób zadań daje obraz normatywnie nakazanej aktywności organów administracji.⁹

Zdaniem M. Ofiarskiej przez „zadania publiczne” należy rozumieć wszystkie zadania publiczne o znaczeniu lokalnym, zwłaszcza te, które związane są z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb poszczególnych społeczności, rodzaje tych spraw nie zostały bowiem wyliczone przez ustawodawcę. W ten sposób kategoria zadań publicznych wiąże się raczej z pewnymi potrzebami społecznymi niż z kategorią enumeratywnie wymienionych w przepisach prawa obowiązków organów administracji publicznej.¹⁰ Tymczasem trudno jest przyjąć, że organy administracji publicznej podejmowały będą aktywność w sferach nieznajdujących oparcia w przepisach prawa.

Zadania publiczne z obowiązkiem ich realizacji wiąże L. Zacharko, która zadania rozumie jako obowiązek administracyjny stanowiący konkretyzację celu działania organu administracji, zaś kompetencje jako jeden z instrumentów wykonywania zadań. Istotę kompetencji autorka ta upatruje w obowiązku sformułowania przez prawo działania dozwolonego w określonych formach prawnych. Podkreśla ona, że pojęcie zadań publicznych w relacji do zadań samorządu gminnego występuje w bezpośredniej współzależności. Samorząd gminny wykonuje zadania publiczne i jest nośnikiem tych zadań. Jej zdaniem potwierdza to art. 166 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez j.s.t. jako zadania własne.¹¹ Wydaje się jednak, że tylko zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są zadaniami własnymi j.s.t., te zaś, które odnoszą się do potrzeb ponadlokalnych, mogą być wykonywane przez administrację rządową bądź też zlecane na rzecz j.s.t.

Przez zadania publiczne K. Bandarzewski rozumie zakres prawnie dopuszczalnej działalności podmiotu publicznego, wykonywanie w interesie podmiotu lub podmiotów zewnętrznych, znajdujących się poza strukturą podmiotu publicznego. Zadaniem publicznym będzie każde zaspokajanie potrzeb wspólnoty, niezależnie od tego, czy jego wykonywanie następuje w drodze czynności podejmowanych każdorazowo w interesie i na rzecz jednego podmiotu, czy też większej grupy osób.¹²

9 Tamże.

10 M. Ofiarska, *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 56.

11 L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 16, 17.

12 K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych*, (w:). *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 331.

Można w tym miejscu zasygnalizować, że większość autorów wiąże kategorie zadania publicznego z podmiotami te zadania wykonującymi. Tymczasem na pojedynczego obywatela czy przedsiębiorcę prawo również może nakładać obowiązek działania na rzecz ogółu, np. od właścicieli gruntu przylegającego do rzeki i jezior ich udostępnienia, od pracodawców wymaga się odprowadzania składek na ZUS czy zaliczek na PIT. Istota zadania polega więc raczej na realizacji prawem określonego celu publicznego, przy tym prawodawca może nakładać obowiązek jego realizacji nie tylko na podmioty *stricto* publiczne. Ów cel publiczny interpretować można poprzez konieczność realizacji szeroko pojętego interesu publicznego.

Zakres zadań publicznych może być różnie interpretowany. W ujęciu wąskim (*sensu stricto*) będzie to zaspokajanie bezpośrednich, powtarzających się i zarazem typowych potrzeb społecznych. Jako przykład można wskazać zadania w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, transportu publicznego. Ujęcie szerokie (*sensu largo*) obejmuje zaspokajanie wszelkich potrzeb, również pośrednich, np. dotyczących nawiązywania i podtrzymywania kontaktów międzynarodowych.¹³

Przez zadanie publiczne S. Fundowicz rozumie przejęcie przez państwo zaspokajanie zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka, wynikających ze współżycia ludzi w społecznościach. W tak definiowanym zadaniu publicznym, zdaniem tego autora, można wyróżnić dwa elementy: materialny i formalny. Pierwszy wypełnia się w stwierdzeniu, że chodzi o zaspokajanie zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka, wynikających ze współżycia ludzi w społeczeństwie. W związku z dynamizmem przemian społecznych zmienia się zakres zadań publicznych. Za aspektem materialnym podąża aspekt formalny, odnoszący się do tego, że państwo przejmuje zaspokajanie ustalonych potrzeb. Przejęcie przez państwo dokonuje się przez ustalenie w normie prawnej pewnych działań jako zadań publicznych albo przez powszechne przypisywanie pewnych działań do zakresu zadań publicznych w ramach obrotu prawnego, albo też na podstawie bezspornego, niebudzącego wątpliwości domniemania, że określone działanie jest wykonywaniem zadania publicznego, zwłaszcza gdy działania tego podejmuje się osoba prawa publicznego, a działanie to nie zostało dookreślone w normie prawnej jako czynność prawa prywatnego. Autor ten podkreśla dynamizm zadań publicznych ze względu na zamieniające się potrzeby społeczne.¹⁴

Nie można do końca zgodzić się z tak pojmowaną definicją zadania publicznego, wydaje się bowiem, że o tym, co jest zadaniem publicznym, przesądza w głównej mierze ustawodawca. Wszelkiego rodzaju domniemania co do charakteru zadania,

13 M. Tetera, *Zadania samorządu terytorialnego oraz materialne podstawy i prawne formy realizacji*, (w:) *Samorząd terytorialny. Ustrój i gospodarka*, red. Z. Niewiadomski, Bydgoszcz-Warszawa 2001, s. 53.

14 S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego*, (w:) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 158, 166.

jako publicznego, nie będą skuteczne (w sensie przypisania organowi administracji publicznej wyłącznego prawa w realizacji takiego zadania) szczególnie w tych sytuacjach, kiedy określone zadanie będzie atrakcyjne ekonomicznie zarówno dla przedsiębiorcy prywatnego, jak i dla administracji publicznej i koniecznym będzie rozstrzygnięcie, kto jest zobowiązany do realizacji tego zadania. Należy więc wskazać, że zadanie publiczne powinno być jako takie określone w przepisach prawa. Oczywiście realizacja takiego zadania co do zasady służyła będzie zaspokajaniu potrzeb społecznych. Istotna jest również kwestia, czy określenie danego zadania jako publicznego nakłada na organy administracji publicznej obowiązek jego samodzielnego wykonywania, czy też możliwa jest sytuacja, w której zadanie to realizowane jest przez podmioty prywatne, a organy administracji publicznej stają się jedynie biernymi obserwatorami tego, jak to zadanie jest realizowane.

Zdaniem A. Błaśa pojęciem zadań publicznych określa się konstrukcję prawną obejmującą prawny obowiązek osiągnięcia lub utrzymania określonego stanu przez jednoznacznie wskazany w normach prawnych podmiot, który to stan jest istotny i pożądaný z punktu widzenia interesu publicznego. Normatywne wyznaczenie zadania publicznego oznacza określenie go normą zadaniową w konstytucji, akcie prawa ustrojowego lub innym akcie zawierającym te normy, a także prawne określenie kompetencji, na podstawie których zadanie to będzie realizowane, a najczęściej realizować je będą organy administracji publicznej.¹⁵

W kontekście rozumienia zadań publicznych interesujące są poglądy J. Zimmermanna odnoszące się do norm zadaniowych. Obejmują one przede wszystkim normy określające zadania poszczególnych członów administracji publicznej, sformułowane najczęściej w powiązaniu z celem działania tej administracji. Określenie zadania i celu działania podmiotu administracji publicznej jest jednoznaczne z nałożeniem na ten podmiot obowiązku wykonania zadania lub obowiązku osiągnięcia wyznaczonego celu. W odniesieniu do norm zadaniowych wyznaczony w nich obowiązek nie ma charakteru jednostkowego – nie może być zrealizowany przez pojedynczą czynność, ale jego realizacja musi polegać na wykonaniu szeregu czynności jedno- lub wielorodajowych, prawnych lub faktycznych. Stworzony w ten sposób obowiązek administracji publicznej pośrednio wpływa na prawa obywateli, ponieważ mogą oni domagać się wykonania zadań wyznaczonych przez ustawę organom administracyjnym.¹⁶

Z powyższego można wyprowadzić wniosek, że zadania publiczne (mające swoje odzwierciedlenie w normach zadaniowych) stanowią swego rodzaju obowiązek działania administracji, którego realizacji domagać się może podmiot spoza ad-

15 A. Błaś, (w:) A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja*, Poznań 2003, s. 140; M. Tabernacka, *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Poznań 2007, s. 82.

16 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 41.

ministracji (to, czy tak faktycznie jest, opisano w dalszych rozważaniach), zadania nie są realizowane przez pojedyncze działania, stan ich wykonywania (świadczenia) ma charakter ciągły, dopóki określone zadania nie utraci charakteru publicznego.

Zadania publiczne to działanie administracji publicznej realizowane na podstawie obowiązujących przepisów. Całość zadań samorządu terytorialnego można podzielić według rozmaitych kryteriów. Do podstawowych zadań należą: zadania własne, zadania zlecone, a także zadania obligatoryjne i dobrowolne. Termin „zadania” najczęściej jest używany w znaczeniu celu, który ma osiągnąć w swej działalności administracja lub określonych kierunków działań, mając na uwadze zakres rzeczowy spraw należących do tej administracji.¹⁷

Zadania są utożsamiane z kierunkami działania administracji, które wyznaczone zostały przez ustawodawcę. W ten sposób wyznacza się swoiste wartości, których realizację nakazuje się organom administracji.¹⁸

Wskazać można także na interpretację „zadania publicznego” w kontekście zadań samorządu terytorialnego, stosowaną przez Trybunał Konstytucyjny, który podkreśla, iż wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczności lokalnych, jak i ogólnopolskich.¹⁹ Podobnie określił to pojęcie Sąd Najwyższy, przyjmując, że wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczności.²⁰

Przedstawiona przez Trybunał Konstytucyjny wykładnia pojęcia „zadania publiczne” spotkała się z krytyką w nauce prawa. Według A. Agopszowicza art. 6 u.s.g. stanowi, że „do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów”, natomiast w art. 7 u.s.g. dodano, że „zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy”. Mamy zatem do czynienia z rozróżnieniem pojęcia „zadania” występującego w art. 7 ust. 1 u.s.g., polegającego na zaspokajaniu potrzeb zbiorowych mieszkańców wspólnoty, od pojęcia „sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym”, które zakresem swoim obejmuje poza potrzebami zbiorowymi również potrzeby indywidualne mieszkańców.²¹

17 W. Kisiel (red.), *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 107.

18 Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000, s. 62, gdzie zadanie administracji określa się jako: „normatywny obowiązek działania nakierowanego na realizację jakiejś wartości”.

19 Uchwała TK z dnia 27 września 1994 r., W 10/93, OTK 1994, nr 2, poz. 46.

20 Wyrok SN z dnia 8 lutego 1996 r., III ARN 64/95, OSNP 1996, nr 16, poz. 218.

21 A. Agopszowicz, (w:) A. Agopszowicz, Z. Gilowska, *Ustawa o samorządzie terytorialnym*, s. 78-79; J. Wyporska, (w:) J. Tarno (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce*, Warszawa 2007, s. 37-38.

Gdyby przyjąć prezentowaną wykładnię, należałoby stwierdzić, że przepis art. 6 u.s.g.²² jest zakresowo szerszy od przepisu art. 7 u.s.g.,²³ który okazałby się zbędny. W kontekście zestawienia obu tych norm pojawia się także stanowisko, zgodnie z którym przeciwstawia się treść art. 6 i 7 u.g.n., widząc w nich odrębny zakres normowania. „Sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym” powinny być, zgodnie z tymi poglądami, odróżnione od „zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty”. Różnica miałaby polegać na objęciu art. 7 u.g.n. także spraw niepublicznych, czyli indywidualnych.²⁴ W mojej ocenie przepis art. 6 u.s.g. jest rzeczywiście zakresowo szerszy niż treść art. 7 u.s.g., gdzie ustawodawca posługuje się zwrotem „w szczególności”, dając w ten sposób możliwość dookreślenia w przyszłości kategorii zadań publicznych (zadań własnych) gminy. Tym niemniej oba te przepisy wzajemnie się uzupełniają.

Zaprezentowane poglądy prowadzą do wniosku, że niewątpliwie kategoria zadań publicznych jest zmienna, przy tym zależy od czynników społecznych, gospodarczych, politycznych. To, czy określone zadania zaliczyć można do kategorii publicznych, musi znaleźć odzwierciedlenie prawne, tzn. ustawodawca wskazuje katalog zadań publicznych, przy tym nie jest to katalog niezmienny. Można on ulegać rozszerzeniu lub zawężeniu. Realizacja zadań publicznych nie polega na jednorazowej czynności, a wymaga podejmowania szeregu często powiązanych działań. Realizacja zadania wiąże się z realizacją również określonego przez ustawodawcę celu publicznego.

W tym miejscu można wskazać na interpretację zadania administracji publicznej prezentowaną przez T. Skoczego, wraz z analizą i pewną modyfikacją, jakiej poddała tę definicję A. Barczak. T. Skoczny używał co prawda pojęcia „administracja państwowa”, rozumiejąc przez to preskryptywny wyraz tego, co ma być w rzeczywistości wykonane dla urzeczywistnienia celu państwa przez jego administrację za pomocą określonych środków i działań.²⁵ Zdaniem autora do zakwalifikowania określonego zadania jako zadania administracji państwowej konieczne jest zaistnienie kilku okoliczności:

- 1) istnienie celu państwa, którego urzeczywistnieniu ma służyć to zadanie;
- 2) stwierdzenie, że administracja państwowa jest podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie zadania;

22 Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.s.g.: „Do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów”.

23 Art. 7 u.s.g. z kolei, wymieniając zadania własne gminy, rozpoczyna się od zdania: „Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy [...]”.

24 Zob. A. Agopszowicz, (w:) A. Agopszowicz, Z. Gilowska, Ustawa o samorządzie terytorialnym, s. 78-79; J. Wyporska, (w:) J. Tarno (red.), Samorząd terytorialny w Polsce, Warszawa 2007, s. 37-38.

25 T. Skoczny, O niektórych problemach teorii zadań administracji państwowej, OMT 1985, nr 11-12, s. 3.

- 3) ustanowienie środków mających służyć realizacji zadania (w sensie preskrytywnym);
- 4) wskazanie, że w celu wykonania określonego zadania podejmowane są faktycznie środki lub działania (w sensie deskrytywnym).²⁶

Z powyższego wynika, że by można było mówić o istnieniu zadania, zaistnieć muszą dwa elementy, czyli formalne ustanowienie zadania oraz faktycznego jego wykonania. Obecnie zasadnym jest zastąpienie przymiotnika „państwowa” słowem „publiczna” i jak zauważa A. Barczak, uzasadnione jest zastąpienie słowa „preskrytywny” wyrazem „normatywny”. Zmiana ta jest wynikiem zasady przyjmowanej w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), według której organy administracji mogą działać tylko w relacji do prawa, a zatem ich działania powinny być oparte na przepisach prawa (art. 7 Konstytucji RP).²⁷ Autorka jednocześnie sformułowanie „wyraz tego, co ma być w rzeczywistości wykonane”, utożsamia z zachowaniem powodującym urzeczywistnienie założonego celu. Chodzi więc o pewne działanie, które powinno być zrealizowane w dążeniu do określonego celu. Wynika z tego, że pojęcie „zadanie” podporządkowane jest pojęciu „cel”. Z kolei ostatnia część definicji – „przy pomocy określonych środków i działań” – wiązana jest z formami, w jakich organy administracji mają działać.²⁸ Ujęcie prezentowane przez A. Barczak, przy pewnych jego modyfikacjach, będzie wykorzystywane w dalszych rozważaniach.

Dopełnieniem przywołanych zmian jest stanowisko K. Podgórskiego,²⁹ który wskazuje, że pojęcie „zadanie” zawiera w sobie tylko element obowiązku ciążącego na wyznaczonym organie. Jeśli jest to obowiązek, to powinien wynikać jasno z przepisu prawa i na organie ciąży powinność jego realizacji.

Można zadać pytanie, czy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty odbywało się będzie zawsze w ramach realizacji zadań publicznych? Tutaj jednak pod uwagę należy wziąć dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze, czy kategorię zadania publicznego można domniemywać, czy zadanie publiczne zawsze musi być zdefiniowane jako takie w ustawie? Po drugie, czy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty może odbywać się poprzez inną działalność jednostki samorządu terytorialnego niż realizacja zadania publicznego?

Odnosnie do pierwszego pytania, w nauce prawa administracyjnego podnosi się, że zadania publiczne definiowane mogą być również poprzez proste odniesienie do funkcji, jaką realizują. Otóż wskazuje się, że zadania te służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnot lokalnych. Są one podejmowane na rzecz dobra wspól-

26 Tamże, s. 12-13.

27 A. Barczak, *Zadania samorządu terytorialnego w ochronie środowiska*, Warszawa 2006, Lex 2018.

28 Tamże.

29 K. Podgórski, *Zadania samorządu terytorialnego (część ogólna)*, Katowice 1990, s. 7-8.

nego.³⁰ Zakładać można swego rodzaju domniemanie właściwości jednostek samorządu terytorialnego do wykonywania zadań publicznych, czyli zadania, które nie zostały zastrzeżone na rzecz innych władz publicznych, powinny w sposób wyczerpujący zostać określone w konstytucji lub ustawach zwykłych. Natomiast te zadania publiczne – ustawowo określone – które nie zostały wyraźnie zastrzeżone na rzecz innych podmiotów, pozostają we właściwości samorządu terytorialnego. Bezpośrednie powiązanie zadań publicznych z normami prawnymi podkreślają J. Korczak i D. Cendrowicz. Zdaniem tych autorów w państwie prawa zadania administracji wynikają wyłącznie z norm prawnych rangi ustrojowej. Tym samym ustawodawca powierza określonym organom administracji zadania do wykonania.³¹

Dowodząc konieczności oparcia zadania publicznego o konkretny przepis prawa, H. Izdebski wskazuje, iż samorząd terytorialny musi stosować się do zasady legalizmu. O ile w art. 7 Konstytucji RP zasada ta jest sformułowana jako obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa, o tyle art. 6 k.p.a. ogranicza ją do działania na podstawie prawa. Choćby już tylko na tej podstawie autor ten wysnuwa wniosek występującej różnicy pomiędzy działalnością władczą, dla której podjęcia wymagana jest konkretna, materialnoprawna, ustawowa podstawa prawna i nie ma miejsca na domniemanie kompetencji, a sferą niewładczą (w tym czynnościami „administracji świadczącej” oraz działaniami właścicielskimi), w której może wystarczyć ogólne upoważnienie ustawy, byle działanie następowało w granicach prawa, przy czym ogólnym upoważnieniem dla gminy może być także domniemanie jej zadań w obrębie samorządu terytorialnego.³²

Jednocześnie ten sam autor przytacza argumentację, która ma dowodzić, że bez względu na rodzaj wykonywanych zadań (sferę, w której są wykonywane) konieczny jest konkretny przepis prawa legitymizujący podejmowane działania.

Zasada oparcia zadań publicznych o konkretny przepis prawa zdaje się pozostawać w pewnej kolizji z domniemaniami właściwości gminy. Gminny samorząd terytorialny jest bowiem upoważniony do załatwiania lokalnych spraw publicznych, które zostały ustawowo włączone do zakresu jego działania, jak również do załatwiania takich zadań i kompetencji, których ustawy nie przekazały żadnemu podmiotowi, a które mieszczą się w zakresie zadań i kompetencji samorządowych o charakterze lokalnym. Owo domniemanie nie może polegać na wykonywaniu (realizowaniu) dowolnie wykreowanego przez samorząd gminny zadania publicznego, a jedynie takiego, które ma charakter zobiektywizowany, to jest znajduje podstawę prawną, lecz brak wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę podmiotu władnego do

30 Z. Newiadomski, (w:) M. Kallas i in., *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, Warszawa 2002, s. 143.

31 J. Korczak, D. Cendrowicz, *Dywersyfikacja zadań samorządu terytorialnego*, (w:) T. Bąkowski (red.) *Organizacja administracji publicznej z perspektywy powierzanych jej zadań*, Warszawa 2015, s. 111.

32 H. Izdebski, *Domniemanie zadań samorządu terytorialnego i domniemanie zadań gminy w obrębie samorządu terytorialnego – klauzule generalne dotyczące zadań samorządu*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 1-2, s. 72.

ich interpretacji.³³ Założyć można, że zastosowanie domniemania właściwości gminy powinno mieć charakter marginalny, wyjątkowy i wymaga indywidualnej interpretacji każdego takiego zadania. Istotę zadania publicznego stanowi bowiem jego przyporządkowanie do określonego podmiotu je realizującego. Jeśli istnieje zadanie, które nie znajduje się we właściwości administracji publicznej (brak jest normy, która przyporządkowuje zadanie do realizacji przez określony podmiot), być może celem ustawodawcy było pozostawienie takiego zadania do realizacji np. przez podmioty prywatne, co nie byłoby sytuacją nadzwyczajną, biorąc pod uwagę zmieniające się uwarunkowania prawno-ekonomiczne. Nie zmienia to faktu, że podstawę do podejmowania określonych działań organów administracji stanowić powinny skonkretyzowane normy prawne i tylko w ich zakresie organy realizowały będą zadania publiczne.

Podobnie na działanie jednostek samorządu terytorialnego w oparciu o przepis ustawy legalnych podstawach zadań publicznych pisze M. Szydło. Autor ten podkreśla, że jednostki samorządu terytorialnego już z samej istoty konstytucyjnie określonej pozycji ustrojowej nie mają prawnych możliwości samodzielnego kształtowania (w sensie konstytucyjnym) zakresu swojego działania oraz treści realizowanych zadań. Prawodawca konstytucyjny stwierdza wprawdzie, że samorząd wykonuje (czy też ma wykonywać) „istotną część zadań publicznych” (art. 16 ust. 2 zd. 2 konstytucji), dodając równocześnie, że powinien to czynić „w ramach ustaw” (art. 16 ust. 2 zd. 2 konstytucji). Ustawodawca zwykły ma zatem dążyć do osiągnięcia stanu, w którym to właśnie jednostki samorządu terytorialnego będą wykonywały istotną część zadań publicznych w państwie, tym niemniej zawsze musi się to odbywać „w ramach ustaw”.³⁴ Bezsprzeczne jest wywodzenie zadań z normy ustawowej, bardziej istotne wydaje się jednak to, na ile norma ustawowa określająca zakres zadania powinna być precyzyjna i czy można w tym zakresie dopuścić swoiste domniemanie zadania j.s.t., jeśli istnieją wątpliwości co do tego, czy dana sfera powinna być przypisana państwu, czy pozostawiona do wykonywania podmiotom prywatnym.

Faktem jest, że szczególnie istotna jest postawa prawa w przypadku podejmowania działań władczych, o czym pisał H. Izebski, i na co zwraca uwagę M. Szydło, wskazując na obowiązek działania administracji „w ramach ustaw”. Precyzyjne określenie katalogu zadań – nie tylko ich kontekście władczym – wiąże się z tym, że jeśli zadania takie realizowane są przez administrację publiczną, prowadzić to może to ograniczenia bezpośrednio bądź też pośrednio w tej sferze aktywności podmiotów prywatnych. Przykładem może być działalność w postaci zagospodarowywania odpadów, opisana w dalszych rozważaniach.

33 Wyrok WSA w Poznaniu z 12 czerwca 2008 r., sygn. IV SA/Po 146/08, dostępny CBOSA.

34 M. Szydło, Konstytucyjnoprawna dopuszczalność działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego a przepisy prawa samorządowego, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 3, s. 23.

Przy zadaniu publicznym determinowanym przepisami prawnymi (czyli w sytuacji, jeśli zadanie publiczne wynikało będzie z treści normy prawnej) można zwrócić uwagę na pogląd, który przy takiej interpretacji fundamentalne znaczenie przypisuje konstytucji jako swego rodzaju stabilizatora, który ogranicza przed dowolnym zlecaniem zadań przez ustawodawcę.³⁵

Radykalny pogląd na to, skąd wywodzić należy zadanie publiczne, wyrażał M. Kulesza. Autor ten stwierdzał, iż stosowne przepisy Konstytucji RP, u.s.g., ale też i Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego³⁶ są przy dominującym ich rozumieniu „w istocie rzeczy pozbawione znaczenia prawnego”. Przyjmuje się bowiem, że zadaniem publicznym ma być to jedynie, co zostało pozytywnie i konkretnie określone jako zadanie publiczne w przepisach szczegółowych. Jeżeli zaś takiego postanowienia szczegółowego nie da się odnaleźć, to działanie gminy jest bezprawne. Dotyczy to zarówno samego zadania, jak i sposobu jego finansowania ze środków publicznych.³⁷

W mojej ocenie należy przychylić się do poglądów M. Kuleszy. W sytuacji, kiedy ustawodawca nie jest wystarczająco precyzyjny w określeniu tego, co uznać należy za zadanie publiczne, pojawić się może zawsze spór w zakresie zarówno podmiotów zobowiązanych do wykonywania zadania, jak i prawnych instrumentów, które mogą mieć zastosowanie. Szczególnie jeśli realizacja określonego zadania wiąże się z korzyściami ekonomicznymi (co z kolei powoduje, że realizacją takiego zadania zainteresowane są również podmioty prywatne działające na rynku). Z tych też względów do zadań publicznych zaliczyć należy zadania, które ustawodawca wprost kwalifikuje do tej właśnie kategorii.

Zaspokajanie potrzeb społecznych przez organy administracji publicznej co do zasady będzie się odbywało poprzez realizację zadań publicznych, to bowiem determinuje kierunek działania administracji. Z drugiej strony organy administracji mogą prowadzić również działalność o charakterze komercyjnym (pod pewnymi zastrzeżeniami prawnie warunkami), co również zmierzało będzie do zaspokajania potrzeb społecznych. Tym niemniej w sferze realizacji zadań podkreślić należy konieczność prawnego umocowania.

W orzecznictwie sądowym, odnosząc się do prawnego umocowania zadań publicznych, wskazano, że termin „zadania publiczne” jest pojęciem szerszym od terminu „zadania władzy publicznej”. Pojęcia te różnią się przede wszystkim zakresem podmiotowym, bowiem zadania władzy publicznej mogą być realizowane przez organy władzy lub podmioty, którym zadania te zostały powierzone w oparciu o kon-

35 P. Schmidt, Prywatyzacja zadań publicznych w zakresie dostępu do kultury, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 139-140.

36 Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu 15 października 1985 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607 ze sprost.), dalej jako: EKSL.

37 M. Kulesza, O tym, ile jest decentralizacji..., *op. cit.*, s. 7-22.

kretnie i wyraźne unormowania ustawowe. Tak rozumiane „zadania publiczne” cechuje powszechność i użyteczność dla ogółu, a także sprzyjanie osiągnięciu celów określonych w konstytucji lub ustawie. Wykonywanie zadań publicznych zawsze wiąże się z realizacją podstawowych publicznych praw podmiotowych obywateli.³⁸ Abstrahując od wątpliwości w rozróżnianiu wprowadzonego przez sąd pojęcia „zadania władzy publicznej” od „zadania publiczne”, wskazać można, że w sytuacji braku precyzyjnego wskazania w ustawie zadania, jako przyporządkowanego do działania organów administracji, szczególnie ważnym dla próby zdefiniowania pojęcia „zadania publiczne” jest to, że posługuje się nim Konstytucja RP, a to oznacza, że staje się ono pojęciem niedefiniowalnym w ustawach i jego znaczenie w pewnych sytuacjach da się ustalić jedynie *ad casum* w sprawie zawisłej przed właściwym organem (bądź sądem).

Na problem określenia zadań przez prawo należy może więc patrzeć przez pryzmat podmiotów to zdanie realizujących, tzn. jeśli zadanie określone jest w przepisach prawa jako zadanie publiczne, to po stronie władzy publicznej tworzy to powinność (obowiązek) do podejmowania działań w celu realizacji tego zadania. W każdym zaś przypadku, kiedy przepis nie jest precyzyjny co do charakteru zadania, a sytuacja faktyczna wymaga rozstrzygnięcia o charakterze zadania, w konkretnym przypadku koniecznym jest rozstrzygnięcie przez właściwe organy bądź sądy o rodzaju zadania jako zadania publicznego. W takiej sytuacji o charakterze zadania rozstrzygał będzie cel publiczny powiązany z zaspokajaniem potrzeb społecznych. Przy tym, jak wskazano wcześniej za M. Kuleszą, istotną rolę przypisać należy precyzyjnie określonej normie prawnej.

Wskazać można jednak na pewne zadania realizowane przez samorząd terytorialny, które jednocześnie mogą być realizowane przez podmioty prywatne bądź też takie przypadki, w których charakter zadania (jako zadania publicznego) nie wynika bezpośrednio z treści normy prawnej, co w praktyce może budzić wątpliwości co do możliwości podejmowania w tej sferze działań przez administrację publiczną, a jednocześnie może dowodzić faktu, iż zadania publiczne powinny być jednoznacznie określone w akcie rangi ustawowej. Przykładem mogą być rozwiązania funkcjonujące na gruncie u.c.p.g. w powiązaniu z przepisami u.s.g. i próba określenia, czy zadanie określone w u.c.p.g. jako „zagospodarowanie odpadów” może być uznane za zadanie publiczne.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt. 3 u.s.g. zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy m.in. utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i uniesz-

38 Por. wyr. NSA z dnia 13.12.2013 r., sygn. I OSK 1858/13, z dnia 03.04.2014 r., sygn. I OSK 2994/13, z dnia 05.04.2016 r., sygn. I OSK 3027/14, z dnia 18.05.2016 r., sygn. I OSK 1752/15, z dnia 23.08.2017 r., sygn. I OSK 3119/15, dostępny na CBOSA.

zkodliwiania odpadów komunalnych. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt. 2 u.c.p.g. gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności zapewniają budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Wprost wyrażone w przepisie zadanie gminy sprowadza się więc do wybudowania, utrzymywania i eksploatacji instalacji. Ustawodawca nie wskazał jednoznacznie, czy zadaniem gminy jest również zagospodarowanie odpadów w instalacji należącej do gminy. Uznanie, że zagospodarowanie odpadów jest zadaniem własnym gminy, wymaga przeprowadzenia złożonej wykładni. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie do tych zadań użyteczności publicznej, a tym samym do zadań własnych gminy należy świadczenie usług w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów. W art. 7 ust. 1 u.s.g. ustawodawca posłużył się sformułowaniem „w szczególności”, co oznacza, że w przepisie nie zostały wymienione wszystkie zadania własne gminy. Przepis art. 7 ust. 1 pkt. 3 u.s.g. wskazuje jako zadanie własne gminy m.in. sprawy z zakresu utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Z treści tej regulacji wynika, że zadaniem własnym gminy są szeroko pojęte sprawy z zakresu utrzymania czystości w gminie. Wykonywanie zadania w postaci zagospodarowania odpadów należy rozpatrywać w kontekście powiązania u.s.g. z u.c.p.g. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.c.p.g. utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. W ust. 2 art. 3 u.c.p.g. również w sposób przykładowy wskazano, w jaki sposób gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie. Jednocześnie gminom, zgodnie z rozdziałem 3a u.c.p.g., przekazane zostały zadania w postaci gospodarowania odpadami komunalnymi. Pojęcie gospodarowania zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.o. Pod tym pojęciem rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami. Ustawa o odpadach w art. 3 ust. pkt 14 definiuje pojęcie odzysku jako jakiegokolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Definicja zaś unieszkodliwiania odpadów odnosi się do procesu, który nie jest odzyskiem, nawet jeśli wtórnym skutkiem takiego procesu jest odzysk substancji lub energii (art. 3 ust. 1 pkt 30 ustawy o odpadach). Prowadzi to do wniosku, że „zagospodarowanie odpadów” to wszelkie procesy, działania, jakim poddawane są odpady. Z kolei przez „przetwarzanie” odpadów, wykonywane przez regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, należy rozumieć procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające te procesy (tak art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy o odpadach). In-

stalacje, do których prowadzenia zobowiązana została gmina, prowadzą działalność z zakresu przetwarzania odpadów, co skutkuje również działaniami z zakresu odzysku i unieszkodliwiania. Samo pojęcie „gospodarowanie” jest więc terminem szerszym aniżeli „przetwarzanie”. W konkluzji tej części rozważań stwierdzić należy, że zadanie dotyczące odzysku i unieszkodliwiania odpadów stanowi zadanie własne gminy.³⁹ Istnieją więc uzasadnione wątpliwości, czy zadanie w postaci zagospodarowania odpadów jest zadaniem własnym gminy, a przez to czy zadanie to gmina może realizować samodzielnie.

Dodatkowo wskazać należy, że przepis u.c.p.g. w brzmieniu określonym ustawą o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 1 lipca 2011 r.⁴⁰ nie przewidywał, by obowiązek wybudowania, eksploatacji czy utrzymania regionalnych instancji nałożony był tylko na gminy wskazane w aktach planowania województwa. Teoretycznie więc obowiązek ten nałożony był na wszystkie gminy, co byłoby w sposób oczywisty nie tylko nieuzasadnione ekonomicznie i środowiskowo. Dopiero w trakcie jednej z nowelizacji doprecyzowano, że obowiązek budowy takich instalacji ma wynikać z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.⁴¹

Na gruncie tak złożonego stanu prawnego istnieje problem wskazania, czy zagospodarowanie odpadów jest zadaniem gminy. Pamiętać należy, że prowadzenie działalności w zakresie zagospodarowania odpadów prowadzone mogło być jako działalność gospodarcza przez podmioty prywatne – brak jest bowiem norm prawnych, które wyłączają tego rodzaju działalność ze sfery, która może być realizowana przez podmioty prywatne i nie zmienia tego faktu nawet zakwalifikowanie zagospodarowania odpadów jako zadania publicznego. Przyjęcie założenia, iż zadanie to staje się zadaniem gminy, prowadziło do ograniczenia konkurencji i wprowadzenia mechanizmów pozwalających j.s.t. na samodzielne decydowanie i sposobie realizacji nałożonych ustawą obowiązków. Precyzja jest tu o tyle pożądana, że podmioty prywatne powinny mieć wiedzę co do tego, czy zasadnym jest angażowanie się w działalność gospodarczą, która jednocześnie stanowi zadanie publiczne.

Brak precyzji ustawodawcy, czy określone zadanie należy traktować jako zadanie publiczne, powoduje wątpliwości interpretacyjne i może prowadzić z jednej strony do sporu pomiędzy podmiotem prywatnym a j.s.t. co do sposobu realizacji zadania (i podmiotu odpowiedzialnego za jego realizację⁴²) bądź też do swego rodzaju bezczynności na danym polu. Podmiot prywatny może bowiem nie podej-

39 Wyr. WSA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013, sygn. II SA/Bk 96/13, dostępne w CBOSA.

40 Ustawa o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 1 lipca 2011 r. (Dz.U. Nr 152, poz. 897).

41 Ustawa o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 28 listopada 2014 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 87).

42 Spory takie prowadzone były na gruncie u.c.p.g w zakresie zagospodarowania odpadów w prywatnych i prowadzonych przez spółki komunalne instancjach zagospodarowania odpadów.

mować aktywności gospodarczej. Oczekując na działanie j.s.t. i mając jednocześnie świadomość, że jeśli na danym polu jednocześnie z j.s.t. podejmie określony rodzaj działalności, doprowadzić to może do wyeliminowania go z rynku. J.s.t. może bowiem wykorzystywać instrumenty administracyjnoprawne, by zapewnić sobie ciągłość działalności. Z drugiej strony dopuścić można także sytuację, w której j.s.t., nie będąc przekonaną co do charakteru zadania, również może nie podejmować aktywności, np. chcąc uniknąć nieuzasadnionego wydatkowania środków publicznych.

Przyjąć można, że zaspakajanie potrzeb społecznych przez administrację nie może odbywać się w inny sposób niż realizacja zadań publicznych. Administracja nie może bowiem podejmować aktywności poza sferą określonych prawem aktywności.

Jak podkreślają E. Bagińska i J. Parchomiuk, w nauce prawa administracyjnego nie wypracowano jednolitego kryterium klasyfikowania zadań jako właściwych lub nie administracji publicznej. Przyjmuje się, że zadania publiczne (administracji publicznej) wyróżnia co najmniej jedna z następujących cech: kompetencja do stosowania władztwa administracyjnego, publiczny charakter kontroli i nadzoru nad ich wykonywaniem, sposób finansowania (ze środków publicznych), sposób ochrony adresatów działań (sądowoadministracyjny). Jak widać, następuje tu pomieszczenie różnych cech, skutkujące bardzo szerokim ujęciem zadania publicznego.⁴³

W zasadzie kontrowersji nie budzą dwa pierwsze kryteria. Jeżeli dane zadanie jako publiczne kwalifikuje kryterium kompetencji do stosowania władztwa administracyjnego lub sądowoadministracyjna ochrona adresatów działań i zaniechań, to zadanie należy do zadań publicznych.

Pozostałe kryteria budzić mogą pewne zastrzeżenia. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zadania publiczne realizuje coraz szerszy katalog podmiotów. W doktrynie europejskiej praw człowieka zauważa się, że wprawdzie czynniki, takie jak upoważnienie do stanowienia reguł lub instytucjonalne powiązanie z państwem, są dowodem na to, że prywatna osoba prawna realizuje zadania administracji, lecz nie decydują, czy spełnia funkcje publiczne (władzę publiczną). Proponuje się m.in., że działanie danego podmiotu powinno być uważane za funkcję publiczną wówczas, gdy stanowiąc część zadań ustalonych przez administrację rządową lub państwo, jest podejmowana w interesie publicznym.⁴⁴ W tym miejscu można jednak zauważyć, że nie zawsze wykonywanie zadań publicznych powiązane będzie z wykonywaniem funkcji publicznych (w sensie możliwości władczego podejmowania działań). Możliwa jest sytuacja, w której te dwie sfery zostaną rozdzielone. Realizacja zadania po-

43 E. Bagińska i J. Parchomiuk, *Przestanki odpowiedzialności deliktowej za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 12, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2016, s. 533.

44 M. Sunkin, *Pushing forward the frontiers of Human Rights Protection: the Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*, „Public Law” 2004, s. 643-658.

wierzona zostanie podmiotowi spoza administracji, funkcje zaś wykonywane będą przez organy administracji publicznej, np. organizacja punktów selektywnej zbiórki odpadów jako zadanie powierzone do wykonywania spółce komunalnej z jednoczesnym pozostawieniem we właściwości organu decyzji wydanych na gruncie u.c.p.g.

Jak podkreśla T. Kocowski, istnieje powiązanie zadań publicznych z kategorią interesu publicznego i publicznego prawa podmiotowego. Realizując zadania publiczne, administracja realizuje interes publiczny. Poddaje wręcz pod rozważę, czy może istnieć administracja publiczna, która ma za zadanie osiągnięcie innych celów niż ochrona dobra wspólnego czy interesu publicznego. Współcześnie troska o dobro wspólne nie jest wyłączną właściwością administracji, skoro stała się także przewidzianym w przepisach konstytucyjnych obowiązkiem obywatela polskiego.⁴⁵ Wywodzi on, że jednostka może przeciwstawić administracji publicznej pewne prawa, co pozwoli jej na uzyskanie sfery wolności od ingerencji administracji.⁴⁶ Równocześnie podnosi, że należy odróżniać publiczne prawa podmiotowe przysługujące jednostkom i podmiotom zbiorowym. W publicznym prawie podmiotowym jednostki zawiera się jednocześnie kompetencja do określonego działania, gdy na sytuację podmiotów zbiorowych składają się publiczne prawa podmiotowe oraz określone kompetencje organów działających w imieniu tych podmiotów. Publiczne prawa podmiotowe pozwalają jednostkom (przedsiębiorcom) na zwrócenie się do państwa z publicznoprawnym roszczeniem zapewniającym im realizację wspomnianych praw. Jest to więc przyznana jednostce (przedsiębiorcy) przez prawo publiczne moc prawna żądania od państwa określonego zachowania w celu realizacji własnych interesów. Stąd też ich znaczenie w prawie administracyjnym lub w prawie administracyjnym gospodarczym, którego przedmiotem zainteresowania jest szeroko rozumiana ingerencja państwa w sferę działalności gospodarczej. Tak więc w ocenie tego autora publiczne prawa podmiotowe to prawa podmiotowe administracyjne, gdyż zaistnieć one mogą jako efekt objęcia danej sfery regulacją administracyjną a wyłączną ich podstawę stanowią przepisy prawa powszechnie obowiązujące. Konsekwencją tego jest okoliczność, że sfera zachowań jednostki, nieobjęta regulacją administracyjną nie może być źródłem publicznych praw podmiotowych, a działania jednostki mieszczące się w granicach tej sfery nie dają podstaw prawnych do władczej ingerencji administracji.⁴⁷

Zadania publiczne realizowane przez organy administracji publicznej – bez względu na to czy bezpośrednio czy pośrednio, można określić zadaniami admini-

45 T. Kocowski, Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 49.

46 P. Przybysz, Publiczne prawa podmiotowe, (w:) Prawo administracyjne, Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2006, s. 124

47 T. Kocowski, Prywatyzacja..., *op. cit.*, s. 50.

stracyjnymi. Tego rodzaju ujęcie zdaje się kłaść nacisk na stronę podmiotową zadania publicznego i wiązać je z powinnością wykonywania.

Powiązanie zadań publicznych z kategorią praw podmiotowych nabiera tym istotniejszego znaczenia, jeśli zadania te mają być realizowane przez podmiot formalnie znajdujący się poza strukturą administracji. Jeśli realizacja zadania oparta będzie o czynniki tylko ekonomiczne, w oparciu o które działa co do zasady podmiot prywatny, wówczas powstaje pytanie o możliwość domagania się od odbiorców świadczenia realizacji pewnych usług (wykonywania zadań), jeśli nie są oni w stanie pokryć kosztów tej usługi. Nabiera to szczególnego znaczenia w przypadku zagwarantowania wprost przez ustawodawcę realizacji określonych zadań.⁴⁸

Zgodnie z poglądem J. Filipka zadania administracyjne, które wynikają z norm obowiązującego prawa, można w pewien sposób identyfikować z obowiązkami administracyjnymi. Każde zadanie administracyjne jest jakimś obowiązkiem administracyjnym i każdy obowiązek administracyjny jest jakimś zadaniem administracyjnym. Przyjęcie ogólnego znaczenia zadania administracyjnego prowadzi w praktyce do identyfikowania zadania administracyjnego ze spełnianiem zadań społecznych, które nie zawsze muszą być realizowane poprzez działania prawne. Normy kompetencyjne określają zaś formy prawne, jakimi może posługiwać się organ administracyjny. Stawiają one organy administracji przed odpowiednimi alternatywami w zakresie wyboru działania.⁴⁹

Skoro realizacja zadań administracyjnych może być uznana za obowiązek administracyjny, a jednocześnie powinność ta determinowana jest (czy też powinna być) normą prawną określającą zadania publiczne, można zastanowić się, czy jest to jednoznaczne z możliwością domagania się przez adresatów tych zadań (odbiorców) realizacji tych zadań, przez co można je zestawić z publicznymi prawami podmiotowymi, czy też są to swego rodzaju refleksy prawne.

Prawa refleksowe rozumiane są jako sytuacje, w których „prawo podmiotowe wykonywane przez uprawnionego może doprowadzić do nieobojętnych dla interesów osoby trzeciej norm prawa przedmiotowego, naruszenia uzasadniającego tym samym interes osoby trzeciej w tym, aby władza administracyjna zachowywała się w takim wypadku w odpowiedni sposób.”⁵⁰ Definicję tę precyzuje J. Zimmermann, który prawo refleksowe pojmuje szeroko. Jego zdaniem w konstrukcji nazwanej prawem nie musi chodzić tylko o prawa podmiotowe, ale można ją odnieść do wszystkich sytuacji, w których podmiot zyskuje jakieś przysporzenie prawne (prawo

48 Przykładowo na gruncie 68 ust. 1 Konstytucji RP żadna okoliczność nie może być podstawą do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych, a w szczególności to, że pacjent nie należy do określonej grupy osób lub nie zamieszkuje na określonym obszarze.

49 J. Filippek, *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Warszawa-Kraków 1982, s. 65 i 78.

50 M. Maciołek, *O publicznym prawie podmiotowym*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 1-2, s. 11, a także W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 137.

podmiotowe, uprawnienie lub interes prawny) nie wprost z ustawy lub z aktu administracyjnego, ale poprzez odbicie od prawa podmiotowego, uprawnienia lub interesu prawnego innego podmiotu, który je otrzymał lub ma otrzymać wprost właśnie z aktu normatywnego lub z aktu administracyjnego. Takie rozumienie prawa refleksowego, zdaniem J. Zimmermanna, eliminuje zadawniony spór o to, czy może ono pochodzić tylko z prawa podmiotowego i czy samo stanowi prawo podmiotowe.⁵¹ Prawo refleksowe mieściło się będzie między pojęciem publicznego prawa podmiotowego i interesu prawnego w tym sensie, że może wiązać dwie kategorie w dowolny sposób. Prawo refleksowe będzie jedną z kategorii interesu prawnego, w której zbliża się on do konstrukcji publicznego prawa podmiotowego o treści negatywnej, dotyczącego „osoby trzeciej”, takiego, którego organ administracyjny nie może naruszyć swoim działaniem skierowanym do podmiotu podstawowego.⁵²

Jednocześnie W. Jakimowicz podnosi, że prawo refleksowe osoby trzeciej wynika wprawdzie z obowiązującego prawa, ale wywodzone jest z sytuacji prawnej innego podmiotu i powstaje za pośrednictwem innego podmiotu.⁵³

Z pojęcia prawa refleksowego można też wyprowadzić wniosek, że owe refleksy są konsekwencją nałożonego na organy administracji publicznej obowiązku wykonywania zadań publicznych. Wskazać bowiem można, iż o ile ustawodawca określa kategorie zadań publicznych, to jednocześnie nie przewiduje większości przypadków sankcji, jakie można bezpośrednio nałożyć na organy administracji za niewykonywanie powierzonych zadań. Co więcej, zakres wykonywanych zadań może być, w niektórych przypadkach, uzależniony od dostępnych środków finansowych. W ten sposób sytuacja jednostki, która odnosi korzyść z realizacji zadania administracji publicznej, wywodzi się (jest refleksem) z obowiązku realizacji tych zadań przez organy administracji publicznej, a zagwarantowane prawo dochodzenia przed sądem realizacji zadań sprowadza się do kontroli sposobu ich realizacji (a nie do tego, czy są one w ogóle realizowane).

Prowadzone rozważania pozwalają wywieść, że kategoria zadań publicznych powiązana jest z realizacją celu publicznego, która to kategoria jest zmienna w czasie. Zadania publiczne realizowane są przez ciąg podejmowanych czynności. Przychylić się także należy do stanowiska łączącego obowiązek realizacji zadań przez organ administracji z normami prawnymi jednoznacznie określającymi zadanie jako publiczne. Oczywiście obok tego jest pewna szersza kategoria zadań publicznych (stanowiących często obowiązki publiczne) realizowanych przez podmioty niezależne od administracji, np. podmioty prywatne.

51 J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 96. Istnienie refleksu prawnego neguje np. W. L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego, zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 116.

52 W. Jakimowicz, *Publiczne prawa...*, *op. cit.*, s. 137.

53 Tamże, s. 138.

Realizacja zadań publicznych jest obowiązkiem organu administracji publicznej (nawet jeśli w przypadku braku realizacji takiego obowiązku nie przewiduje się wprost sankcji, czy wykonania zastępczego). Organy nie mogą oczekiwać, iż zadania publiczne realizowane będą przez inne podmioty niż administracja publiczna. Determinuje to często konieczność wykonywania określonych zadań przez administrację jako pierwszą – bez oczekiwania na to, że działania podjęte zostaną przez inne podmioty. Dzieje się to w ramach określonej prawem swobody wyboru formy wyboru przez organy administracji publicznej sposobu realizacji zadań publicznych. Należy jednocześnie zauważyć, że realizacja zadań publicznych częstokroć ograniczona jest środkami finansowymi, jakimi dysponuje administracja. Obowiązku realizacji zadań nie należy więc utożsamiać z tym, w jaki sposób społeczeństwo oczekuje, że zadania te będą realizowane.

Podstawowy podział zadań odnosi się do poziomu ich realizacji, czyli do administracji rządowej bądź samorządowej. Przyporządkowanie określonych zadań administracji rządowej bądź samorządowej kształtowało się historycznie, lecz w żadnym z wysoko rozwiniętych państw nie doszło do całkowitego wyeliminowania którejs z tych struktur i przyznanych im uprawnień.⁵⁴

Podział zadań publicznych może być również przeprowadzony poprzez kryterium podmiotu realizującego zadanie na poziomie samorządu terytorialnego i rodzaju zadania: na zadanie własne j.s.t. i zadania zlecone, a także ze względu na poziom jednostki samorządu terytorialnego, realizującego zadanie (gmina, powiat, województwo).⁵⁵ W tym jednak zakresie właściwsze (i bardziej uzasadnione, biorąc pod uwagę tematykę pracy) byłoby posługiwanie się kategorią pojęciową zadania użyteczności publicznej, co zostanie poddane charakterystyce w dalszej części rozważań. Dalsze rozważania zmierzają do wyodrębnienia w ramach zbioru zadań publicznych podzbioru zadań użyteczności publicznej – ten bowiem obszar powiązany jest z aktywnością j.s.t.

3. Zadania użyteczności publicznej

Użyteczność publiczna jest jednym z podstawowych pojęć z zakresu gospodarki komunalnej. Pojęcie to pojawia się w ustawie o gospodarce komunalnej oraz we wszystkich ustrojowych ustawach samorządowych. Jednak zarówno u.s.p., jak i u.s.w. nie wprowadzają definicji tego pojęcia.

W literaturze pojawia się pogląd, że ustawodawca przeniósł pojęcie użyteczności publicznej do prawa samorządowego z ustawy z 25 września 1981 roku o przed-

54 J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 188-189.

55 M. Małecka-Łyszczyk, *Pojęcie i podziały zadań publicznych ze szczególnym uwzględnieniem zadań samorządu terytorialnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Problemy społeczne, polityczne i prawne” 2013, nr 921, s. 61-68.

siębiorstwach państwowych.⁵⁶ W myśl art. 6 ust. 1 przywołanej ustawy przedsiębiorstwa użyteczności publicznej mają przede wszystkim na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności.⁵⁷ W szczególności mają one na celu produkcję lub świadczenie usług w zakresie:

- 1) inżynierii sanitarnej;
- 2) komunikacji miejskiej;
- 3) zaopatrzenia ludności w energię elektryczną, gazową i ciepłą;
- 4) zarządu państwowymi zasobami lokalowymi;
- 5) zarządu państwowymi terenami zielonymi;
- 6) usług pogrzebowych i utrzymania urządzeń cmentarnych;
- 7) usług kulturalnych.⁵⁸

Warto zwrócić uwagę także na ust. 3 tej ustawy, w którym czytamy, że „organ założycielski ma obowiązek dotowania działalności przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, którego działalność jest nierentowna, ale konieczna ze względu na potrzebę zaspokajania potrzeb ludności”.⁵⁹

Przepisy ustawy o przedsiębiorstwach państwowych straciły swoje znaczenie praktyczne, jednak podkreślić należy ich rolę w określeniu tego, co należy rozumieć pod pojęciem użyteczności publicznej.

Już od początku lat 90. XX wieku Z. Dziembowski wskazywał, że zadania użyteczności publicznej mają charakter podstawowy i występują powszechnie, wymagając niezawodnego i bezwzględego zaspokajania w skali społecznej. Ich zaspokajanie jest nieodzownym warunkiem normalnego bytowania ludności oraz prowadzenia działalności gospodarczej zwłaszcza w dużych skupiskach ludzkich.⁶⁰

W kolejnych latach użyteczność publiczną definiowali przedstawiciele doktryny. Zdaniem A. Wasilewskiego „potrzeby o charakterze użyteczności publicznej należą do takich potrzeb społecznych, które w danych warunkach cywilizacyjno-kulturowych i społeczno-gospodarczych są potrzebami elementarnymi, co w rezultacie oznacza, że każdemu członkowi danej zbiorowości społecznej (wspólnoty samorządowej) powinno się stworzyć stosowne warunki umożliwiające zaspokajanie tych potrzeb.”⁶¹ W ocenie zaś S. Piątka „potrzeby o charakterze użyteczności publicznej są to potrzeby absolutne, odczuwalne bez względu na sytuację społeczną, w ja-

56 Por. P. Zaborniak, Działalność gospodarcza podmiotów komunalnych – charakterystyka pojęć, „Casus” 2002, nr 24, s. 12; K. Byjoch, S. Redel, Prawo gospodarki komunalnej, Warszawa 2000, s. 59 i nast.

57 Ustawa z dnia 25 września 1981 roku o przedsiębiorstwach państwowych, Dz.U. Nr 24, poz. 122.

58 Art. 6 ust. 1 u.p.p.

59 Art. 6 ust. 3 u.p.p.

60 Z. Dziembowski, Problemy gospodarki finansowej komunalnych zakładów użyteczności publicznej, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 5, s. 52.

61 A. Wasilewski, Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza, PUG 1982, nr 1-2, s. 12.

kiej znajduje się człowiek. Zaspokajanie tych potrzeb umożliwia człowiekowi dopiero podjęcie jego społecznych funkcji. Jest to więc obiektywny warunek zaspokojenia aspiracji związanych z uczestnictwem w życiu zbiorowym i rozwojem osobowości. Minimalny, historycznie uwarunkowany poziom zaspokojenia tych potrzeb w skali społecznej jest warunkiem funkcjonowania struktur gospodarczych i państwowych”.⁶²

Aktualnie, pewną próbę określenia tego, co należy rozumieć przez użyteczność publiczną, spotkać można w u.s.g. (art. 9 ust. 4). Nie można jednak stwierdzić, by określenie to miało charakter definicyjny. Zgodnie z jego treścią 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.⁶³ Literalna wykładnia tej normy pozwala wysnuć wniosek, że zadania użyteczności publicznej należą do grupy zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, ale nie wszystkie zadania j.s.t. będą zadaniami użyteczności publicznej. Zakładając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że cele wskazane w art. 9 ust. 4 u.s.g. mają charakter dodatkowej przesłanki, której spełnienie decyduje o istnieniu kwalifikowanej grupy zadań własnych gminy, czyli właśnie tych mających charakter użyteczności publicznej.⁶⁴ Zauważyć należy jednak również, iż w doktrynie wyrażano odmienne stanowisko, zgodnie z którym zadania własne gminy były wprost zadaniami użyteczności publicznej, czyli każde zadanie jednostki samorządu terytorialnego było w rzeczywistości zadaniem użyteczności publicznej.⁶⁵ Analogiczny pogląd reprezentowany był również przez Trybunał Konstytucyjny.⁶⁶ Owa odmiennność poglądów uzasadniona może być jednak faktem dodania art. 9 ust. 4 u.s.g. dopiero w 1997 r., co determinowało utożsamienie tych pojęć.

Definicji użyteczności publicznej nie wprowadza również u.g.k. Zgodnie z art. 1 ust. 1 i 2 u.g.k. ustawa określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbioro-

62 S. Piątek, *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza*, Warszawa 1986, s. 65.

63 Art. 9 ust. 4 u.s.g.: „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”. Ustawa o samorządzie powiatowym w art. 4 wymienia zadania publiczne powiatu, wskazując, że są to zadania o charakterze ponadgminnym. Analogicznie, brak definicji ustawowej oraz odwołanie się jedynie do wykonywania zadań występuje w ustawie o samorządzie województwa.

64 Podobnie R. Płaszowska, *Pojęcie użyteczności publicznej jako wyznacznik ram dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego*, (w:) „Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego”, (red.) M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 66.

65 A. Agopszowicz, *Zarys prawa samorządu terytorialnego*, Katowice 1994, s. 54; C. Rudzka-Lorentz, *Samorząd terytorialny – założenia i rzeczywistość*, „Kontrola Państwa” 1992, nr 1, s. 7; Z. Niewiadomski, J. Szereniawski, *Problemy dopuszczalności gospodarczej samorządu terytorialnego*, „Rejent” 1994, nr 5, s. 35-36.

66 Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15.

wych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Użycie w przytoczonej normie prawnej sformułowania „w szczególności” wskazuje na to, że zakres gospodarki komunalnej wyznaczają zadania własne gminy, a jej istotą jest realizacja celów o charakterze użyteczności publicznej.⁶⁷ Z drugiej strony ten sam zwrot nie pozwala uznać, że gospodarka komunalna odnosi się nie tylko do zadań użyteczności publicznej, zauważam bowiem możliwość podejmowania przez j.s.t. działalności wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej w ramach dopuszczalnych prawem działań wchodzących w obszary działalności gospodarczej (która może, ale nie musi, być powiązana z wypełnianiem sfery użyteczności publicznej).

Sfera użyteczności publicznej dzieli się na sferę *imperium* oraz *dominium* jednostek samorządu terytorialnego. W pierwszej mieszczą się zadania służące bieżącemu i nieprzerwanemu zaspakajaniu zbiorowych potrzeb ludności, realizowane w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, czyli zadania podstawowe z punktu widzenia funkcjonowania wspólnoty lokalnej lub regionalnej. W sferze drugiej mieścić się będą wszystkie pozostałe usługi publiczne niespełniające wyżej wykazanych kryteriów, które niejako, w określonych warunkach, mogą być wykonywane przez jednostki samorządu terytorialnego.⁶⁸

Należy zauważyć, że zadanie można zaliczyć do zadań o charakterze użyteczności publicznej po spełnieniu określonych warunków. Powinno należeć do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, zaspokajając zbiorowe potrzeby ludności w drodze świadczenia usług. Potrzeby te muszą być świadczone nieprzerwanie, a przynajmniej taki musi być cel ich świadczenia, a także usługi te muszą być powszechnie dostępne.⁶⁹ Cechy te mają kluczowe znaczenie, bowiem nie wszystkie zadania własne jednostek samorządu terytorialnego mogą być uznane za zadania o charakterze użyteczności publicznej.⁷⁰

Powyżej wskazane cechy znajdują swoje umocowanie prawne w art. 1 ust. 2 u.g.k. oraz art. 9 ust. 4 u.s.g. Cecha ciągłości czy też nieprzerwanej konieczności świadczenia usług wynika z podstawowego charakteru usług użyteczności publicznej.⁷¹ W tym kontekście marginalne znaczenie ma czynnik ekonomiczny, tzn. usługi muszą być świadczone ze względu na zaspokojenie potrzeb społecznych i interes społeczny, bez względu na to, czy faktycznie są rentowne.

Cecha powszechnej dostępności wiąże się z założeniem, że dostęp do tego rodzaju usług nie powinien być ograniczany. Nie powinien się więc wprowadzać

67 C. Banasiński, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, pod. red. M. Wierzbowskiego, M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2003, s. 162.

68 R. Marchaj, *Pojęcie użyteczności publicznej w prawie polskim*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 459.

69 A. K. Mikicka, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prywatyzacja sensu largo zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 409.

70 Wyr. NSA z dnia 16 maja 2006 r., sygn. II OSK 288/06, dostępny na CBOSA.

71 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 333.

ograniczeń bezpośrednio, czy też pośrednio, eliminując jednostki (bądź grupy) z dostępności do tego rodzaju usług.⁷² Każdorazowe ustalenie, czy konkretna potrzeba posiada charakter powszechny, czy też zawężony, należy ocenić, uwzględniając przy tym jej rozmiary oraz poszanowanie zasady równości.⁷³

Kolejną cechą zadań użyteczności publicznej jest ich ukierunkowanie na zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności, czyli grupy zdecydowanie szerszej niż tylko mieszkańcy mogący być konsumentami tego rodzaju usług.⁷⁴ Zaspokajanie owych potrzeb nie dotyczy tylko i wyłącznie obywateli, ale skierowane jest także do przedsiębiorców, gdyż w sytuacji ich niezaspokojenia normalne funkcjonowanie tak jednej, jak i drugiej grupy byłoby niemożliwe. Świadczenie owych usług winno następować w sposób bieżący, ciągły i nieprzerwany oraz powszechnie dostępny dla każdego, kto chciałby z nich skorzystać.

Powiązane jest to z podporządkowaniem indywidualnej działalności gospodarczej lub indywidualnych uprawnień majątkowych do potrzeb szerszej społeczności. Pojęcie użyteczności publicznej może mieć zastosowanie do trzech typów zjawisk, mianowicie: do uzasadnienia przejmowanych przez państwo dóbr (np. w formie wyłączenia). Po drugie do funkcjonowania tzw. urządzeń użyteczności publicznej, takich jak sprawy dotyczące budowy urządzeń lub świadczenia usług udostępnianych następnie bez ekwiwalentu odpowiadającego rzeczywistym kosztom wytworzenia takiego urządzenia (np. wybudowania i użytkowania metra). Po trzecie do kwalifikowania jako działalności użyteczności publicznej, działalności gospodarczej, polegającej na wytwarzaniu dóbr udostępnianych innym podmiotom w drodze wymiany, z tym jednak że bieżące i nieprzerwane prowadzenie tej działalności, jej przestrzenny układ oraz rodzaj i struktura wytwarzanych dóbr są w szczególnie silny sposób związane z interesem publicznym.⁷⁵

Wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej polega na bezpośrednim ich świadczeniu przez jednostki samorządu terytorialnego oraz inne podmioty wchodzące w zakres pojęcia gospodarki komunalnej, a także organizowaniu usług powszechnie dostępnych. M. Kulesza wskazywał, że w sferze szeroko rozumianej gospodarki komunalnej mamy do czynienia z „przekładającym” metod prawnych działania samorządu terytorialnego, gdzie uprawnienia regulacyjne (*imperium*) występują na zmianę i przy jednoczesnym użyciu aktów o charakterze programowym oraz czynnościami ze sfery *dominium*, a także z administracją zarządczą, a w fa-

72 Tamże, s. 334.

73 P. Zaborniak, Działalność gospodarcza podmiotów komunalnych – charakterystyka pojęć, (w:) Prawne gwarancje ochrony prawa jednostki wobec działań administracji publicznej, red. E. Ura, Rzeszów 2002, s. 524.

74 R. Marchaj, Pojęcie użyteczności publicznej..., *op. cit.*, s. 468.

75 C. Kosikowski, Komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej oraz wzory aktów gminy dotyczące przekształceń przedsiębiorstw komunalnych, Łódź-Zielona Góra 1997, s. 22-23.

zie wykonawczej z klasycznymi uprawnieniami władczymi o charakterze reglamentacyjnym i porządkowym.⁷⁶

Jak zostało już wcześniej wskazane, pojęciem „zadania użyteczności publicznej” posługuje się art. 1, ust. 2 u.g.k., a także instytucja ta występuje w ustawach ustrojowych. Gospodarka komunalna jest płaszczyzną wykonywania przez samorząd terytorialny działalności samorządowej (komunalnej). Nie wypełnia ona jednak całkowicie pola, wyznaczonego przez zadania i działania zaliczane do działalności komunalnej (samorządowej).⁷⁷ L. Kieres podnosi, że nie wszystkie działania komunalne mają przymiot użyteczności publicznej.⁷⁸

Przez „zadania o charakterze użyteczności publicznej” P. Chmielnicki rozumie wyłącznie te zadania własne jednostek samorządu terytorialnego, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.⁷⁹ Zadania te (związane z zaspokajaniem potrzeb wspólnoty) stanowią przeważający zakres gospodarki komunalnej, jednak nie wyczerpują jej w całości. Pojęcie użyteczności publicznej nie obejmuje wykonywania zadań zleconych jednostkom samorządu, ponieważ zadania zlecone gmin to w szczególności zadania z zakresu administracji rządowej, których realizacja nie musi opierać się na tych samych kryteriach co w odniesieniu do zadań własnych.⁸⁰

Autor wyjaśnia, że możliwym jest wskazanie trzech obszarów zjawisk społecznych, mieszczących się w kategorii użyteczności publicznej. Chodzi tu o: dobra publiczne, czyli urządzenia użyteczności publicznej i usługi świadczone za ich pomocą; uzasadnienia działań organów administracji publicznej, które ponoszą za to odpowiedzialność oraz działalność gospodarczą powiązaną z interesem publicznym.⁸¹

Wśród przedstawicieli nauki odnaleźć można pogląd C. Kosikowskiego, w którym nacisk położony jest na cechy społeczno-ekonomiczne usług użyteczności publicznej, takie jak: realizacja potrzeb o charakterze zbiorowym, oparcie ich świadczenia na majątku publicznym, brak nastawienia działalności na osiągnięcie zysku, brak ekwiwalentności świadczeń oraz wymóg finansowania działalności ze środków

76 M. Kulesza, *Gospodarka komunalna – podstawy i mechanizmy prawne*, „Samorząd Terytorialny” 2012, nr 7-8, s. 11.

77 L. Kieres, *Samorządowy sektor gospodarczy. Gospodarka komunalna – pojęcie*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 72.

78 Tamże.

79 K. Bandarzewski, (w:) K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 186 i nast.; Z. Niewiadomski, J. Szreniawski, *Problem dopuszczalności działalności gospodarczej samorządu terytorialnego*, „Rejent” 1994, nr 5, s. 35-36; M. Ciepiela, *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 6, s. 19-20.

80 P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LexisNexis 2013. Autor odnosi się także do pojęcia „zadania o charakterze przekraczającym zakres użyteczności publicznej”, które w jego ocenie obejmują zadania publiczne samorządu terytorialnego, podejmowane w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, ale bez obowiązku zapewnienia powszechności tych usług oraz wykonywania ich w drodze bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb.

81 P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013.

publicznych.⁸² Podkreślenia przy tym wymaga, że realizacja zadań użyteczności publicznej z zasady nie powinna być powiązana z uzyskiwaniem korzyści finansowych, a zadania te powinny być realizowane tylko w zamian za rekompensatę kosztów ich świadczenia, przy tym rekompensata ta powinna pochodzić ze środków publicznych. Zasygnalizowane twierdzenie znajdzie swoje odzwierciedlenie w dalszej części rozprawy odnoszącej się do rekompensaty.

Bez względu na to, jaki zakres zadań użyteczności publicznej przyjmiemy, bezspornym jest to, że wiążą się one z bieżącym i nieprzerwanym zaspokajaniem potrzeb ludności. W tym miejscu, przechodząc do kryterium odbiorców tych zadań, można wskazać na rozważania M. Szydło, który – jak zostało wcześniej przytoczone – wiąże zadania publiczne z ich normatywną podstawą, ale jednocześnie próbuje analizować je przez pryzmat tego, że zmierzają one do zaspokajania potrzeb wspólnoty (bez względu na poziom j.s.t.). Potrzeba jest przy tym, zdaniem tego autora, sferą, w której odczuwalny jest deficyt, problematyczne zaś jest wskazanie zakresu podmiotowego tych, których potrzeby mają być zaspokajane. M. Szydło, prowadząc swe rozważania, przechodzi kolejno przez określone w art. 1 konstytucji sformułowanie Państwa, jako „dobra wspólnego”, przez interes publiczny (rozumiany jako synonim dobra wspólnego), dochodzi do wniosku, że potrzeby wspólnoty samorządowej powinno się definiować i konkretyzować jako interes jednostek (obywateli) będących jej członkami. Samorządy są bowiem w istocie traktowane przez konstytucję jako określone instrumenty kształtowania dobra jednostek, czy też narzędzia zaspokajania ich potrzeb oraz gwarantowania im określonych korzyści.⁸³ Powstaje jednak wątpliwość, czy realizacja zadań użyteczności publicznej zawsze musi wiązać się z korzyściami dla jednostki czy wręcz społeczeństwa, rozumianego jako zbiór interesów jednostkowych, czy też jest czasami determinowana celem określonym przez ustawodawcę bez odniesienia do potrzeb społecznych. Realizacja zadań użyteczności publicznej może dążyć do zaspokojenia z jednej strony interesów indywidualnych (ale rozumianych jako suma tych interesów), z drugiej wpływać negatywnie na inne interesy, np. poprzez ograniczenia w danej sferze aktywności podmiotu

82 C. Kosikowski, *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992, s. 14-15.

83 M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 28; por. też pogląd S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 227 i nast. odnoszący się do wskazania, że do fundamentalnych cech usług użyteczności publicznej należy zaspokajanie przez te usługi podstawowych potrzeb ludności, a ich świadczenie następuje generalnie rzecz ujmując w warunkach monopolu naturalnego. Jednocześnie autor ten wprowadza termin „potrzeby komunalne”, utożsamiając je z pojęciem zbiorowych potrzeb z art. 1 ust. 1 u.g.k. oraz art. 9 ust. 4 u.s.g. i definiuje jako potrzeby elementarne, codzienne, powtarzalne, o charakterze zamiennym w zależności od czasu w związku np. z cyklem życia mieszkańców. Potrzeby te powinny być zaspokajane w odniesieniu do każdego członka wspólnoty samorządowej. Jednostka samorządu terytorialnego nie może w sferze użyteczności publicznej zaspokajać potrzeb indywidualnych, lecz kolektywne za pomocą służących ku temu wspólnych urządzeń i instytucji. Autor stoi na stanowisku, że formułę monopolu naturalnego można zastosować przy wyróżnianiu działalności o charakterze użyteczności publicznej na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej oraz ustaw samorządowych, pomimo że w żadnej z nich nie pojawia się wyraźne odniesienie do pojęcia monopolu naturalnego.

prowadzącego działalność gospodarczą. Potrzeby społeczne mogą być różne i zadaniem ustawodawcy jest wskazanie priorytetów w zakresie zaspakajania tych potrzeb.

Z powyższych rozważań wyprowadzić należy wniosek, że zadania użyteczności publicznej powiązane są z aktywnością i zadaniami własnymi j.s.t., służąc zaspokajaniu potrzeb społecznych (bądź też potrzeb jednostkowych, ale rozumianych jako w pewnym sensie suma tych interesów). Powstaje pytanie o możliwe określenie katalogu zadań użyteczności publicznej.

Zdaniem S. Piątka za warunek określenia sfery użyteczności publicznej uznać należy „[...] obiektywną niewydolność mechanizmu pieniężno-rynkowego dla koordynowania działalności tych jednostek z potrzebami odbiorców ich świadczeń. Źródłem tych niewydolności mogą być tylko przyczyny naturalne, uwarunkowane szczególną techniką, technologią i organizacją działalności gospodarczej [...]”⁸⁴.

Autor dochodzi do konkluzji, iż definicja użyteczności publicznej jest potrzebna w okolicznościach gospodarki zdecentralizowanej, w tym rynkowej, i zakłada istnienie trzech podstawowych uwarunkowań, które określają granicę sfery użyteczności publicznej. Są to uwarunkowania:

- 1) społeczne,
- 2) ekonomiczne,
- 3) techniczne.⁸⁵

Ze społeczno-ekonomicznego punktu widzenia działalność użyteczności publicznej charakteryzuje się tym, iż:

- 1) realizuje potrzeby o charakterze zbiorowym, które wymagają odrębnej organizacji ich zaspokajania,
- 2) oparta jest na bazie majątku publicznego,
- 3) nie jest ekwiwalentna, ponieważ odbiorcy nie ponoszą pełnej odpłatności za korzystanie z niej,
- 4) nie jest nastawiona na osiąganie zysku,
- 5) wymaga zasilenia finansowego ze środków publicznych.

Natomiast ze względu na kwestię infrastruktury technicznej sferę użyteczności publicznej cechuje:

- 1) usługowy charakter,
- 2) jednoczesność produkcji, dostawy oraz konsumpcji,
- 3) brak możliwości magazynowania większości świadczeń,

⁸⁴ S. Piątek, *Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 8, s. 92-100.

⁸⁵ Tamże, s. 99 i 100.

- 4) znaczne zróżnicowanie zapotrzebowania w poszczególnych porach roku i dnia,
- 5) konieczność ciągłego dostarczania świadczeń,
- 6) wysoka kapitałochłonność,
- 7) niepodzielność techniczna.⁸⁶

Jako typowe zadania z zakresu użyteczności publicznej A. Szewc wskazuje:

- 1) utrzymywanie, remonty i budowa dróg, ulic, mostów, placów itp.;
- 2) zaopatrzenie w wodę, odprowadzanie ścieków komunalnych, utrzymanie czystości i urządzeń sanitarnych, a także wysypisk i utylizacji odpadów komunalnych;
- 3) zaopatrzenie w energię ciepłą;
- 4) organizowanie lokalnego transportu zbiorowego i komunalnego budownictwa mieszkaniowego;
- 5) utrzymanie targowisk i hal targowych;
- 6) utrzymanie zieleni komunalnej i zadrzewień, cmentarzy komunalnych;
- 7) utrzymywanie i budowę gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej, oświatowej, zdrowotnej, socjalnej i administracyjnej.⁸⁷

Na gruncie art. 1 ust. 2 u.g.k. wskazać należy, że przez gospodarkę komunalną należy rozumieć wykonywanie przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych celem zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, które obejmują w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.⁸⁸ Katalog zadań, określony w art. 9 ust 4 usg. i art. 1 ust. 2 u.g.k., jest otwarty i ma charakter zmienny. Jak wskazuje analiza orzecznictwa sądowoadministracyjnego, jest on uwarunkowany cyklem życia mieszkańców, warunkami zewnętrznymi oraz ogólną sytuacją społeczno-gospodarczą, co wymaga tym samym dostosowywania świadczenia usług do zmieniających się uwarunkowań.⁸⁹ W związku z tym określenie, czy konkretne zadania spełniają przesłanki, dokonywane winno być, wzięwszy pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy poprzez odniesienie ich do wyróżnionych cech tych zadań, wskazujących na ich wagę dla społeczności gminnej.

86 Tamże, s. 99 i 100.

87 A. Szewc, komentarz do art. 9, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. IV, Lex online, 2012.

88 Art. 1 ust. 1 i 2, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 827 z późn. zm.

89 Zob.: wyrok NSA z dnia 3 grudnia 2014 roku, sygn. II GSK 2669/14; wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2014, sygn. V SA/Wa 1581/14; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 21 maja 2014, sygn. II SA/Po 306/14; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 17 października 2013, sygn. II SAB/78/13; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6 sierpnia 2013, sygn. II SA/Ol 227/13; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 3 lipca 2013, sygn. III SA/Wr 299/13, dostępne na: CBOSA.

Na wzajemną relację zadań użyteczności publicznej i regulacji u.g.k. wskazuje T. Kocowski. Autor ten podnosi, że gmina zgodnie z normami u.g.k. realizuje zadania z zakresu gospodarki komunalnej. Przy tym gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zadania z zakresu gospodarki komunalnej zaliczane będą więc do zadań własnych, a więc również finansowanych ze środków własnych. Przykładowe wyliczenie tych zadań znajduje się w ustawie o samorządzie gminnym i zaliczyć do nich należy sprawy:

- 1) infrastruktury technicznej (drogi, ulice, mosty, organizacja ruchu drogowego,
- 2) lokalnego transportu zbiorowego, wodociągi, zaopatrzenie w wodę itd.),
- 3) infrastruktury społecznej (edukacja publiczna, biblioteki gminne i inne instytucje kultury, pomoc społeczna, ochrona zdrowia),
- 4) ochrony przeciwpowodziowej, urządzenia sanitarne, wysypiska i unieszkodliwianie odpadów komunalnych),
- 5) ładu przestrzennego i ekologicznego (gospodarka nieruchomościami, ochrona środowiska i przyrody oraz gospodarka wodna, zielen gminna i zadrzewienia).⁹⁰

Zadania te wykonywane być powinny przez gminy, a część z nich zakwalifikować można do zadań z zakresu gospodarki komunalnej. Wniosek z tego jest taki, że zadania użyteczności publicznej mieszczą się w pojęciu gospodarki komunalnej. Ponieważ u.g.k. wyraźnie wskazuje, że gospodarka komunalna zawiera w sobie w szczególności zadania użyteczności publicznej, można przyjąć iż w tej kategorii znajdzie się również miejsce na zadania zlecone – nie tylko zadania własne. Z art. 1 ust. 2 u.g.k. można wywieść i ten wniosek, że nie każde zadanie użyteczności publicznej musi cechować to, że ich celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Można rozumieć ten przepis także tak, że w szczególności ma to być realizowanie takich zadań użyteczności publicznej, które mają ww. cel, ale działalnością komunalną jest także realizowanie zadań użyteczności publicznej, które nie są prowadzone na bieżąco i nieprzerwanie (lecz jedynie okresowo – np. publicznych występów artystycznych, mających na celu zaspokajanie lokalnych potrzeb kulturalnych). Użycie zwrotu modalnego „w szczególności” może oznaczać, że przepis ten wcale nie musi służyć definiowaniu usług użyteczności publicznej, bo użyteczności tej służą wszystkie usługi udostępniane w ramach zadań ustawowych danej społeczności, a część z nich to usługi mające wymienione cechy.

90 T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem...*, *op. cit.*, s. 55.

W jednym ze swoich orzeczeń Trybunał Konstytucyjny z prawa pozytywnego wywiódł, że gmina, realizując zadania o charakterze użyteczności publicznej, wykonuje je niezależnie od tego, czy ma możliwość pokrycia związanych z tym wydatków z dochodów własnych, a zatem działalność nie może być nastawiona na „maksymalizację zysku i najczęściej jest dofinansowywana ze środków publicznych”.⁹¹ W przywołanej uchwale Trybunał Konstytucyjny, przeprowadzając wykładnię omawianego pojęcia, wskazał także, że za zadania o charakterze użyteczności publicznej należy uznać te, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.⁹² Zadania te – zdaniem Trybunału – należy rozumieć możliwie jak najszerszej. W związku z powyższym za państwowe i komunalne jednostki organizacyjne, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej, należy uznać wszystkie jednostki, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczeństwa o charakterze ogólnym, należących do zadań publicznych, których działalność nie jest nastawiona na zysk.⁹³

Zastrzec przy tym należy, że fundamentalną funkcją komunalnych jednostek organizacyjnych jest wykonywanie zadań (tak własnych, jak i zleconych) spoczywających na macierzystej jednostce samorządu terytorialnego.⁹⁴

Określenie zamkniętego katalogu zadań użyteczności publicznej jest w zasadzie niemożliwe. Można oczywiście odwołać się do ustaw samorządowych, ale będzie to wyliczenie ogólne, zmienne w czasie. Tym bardziej jeżeli przez zadania użyteczności publicznej rozumieć również zadania zlecone j.s.t. Patrząc przez pryzmat celu, jaki realizacja tych zadań ma spełniać, będzie to zaspokajanie potrzeb społecznych, ale rozumianych jako suma potrzeb indywidualnych. Co oczywiście nie oznacza, że nie będzie to prowadziło do kolizji interesów (zaspokajanie potrzeb społecznych przez działanie j.s.t. może prowadzić do eliminacji z rynku podmiotów prywatnych również realizujących określony katalog zadań). Opisywanie zadań użyteczności publicznej przez ich cechy prowadzi do wniosku, że najczęściej koszty wykonywania zadań pokrywane są z budżetów j.s.t., a realizacja zadań opiera się na majątku j.s.t.

Prowadząc rozważania w kierunku pewnego uporządkowania terminologicznego, ale i ograniczenia przedmiotowego, należy przejść do określenia zadań użyteczności publicznej w powiązaniu z podmiotem te zadania wykonującym bądź też tym, na rzecz którego powierzone zostało wykonywanie tych zadań.

91 Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 roku, sygn. W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 14.

92 Tamże.

93 Tamże.

94 J. Bujny, *Aksjologiczne podstawy samodzielności spółek komunalnych*, (w:) *Aksjologia prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2017, s. 621.

4. Usługi użyteczności publicznej

Zauważyć należy, że różne mogą być formy wykonywania zadań użyteczności publicznej. Można na zadania patrzeć przez pryzmat ich wykonywania czy świadczenia. Językowe rozumienie „usługa” nakazuje rozumieć ją, jako „pomoc okazaną komuś”, „działalność gospodarczą służącą do zaspokajania potrzeb ludzi”. Usługi komunalne oznaczają zaś „odpłatne świadczenie czynności związanych z pogrzebem jakiejś osoby”.⁹⁵

Może pojawić się pytanie o wzajemny stosunek dwóch pojęć: zadań publicznych i usług użyteczności publicznej. A. Błaś wskazuje, że proces redukcji zadań państwa dokonuje się trzema metodami: po pierwsze przekazaniem zadań samorządom terytorialnym (także samorządom zawodowym oraz tak zwanym organizacjom pozarządowym); druga metoda to sprzedaż podmiotom prywatnym przedsiębiorstw i instytucji państwowych (wykonujących zadania państwa), wreszcie trzecia metoda polega na zawieraniu kontraktów na realizację zadań jako usług publicznych z prywatnymi spółkami. Zdaniem tego autora spółki wykonujące na przykład zadania z zakresu gospodarki komunalnej wykonują w istocie nie zadania publiczne, lecz świadczą usługi publiczne.⁹⁶

Określając kategorię usług publicznych, M. Szydło wskazywał, że „usługi o charakterze użyteczności publicznej zaspakajają pewne szczególne i kwalifikowane potrzeby wspólnoty samorządowej (potrzeby o charakterze użyteczności publicznej), a mianowicie potrzeby elementarne, absolutne, podstawowe i występujące powszechnie. Potrzeby te występują przy tym albo w sferze infrastruktury technicznej, albo infrastruktury społecznej.”⁹⁷

A Jaroszyński z kolei podnosi, że usługi zaspakajające zbiorowe potrzeby ludności to te, które potencjalnie każdy mieszkaniec wspólnoty powinien mieć na co dzień dostępne jako pewien minimalny standard życia w cywilizowanym społeczeństwie. Pojęciem „potrzeby ludności” autor ten obejmuje interes publiczny dotyczący określonej wspólnoty.⁹⁸

Można z tego wywodzić, że o ile zadania użyteczności publicznej stanowią pewną szerszą kategorię zadań przypadkowych j.s.t., to usługi odnoszą się tylko do tych potrzeb, których zaspokojenie jest absolutnie konieczne. Wydaje się jednak, że istotę usług stanowi ich świadczenie i powiązanie z podmiotem je wykonującym.

95 Red. W. Doroszewski, Słownik języka polskiego, PWN, Warszawa.

96 A. Błaś, Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego (w:) *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wrocław 2002, s. 360.

97 M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej..., *op. cit.*, s. 148.

98 K. Jaroszyński, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniem do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, Warszawa 2011, s. 139.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym usługi użyteczności publicznej definiuje się jako usługi podejmowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, świadczone w interesie publicznym (tzn. w interesie ogółu danej społeczności, a nie wyłącznie pojedynczych osób) i w sposób ciągły – bez względu na osiągnięty rezultat ekonomiczny, na ogół po kosztach własnych i nie w celach komercyjnych.⁹⁹ Usługi użyteczności publicznej utożsamiane są bardzo często z zadaniami użyteczności publicznej. W jednym z orzeczeń NSA, przytaczając art. 1 ust. 2 u.g.k., wskazuje, że celem wykonywania usług użyteczności publicznej jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności poprzez świadczenie usług powszechnie dostępnych.¹⁰⁰

Sam katalog zadań użyteczności publicznej ma charakter zmienny, otwarty, zmienny, uwarunkowany cyklem życia mieszkańców, warunkami zewnętrznymi oraz ogólną sytuacją społeczno-gospodarczą, co wymaga dostosowywania świadczenia usług do tych zmian. Stwierdzenie, czy konkretnie świadczone usługi spełniają omówione przesłanki, dokonywane być powinno w okolicznościach konkretnej sprawy, przez odniesienie ich do wyróżnionych cech tych zadań, wskazujących na ich wagę dla społeczności gminnej.

Można zaryzykować twierdzenie, że realizacja zadania użyteczności publicznej, jako leżącego w sferze powinności administracji publicznej, wiąże się ze świadczeniem usług użyteczności publicznej. Wskazać należy, że usługa użyteczności publicznej realizowana może być jedynie w ramach zadań użyteczności publicznej i wydaje się pochodną zadania. O tym bowiem, czy w danej dziedzinie administracja może świadczyć usługi, decyduje to, czy określona sfera przyporządkowana została jako zadanie użyteczności publicznej – mając na względzie przede wszystkim zakres zadań określony prawnie bądź też w indywidualnych przypadkach określenie danego zadania jako publicznego (przez pryzmat uwarunkowań opisanych w poprzednich podrozdziałach).

Różnica pomiędzy zadaniem a usługą użyteczności publicznej opiera się głównie o kryterium podmiotowe – w zależności od tego, w jakiej strukturze umiejscowiony jest podmiot realizujący określone zadanie. Fakt przekazania do realizacji zadania podmiotowi prywatnemu nie pozbawia określonego zadania charakteru zadania publicznego. Za jego realizację odpowiedzialna będzie bowiem formalnie dalej jednostka samorządu terytorialnego. Oczywiście przez fakt przekazania zmienia się charakter tej odpowiedzialności. Można powiedzieć, że organ administracji publicznej będzie odpowiedzialny za efekt realizacji zadania (efekt, którego odbiorcą będzie społeczeństwo). Podmiot formalnie znajdujący się poza strukturą administracji publicznej, przez świadczenie określonej usługi, realizował będzie zadanie publiczne.

99 Wyr. NSA z dnia 18 listopada 2016 r., sygn. II OSK 324/15, dostępny w: CBOSA.

100 Wyr. NSA z dnia 02 grudnia 2016 r., sygn. II GSK 1276/15, dostępny w: CBOSA.

Zadania publiczne z zakresu usług użyteczności publicznej przed rokiem 1990 wykonywane były przez szczególny typ przedsiębiorstwa państwowego, tj. przedsiębiorstwo użyteczności publicznej.¹⁰¹ Jednostki te charakteryzowały się bardziej intensywną ingerencją organu założycielskiego w zakresie kształtowania organizacji wewnętrznej aniżeli to miało miejsce w odniesieniu do innych przedsiębiorstw. Miały one działać na zasadach racjonalnej gospodarki, samofinansowania oraz rachunku ekonomicznego, przy czym ze względu na przedmiot działalności przedsiębiorstwa organ założycielski był zobowiązany do dotowania jego działalności. Działalność takich przedsiębiorstw ocenienia była nie tylko z punktu widzenia osiągania mierników ekonomicznych, ale również mierników zaspokojenia potrzeb społecznych.¹⁰² Jak wskazuje S. Piątek: „Istota instytucji przedsiębiorstwa użyteczności publicznej polega na ograniczeniu uprawnień przedsiębiorstwa w zakresie ustalenia zadań gospodarczych, kształtowania struktury wewnętrznej oraz trwałych powiązań strukturalnych z innymi jednostkami gospodarczymi, a także korzystania ze swobody kontraktowej w zamian za ograniczenie ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej środkami chroniącymi wyniki ekonomiczne przedsiębiorstwa oraz jego byt prawny.”¹⁰³

Mimo zmiany ustroju społeczno-gospodarczego zaprezentowana koncepcja podmiotu wykonującego działalność w zakresie usług użyteczności publicznej pozostaje w dużej mierze aktualna. Niewątpliwie wykonywanie zadań publicznych wymaga odpowiedniego instrumentu, np. podmiotu o szczególnym statusie. Użyteczność publiczna najlepiej wskazuje na taką potrzebę, zarówno w przeszłości, jak i obecnie.¹⁰⁴

W polskim piśmiennictwie zwrócono uwagę, że z chwilą gdy zadania publiczne ze sfery gospodarki komunalnej przechodzą na podmiot wyodrębniony z administracji publicznej, będący niepubliczną osobą prawną, to zadania publiczne przekształcają się w odmienną kategorię „usług publicznych”, należącą do prawa prywatnego. W przypadku usług publicznych nie ma bowiem obowiązku trwałego, ciągłego i nieprzerwanego wykonywania świadczeń z zagwarantowaniem powszechnego dostępu i na zasadach niekomercyjnych.¹⁰⁵ Tego rodzaju interpretacja wprowadza odróżnienie pomiędzy zadaniami użyteczności publicznej a usługami użyteczności publicznej. Nie jest to spójne z poglądami M. Szydło i A. Jaroszyńskiego, którzy kładą nacisk na absolutną konieczność świadczenia usług użyteczności publicznej jako pewnego minimalnego standardu życia w państwie cywilizo-

101 S. Piątek, *Rodzaje przedsiębiorstw państwowych*, (w:) *Prawo przedsiębiorstw państwowych*, red. S. Piątek, Warszawa 1986, s. 26-41.

102 Tamże, s. 38-39.

103 Tamże, s. 40.

104 F. Grzegorzczak, *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo*, Warszawa 2012, s. 292-296.

105 E. Bagińska, *Węzłowe problemy odpowiedzialności deliktowej jednostek samorządu terytorialnego w świetle najnowszego orzecznictwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. 34, 2015, s. 367.

wanym. Analizując pogląd E. Bagińskiej, zauważyć można, że tylko realizacja zadań byłaby obowiązkiem jednostek samorządu terytorialnego, świadczenie zaś usług publicznych, o ile mogłoby polegać na dostarczaniu świadczeń, podejmowaniu działań w interesie ogólnym, to powinno odbywać się na zasadach komercyjnych, czyli np. bez zagwarantowania powszechnego dostępu z uwzględnieniem zysku przy określaniu odpłatności. *De facto* można by zaryzykować twierdzenie, że zakres usług publicznych determinowany byłby zadaniami użyteczności publicznej, ale świadczenie ich na zasadach komercyjnych przez podmioty niepubliczne pozwałoby zaliczyć tego rodzaju działania do sfery prawa prywatnego. W mojej jednak ocenie tego rodzaju interpretacja obarczona jest błędem.

O kategorii usługi użyteczności publicznej nie będzie decydowało jedynie kryterium tego, kto tę usługę świadczy. Bezsprzecznie bowiem zadania użyteczności publicznej realizowane mogą być w różnych formach (o czym w dalszej części opracowania), a co za tym idzie, również usługi użyteczności publicznej mogą być dostarczane przez różne podmioty, nawet prywatne. Zadanie użyteczności publicznej nie przestaje być takowym tylko ze względu na podmiot je realizujący. Jeśli zadania mogą być realizowane przez świadczenie usług, wówczas i usługi użyteczności publicznej nie tracą automatycznie swego charakteru tylko przez fakt wykonywania ich przez podmiot prywatny. Jeśli zaś chodzi o komercyjny charakter tego rodzaju usług, to owa „użyteczność publiczna” wskazuje, że celem świadczenia określonych usług nie jest samo osiągnięcie zysku, a realizacja zadań użyteczności publicznej. O ile faktem jest, że świadczenie usług może wiązać się z osiąganiem zysku (jeśli jest świadczona usługa, to bardzo prawdopodobnym jest, że są odbiorcy tej usługi), to nadrzędnym jednak celem będzie realizacja samego zadania, czyli dostarczanie określonego świadczenia.

Zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności można uznać za przesłankę tożsamą z ogólnym ujęciem gospodarki komunalnej, wynikającej z art. 1 ust. 1 u.g.k. („zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej”).¹⁰⁶ Mimo że potrzeby ludności wydają się szerszą dziedziną, w praktyce nie można tu doszukiwać się znaczącej różnicy, ponieważ z założenia jednostka samorządu terytorialnego zaspokaja potrzeby wspólnoty, która ją tworzy, zasadniczo jednak nie ograniczając usługobiorców wyłącznie do mieszkańców. Adresat usługi świadczonej w ramach gospodarki komunalnej zależy od rodzaju zadania. Z usług świadczonych przez samorząd korzystać może zwykle każdy zainteresowany, z tym że ich zasięg powinien ograniczać się do granic terytorialnych danej jednostki. Nieraz, w praktyce, zakres terytorialny usługi może je przekraczać, na przykład w przypadku transportu publicznego. Wówczas niezbędna może się okazać współpraca pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2017, poz. 827.

¹⁰⁷ Wyr. WSA w Gliwicach z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. IV SA/GI 503/14, dostępny w: CBOSA.

O tym, co stanowi potrzebę wspólnoty, decyduje ustawodawca, nakładając na jednostki samorządu terytorialnego określone zadania. Jednostka samorządu terytorialnego może identyfikować potrzeby ludności we własnym zakresie jedynie w ramach upoważnień przyznanych przez ustawodawcę. Oznacza to, że zadaniem samorządu jest rozstrzygnięcie o sposobie wykonywania określonego zadania, odpowiadającym zapotrzebowaniu miejscowemu. Rolą administracji jest zatem ocena stanu faktycznego pod kątem zapotrzebowania mieszkańców i możliwości jednostki samorządu terytorialnego i w obrębie powierzonego przez ustawodawcę zadania świadczenia pewnej usługi.¹⁰⁸

Jak widzą C. Banasiński i K. M. Jaroszyński, istotnym wyznacznikiem sposobu działania jednostek samorządu terytorialnego w ramach użyteczności publicznej jest świadczenie usług. Świadczenie usług traktuje się jako wyraz gospodarowania. Jest to potwierdzenie, że chodzi o działania niewładcze, które mogą być wykonywane w podobny sposób jak usługi świadczone przez przedsiębiorców. Zgodnie z ustawą niektóre działania w ramach gospodarki komunalnej mogą być przez nich wykonywane na podstawie umów zawartych między innymi przez przedsiębiorców z jednostką samorządu terytorialnego.¹⁰⁹

Usługi mają być powszechnie dostępne. Należy przez to rozumieć możliwość korzystania z nich przez każdego zainteresowanego mieszkańca jednostki samorządowej lub każdą osobę znajdującą się na jej obszarze. Usługi te zatem są świadczone na równi wobec wszystkich i każdy, kto spełni określone warunki, może zawrzeć z podmiotem świadczącym umowę i korzystać z usług. Powszechna dostępność musi zatem obejmować ofertę skierowaną do wszystkich, którzy zgodnie z prawem mogliby z niej korzystać. Odnosi się to nie tylko do aspektu faktycznego umożliwienia każdemu korzystania, jak i określenia odpłatności za usługi, często poniżej ich faktycznych kosztów z jednoczesnym zapewnieniem powszechnej dostępności.

Odnosząc się do konieczności świadczenia usług użyteczności publicznej, można poczynić ogólne uwagi analogiczne do tych, które odnoszą się do zadań użyteczności publicznej, z których usługi się wywodzą. Usługi polegające na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności powinny być wykonywane w sposób bieżący i nieprzerwany, wynika to z powszechnego charakteru zadań użyteczności publicznej. Z drugiej strony katalog usług użyteczności publicznej powiązany z zadaniami użyteczności publicznej nie jest określony jako wymagany z mocy prawa. Usługi użyteczności publicznej powinny być dostarczane w jak największym stopniu, jednak zwykle nie ma określonych wyznaczników ani sankcji za zbyt małą aktywność samorządu w tej dziedzinie. Z drugiej jednak strony obowiązkiem organów administracji publicznej jest wykonywanie powierzonych ustawą zadań publicznych (nie wydaje

108 C. Banasiński, K. M. Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Lex 2017.

109 Tamże.

się konieczne, by dla istnienia tego obowiązku musiała istnieć bezpośrednia przewidziana w ustawie sankcja za brak jego realizacji) i z tego można wywodzić konieczność aktywnego realizowania zadań, co może być dokonywane poprzez dostarczanie usług użyteczności publicznej. Zauważyć jednak należy, że podmiot, na rzecz którego usługi zostały powierzone i który ma te usługi świadczyć, staje się zobowiązany do świadczenia tych usług. Przy tym wydaje się, że istotne znaczenie ma forma, w jakiej usługa zostaje powierzona. Jeśli powierzenie ma miejsce w drodze umowy cywilnej, wówczas świadczenie danej usługi może być determinowane ekonomiczną opłacalnością.

Usługami użyteczności publicznej będą tego typu świadczenia, które pozwalają na zaspokojenie fundamentalnych potrzeb społeczeństwa, bez których codzienne funkcjonowanie nie byłoby możliwe. Tym samym do katalogu usług użyteczności publicznej zaliczyć należy w szczególności takie usługi, jak przykładowo: dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków,¹¹⁰ dostarczanie energii elektrycznej, gazu, ciepła,¹¹¹ czystość i porządek na terenie gminy,¹¹² zapewnienie łączności telekomunikacyjnej,¹¹³ utrzymanie obiektów cmentarnych,¹¹⁴ transport kolejowy,¹¹⁵ usługi pocztowe.¹¹⁶ W myśl wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 roku za usługi o charakterze użyteczności publicznej uznać można także świadczenie odpłatnych usług edukacyjnych.¹¹⁷

Ceny za korzystanie z tych usług mogą być regulowane tak, aby zapewnić szeroki dostęp do nich również osobom mniej zamożnym. Jednostki samorządu terytorialnego nie działają bowiem na zasadach rynkowych, a ich celem jest wykonanie zadania (zaspokojenie potrzeby mieszkańców), nie zaś zarobek. Jest to główny element różniący użyteczność publiczną wykonywaną przez jednostki samorządu terytorialnego i szerzej, gospodarkę komunalną, od działalności gospodarczej.¹¹⁸ Ceny te mogą służyć zarobkowi, nie przestają być jednak cenami regulowanymi (w zakresie, w jakim regulacja wynika z przepisów szczególnych). Zauważyć należy, że podmioty samorządowe działają w celu realizacji określonych prawem zadań publicznych. Przy tym zadania te wykonywane mogą być, przez świadczenie określonych

110 Zob.: ustawa z dnia 7 czerwca 2001 roku o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzanie ścieków, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1152 z późn. zm.

111 Zob.: ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 755 z późn. zm.

112 Zob.: ustawa z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.

113 Zob.: ustawa z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 z późn. zm.

114 Zob.: ustawa z dnia 31 września 1959 roku o cmentarzach i chowaniu zmarłych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 912 z późn. zm.

115 Zob.: ustawa z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.

116 Zob.: ustawa z dnia 12 czerwca 2003 Prawo pocztowe, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 z późn. zm.

117 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 roku, sygn. III SK 22/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 46.

118 Zob. wyrok NSA w Gdańsku z dnia 9 stycznia 2003 r., SA/Gd 1968/02, dostępny w: CBOSA.

usług, które mogą mieć charakter odpłatny. Wykonanie tych usług musi być realizowane, nawet jeśli nie jest to działalność rentowna. Nie są one wykonywane w celu pozyskania dochodów przez jednostkę samorządu terytorialnego. Ewentualny zysk jest zwykle przeznaczany na pokrycie kosztów świadczenia usług lub ich rozwój.

„Podzbiór” usług użyteczności publicznej wywiedziony powinien być z zadań publicznych i zadań użyteczności publicznej – jeśli usługi użyteczności publicznej świadczone są na poziomie j.s.t. Założyć należy, że j.s.t. mogą, pod pewnymi warunkami, prowadzić również działalność gospodarczą. Czasami działalność gospodarcza mieściła się będzie w ramach zadań użyteczności publicznej, czasami zaś będzie to działalność *stricte* gospodarcza, niepowiązana z wykonywaniem zadań użyteczności publicznej. W dalszych rozważaniach podjęto próbę określenia granicy tych dwóch sfer działalności gospodarczej po to, by poza zakresem rozważań pozostawić sferę prowadzenia działalności gospodarczej niepowiązanej z realizacją zadań użyteczności publicznej. Konieczne jest również wykazanie powiązania obszarów, w których zadania użyteczności publicznej stanowią jednocześnie działalność gospodarczą. W późniejszych rozważaniach wykazano konieczność wykonywania przez jednostki organizacyjne przeważającej działalności w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej i na rzecz właścicielskich jednostek samorządu terytorialnego.

5. Podejmowanie przez j.s.t. działalności gospodarczej

Pojęcie działalności gospodarczej zostało przeniesione na grunt regulacji prawnych z języka ekonomii, przy czym akty normatywne używają go w różnym znaczeniu. L. Kieres wyjaśnia, że „zadania wykraczające poza zakres użyteczności publicznej wykonywane są także w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, co jest przesłanką wspólną z zadaniami użyteczności publicznej. Zadania te określa się jako zadania gospodarcze, co ma je odróżniać od działań o charakterze niegospodarczym (administracyjnym lub innym charakterze)”.¹¹⁹

Przy wytyczaniu granic możliwej do podjęcia działalności gospodarczej, użyteczne staje się kryterium użyteczności publicznej – kryterium to determinuje bowiem aktywność j.s.t. w sferze realizacji zadań publicznych. Możliwym jest dokonanie podziału działalności j.s.t. na:

- 1) niekomercyjną – tzn. nienakierowaną w pełni na zysk ekonomiczny, czyli mieszczącą się w zadaniach o charakterze użyteczności publicznej oraz
- 2) komercyjną – tzn. taką, która jest całkowicie nastawiona na osiągnięcie zysku i wykracza poza zadania o charakterze użyteczności publicznej.¹²⁰

119 L. Keres, *Samorządowy sektor gospodarczy*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyzioł, Warszawa 2013, s. 84.

120 A. Wojtkowiak, *Użyteczność publiczna w gospodarce komunalnej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2006, z. IV, s. 170.

Z założenia – poza szerszymi rozważaniami pozostawiam sferę komercyjną działalności js.t. – czyli tę wykraczającą poza użyteczność publiczną, chociaż nie można nie zauważyć, że może ona wpływać na sposób realizacji sfery niekomercyjnej.

Działalność js.t. przez wielu autorów nie jest klasyfikowana jako działalność gospodarcza, gdyż ze swej natury nie jest nastawiona na zysk, a na realizację zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych – w wyżej zdefiniowanym znaczeniu. Podkreślają oni zarazem, że niekomercyjnego nastawienia nie neguje to, że aktywność bywa wykonywana odpłatnie. Uznaje się, że w przypadku js.t. przeznaczeniem ewentualnych opłat nie jest osiągnięcie lub maksymalizacja zysku samorządu, lecz wyłącznie pokrycie kosztów wykonywania działalności.¹²¹

Jednocześnie wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym samorządy ewentualną działalność komercyjną wykonują ubocznie i akcesoryjne, a zysk z tego tytułu przeznaczają na realizację zamierzeń innych niż gospodarcze (tj. realizację zadań publicznych), nie przesądza to jednak o uznaniu ich aktywności za niezarobkową i nie zmienia jej gospodarczego charakteru.¹²²

Działalność komercyjna stanowi przedmiot reglamentacji ustawodawstwa krajowego (podobna sytuacja ma miejsce również w wielu państwach Europy Zachodniej, jedynie w Austrii działalność czysto zarobkowa podmiotów komunalnych jest w pełni dozwolona) i jest związana z zasadą subsydiarności.

Za podstawę odróżnienia działalności o charakterze użyteczności publicznej od działalności komercyjnej (zarobkowo-gospodarczej) J. Wierzbicki przyjmuje kryterium odbiorcy tej działalności. Autor ten uważa, że adresatem działalności o charakterze użyteczności publicznej jest tylko pewna grupa „określonych odbiorców”, przy czym działalność ta nie podlega regulacji rynkowej. Natomiast działalność komercyjna jest prowadzona dla odbiorców będących anonimowymi nabywcami oferowanych im usług i podlega regulacji rynkowej.¹²³ Pogląd ten krytykuje S. Dudzik, który uważa, że przyjęcie przez J. Wierzbickiego „za podstawowe kryterium anonimowości lub precyzyjnego określenia nabywcy określonych dóbr wydaje się w rzeczywistości nieadekwatne, jako narzędzie do osiągnięcia zamierzonego celu.”¹²⁴

121 D. Wacinkiewicz, P. Krzystek, Komunalna działalność gospodarcza w teorii i praktyce, (w:) Działalność gospodarcza – kluczowe problemy, red. K. Sławik, Warszawa 2007, s. 72-81; D. Wacinkiewicz, Potrzeby wspólnot samorządowych, jako wyznacznik oddziaływania władz samorządowych w sferze gospodarki komunalnej, red. A. Powałowski, Warszawa 2016, s. 356-357 i przywołana tam literatura.

122 M. Etel, Zadania publiczne jednostek samorządu terytorialnego jako działalność gospodarcza, (w:) Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego, red. E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017, s. 114.

123 J. Wierzbicki, Ekonomiczne aspekty reaktywowania samorządu terytorialnego w Polsce, RPEiS 1992, z. 2, s. 151.

124 S. Dudzik, Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna, Kraków 1998, s. 276-277.

Należy zanegować określone przez Wierzbickiego kryterium adresata, po pierwsze bowiem nie jest jasnym, w którym momencie ów adresat powinien być znany, czy chodzi zawsze o czynność indywidualną jako taką określoną prawem, czy konkretyzacja następuje na etapie świadczenia usługi. Po drugie zaś, bez trudu można wskazać na działalność *stricto* komercyjną, gdzie adresat jest jednoznacznie określony (sprzedaż auta) i taką, która ma charakter użyteczności publicznej, bez wskazana względem kogo jest świadczona (komunikacja miejska).

W tym miejscu wskazać należy na elementy działalności gospodarczej, takie jak: profesjonalny charakter, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku, powtarzalność zachowań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym, a także nastawienie na zysk,¹²⁵ które bez wątpienia przewijają się mogą w działalności użyteczności publicznej. Zakres sfery użyteczności publicznej określa konieczność wykonywania zadań w sferze społeczno-ekonomicznej (mieści się tu podejmowanie działań o charakterze zbiorowym, oparcie ich na majątku publicznym, przyjęcie założenia brak ekwiwalentności świadczeń – chociaż owa ekwiwalentność może występować), a także elementy techniczne (m.in. jednoczesność produkcji, dostawy oraz konsumpcji, brak możliwości zmagazynowania większości świadczeń, zróżnicowanie zapotrzebowania w poszczególnych okresach roku i porach dnia, niepodzielność techniczna, wysoka kapitałochłonność, stosunkowo wolne tempo rozwoju technicznego, układ monopolu naturalnego).¹²⁶

Zauważyć należy, że specyficzny charakter przyjmuje tu charakter zarobkowy takiej działalności w sferze użyteczności publicznej. Zysk nie jest bowiem celem samym w sobie (podstawowy cel działalności użyteczności publicznej stanowi bowiem świadczenie określonego rodzaju usług użyteczności publicznej). Konsekwencją uznania działalności użyteczności publicznej za kwalifikowaną postać działalności gospodarczej jest uznanie podmiotu tej działalności za znajdującego się w sytuacji przedsiębiorcy lub też uznawanego za beneficjenta niektórych elementów tej sytuacji. W tym zakresie wskazuje się na dychotomiczny podział zadań jednostek samorządu terytorialnego na użyteczność publiczną oraz sferę aktywności o charakterze komercyjnym (poza sferą użyteczności publicznej).¹²⁷

Wprowadzając rozróżnienie gospodarki państwa (wykonywanej przez podmioty publiczne) od gospodarki sektora prywatnego, gospodarkę komunalną należy umieścić w ramach gospodarki państwa i stosować właściwe dla niej uwarunkowania prawne i rozumowania prawnicze. Nie jest to działalność gospodarcza przedsiębiorcy prywatnego. Rozpatrując gospodarkę komunalną z punktu widzenia definicji działalności gospodarczej zawartej w art. 3 u.pr.p., należy zauważyć, że głównym

125 L. Kieres, *Samorządowy sektor...*, *op. cit.*, s. 75.

126 C. Kosikowski, *Komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej*, Łódź-Zielona Góra 1997, s. 22-23.

127 Tamże, s. 75.

jej celem nie jest cel zarobkowy.¹²⁸ Elementy bieżącego i nieprzerwanego zaspakajania zbiorowych potrzeb ludności charakteryzują użyteczność publiczną od strony organizacyjnej. Mieszczą się w tej charakterystyce również składniki prawnofinansowe. Ciągłość zaspokajania potrzeb ludności (w sposób nieprzerwany) odniesiono do potrzeb bieżących, co oznacza powszechną dostępność do działalności o charakterze użyteczności publicznej. Powszechna dostępność oznacza zaś przyznanie każdemu, kto spełnia określone warunki, prawa do korzystania z efektów realizacji zadań użyteczności publicznej (skutków działań, które służą realizacji tych zadań).¹²⁹

W początkowym brzmieniu ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym¹³⁰ gminy oraz inne komunalne osoby prawne mogły prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli wymagały tego potrzeby społeczne (art. 9 ust. 2). Przy tym przesłanka potrzeb społecznych interpretowana była bardzo szeroko i uzasadniała w ten sposób szerokie spectrum podejmowania działalności gospodarczej przez gminy.¹³¹ Profesor L. Kieres wyjaśniał, iż u podstaw takiego rozwiązania przyjętego w ustawie o samorządzie terytorialnym w 1990 r. leżały przede wszystkim względy gospodarcze, które ówczesnie, biorąc pod uwagę uwarunkowania ekonomiczne, stanowiły uzasadnienie do przyznawania gminom uprawnień do aktywnego udziału w życiu gospodarczym. Gminy przejęły bowiem przedsiębiorstwa komunalne, które w systemie scentralizowanego zarządu gospodarką leżały w gestii terenowych organów władzy i administracji publicznej (co powiązane było z systemem rad narodowych). Wówczas m.in. jednostki o statusie przedsiębiorstw terenowych realizowały zadania związane z wykonywaniem działalności gospodarczej. W konsekwencji regulacje prawne obowiązujące w sprawach prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych obowiązywały również w procesach prywatyzacji przedsiębiorstw komunalnych.¹³²

Art. 9 ust. 2 w opisanym powyżej brzmieniu obowiązywał do 12 stycznia 1993 r., kiedy weszła w życie ustawa z dnia 06 listopada 1992 r., w sposób znaczny ograniczająca możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z treścią nowelizowanego przepisu gminy oraz inne komunalne osoby prawne nie mogły prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Tym samym wykreślono z ustawy przesłankę potrzeb społecznych.

Rozwiązania przyjęte mocą opisaną powyżej nowelizacji nie przyniosły oczekiwanych efektów, co w konsekwencji skłoniło ustawodawcę do kolejnych zmian,

128 Por. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, *Przedsiębiorca*, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 235.

129 A. Wasilewski, *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej...*, *op.cit.*, s. 12.

130 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz.U. Nr 16, poz. 95.

131 C. Kosikowski, *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992, s. 11.

132 L. Kieres, *Samorządowy sektor gospodarczy*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, Warszawa 2013, s. 84.

mających na celu uporządkowanie zasad oraz form prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego.¹³³

Aktualnie, w ustawach regulujących ustrój poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego termin „działalność gospodarcza” pojawia się kilkakrotnie. Zgodnie z art. 9 ust. 2 u.s.g., który stanowi, że gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie. Artykuł 44 pkt 4 u.s.g. stanowi, że nabycie mienia komunalnego następuje w wyniku własnej działalności gospodarczej.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 u.s.p. powiat nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej.

W odniesieniu zaś do samorządu województwa wskazać można na art. 13 u.s.w.: w sferze użyteczności publicznej województwo może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjne lub spółdzielnie, a także może przystępować do takich spółek lub spółdzielni. Poza sferą użyteczności publicznej województwo może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne oraz przystępować do nich, jeżeli działalność spółek polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych, wydawniczych oraz na wykonywaniu działalności w zakresie telekomunikacji służących rozwojowi.

Świadczenie usług przez jednostki samorządu terytorialnego ma, co do zasady, charakter odpłatny. Oczywiście można wskazać sfery, w których prowadzona może (ale nie musi) być nieodpłatna działalność jednostek samorządu terytorialnego, a jednocześnie zaliczona ona będzie do działalności komunalnej (np. w oświacie, pomocy społecznej). Powstaje jednak pytanie o możliwe zaliczenie działalności jednostek samorządu terytorialnego w sferze użyteczności publicznej do działalności gospodarczej. Rozważania te nabiorą szczególnego znaczenia przy próbie określenia zachowania wzajemnych relacji pomiędzy działalnością mieszczącą się w sferze użyteczności publicznej a sferą działalności gospodarczej.

Zdaniem A. Matana, analizując problem prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy, można rozpatrywać go na dwóch płaszczyznach: po pierwsze na płaszczyźnie tzw. użyteczności publicznej; po drugie – na płaszczyźnie zadań wykraczających poza tę sferę. Jeśli chodzi o pierwszy zakres, to przyjąć trzeba, że działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego, w tym gminy, jest tu „pożądana, dozwolona, konieczna i możliwa”. Jej granice będzie wyznaczała konstrukcja „użyteczności publicznej” w rozumieniu przyjętym w art. 1 ust. 1 u.g.k. Natomiast na drugiej płaszczyźnie działalność tego rodzaju będzie możliwa w sytuacjach i na wa-

133 L. Kieres, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego* (w:) A. Borkowski, A. Chełmoński, A. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 316.

runkach ustalonych przez ustawodawcę. Gmina może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie o gospodarce komunalnej – ustawa ta jest bowiem odrębną (szczególną) ustawą, o której mowa w art. 9 ust. 2 u.s.g.¹³⁴ Przy tym podkreślić należy, że ustawodawstwo szczególne nie jest traktowane jako wyłączna podstawa podejmowania i prowadzenia przez samorząd terytorialny działalności gospodarczej.¹³⁵

W ocenie M. Szydło prowadzenie przez j.s.t. działalności gospodarczej w zakresie zadań własnych wiąże się z koniecznością zaspokajania potrzeb wspólnoty. W obszarze zadań zleconych autor ten nie widzi zawsze takiej konieczności. Zadania zlecone służą bowiem realizacji „uzasadnionych potrzeb państwa” (art. 166 ust. 2 konstytucji). W przypadku zadań zleconych możliwe jest prowadzenie przez j.s.t. działalności gospodarczej także na rzecz wspólnot (społeczności) szerszych niż samorządowe, o ile przepis ustawy wyraźnie je do tego upoważnia. Natomiast w zakresie zadań własnych możliwe jest zaspokajanie tylko potrzeb danej (macierzystej) wspólnoty samorządowej i nawet przepis ustawy nie może przełamać tej ogólnej zasady, mającej jednoznaczne umocowanie w konstytucji.¹³⁶

Pogląd o dopuszczalności prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej znajduje potwierdzenie m.in. w orzeczeniach Sądu Najwyższego. W jednym z orzeczeń Sąd zróżnicował działalność gminy prowadzoną „na etapie realizacji zadań ustawowych”, która nie jest działalnością gospodarczą oraz wykonywaną „w następnym etapie” przez jednostkę gminną w zakresie objętym ustawą o gospodarce komunalnej.¹³⁷ W tym ostatnim zakresie Sąd uznał działalność polegającą na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych za działalność gospodarczą.

Z kolei w jednym z orzeczeń NSA rozróżniał gospodarkę komunalną od działalności gospodarczej.¹³⁸ Pogląd ten nie do końca znajduje uzasadnienie, brak bowiem w obecnym stanie prawnym przeszkód do tego, aby jednostki samorządu terytorialnego realizowały cele gospodarki komunalnej poprzez podejmowanie działalności gospodarczej, oczywiście przy uwzględnieniu ograniczeń płynących z ustaw.¹³⁹

Nie do zaakceptowania jest również pogląd, wedle którego przepis art. 9 ust. 2 u.s.g. dopuszcza tylko możliwość prowadzenia działalności gospodarczej poza zada-

134 A. Matan, Komentarz do art. 9 ustawy o samorządzie gminnym, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz Dolnicki Bogdan (red.), Lex Online 2016.

135 Wyr. NSA z dnia 06 grudnia 2000 r., sygn. I SA/Gd 2038/99, dostępny w: CBOSA.

136 M. Szydło, Konstytucyjnoprawna dopuszczalność... *op. cit.*, s. 32.

137 W uchwale z 30 listopada 1992 r. sygn. III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79 i w postanowieniu z 19 października 1999 r., sygn. III CZP 112/99, OSNCP 2000, nr 4, poz. 78.

138 Wyr. NSA z dnia z 09 stycznia 2003 r., sygn. SA/Gd 1968/02, wyr. nieprawomocny, dostępny w: CBOSA.

139 Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 25 sierpnia 2004 r., sygn. II SA/Bd 148/04, dostępne w: CBOSA.

niami o charakterze użyteczności publicznej.¹⁴⁰ Możliwość podejmowania działalności gospodarczej przez gminę wynika z art. 9 u.s.g., z tym że musi być ona ograniczona do zadań o charakterze użyteczności publicznej, a więc zadań własnych gminy, określonych w art. 7 ust. 1 u.s.g., których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Jeżeli działalność gospodarcza miałaby wykroczyć poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, to wówczas zastosowanie znajdą przepisy art. 10 ust. 1, 2 i 3 u.g.k., które stanowią, że poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli zostaną spełnione warunki tym przepisem ustanowione, przykładowo:

- 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym;
- 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

Poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową.

Warunkiem określonym w art. 10 ust. 1 u.g.k. jest działalność gminy, podjęta z zamiarem osiągnięcia celu aktywizacji gospodarczej. Chodzi tu o podejmowanie działań w obszarze niezaspokojonych potrzeb wspólnoty samorządowej (przy jednoczesnym uwzględnieniu potencjalnej możliwości naruszenia zasad swobodnej konkurencji). Jednocześnie powiązane jest to z aktywizacją gospodarczą na rynku i zmniejszaniem bezrobocia.

Szczególne kontrowersje w nauce budzi przede wszystkim przesłanka działalności „ważnej dla rozwoju gminy”. Ocena tego, co jest istotne dla danej gminy, zawsze powiązana jest z pewnym ryzykiem gospodarczym, co zbliża jednostkę samorządu terytorialnego do działalności podmiotu prywatnego. Pewnym remedium na ograniczenie tego typu problemu może być przyjęcie interpretacji, że działalność ta ograniczona zostaje tylko o obszarze zadań gminy.

W tym miejscu można wskazać również na wyrażane w doktrynie stanowisko, że użycie przez ustawodawcę w art. 10 ust. 2 u.g.k. wielu pojęć nieostrych, takich jak „ujemny wpływ na poziom życia wspólnoty” czy „poważna strata majątkowa”,

140 K. Bandarzewski i inni, *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2004, s. 112-113; K. Sobczak, *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2004, s. 397-406.

pozwala na możliwie szerokie interpretowanie tego, w jakiej sferze dopuszczalne jest prowadzenie działalności gospodarczej.¹⁴¹ W moim przekonaniu jest to jednak wniosek zbyt daleko idący, ustawodawca przewidział bowiem konieczność zaistnienia łącznego przesłanek, które nawet przy odniesieniu do pojęć niedookreślonych wymagają każdorazowo szczegółowej analizy co do ich zaistnienia. Prowadzi to do wniosku, że podejmowanie działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej nie powinno być zasadą, a raczej wyjątkiem opartym o treść art. 10 ust. 2 u.g.k.

W piśmiennictwie wskazuje się często, że specyfiką działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego jest to, że: nie jest ona ukierunkowana na osiągnięcie zysku, jej celem jest przede wszystkim zaspokajanie potrzeb wspólnoty lokalnej, zakres przedmiotowy tej działalności wyznaczają zadania publiczne nałożone na jednostki samorządu terytorialnego, a działalność ta nie jest realizowana w warunkach wolności gospodarczej.¹⁴²

Odmienne względem możliwości prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej zarówno w sferze użyteczności publicznej, jak i wykraczającej poza tę sferę (choć na warunkach przewidzianych przez ustawodawcę), uregulowana jest na poziomie powiatu. Działalność gospodarcza w zakresie użyteczności publicznej oznacza wykonywanie zadań własnych powiatu (por. art. 4 ust. 1 u.s.p.), w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty (mieszkańców powiatu). Zakres pojęcia użyteczności publicznej jest zatem węższy niż zakres zadań powiatu; dotyczy ono bowiem tylko zadań własnych (nie dotyczy zadań określonych w sposób ogólny w art. 4 ust. 3 i ust. 4 u.s.p., a które można określić mianem zadań zleconych), a ponadto realizacja części zadań powiatu nie jest bezpośrednio powiązana z bieżącym i nieprzerwanym zaspokajaniem potrzeb wspólnoty i nie jest realizowana w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. *A contrario*, dopuszczalne jest prowadzenie takiej działalności w sferze użyteczności publicznej.¹⁴³

Z drugiej strony przytoczona treść art. 6 ust. 2 u.s.p. nie zawiera wprost katalogu zadań, a jedynie wyliczenie o charakterze przedmiotowym oraz przykładowym, co pozwala na doprecyzowanie poprzez ustawy szczegółowe.

W doktrynie zwraca się uwagę, że pozbawienie powiatu prawa do wykonywania działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej wyzwoliło skutek, którego ustawodawca nie ujął w rozwiązaniach prawnych. Powiat ma możliwość uczestniczenia we wspólnych z innymi podmiotami przedsięwzięciach lub wspierać te podmioty, jeśli nie wykonują one działalności gospodarczej.¹⁴⁴ Uprawnienia

141 R. Płaszowska, *Pojęcie użyteczności*, *op. cit.*, s. 72.

142 A. Wojtkowiak, *Kryterium zysku w odniesieniu do zasad prowadzenia działalności komunalnej przez gminy*, *„Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie”* 2012, nr 1, s. 163-177.

143 J. P. Tarno i inni, *Samorząd terytorialny w Polsce*, Warszawa 2004, s. 58-62

144 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej...*, *op. cit.*, s. 425.

do podejmowania działalności gospodarczej przez powiat należy upatrywać w przepisach rangi ustawowej.

Ograniczenie działalności gospodarczej powiatu do sfery użyteczności publicznej prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania statusu powiatów oraz pozostałych jednostek samorządu terytorialnego w sferze gospodarczej. Gmina może bowiem prowadzić działalność gospodarczą także poza sferą użyteczności publicznej, na zasadach określonych w ustawie o gospodarce komunalnej.

W zakresie zaś samorządu województwa stwierdzić należy, że ustawodawca nie zdefiniował ani w inny sposób nie wskazał w ustawie o samorządzie województwa, jakie zadania wykraczają poza sferę użyteczności publicznej. Województwo może podejmować ewentualną działalność gospodarczą w sferze użyteczności publicznej, a ponadto także w sferze wykraczającej poza użyteczność publiczną, jeżeli działalność polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych, wydawniczych oraz telekomunikacyjnych służących rozwojowi województwa (w formach określonych odpowiednio w art. 13 ust 1 i ust 2 u.s.w.).¹⁴⁵

Z ujęcia art. 13 ust. 2 u.s.w. wywodzony jest pogląd o możliwości podejmowania przez samorząd województwa działalności poza sferą użyteczności publicznej, jako odrębny podmiot tej działalności. Wnioski takie płyną z ujęcia redakcyjnego art. 13 ust. 2 u.s.w., który wskazuje wyraźnie na formy organizacyjnoprawne, w jakich działalność ta może być prowadzona. Jako uzasadnienie takiego poglądu wskazuje się również brak ustawowego zakazu wykonywania przez województwo samorządowe działalności gospodarczej na podstawie art. 10 ust. 3 u.g.k. bez pośrednictwa wyodrębnionych w tym celu jednostek organizacyjnych. Brak takiego postanowienia wobec województwa nie wyklucza możliwości podejmowania działalności gospodarczej bezpośrednio przez województwo. Warunkiem akceptacji takiego stanowiska byłoby uwzględnienie w argumentacji wspierającej ogólnych zasad, które wyznaczają obecność samorządu terytorialnego – w tym również samorząd województwa – w obrocie gospodarczym.¹⁴⁶ Odpowiednie ograniczenia w zakresie tworzenia spółek prawa handlowego zawiera również art. 10 ust. 4-6 u.g.k.

Z powyższego można wyprowadzić bezpośredni wniosek, że w obecnym stanie prawnym tylko gmina i województwo mogą prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, ale tylko w przypadkach i formach określonych w przepisach szczególnych.¹⁴⁷

145 M. Etel, Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego – wybrane problemy, https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2012/files/Verejnafinancnicinnost/EtelMaciej.pdf, (online 17.02.1017 r.).

146 L. Kieres, *op. cit.*, s. 96.

147 R. Marchaj, *Pojęcie użyteczności publicznej w prawie polskim*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, (red.) B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 470.

Pomimo iż co do zasady neguje się możliwość prowadzenia przez j.s.t. działalności *stricte* komercyjnej (niezwiązanej z realizacją usług użyteczności publicznej),¹⁴⁸ to przychody uzyskane z takiej działalności mogą wpływać na obniżenie kosztów związanych z realizacją usług użyteczności publicznej. Tego rodzaju działalność może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia reguł konkurencji.

Jednocześnie w literaturze wskazuje się na argumenty świadczące o tym, że prowadzenie przez j.s.t. działalności gospodarczej nie jest dopuszczalne. M. Szydło twierdzi, że tworzenie przez samorządy spółek kapitałowych oraz przystępowanie do nich w celu wykonywania zadań publicznych oznacza, że może być ono wyłącznym przedmiotem działania tych podmiotów.¹⁴⁹ O braku możliwości podejmowania działalności gospodarczej przez j.s.t. świadczyć mają następujące przesłanki:

- 1) podstawowym celem j.s.t. jest realizacja zadań publicznych i wykonywanie administracji publicznej (na zasadzie decentralizacji władzy publicznej – art.15 ust. 1 Konstytucji RP), a nie prowadzenie działalności gospodarczej;
- 2) każda działalność gospodarcza może przynieść straty, a to zagraża źródłom finansowania wykonywania obowiązkowych zadań własnych;
- 3) zaangażowanie się władz samorządowych w bezpośrednią działalność gospodarczą może spowodować naruszenie reguł wolności gospodarczej i konkurencji;¹⁵⁰
- 4) dopuszczalne byłoby przyznanie j.s.t. prawa do pobudzania aktywności gospodarczej, stwarzania zachęt do jej prowadzenia, ale nie powinno to prowadzić do bezpośredniego prowadzenia takiej działalności.¹⁵¹

W tym zakresie można zaryzykować twierdzenie, że prowadzenie przez j.s.t. działalności *stricte* komercyjnej, tj. niepowiązanej z realizacją zadań użyteczności publicznej, a nastawionej tylko na wypracowanie zysku, jest dopuszczalne tylko w tym zakresie, jeśli działalność taka ma charakter akcesoryjny i tylko wówczas, jeśli wynika to z przepisów szczególnych (przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z ustaw ustrojowych i u.g.k.). To oznacza, że jest to działalność poboczna względem tej nastawionej na realizację zadania użyteczności publicznej. Realizacja zadań użyteczności publicznej nie wyklucza prowadzenia działalności gospodarczej, traktowanej jako jej kwalifikowana postać, o czym była mowa wyżej. Wiąże się z koniecznością uwzględniania czynnika ekonomicznego, czyli nastawienia nie tylko na

148 K. Bandarzewski, *Gospodarka komunalna i działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, (red.) M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 39.

149 M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 31.

150 M. Etel, *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego – wybrane problemy*, (w:) *Dny prava 2012 – Days of Law, Cast X. Verejna financni cinnost – pravi a ekokomicke aspekty*, Acta Universitatis Brunensis, Iuridica, No 442, Masarykova univerzita, Brno 2013, s. 195-209.

151 K. Bandarzewski, *Gospodarka komunalna...*, *op. cit.*, s. 39.

świadczenie usługi, ale również wypracowanie zysku. Zysk ten powinien mieścić się w ramach tzw. „rozsądnego zysku”, o czym będzie mowa niżej.

W jednym z orzeczeń NSA dokonuje rozróżnienia pomiędzy zadaniami o charakterze publicznym a działalnością gospodarczą gminy, jednocześnie wyjaśniając co należy rozumieć przez zadanie publiczne. NSA stwierdza, że o tym, co jest działalnością gospodarczą gminy, przesądza treść art. 9 u.s.g. Wynika z niego, że działalnością gospodarczą gminy jest działalność w zakresie wykraczającym poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, na którą zezwala odrębna ustawa, a także działalność w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej, prowadzona w ramach przewidzianych w odrębnej ustawie, tj. w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego (art. 2 u.g.k.¹⁵²). Przez wykonywanie zadań publicznych należy rozumieć te działania, które mają na celu korzyść ogółu. Istotne jest to, że gmina, wykonując zadania administracji publicznej, może korzystać ze środków prawnych o charakterze władczym, właściwych władzy państwowej. NSA podkreśla, że w art. 7 ust. 1 u.s.g. korzyść ogółu określona jest jako zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, którą tworzą mieszkańcy gminy. O publicznym bądź prywatnym charakterze działania gminy przesądza to, że wykonywanie zadań publicznych odbywa się na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących i poprzez te działania zaspokajane są zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Jest przy tym oczywiste, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej oznacza także to, że zaspokajane są także indywidualne potrzeby i prywatne cele członków wspólnoty. Każde działanie podejmowane przez gminę w imieniu własnym na własną odpowiedzialność i finansowane z budżetu gminy, służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej, należy uznać za działanie publiczne. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 u.s.g. zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie dróg gminnych należy do zadań własnych gminy. NSA jako przykład podaje budowę drogi gminnej, która odbywa się w ramach władztwa publicznego i gmina wykonując zadanie, działa jako administracja publiczna i może korzystać ze środków prawnych o charakterze władczym. Gmina, realizując swe ustawowe obowiązki dotyczące budowy dróg gminnych, podejmuje najpierw uchwały przeznaczające określone tereny na ich budowę w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, a następnie pozyskuje tereny te dla takiego zamierzenia i podejmuje działania dla ich budowy. Zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym gmina samodzielnie decyduje o zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty, w tym o konieczności budowy określonych dróg gminnych.¹⁵³

Z powyższego wyprowadzić można następujące konkluzje. Otóż działalność gospodarcza może być prowadzona w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej. Jeśli występuje wykonywanie zadań w ramach realizacji zadań użyteczności

152 Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 827.

153 Wyr. NSA z 19 listopada 2014 r., sygn. I FSK 1669/13, dostępny w: CBOSA.

publicznej, wówczas wykorzystane powinny być głównie instrumenty publiczno-prawne. W tym miejscu jako otwarte można pozostawić pytanie, czy jeśli jednostka organizacyjna wykonuje określone zadania użyteczności publicznej – świadczy usługi publiczne – to czy jakiegokolwiek znaczenie odgrywa to, w jakiej formie zadanie to zostało tej jednostce powierzone, tzn. czy ma to wpływ na przyporządkowanie określonego zadania, jako zadania użyteczności publicznej, czy też jako działalności prowadzonej w ramach działalności gospodarczej?

W tym miejscu można również wskazać na poglądy L. Kieresa, który stwierdza, że swoboda wykonawcy bezpośredniego zadań nie może zawsze być identyfikowana z wolnością przedsiębiorczości (działalności gospodarczej). Szczególne powiązanie podmiotu świadczącego usługi użyteczności publicznej z interesem publicznym również nadaje jego działaniom postać kwalifikowanej działalności, które zbliżona jest do działalności gospodarczej, ale nie powinna być z nią identyfikowana. Autor ten uważa, że można mówić o wyróżnieniu w gospodarce komunalnej szczególnej (kwalifikowanej) postaci działalności zbliżonej do wykonywania działalności gospodarczej. Widoczne są w niej bowiem elementy typowe dla przedsiębiorczości: przedmiot (świadczeni usług), wykonywanie działalności w sposób zorganizowany i ciągły (świadczenie usług w sposób bieżący i nieprzerwany), odniesienie jej do szczególnej kategorii podmiotów (przedsiębiorcy, ale także podmioty władzy publicznej).¹⁵⁴

Ta kwalifikowana forma prowadzenia działalności gospodarczej, powiązana z realizacją zadań użyteczności publicznej, cechuje się nie tylko wykorzystaniem instrumentów publiczno-prawnych, ale bazuje także na mechanizmie nakierowanym na realizację zadań, nie osiągnięcie korzyści ekonomicznych. By możliwe było twierdzenie, że dana działalność, przede wszystkim jednostek organizacyjnych, w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej mieści się w tak kwalifikowanej postaci działalności gospodarczej (jak ją opisuje L. Kieres), konieczne jest wykazanie, iż występująca odpłatność za wykonywanie tych usług poddana jest rygorom publiczno-prawnym. Tylko bowiem wówczas, w mojej ocenie, można twierdzić, że odpłatność nie stanowi naczelnego celu podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej.

6. Odpłatność za usługi użyteczności publicznej

Skoro realizacja zadań w ramach usług użyteczności publicznej stanowiących rzeczywiste wykonywanie zadań użyteczności publicznej nakierowana jest na realizację tych zadań, to istotnego znaczenia nabiera mechanizm odpłatności. Dostęp do usług użyteczności publicznej powinien mieć powszechny charakter, opar-

154 J. Kieres, (w:) *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego z uwzględnieniem samorządu terytorialnego*, (red.) L. Kieres, Wrocław 2010, s. 78.

ty o zasadę równości. Także j.s.t., realizując zadania użyteczności publicznej, muszą dbać o powszechny dostęp do dostarczanych usług. Istota problemu dotyczy więc dwóch kwestii. Pierwszą z nich jest zapewnienie finansowania świadczonych usług przy priorytetowym traktowaniu wykonywania zadań względem ich ekonomicznej opłacalności. Druga to kwestia odpłatności wykonawcy za świadczone usługi. Jak wykazano w dalszych rozważaniach, o charakterze wykonywanego zadania przesądza m. in. sposób dokonywania odpłatności.

Problem odpłatności za usługi użyteczności publicznej może być analizowany od strony ustalania cen/opłat za te usługi, jak również od strony podmiotów dokonującego odpłatności. Powyżej prowadzone rozważania nakłaniają do rozważania problematyki ustalania cen za usługi użyteczności publicznej. Jeśli bowiem podstawowym celem administracji publicznej jest wykonywanie zadań publicznych, zadania te powierzone do realizacji innym podmiotom stają się usługami użyteczności publicznej, a jednocześnie w sferze usług publicznych możliwe jest prowadzenie działalności gospodarczej, to należy wskazać, czy prawne mechanizmy pozwalają wpływać na odpłatność za świadczone usługi.

Zasadą wywodzoną z prawa cywilnego jest ekwiwalentność świadczeń. Zasada ta doznaje istotnego ograniczenia w sytuacji, kiedy cena za świadczenie usług użyteczności publicznej przez jednostki samorządu terytorialnego nie pokrywa kosztów ich świadczenia lub też zysk z takiej działalności nie jest odpowiedni w porównaniu do wyniku finansowego za świadczone usługi w warunkach wolnej konkurencji.¹⁵⁵ W doktrynie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym brak nastawienia na zysk przesądza o istocie działalności w sferze użyteczności publicznej.¹⁵⁶ Nie jest to jednak element decydujący o tym, czy dana działalność faktycznie ma charakter działalności gospodarczej.

Świadczenie przez jednostki samorządu terytorialnego usług użyteczności publicznej nie musi bowiem oznaczać, że usługi te świadczone są bez odpłatności. Wręcz przeciwnie, immamentną cechą tego rodzaju usług jest konieczność dokonywania odpłatności za ich świadczenie. Odpłatność ta nie musi jednak charakteryzować się ekwiwalentnością, tzn. cena, jaką uiszczamy za określony rodzaj usługi, nie musi odpowiadać rzeczywistym kosztom jej świadczenia. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.g.k. wprowadzono wymóg, że jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego. Uprawnienia, o któ-

155 L. Kieres, *Samorządowy sektor gospodarczy*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 74.

156 A. Wasilewski, *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej...*, *op.cit.*, s. 15 i n.

rych mowa w ust. 1 pkt 2, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego mogą powierzyć organom wykonawczym tych jednostek. Organy wykonawcze nie mają prawnej możliwości, by powierzone im kompetencje cedować dalej np. na zarząd spółki komunalnej.

Wyżej wymienione uchwały w doktrynie uznawane są za akty prawa miejscowego¹⁵⁷ – wydawane na podstawie art. 40 ust 2 pkt 3 i 4 u.s.g., art. 40 ust. 2 pkt 3 i 4 u.s.p. i art. 18 pkt 1 lit. b i c u.s.w. Wiążący charakter uchwał przyjmuje się w przypadku, gdy są one podejmowane na podstawie wymienionych wyżej przepisów ustaw ustrojowych.¹⁵⁸ Przyjąć należy założenie, że możliwym jest określenie cen i opłat tylko za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej. Można również stwierdzić, że w sytuacji, kiedy ceny za usługi użyteczności publicznej uchwalane są przez organ uchwałodawczy j.s.t., nie muszą one odpowiadać realnym kosztom świadczenia usługi. O wysokości cen nie będzie bowiem decydował rachunek ekonomiczny, a np. uwarunkowania polityczne. Nie zmienia to faktu, że podmiot realizujący zadania użyteczności publicznej powinien mieć zbilansowane zarówno wydatki, jak i ewentualne przychody. Tylko wówczas bowiem będzie w stanie realizować zadania użyteczności publicznej. Dodatkowo wskazać należy na zakaz tzw. finansowania skrośnego – polegającego na pokrywaniu ewentualnych strat spowodowanych zbyt niskim cenami od określonej grupy odbiorców, uzyskiwaniem wyższych dochodów od innych odbiorców usług, np. wskutek wyższych cen za te usługi.¹⁵⁹

Jednocześnie pamiętać należy, że bardzo często istotą usług użyteczności publicznej jest konieczność świadczenia tych usług nawet wtedy, gdy na rynku nie ma wystarczającego zapotrzebowania na tego typu usługi. Jeżeli jednak organy j.s.t. uznają, iż świadczenie określonych usług leży w ogólnym interesie, a przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku nie mogą zapewnić ich świadczenia w sposób zadowalający bądź też obowiązek świadczenia określonego rodzaju usługi jest nałożony przez ustawodawcę, władze publiczne mogą ustanowić szereg przepisów dotyczących usług, głównie w zakresie mechanizmów ułatwiających prowadzenie określonej działalności.

Rozwiązaniem modelowym byłoby nałożenie przez władze publiczne obowiązku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, przy jednoczesnym zachowaniu rynkowych reguł ich świadczenia. Niestety bardzo często są to usługi deficytowe bądź też ich świadczenie wyłącznie w oparciu o rachunek ekonomiczny

157 Por. J. E. Kulikowska-Kulesza, A. K. Modrzejewski, *Określenie wysokości cen i opłat za usługi publiczne przez organy samorządu terytorialnego*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2017, red. B. Dolnicki, s. 377-387.

158 Ł. Ziarkowski, (w:) J. Dominowska, R. Hauser (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 437.

159 Np. z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1152.

może spowodować ograniczenie dostępu do tych usług dla części obywateli. Ewentualnie, jak zostało wskazane powyżej, o wysokości ceny za świadczone usługi decydują czynniki polityczne, a nie rachunek ekonomiczny. Dlatego też możliwym jest wsparcie podmiotów świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiące rekompensatę związaną z występowaniem podwyższonych kosztów świadczenia tych usług. W tym kontekście należy również podkreślić zasadność odpuszczenia prowadzenia przez podmioty, na rzecz których powierzono realizację zadania akcesoryjnie (dodatkowo) działalności komercyjnej, jako równoważącej uzupełniającej ewentualne deficyty finansowe powstałe na skutek określenia cen przez organy administracji publicznej.

Samo osiągnięcie zysku w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej nie powoduje tego, że określona działalność nabiera cech działalności gospodarczej. Dla przykładu, zakład budżetowy jest jednostką organizacyjną sektora finansów publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania i pokrywa koszty swojej działalności z przychodów. Musi więc taki przychód uzyskiwać. Nie można wobec tego wykluczyć sytuacji, w której powstanie nadwyżka przychodów nad rozchodami. W żaden sposób zaistnienie takiej sytuacji nie przesądza o tym, że zakład prowadzi wyłącznie działalność gospodarczą nastawioną na osiągnięcie zysku, a nie działalność pożytku publicznego. Istotą zakładu jest bowiem to, że nigdy nie uzyskuje on zysku – nadwyżka jest dochodem budżetu danej j.s.t., a niedobór pokrywany jest z budżetu. Jakkolwiek bowiem działalność pożytku publicznego nastawiona może być wyłącznie na osiągnięcie wymienionych w u.g.k. celów, niemniej jednak brak jest normy prawnej zakazującej przy okazji prowadzenia tej działalności osiągnięcia zysku.¹⁶⁰ Oczywiście zakład budżetowy działa w ramach danej j.s.t., ale nie zmienia to faktu, że realizacja zadań publicznych może wiązać się z osiągnięciem zysku, co automatycznie nie będzie prowadziło do uznania takiej działalności za mającą charakter komercyjny (gospodarczy).

W tym miejscu wskazać można na wyrok NSA z 05 listopada 2014 r.,¹⁶¹ gdzie podkreślono kompetencje rady gminy do zatwierdzenia taryf wodnych (przy uwzględnieniu obowiązujących wówczas regulacji prawnych). Realizację tego obowiązku NSA traktuje jako fragment władztwa rady gminy nad działalnością spółki komunalnej. Proces zatwierdzania traktowany jest jako władcze uprawnienie gminy, wynikające z realizacji nałożonych na nią ustawowych zadań publicznych. Z uprawnienia takiego można wysnuć wniosek zdecydowanie dalej idący. Otóż skoro na podstawie omawianej taryfy dokonuje się rozliczenia usług świadczonych przez spółkę komunalną na rzecz odbiorców, to jej zatwierdzenie oddziałuje na prawa przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnego i na obowiązki odbiorców w tym zakresie. Oznacza to, że uchwałę rady gminy o zatwierdzeniu omawianej taryfy lub o odmo-

160 Por. wyrok WSA we Wrocławiu, z dnia 5 maja 2011 r., sygn. III SA/Wr 110/11, dostępny na: CBOSA.

161 Wyr. NSA z dnia 05 listopada 2014 r., sygn. II OSK 966/13, dostępny na: CBOSA.

wie jej zatwierdzenia należało traktować jako akt z zakresu administracji publicznej oraz jako wyraz władczego oddziaływania rady gminy na sferę rozliczeń za usługi ze sfery publicznej pomiędzy przedsiębiorstwem, jako podmiotem formalnie niezależnym wobec rady gminy (szerzej o zakresie tej niezależności w dalszej części), który funkcjonalnie nie jest podporządkowany radzie.¹⁶²

W moim przekonaniu tego rodzaju uchwała oddziałuje nie tylko na sytuację prawną niezależnego podmiotu, jakim jest przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne, ale również na obowiązki mieszkańców j.s.t. Ustalenie zbyt wysokich stawek może mieć charakter dyskryminujący i wykluczający pewną, mniej zamożną grupę odbiorców z grona osób korzystających z realizacji zadania użyteczności publicznej. Argumenty te mogą przemawiać za koniecznością uznania tego rodzaju aktów za mające charakter powszechnie obowiązujący.

Mechanizm odgórnego określenia wysokości cen i opłat za realizację usług użyteczności publicznej odróżnia ten rodzaj działalności od działalności prowadzonej na zasadach komercyjnych. W przypadku bowiem realizacji zadania publicznego przez podmiot niezależny od j.s.t. wysokość takich cen i opłat ustalana jest w procesie różnie pojmowanych i prowadzonych negocjacji. Ten rodzaj uprawnień organów j.s.t., uzewnętrzniany w drodze aktów powszechnie obowiązujących, wskazywać również może, że nie chodzi tu jedynie o relację właścicielską na linii j.s.t. – podmiot wykonujący zadania, a o rodzaj uprawnień organizacyjnych, odnoszących się do szerokiego zakresu kontroli nad j.s.t. i wpływu na sytuację obywateli. Uprawnienie organu do określenia wysokości cen i opłat nie powinno mieć jednak charakteru zupełnego i niczym nieograniczonego.

Sytuacja, w której organy administracji publicznej odgórnie i autorytatywnie określają wysokość nie tylko opłat, ale i cen za usługi użyteczności publicznej, często w oderwaniu od ekonomicznych realiów i mechanizmów, nie może być oceniona pozytywnie. Niewątpliwie może to prowadzić do pogarszania się kondycji finansowej podmiotu bezpośrednio realizującego zadanie (na rzecz którego zadanie to zostało powierzone). Określenie opłat/cen poniżej ich wysokości rynkowej może prowadzić do eliminacji z rynku podmiotów konkurencyjnych. Być może rozwiązaniem pożądanym byłoby wprowadzenie obligatoryjnego obowiązku zaliczenia do uchwał określających tego rodzaju ceny kalkulacji kosztów usługi wraz ze wskazaniem źródeł finansowania, potencjalnych możliwości dofinansowania realizacji zadań publicznych poprzez akcesoryjne (dodatkowe) prowadzenie działalności komercyjnej oraz ewentualnej kompensacji zakładanej straty. Tego rodzaju uchwała – wraz z załączoną kalkulacją – powinna być przedmiotem postępowania nadzorczego prowadzonego przez regionalną izbę obrachunkową. Podobne mechanizmy

162 Wyr. WSA w Warszawie z dnia 15 października, sygn. IV Sa/Wa 1117/06, dostępny w: CBOSA.

stosowane są np. w zakresie ustalania opłat publicznoprawnych, np. w przedmiocie opłaty za gospodarowanie odpadami.¹⁶³

Odpłatność za realizację usług użyteczności publicznej traktować można dwojako: jako obowiązek uiszczania określonych cen i opłat przez odbiorców takich usług, jak i również jako dokonywanie odpłatności na rzecz podmiotów świadczących takie usługi. Przy tym mechanizm odpłatności determinuje sposób wykonywania zadań i zależność pomiędzy wykonawcą a j.s.t. – powierzającym wykonywanie zadania. Z punktu widzenia prawnych uwarunkowań powierzenia zadań istotny jest nie tylko sam mechanizm określenia wysokości cen i opłat za usługi użyteczności publicznej, ale również model przepływu środków finansowych pomiędzy j.s.t. a wykonującą zadanie jednostką organizacyjną (kiedy np. odpłatność za realizację zadań określona została poniżej kosztów prowadzenia działalności), jak i w przypadku działalności samofinansującej się.

Należy również wskazać, że jeśli zadanie zlecone zostaje innemu podmiotowi, pod względem formalnym niezależnemu od zlecającej j.s.t., czyli wyposażonemu w odrębną osobowość prawną i jednocześnie wiąże się z koniecznością wymiany świadczeń pomiędzy zlecającym a wykonawcą, to powstała relacja co do zasady będzie miała charakter cywilnoprawny – poddany prawu zamówień publicznych, czyli konkurencyjności wyboru podmiotu świadczącego usługi, a przez to umownych podstaw powierzenia zadania. Wskazać można na definicję pojęcia zamówienia publicznego, znajdującą się m.in. w dyrektywie 2004/18,¹⁶⁴ która odnosi się do „umowy o charakterze odpłatnym”. Zasadniczym elementem tego rodzaju powiązania wykonawcy i zlecającego jest więc stworzenie prawnie wiążących zobowiązań o charakterze wzajemnym. Zamówienie publiczne i zawartą w jego konsekwencji umowę cywilną charakteryzuje wymiana świadczeń pomiędzy instytucją zamawiającą, która uiszcza cenę, i wykonawcą, który w zamian za ową cenę zobowiązuje się do realizacji robót lub obiektów budowlanych lub świadczenia usług.¹⁶⁵ Pojęcie zamówienia publicznego wymaga zatem istnienia czynności odpłatnego nabycia przez instytucję zamawiającą robót budowlanych, dostaw lub usług, i takich właśnie czynności dotyczy.¹⁶⁶

163 Art. 61 u.c.p.g.

164 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 114.

165 Umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi – por. wyrok TS z 25.03.2010 r., C 451/08, Helmut vs. Müller, pkt 62, EU:C:2010:168, opinia rzecznika generalnego N. Jääskinen w sprawie C 306/08, Komisja/Hiszpania, pkt 84 i 87, EU:C:2010:528 oraz opinia rzecznika generalnej V. Trstenjak w sprawie C 536/07, Komisja/Niemcy, pkt 47, EU:C:2009:340.

166 Wyroki TS: z 19.12.2012 r., C 159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in, pkt 29, EU:C:2012:817; z dnia 13.06.2013 r., C 386/11, Piepenbrock, pkt 31, EU:C:2013:385 i z dnia 11.12.2014 r., C 113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., pkt 37, EU:C:2014:2440.

O tym, że określone zadanie powierzone może być z pominięciem zamówień publicznych – a przez to nie jest zawierana umowa cywilnoprawna pomiędzy powierzającym a wykonawcą – rozstrzygnąć może okoliczność określenia zasad odpłatności za realizację usługi. Założyć więc należy, że w przypadku zamiaru realizacji określonego zadania z pominięciem prawa zamówień publicznych nie jest możliwe prowadzenie tej działalności za wynagrodzeniem. W ten bowiem sposób relacja pomiędzy powierzającym a wykonującym zadanie nabiera cechy odpłatnej umowy. Jeśli powierzenie zadania miałoby odbywać się z pominięciem prawa zamówień publicznych, to odpłatność za realizację określonego zadania powinna odbywać się poprzez mechanizmy prawne pozwalające j.s.t. (jako podmiotowi właściwskiemu) dokonanie kompensacji za wykonane usługi z budżetu j.s.t., nie zaś bezpośrednio od odbiorców takich usług. Jeśli bowiem za usługi płąć wykonawcy bezpośrednio odbiorcy, to tego rodzaju model płatności w zasadzie nie różni się niczym od zadania wykonywanego na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Polskie rozwiązania prawne przywidują różnego rodzaju modele finansowania realizacji przez podmioty powierzonych im zadań publicznych, w sytuacji kiedy ustalona odpłatność za realizację tych zadań określona została poniżej realnych kosztów jej prowadzenia. Co do zasady, jeśli określone zadania wykonywane są przez zakład budżetowy, to koszty usług powierzonych w statucie zakład pokrywa z uzyskiwanych przychodów własnych. Jeśli otrzymywane opłaty od osób korzystających z usługi nie pokrywają kosztów świadczenia bądź gdy wykonywanie zadania nie wiąże się z odpłatnością od mieszkańców, zakład budżetowy otrzymuje z budżetu dotacje przedmiotowe.¹⁶⁷ Jeśli zadania z zakresu gospodarki komunalnej realizowane są przez spółkę prawa handlowego, wówczas spółka może być przez j.s.t. dokapitalizowana, jednakże tego rodzaju środki nie mogą być przeznaczone na pokrycie bieżącej działalności spółki.

W polskim porządku prawnym przewiduje się możliwość rekompensowania spółce prowadzonej przez samorząd kosztów świadczenie usługi deficytowej. Odbywa się to na podstawie art. 177-179 k.s.h. Akt założycielski spółki (uchwała rady gminy, powiatu lub sejmiku województwa o powołaniu spółki) może (ale nie jest to obowiązek) przewidywać zobowiązanie się założyciela do dokonania „dopłaty” w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału. Brak stosowego uregulowania w uchwale, mechanizmu wnoszenia dopłat uniemożliwia ich dokonywanie. J.s.t. mogą, jako jednoosobowy udziałowiec spółki komunalnej, za pośrednictwem dopłaty, przekazać jej środki:

- 1) *ex ante* - na potrzeby pokrycia kosztów bieżących z tytułu świadczenia usługi lub przekazywać środki;

¹⁶⁷ Art. 24 ust. 4 w związku z art. 106 ust. 2 pkt 3 u.f.p.

- 2) *ex post* - na pokrycie straty bilansowej wykazywanej przez spółkę na koniec roku obrotowego (art. 177 i nast. k.s.h.).¹⁶⁸

Przedstawiony powyżej model finansowania działalności spółki komunalnej, o ile zgodny z prawem powszechnie obowiązującym, jest w praktyce bardzo trudny do wdrożenia i wykorzystania. Przede wszystkim, ze względów politycznych, wykorzystywany jest tylko model *ex post*. Bardzo trudno jest bowiem radnym wyjaśnić, dlaczego z pieniędzy budżetowych miałaby być finansowana bieżąca działalność spółki. W przypadku zaś modelu refinansującego po zakończeniu roku trzeba założyć, że spółka dysponuje własnymi środkami na pokrywanie bieżących kosztów funkcjonowania.

Postulowanym rozwiązaniem jest przyjęcie możliwości bieżącego pokrywania wydatków podmiotu wewnętrznego ze środków budżetowych, a także dopuszczenie uzyskiwania przychodu bezpośrednio od odbiorców usługi (w zależności do rodzaju usługi – w niektórych bowiem przypadkach usługa finansowana jest z opłat publicznoprawnych, które muszą trafić do budżetu j.s.t. i dopiero później mogą być przeznaczone na pokrycie kosztów usług użyteczności publicznej), wraz z możliwością rekompensowania działalności deficytowej. Dla tego jednak celu konieczne byłoby wprowadzenie możliwości zawierania umów o charakterze wykonawczym, określających zasady rekompensaty i dających możliwość bieżącego pokrywania działalności spółki pomiędzy j.s.t. a wykonującą usługi użyteczności publicznej spółką komunalną, o czym szerzej w dalszej części opracowania.¹⁶⁹

W moim przekonaniu model odpłatności za realizację zadań użyteczności publicznej w znacznej mierze determinował będzie sposób realizacji zadania. Opisany mechanizm określania wysokości cen i opłat za usługi użyteczności publicznej, połączony z odpłatnością dokonywaną przez j.s.t. względem wykonawcy – z wyłączeniem umowy cywilnej i zastosowania prawa zamówień publicznych – przesuwając tę sferę realizacji usług użyteczności publicznej w stronę instrumentów publicznoprawnych.

7. Rekompensata

Sposób realizacji zadań użyteczności publicznej powinien być powiązany z określonym mechanizmem odpłatności za te zadania (pokrywania kosztów ich realizacji). Przyjmuję, że jeśli świadczenie usług użyteczności publicznej nie jest zwią-

168 A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych, Lex/el. 2018.

169 Podobny model finansowania przewiduje się w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 328), zgodnie z treścią art. 24 ust. 6 rada gminy może podjąć uchwałę o dopłacie dla jednej, wybranych lub wszystkich taryfowych grup odbiorców usług. Dopłatę gmina przekazuje przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu.

zane z odpłatnością, wówczas nie ma elementu koniecznego i niezbędnego do tego, by relacja pomiędzy zlecającym a wykonawcą miała charakter cywilnoprawny.

Obowiązkiem podmiotów publicznych (państwa, j.s.t.) jest wykonywanie zadań publicznych. Jednocześnie w zależności od charakteru świadczonej usługi, zrealizowanego zadania użyteczności publicznej, mogą mieć one charakter deficytowy. Można założyć, że korzystnym rozwiązaniem byłoby nałożenie przez organy publiczne obowiązku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, przy jednoczesnym zachowaniu rynkowych reguł ich świadczenia. Niestety, bardzo często świadczenie tego typu usług nie wiąże się z zyskiem, a realizacja wyłącznie w oparciu o rachunek ekonomiczny może prowadzić do sytuacji, że usługi te nie będą w ogóle świadczone (bądź świadczone w ograniczonym zakresie). Z tych względów państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o wsparciu podmiotów świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiące rekompensatę związaną z występowaniem podwyższonych kosztów świadczenia tych usług. Przy tym rekompensata wymaga uwzględnienia regulacji unijnej.

Rekompensaty przyznawane przez państwa członkowskie za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym podlegają zasadom ustanowionym przez prawodawcę Unii w art. 107 TFUE i 108 TFUE. Zgodnie z treścią art. 107 TFUE, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji, poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

Komisja we współpracy z państwami członkowskimi stale bada systemy pomocy istniejące w tych państwach. W celu zapobieżenia uznaniu rekompensaty za „pomoc państwa” niezgodną z art. 107 ust. 1 TFUE interwencja państwa powinna spełniać cztery kumulatywne warunki wyprowadzone przez Trybunał w wyroku Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg.¹⁷⁰ Są to następujące warunki, po pierwsze przedsiębiorstwo będące beneficjentem powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te powinny być jasno określone. Po drugie parametry stanowiące podstawę do naliczania rekompensaty muszą być ustalone z góry w sposób obiektywny i przejrzysty w celu uniknięcia zapewniania przewagi ekonomicznej, która może faworyzować przedsięwzięcie beneficjenta w stosunku do innych konkurujących przedsiębiorstw. Po trzecie wysokość rekompensaty nie może przekraczać wysokości kosztów po-

170 Wyrok TS z 24.07.2003 r. C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ECLI:EU:C:2003:415.

niesionych w związku z wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, uwzględniając przychody z tego tytułu oraz godziwy zysk, oraz po czwarte poziom rekompensaty należy określić w oparciu o analizę kosztów typowego, prawidłowo zarządzanego i dysponującego wystarczającymi środkami przedsiębiorstwa, które to koszty zostałyby poniesione, gdyby przedsiębiorstwo nie zostało wybrane w drodze postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Komisja dokonała analizy każdego z tych warunków w komunikacie w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.¹⁷¹ Wskazała, że niektóre usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym mogą być świadczone przez przedsiębiorstwa publiczne lub prywatne bez konkretnego wsparcia finansowego ze strony organów państw członkowskich. Inne usługi mogą być świadczone jedynie wówczas, jeśli odnośny organ zaoferuje usługodawcy rekompensatę finansową. Przy braku konkretnych reguł unijnych państwa członkowskie dysponują zasadniczo swobodą przy określaniu sposobu organizacji i finansowania swoich usług. Komisja dokonała charakterystyki pojęcia przedsiębiorcy, przytaczając w tym zakresie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości. Podkreślono, że nie jest decydujący status danego podmiotu wykonującego usługi publiczne, jeśli chodzi o nastawienie na osiąganie zysku. Następnie dokonano charakterystyki sprawowania władzy publicznej. Wskazano na generalne założenie, na podstawie którego część prerogatyw organu publicznego jest wykonywana przez państwo, nie stanowi działalności gospodarczej, chyba że dane państwo członkowskie zdecydowało się na wprowadzenie mechanizmów rynkowych.

Komisja podkreśliła, że powierzenie „określonego zadania z zakresu usług publicznych” oznacza świadczenie usług, których dane przedsiębiorstwo, ze względu na swój własny interes gospodarczy, nie podjęłoby się lub nie podjęłoby się w tym samym zakresie lub na tych samych warunkach.¹⁷²

Należy w tym miejscu wskazać na decyzję Komisji 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.¹⁷³ Akt ten określa warunki, na których pomoc państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych

171 Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE C 8 z 11.1.2012, 4).

172 Zob. w szczególności art. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1).

173 Decyzja Komisji 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, przyznawa-

przyznana pewnym przedsiębiorstwom, którym powierzono wykonywanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jest zgodna z rynkiem wewnętrznym i zwolniona z wymogu zgłoszenia określonego w art. 108 ust. 3 Traktatu.

Jeśli zaś chodzi o zasady dotyczące przyznawania i obliczania wysokości rekompensaty, Komisja określiła w pkt 56 Komunikatu w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym,¹⁷⁴ że zasady i parametry służące do obliczenia rekompensaty powinny być znane z wyprzedzeniem. Rekompensata nie może być wyższa niż kwota niezbędna do pokrycia wszystkich lub części kosztów poniesionych przy wywiązywaniu się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, z uwzględnieniem uzyskiwanych przy tym wpływów i rozsądnego zysku. W związku z tym wszelkie mechanizmy dotyczące wyboru usługodawcy muszą być opracowane w taki sposób, aby poziom rekompensaty określano na podstawie tych elementów.

Rozsądny zysk należy rozumieć jako stopę zwrotu z kapitału, której zażądałoby typowe przedsiębiorstwo rozważające, czy podjąć się wykonywania danej usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym w całym okresie powierzenia, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka. Uwzględniane mogą być tylko koszty bezpośrednio związane ze świadczeniem odnośnej usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.¹⁷⁵ Komisja sprecyzowała również w art. 5 ust. 3 decyzji 2012/21, że każda rekompensata przyznana przedsiębiorstwu zobowiązanemu do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym opiera się na ogólnie przyjętych zasadach księgowości kosztowej, umożliwiającym zidentyfikowanie każdego z kosztów związanych ze świadczeniem rozpatrywanych usług. W końcowych rekomendacjach Komisja wskazuje, że oferowana rekompensata musi być albo wynikiem procedury zamówienia publicznego umożliwiającej wybór oferenta zdolnego świadczyć odnośne usługi po najniższym koszcie dla danej społeczności, albo wynikiem analizy porównawczej z typowym przedsiębiorstwem, dobrze zarządzanym i odpowiednio zaopatrzonym w niezbędne środki.¹⁷⁶ Przyznana rekompensata nie musi być więc zawsze poprzedzona zamówieniem publicznym, może być efektem powierzenia zadania bez umowy, ale wówczas należy dokonać analizy porównawczej z innym przedsiębiorcą świadczącym, tego rodzaju usługi na właściwym rynku.

nej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE z 11 stycznia 2010 r., 2012/21/UE.

174 Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE C 8 z 11.1.2012, 4).

175 Tamże.

176 Tamże.

Do rekompensaty odnosi się również rozporządzenie 1370/2007.¹⁷⁷ Stosownie do tego aktu rekompensata może być przyznana bez względu na sposób udzielenia zamówienia publicznego, a także w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego: każda rekompensata wynikająca z zasady ogólnej lub z umowy o świadczenie usług publicznych musi być zgodna z przepisami określonymi w art. 4, bez względu na sposób udzielenia zamówienia. Każda rekompensata, bez względu na jej charakter, wynikająca z umowy zawartej w następstwie udzielonego bezpośrednio zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych zgodnie z art. 5 ust. 2, 4, 5 lub 6 lub wynikająca z zasady ogólnej musi ponadto być zgodna z przepisami określonymi w załączniku. Zasada ogólna zgodnie z art. 2 lit. j rozporządzenia 1370/2007 oznacza środek mający zastosowanie w sposób niedyskryminacyjny do wszystkich usług publicznych tego samego rodzaju w zakresie transportu pasażerskiego na danym obszarze geograficznym, objętym właściwością miejscową właściwego organu. Zasady obliczania rekompensaty mają zastosowanie bez względu na sposób udzielenia zamówienia.

Można w tym miejscu wskazać na inne orzeczenia Trybunału, odnoszące się do zasad przyznawania rekompensaty. W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 1993 w sprawie C-320/91 Corbeau wskazano, że jeżeli ciężące na właścicielu wyłącznego prawa zobowiązanie do prowadzenia działalności w powszechnym interesie gospodarczym przy zapewnieniu warunków ogólnej równowagi ekonomicznej zakłada możliwość kompensacji między sektorami działalności opłacalnej i nieopłacalnej oraz usprawiedliwia ograniczenie konkurencji na poziomie działalności gospodarczej opłacalnej, tego typu ograniczenie konkurencji nie jest usprawiedliwione we wszystkich przypadkach. Nie jest ono dopuszczalne w przypadkach usług szczególnych, które można oddzielić od służby w interesie ogólnym, odpowiadających szczególnym potrzebom podmiotów gospodarczych i wymagających pewnych świadczeń dodatkowych, których nie oferuje służba tradycyjna.¹⁷⁸ Z kolei w orzeczeniu Sądu I Instancji z 27 lutego 1997 r. w sprawie FFSA (T-106/95) wskazano, że tego rodzaju pomocą mogą być również preferencje podatkowe w zakresie ponoszenia kosztów podatków lokalnych, jednak przyznana korzyść nie może przekraczać minimum niezbędnego do wykonywania zadań publicznych. W innym bowiem przypadku zasoby państwa wykorzystywane będą do prowadzenia działalności konkurencyjnej.¹⁷⁹

177 Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Dz. Urz. UE z 03.12.2007 r., L 315/1.

178 Wyrok TS z 19.05.1993 r., C-320/91, Komisja vs. Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198.

179 Wyrok TS z 27.02.1997 r. FFSA T-106/95, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v Commission of the European Communities. – State aid – Public undertaking – Combined application of Article 92 and Article 90(2) of the EC Treaty – Additional costs arising from performance of particular tasks assigned to the public undertaking – Competitive activities, ECLI:EU:T:1997:23.

W orzeczeniu tym podkreśla się, że art. 90 ust. 2 Traktatu (art. 86 ust. 2 TWE), ustanawiający wyjątek od stosowania przepisów dotyczących pomocy publicznej, należy interpretować w sposób ścisły. Tak więc, aby wyjątek od zastosowania reguł Traktatu dotyczących pomocy publicznej przewidziany w tym przepisie mógł mieć zastosowanie, nie wystarczy, by przedsiębiorstwo, którego pomoc dotyczy, zostało zobowiązane przez władze do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. W takich przypadkach musiała dodatkowo wystąpić sytuacja, w której zastosowanie reguł Traktatu, a w tym przypadku art. 92 Traktatu (art. 87 TWE), stanowiło prawną lub faktyczną przeszkodę w wykonywaniu poszczególnych zadań powierzonych temu przedsiębiorstwu i nie naruszało jednocześnie interesów Wspólnoty. Jeszcze raz podkreśla się konieczność prowadzenia w zakresie przyznania rekompensaty odrębnej rachunkowości. Zastrzega się jednocześnie zakaz tzw. subsydiowania skrośnego (subwencji krzyżowej, czyli ukrytego finansowania działalności konkurencyjnej przy okazji finansowania działalności związanej z realizacją zadań publicznych). Ten zresztą element będzie często występował jako bardzo problematyczny, jeśli dany podmiot wykonuje jednocześnie zadania powierzone i zadania komercyjne, przy tym np. wykorzystuje mienie publiczne wytworzone w trakcie realizacji zadania publicznego do świadczenia usługi o charakterze komercyjnym. Ocena dotycząca konieczności udzielenia pomocy wiąże się z dokonaniem oceny ogólnych warunków ekonomicznych, w jakich określone przedsiębiorstwo prowadzi swoją działalność w danym sektorze, bez uwzględniania ewentualnych korzyści, jakie może osiągać z działalności otwartych na konkurencję.

Z kolei w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z 30 marca 2006 r. w sprawie *Servizi Ausiliari Dottori Cemmercialisti Srl* (C-451/03) wskazano, że określony środek należy uznać za pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE, ponieważ poziom rekompensaty przekracza kwotę niezbędną do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych celem wykonania zadań publicznych oraz ze względu na fakt, iż rekompensata nie została określona na podstawie kosztów, jakie przeciętne przedsiębiorstwo, dobrze zarządzane i odpowiednio wyposażone w środki umożliwiające świadczenie żądanych usług publicznych, poniosłoby na wykonanie takich zobowiązań przy uwzględnieniu związanych z nimi kosztów oraz racjonalnego zysku osiąganego przy wypełnianiu tych zobowiązań.¹⁸⁰

W polskim systemie prawnym pojęcie rekompensaty pojawia się na gruncie u.p.t.z. Za rekompensatę uznaje się środki pieniężne lub inne korzyści majątkowe przyznane operatorowi publicznego transportu zbiorowego w związku ze świadczeniem usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Zgodnie z art. 53 ust. 1 u.p.t.z. właściwy organizator przekazuje operatorowi rekompensatę, jeżeli operator poniósł stratę i złożył wniosek o rekompensatę w trybie określonym w umowie o świadczenie usług w zakresie publicznego

180 Orzeczenie TS z 30.03.2006 r., C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Cemmercialisti*, ECLI:EU:C:2006:208.

transportu zbiorowego. Literalne brzmienie zacytowanych przepisów może prowadzić do błędnego wniosku, że rekompensata może być udzielona każdemu przewoźnikowi, nawet temu, który zawarł umowę w drodze zamówienia publicznego.

Do odmiennych wniosków prowadzi jednak lektura orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z 16 marca 2004 r. w sprawie *Dansker Busvognmænd* przeciwko Komisji orzekł, że przedsiębiorstwo transportu autobusowego, którego zobowiązania do prowadzenia działalności, do przewozu i pobierania ustalonych stawek nie zostały nałożone jednostronnie, które nie było zobowiązane do wykonywania swoich usług przewozowych na zasadach niedochodowych w sposób sprzeczny z własnymi interesami ekonomicznymi, lecz wręcz przeciwnie, dobrowolnie przyjęło owe zobowiązania w związku z wygranymi procedurami przetargowymi, które to procedury nie przewidywały żadnych dotacji państwowych i w których uczestnictwo miało charakter dobrowolny, zależny od interesów ekonomicznych, i za którego usługi przewozowe płacono cenę zaproponowaną przez to przedsiębiorstwo w ofercie złożonej przez nie w procedurach przetargowych i ujętą następnie w zawartych umowach, nie wykonuje zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych w rozumieniu art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 1191/69, a zatem, takie przedsiębiorstwo nie otrzymuje „rekompensaty” w rozumieniu tego artykułu, ale finansowe wynagrodzenie przewidziane w owych umowach przewozowych.¹⁸¹

Także Druga Izba Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z 7 maja 2009 r. w sprawie wniesionej przez portugalskie *Associação Nacional de Transportadores Rodoviários de Pesados de Passageiros* przeciwko *Companhia Harris de Ferro de Lisboa S. A.* i portugalskiej Radzie Ministrów orzekła, że nie mogą pobierać rekompensat przedsiębiorstwa, na które nie zostało nałożone zobowiązanie do świadczenia usług publicznych.¹⁸²

Wnioski wynikające z obydwu zacytowanych wyżej wyroków zachowały aktualność także po wejściu w życie rozporządzenia 1370¹⁸³, ponieważ z art. 2 lit. g i e tego rozporządzenia wynika, że rekompensata może być przyznana wyłącznie w okresie realizacji zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, czyli zobowiązania, którego przewoźnik nie podjąłby dobrowolnie w takim samym zakresie bez rekompensaty, bo jest ono niedochodowe.

Z powyższych wyroków jasno wynika, że przewoźnik, który zawarł umowę po przetargu w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, nie wykonuje zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, bo obowiązek usług przewozowych nie został na niego nałożony, zadanie realizowane jest bowiem w oparciu o dobrowolnie zawartą umowę. Jednocześnie składając taką ofertę, przewoźnik dokonał kalku-

181 Wyrok TS z 16.03.2004 r., T-152/01, *Dansker Busvognmænd* przeciwko Komisji, pkt 57, EU:T:2004:76.

182 Wyrok TS z 07.05.2009 r., C-504/07, *Associação Nacional de Transportadores Rodoviários de Pesados de Passageiros* przeciwko *Companhia Harris de Ferro de Lisboa S. A.*, Dz.U. UE C 2008 r. Nr 22, poz. 31, Lex nr 491769.

183 Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, Dz.U. UE L 2007 r. Nr 315, poz. 1.

lacji kosztów świadczenia określonej usługi i zdecydował się ponieść ryzyko ekonomiczne świadczonej działalności.

Jeśli nie występują tu zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, to nie znajduje zastosowania zezwolenie na udzielanie mu pomocy zawarte w art. 93 TFU¹⁸⁴ (dawny art. 73 TWE). Wskazać również należy, że skoro do przewoźnika, który zawarł umowę po przetargu, nie stosuje się tego zezwolenia, to bez zgody Rady i Komisji Europejskiej nie może otrzymywać żadnej pomocy państwa, gdyż rekompensata będzie stanowiła pomoc publiczną. Konsekwencją tego jest, że umowa zawarta z przewoźnikiem nie może przewidywać rekompensaty w rozumieniu art. 2 lit. g rozporządzenia 1370, gdyż rekompensata takiemu przewoźnikowi nie przysługuje.

Analizując instytucję rekompensaty na gruncie polskich regulacji prawnych, należy odnieść się do przepisów u.p.t.z. Operatorowi (podmiotowi świadczącemu usługi w zakresie przewozu w ramach publicznego transportu zbiorowego) przysługuje rekompensata. Przekazywana jest ona operatorowi z tytułu:

- a) utraconych przychodów w związku ze stosowaniem ustawowych uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym, lub
- b) utraconych przychodów w związku ze stosowaniem uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym ustanowionych na obszarze właściwości danego organizatora, o ile zostały ustanowione, lub
- c) poniesionych kosztów w związku ze świadczeniem przez operatora usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Operatorowi przysługuje rekompensata z tytułu utraconych przychodów w związku ze stosowaniem ustawowych uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym lub utraconych przychodów w związku ze stosowaniem uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym ustanowionych na obszarze właściwości danego organizatora, o ile zostały ustanowione, lub poniesionych kosztów w związku ze świadczeniem przez operatora usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, proporcjonalnie do poniesionej straty.

W ramach rekompensaty operatorowi przysługuje rozsądny zysk, o którym mowa w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Rekompensata nie dotyczy podmiotów wybranych w trybie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych przyjmie formę koncesji na usługi, czy podmiotu będącego samorządowym zakładem budżetowym.

184 Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, 2012/C 326/01, Dz. Urz. C 326.

Można więc wskazać, że dla realizacji usługi użyteczności publicznej w postaci organizacji lokalnego transportu zbiorowego przewidziano rekompensatę za świadczoną usługę, co warto podkreślić, rekompensata nie jest powiązana z cywilną umową, na podstawie której następuje powierzenie zadania. Sposób ustalenia odpłatności za realizację określonych zadań stanowi w moim przekonaniu rodzaj granicy pomiędzy działalnością wykonywaną komercyjnie a stanowiącą realizację zadań użyteczności publicznej. Jeśli bowiem brak jest elementu wynagrodzenia za wykonywanie zadania, a rekompensata pokrywa tylko koszty realizacji zadania (przy uwzględnieniu rozsądnego zysku), to podstawowym celem podmiotu podejmującego działalność jest wykonanie zadania.

Organizator przekazuje operatorowi rekompensatę, jeżeli operator poniósł stratę i złożył wniosek o rekompensatę w trybie określonym w umowie o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.¹⁸⁵

W niniejszym punkcie pominąłem rozważania rekompensaty jako pomocy publicznej. Szczegółowe rozważania w tym zakresie wykraczają w mojej ocenie poza zakres niniejszego opracowania. Istotne jest bowiem podkreślenie, że jeśli dany podmiot otrzymuje powierzone do realizacji zadania publiczne, a jednocześnie zadanie to nie jest rentowne, wówczas możliwym jest określenie mechanizmów prawnych dofinansowania tego rodzaju działalności ze strony organów administracji publicznej. Pokrywa się wówczas koszty świadczenia określonej usługi i uwzględnia rozsądny zysk podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało powierzone. Celem jest bowiem realizacja zadania. Z drugiej strony, ustalając mechanizm obliczenia rekompensaty, można założyć, że będzie ona uzależniona od ewentualnych zysków związanych z prowadzeniem określonej działalności bądź też działalności o charakterze ubocznym. Rekompensata nie stanowi wynagrodzenia za świadczenie określonej usługi, nie jest to bowiem forma odpłatności, co jest istotne w kontekście dalszych rozważań dotyczących formy, w jakiej zadania publiczne zostają powierzone przez j.s.t. innym podmiotom.

8. Podsumowanie

Powyżej prowadzone rozważania prowadzą do następujących kontestacji. Najszerszą kategorię zadań stanowią zadania publiczne. Kategorię zadań użyteczności publicznej odnieść należy do zadań wykonywanych przez j.s.t., z kolei zadania powierzone na rzecz innych podmiotów (w tym jednostek wewnętrznych) stają się usługami użyteczności publicznej. Realizacja zadań jest obowiązkiem organów administracji publicznej (można jednak stwierdzić, iż następuje to w miarę dysponowania środkami na realizację), zadanie powinno być określone bezpośrednio

185 Art. 53 u.p.t.z.

w treści aktu prawnego. Z punktu widzenia obywatela zadanie jest swego rodzaju refleksem prawnym, stanowiącym konsekwencję zobowiązania organu administracji publicznej do jego wykonywania.

Przekazanie zadania do realizacji podmiotowi posiadającemu odrębną osobowość prawną nie powoduje, że zadanie traci charakter zadania publicznego. Podkreślić również należy, że o tym, jakie zadania wykonywane są przez jednostki organizacyjne na rzecz j.s.t., decydują organy samorządu terytorialnego poprzez fakt powierzenia zadania.

Realizacja zadań przez organy administracji publicznej – co do zasady – nie będzie działalnością gospodarczą. Podstawową cechą j.s.t. jest realizacja określonego prawem celu. Z drugiej strony, jeśli zadania te zostaną powierzone do realizacji innemu niż j.s.t. podmiotowi (podmiotowi działającemu na gruncie prawa prywatnego), to dla tego podmiotu mogą się one stać zadaniami realizowanymi w ramach prowadzenia działalności gospodarczej, która z kolei ograniczona może być charakterem powierzonego zadania. Wszystko zdaje się zależeć od rodzaju zadania, jak i podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało powierzone. Możliwość, a jednocześnie obowiązek wykonywania zadań publicznych daje realną podstawę do bardzo silnej ingerencji w rynek, na którym działają przedsiębiorcy.

O charakterze zadania decyduje przede wszystkim obowiązek jego realizacji przez j.s.t. Dopiero w dalszej kolejności istotne jest to, od kogo przyjął dane zadania do wykonania podmiot rynkowy. W przypadku zadań zleconych istnieje możliwość powierzenia tych zadań na rzecz własnej jednostki organizacyjnej. O charakterze prowadzonej działalności (jako zadania realizowanego na rzecz tej jednostki bądź też zadania komercyjnego) decyduje bowiem nie charakter realizowanego zadania (własnego bądź zleconego), a fakt powierzenia tego zadania przez organy j.s.t. na rzecz podmiotu je realizującego.

Elementem powiązany z wykonywaniem zadań jest możliwość określenia cen za realizację usług. W sferze wykonywania zadań określenie zasad odpłatności za realizację tych zadań odgrywa bowiem istotną rolę. W moim przekonaniu nie można ocenić pozytywnie rozwiązań prawnych, które organom j.s.t. dają szeroką możliwość odgórnego narzucania cen za usługi użyteczności publicznej. Oczywiście jest, że nie każda usługa może być świadczona z założeniem pokrycia jej kosztów, istnieją bowiem zadania ze swej natury deficytowe. Z tych też względów bardzo istotne jest oparcie podejmowanych działań o plan przewidujący dokładne źródła finansowania. O ile plan taki funkcjonuje na gruncie ustawy o finansach publicznych, to brak jest tego typu rozwiązań przy powierzeniu zadań np. spółkom komunalnym (wynika to z samodzielności tych podmiotów). Zaproponować można wprowadzenie obowiązku załączenia do uchwały, określającej ceny za usługi użyteczności publicznej, kalkulacji wskazującej na sposób obliczenia jej wysokości, wyliczenia, czy pokrywa

ona koszty świadczenia usługi użyteczności publicznej wraz ze wskazaniem ewentualnych innych źródeł przychodu kompensujących koszty świadczenia usługi. Zakładając, że ceny określone są po utworzeniu jednostki organizacyjnej świadczącej określone usługi użyteczności publicznej, to właśnie ta jednostka powinna być odpowiedzialna za przygotowanie kalkulacji. Analogicznie – tego typu plan wydatków i dochodów (również uwzględniający dochody pochodzące z ewentualnej działalności komercyjnej, prowadzonej jako działalność akcesoryjna względem realizacji powierzonych zadań publicznych) powinien być przygotowywany przy każdorazowej zmianie cennika. Rolą tego typu kalkulacji będzie uświadomienie organom podejmującym rozstrzygnięcia co do określania wysokości cen rzeczywistych kosztów realizacji zadań.

Z punktu widzenia sprawności realizacji zadań, czego istotnym elementem jest również kwestia finansowania, w przypadku jednostek organizacyjnych można rozważyć wprowadzenie jednolitych mechanizmów finansowania przy zastosowaniu mechanizmu rekompensaty – zastosowanie rozwiązań funkcjonujących w publicznym transporcie zbiorowym, gdzie zakłada się możliwość określenia w relacjach wewnętrznych wysokości rekompensaty (uregulowanej na gruncie prawa unijnego) wypłacanej z budżetu j.s.t.

II

POWIERZENIE ORAZ ZLECENIE ZADAŃ I FUNKCJI

1. Wprowadzenie

W poprzednim rozdziale określono obszar przedmiotowy podejmowanej przez j.s.t. aktywności, który determinowany jest zakresem określonych ustawowo zadań. Jednostki samorządu terytorialnego mogą nałożone aktem normatywnym zadanie wykonywać samodzielnie bądź też zlecać je do wykonania innym podmiotom. Kolejne rozważania poświęcono swobodzie wyboru formy realizacji zadań – zasadzie subsydiarności – która określa granice możliwości przekazania do realizacji zadań na rzecz podmiotów spoza administracji. Konieczne jest przy tym dokonanie analizy charakteru prawnego działań podejmowanych przez j.s.t. względem podmiotu, na rzecz którego przekazuje się realizację zadania publicznego. Chodzi bowiem o wskazanie, że zadania mogą być realizowane poprzez wykonywanie funkcji. Określając płaszczyznę definicyjną w zakresie powierzenia bądź zlecenia zadań, należy również wskazać na odróżnienie zadań od wykonywanych funkcji i normatywne podstawy dające możliwość przeniesienia na organ samorządowej jednostki organizacyjnej funkcji oraz kompetencji organu administracji.

Wyjaśnienie relacji między „powierzaniem” a zlecaniem” nastąpi w pkt 2, wstępnie więc zamierzam używać obu określeń zamiennie. Dokonując powierzenia zadań na rzecz jednostek organizacyjnych, trzeba więc rozstrzygnąć problem zakresu powierzonych zadań, a także związek pomiędzy realizowanymi zadaniami a możliwością wykorzystania instrumentów władczych w ramach realizacji funkcji administracji.

2. Powierzenie a zlecanie zadań

Zakładając, że administracja publiczna wykonuje przypisane jej ustawowo zadania, a także może te zadania przekazywać na rzecz innych podmiotów (w granicach i na zasadach określonych przez prawo), należy odpowiedzieć sobie na pytanie, jak określić fakt przekazania takiego zadania na rzecz podmiotu je wykonującego. Dla tego rodzaju podejmowanych działań zamiennie stosuje się określenia – powierzenia i zlecenia zadań.

Szeroko do powierzenia podchodzi L. Kieres, opowiadając się za powierzeniem zadań podmiotom zewnętrznym, w drodze czynności których stroną jest jednostka samorządu terytorialnego. Wskazuje również, że o powierzeniu możemy mówić również w sytuacji, kiedy zadanie przekazane zostało do realizacji zakładowi budżetowemu bądź spółce komunalnej. Zdaniem tego autora współczesną tendencją jest powierzenie wykonywania zadań gospodarki komunalnej podmiotom odrębnym, wśród których można wyodrębnić podmioty utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego w tym celu lub też podmioty utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego realizujące zadania wykonywane obok innych zadań samorządowych (komunalnych). Szczególnym sposobem wykonywania zadań gospodarki komunalnej jest włączenie podmiotów prywatnych w jej obszar.¹

Zdaniem L. Kieresa w takiej sytuacji, jeśli przekazanie do realizacji zadania następuje na rzecz zakładu budżetowego, powierzenie nie będzie aktem woli ujętym w formę odpowiedniej czynności prawnej adresowanej do odrębnego podmiotu prawa.²

Autor ten argumentuje również, że umowne przekazanie zadań gospodarki komunalnej na rzecz podmiotów niepublicznych prowadzi do ich prywatyzacji. Prywatyzacja ta ma charakter funkcjonalny. Bezpośrednim zamiarem prywatyzacji zadań publicznych jest wywołanie określonych skutków prawnych lub faktycznych o charakterze ogólnym (publicznym), co oznacza, że konsekwencje wykonywania sprywatyzowanej działalności przed podmioty prywatne są oceniane z uwzględnieniem ochrony ogólnego interesu samorządowego. Skutki prywatyzacji ujawniają się także po stronie użytkowników indywidualnych – bezpośrednio lub też na podstawie określonego stosunku prawnego między podmiotem gospodarki komunalnej oraz podmiotem, który korzysta z efektów działania podmiotu gospodarki komunalnej.³ Z powyższego wysnuć można wniosek, że prywatyzacja zadań utożsamiana jest z powierzeniem realizacji tych zadań podmiotom prywatnym, niezajadującym się w strukturze administracji publicznej.

1 L. Kieres, Umowne powierzenie..., *op. cit.*, s. 120.

2 Tamże.

3 Tamże.

Przez zlecenie zadań oraz ich powierzenie M. Stal rozumie zazwyczaj przekazywanie ich na zewnątrz aparatu administracji publicznej. Zdaniem tej autorki pojęciem „zlecenia” można posługiwać się w szerokim znaczeniu, obejmującym wszelkie formy przekazywania zadań bądź w wąskim, oznaczającym tylko formę ustawowego lub decyzyjnego zlecenia zadań i funkcji. Przekazywanie zadań w formie umów, porozumień określane jest – zdaniem tej autorki – terminem „powierzenie”. Podnosi ona bardzo słusznie, że w doktrynie ani w ustawodawstwie posługiwanie się tymi określeniami nie jest konsekwentne.⁴

Na gruncie regulacji ustrojowych odnoszących się do ustrojowo-organizacyjnych form realizacji zadań publicznych, na brak konsekwencji terminologicznej, zwraca uwagę K. Ziemiński. Wskazując na sposoby przenoszenia zadań i kompetencji przez organy j.s.t., pisze on, że może to odbywać się poprzez m. in. przeniesienie zadań i kompetencji na samorządowe jednostki organizacyjne. Autor pisze więc o przeniesieniu zadania (i kompetencji), co sugeruje konstrukcję, na podstawie której j.s.t. pozbywa się tego zadania, co nie jest właściwe. Zmienia się bowiem wykonawca zadania, samo zaś zadanie dalej pozostaje w sferze obowiązku organu administracji publicznej – to administracja publiczna dalej będzie ponosiła odpowiedzialność za realizację tego zadania. Do „przeniesienia” zadania i/lub kompetencji niezbędne byłoby istnienie wyraźnej podstawy prawnej, a takowej brak. Jedynie w kontekście art. 39 ust. 4 u.s.g. mowa jest o przeniesieniu kompetencji, nie zaś samego zadania. Zadanie nie zostaje więc przeniesione, a jedynie powierzone do wykonywania innemu podmiotowi. K. Ziemiński podnosi, że przeniesienie czy przekazywanie zadań i kompetencji dokonywane może być przez prawodawcę wprowadzającego zmiany o charakterze ustrojowym, a więc przenoszącego zadania i kompetencje z jednych podmiotów na inne. Mogą to być również zmiany dokonywane na podstawie przepisów prawa przez określone i upoważnione do tego przez prawodawcę organy. Może to być delegowanie możliwości wykonywania zadań i kompetencji jako sposób usprawnienia organizacyjnego pozwalający na wykonywanie przez kompetentny organ określonych zadań i kompetencji przy pomocy działających pod jego kierownictwem podmiotów, a więc swoiste udzielenie pełnomocnictwa administracyjnego.⁵

W moim przekonaniu pogląd ten nie jest w pełni zasadny. W zakresie kompetencji zgodzić się należy z możliwością jej przeniesienia tylko w zakresie, jaki wyznaczają normy prawne. Tak samo przeniesienie zadania następuje jedynie w sytuacji, kiedy norma prawna zdejmuje odpowiedzialność realizacji zadania z podmiotu publicznego. Przy tym w przypadku powierzenia zadania to, czy wykonujący zada-

4 M. Stahl, *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym zadań administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, Podmioty administrujące, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 538.

5 K. Ziemiński, *Przekazywanie zadań i kompetencji...*, *op. cit.*, s. 60.

nie realizuje je jako pełnomocnik powierzającego, zależy od charakteru prawnego podmiotu realizującego zadanie. Jeśli jest on wyposażony w osobowość prawną, jest odrębnym podmiotem do powierzającego zadanie, to realizuje je na rzecz powierzającego organu administracji publicznej, ale również i na własną odpowiedzialność. Przy organie administracji powierzającym zadanie pozostaje zawsze odpowiedzialność polityczna za sposób realizacji powierzonego zadania.

Szerokie rozważania w zakresie tego, kiedy mamy do czynienia z powierzeniem i jaki jest zakres podmiotowy powierzenia, prowadzone są na gruncie u.g.k., gdzie ustawodawca pojęcie „powierzenie” odniósł do podmiotów formalnie niezależnych od j.s.t. i mieszczących się poza strukturą samorządu terytorialnego (poza zadaniem „zlecanym” na podstawie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, o czym szerzej w dalszej części rozważań). Zgodnie z art. 3 ust. 1 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, ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym albo na zasadach ogólnych.

Systematyka ustawy o gospodarce komunalnej stanowi argument, że powierzenie wykonania zadania w trybie art. 3 u.g.k. podmiotowi publicznemu nie jest celem ustawodawcy. W art. 3 u.g.k. mowa jest o umownym „powierzeniu” wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej, które powinno być rozumiane „możliwe szeroko, jako obejmujące zarówno powierzenie zadań sensu stricte (tj. ich pierwotne przekazanie), jak i wsparcie wykonywania pewnych zadań, wraz z udzieleniem na ten cel stosownej dotacji”.⁶

M. Szydło podkreśla, że treść art. 3 u.g.k. nie dotyczy np. przekazania zadania spółce kontrolowanej przez jednostkę samorządu terytorialnego, której zadanie dotyczy, kwalifikowanej jako jednostka organizacyjna tej gminy, powiatu lub województwa, co jest traktowane jako wykonanie zadania przez samą jednostkę samorządu terytorialnego.⁷ Z tak wyrażonym stanowiskiem należy się co do zasady zgodzić, do spółek komunalnych odnosi się bowiem art. 2 tej ustawy.

6 M. Szydło, Umowne powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego, „Finanse Komunalne” 2007, nr 4, s. 5.

7 Tamże.

L. Zacharko stwierdza, że przepisy u.g.k. wyraźnie precyzują krąg podmiotów, znajdujących się poza gminą jako osobą prawną, którym powierzyć można wykonywanie zadania. Z tych względów jednostkom organizacyjnym działającym w ramach osobowości prawnej gminy (j.s.t.) nie można powierzyć (zlecić) wykonywania zadań.⁸ Podkreślenia wymaga, że autorka zamienienie używa określeń „powierzenie” i „zlecenie” zadania, a jednocześnie głoszony pogląd zdaje się nie rozstrzygać problemu możliwości powierzenia zadania podmiotom korzystającym z odrębnej osobowości prawnej, ale powiązanych z j.s.t. majątkowo czy organizacyjnie.

Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na poglądy T. Kocowskiego. Po pierwsze autor ten zamiennie zdaje się stosować pojęcia zlecenia i powierzenia. Stwierdza wręcz, że art. 3 u.g.k. daje j.s.t. możliwość zorganizowania innego niż dotychczas przewidzianego sposobu wykonywania przez nie zadań własnych (niekiedy obowiązkowych). Przy tym, zdaniem tego autora, mamy tu do czynienia z możliwością prywatyzacji wykonywania zadań publicznych. Następnie określając krąg podmiotów, na rzecz których zadania j.s.t. mogą być zlecone, wyjaśnia on, że zadania mogą być powierzone tylko takim podmiotom, z którymi jednostka samorządu terytorialnego może zawrzeć prawnie skuteczną umowę.⁹

Odmienne przepis ten interpretują C. Banasiński i K.M. Jaroszyński, którzy podnoszą, że jeżeli wykonanie zadania jest powierzane w trybie art. 3 u.g.k., chodzi z zasady o podmiot prywatny, choć analiza ustaw, do których odesłano w tym przepisie, nie pozwala wykluczyć podmiotów o charakterze publicznym lub na przykład spółek z udziałem innych jednostek samorządu terytorialnego.¹⁰

W moim przekonaniu adresatami regulacji określonej w art. 3 ust. 1 u.g.k. są z jednej strony jednostki samorządu terytorialnego, z drugiej zaś, zasadniczo, podmioty prawa prywatnego. Przepis ten wpisuje się w proces prywatyzacji zadań publicznych. W tym kontekście oznacza on możliwość świadczenia określonych usług z zakresu gospodarki komunalnej przez podmiot prywatny. Za pomocą art. 3 u.g.k. odbywa się włączenie podmiotów prywatnych w sferę działalności administracji publicznej. Dla interpretacji tej normy istotna będzie kwestia odesłania do formy powierzenia zadania.

Zauważyć należy, że zgodnie z treścią art. 3 u.g.k. powierzanie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej następować ma „na zasadach ogólnych”. M. Szydło jednoznacznie stwierdza, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości praw-

8 L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych, (w:) Konceptja systemu prawa administracyjnego (red.) J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 353.

9 T. Kocowski, Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym..., *op. cit.*, s. 56; podobnie K. Kozłowski, Zakres podmiotowy ustawy o zamówieniach publicznych, cz. II, PUG 1998, nr 10, s. 15.

10 M. Szydło, Umowne powierzenie wykonywania zadań..., *op. cit.*, s. 6.

nej (o czym jest mowa w art. 3 ust. 1 u.g.k.) powinno zawsze następować – zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu – „w drodze umowy na zasadach ogólnych”. Cytowane sformułowanie, zdaniem M. Szydło, sugeruje przy tym, że mamy tu do czynienia z typową umową cywilnoprawną (a więc z umową prawa cywilnego), nie zaś – jak to się niekiedy błędnie sugeruje – z umową publicznoprawną.¹¹ Mamy więc tu do czynienia z sytuacją, że powierzenie to następuje w drodze umowy cywilnoprawnej, a nie publicznoprawnej.¹²

Odmienne stanowisko przedstawia W. Dłużniewski. Twierdzi on, że użyty w art. 3 ust. 1 u.g.k. zwrot „na zasadach ogólnych” nie precyzuje, czy przy zawieraniu umów należy kierować się uregulowaniami kodeksu cywilnego, czy chodzi tu tylko o zezwolenie na zawieranie umów, czy też formuła ta daje możliwość zawierania umów cywilnoprawnych i publicznoprawnych, a jedynym warunkiem zawarcia takich umów jest zastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych, które mieszczą się w zasadach ogólnych.¹³ Z poglądem tym polemizuje L. Zacharko, podnosząc, że powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej może nastąpić tylko w drodze umowy cywilnoprawnej, gdyż ustawodawca nie wprowadził innych form umów.¹⁴

W moim przekonaniu, o charakterze umowy decyduje co prawda nie nazwa, jaką jej ustawodawca nada, lecz charakter prawny czynności powierzenia zadania. Przywołane w art. 3 u.g.k. ustawy szczególne w gruncie rzeczy odnoszą się jednak do umów o charakterze cywilnoprawnym, bez względu na tryb ich zawierania, o czym w dalszych częściach prowadzonych wywodów.

Pragnę zauważyć, że powiązanie katalogu wyszczególnionych w art. 3 ust. 1 u.g.k. formy umownej powierzenia zadań wraz z odesłaniem do formy powierzenia na zasadach ogólnych pozwala wyprowadzić wniosek, że chociaż od strony językowej nie można dopatrywać się w tym przepisie bezwzględnego zakazu powierzania wykonywania zadań podmiotom publicznym, to wydaje się, że powierzenie wykonywania zadania w tym trybie nie jest możliwe na rzecz innej jednostki samorządu terytorialnego ani związku, o którym mowa w art. 5 u.g.k., ani na rzecz jednoosobowej spółki innej jednostki samorządu terytorialnego (jako jednostki, przez którą inna jednostka samorządu terytorialnego działa bezpośrednio).

Złożyć bowiem można, że na podst. art. 3 ust. 1 u.g.k. nie jest możliwe przekazanie do realizacji zadań gospodarki komunalnej gminnym osobom prawnym. Taki

11 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Lex online 2017; W. Dłużniewski, *Ustawa o gospodarce komunalnej – nadal nie rozwiązany problem zakresu komercyjności przedsiębiorczości gminnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 7-8, s. 26-27.

12 T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym...*, *op. cit.*, s. 57.

13 W. Dłużniewski, *Ustawa o gospodarce komunalnej – nadal nie rozwiązane problemy z zakresu komercyjności przedsiębiorczości gminnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 7-8, s. 26.

14 L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *Stosunki prawne...*, *op. cit.*, s. 353.

wniosek może być efektem systemowej i celowościowej wykładni tego przepisu.¹⁵ Stosowanie np. ustawy o zamówieniach publicznych może mieć miejsce tylko wtedy, gdy gmina zamierza powierzyć wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej innemu podmiotowi niż jej jednostka organizacyjna.¹⁶ Zgodnie z treścią art. 2 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt. 1 u.g.k. gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Właściwą podstawą powierzenia samorządowym osobom prawnym zadań może być wówczas art. 4 u.g.k., który znajdzie zastosowanie również do powierzenia realizacji zadań podmiotom wewnętrznym. Oznaczać to może, że na gruncie art. 3 ust. 1 u.g.k. pojęcie powierzenia zadania odnosić się powinno tylko do przekazania tychże zadań co do zasady podmiotom spoza struktury administracji publicznej, gdzie podstawą powierzenia będzie umowa.

Ustawodawca w art. 2 u.g.k. nie posługuje się pojęciem „powierzenie” w kontekście przekazania do realizacji zadania użyteczności publicznej j.s.t., utworzonemu przez tę jednostkę zakładowi budżetowemu bądź spółce handlowej (odnosząc powierzenie do przekazania zadania do realizacji podmiotowi zewnętrznemu względem administracji – zgodnie z art. 3 u.g.k.).

Używane w doktrynie w kontekście art. 4 u.g.k. sformułowanie o zleceniu zadań¹⁷ wprowadza zamieszanie terminologiczne. Potęgują je inne ustawy prawa materialnego. Dla przykładu można wskazać na ustawę z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie,¹⁸ gdzie zgodnie z art. 5 ust. 4 pkt 1 zlecenie realizacji zadań publicznych, o którym mowa w ust. 2 pkt 1, jako zadań zleconych w rozumieniu art. 127 ust. 1 pkt 1 lit. e, art. 151 ust. 1 oraz art. 221 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, może mieć formy powierzenia wykonywania zadań publicznych wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji. Oznacza to, że powierzenie traktowane jest jako rodzaj zlecenia. Skoro ustawodawca w u.g.k. nawet w art. 4 nie używa wprost zwrotu o „zleceniu zadań”, można posłużyć się ich powierzeniem, rozumianym jako każda forma przekazania zadań do realizacji innemu podmiotowi. Z oczywistych względów powierzenie nie będzie instytucją jednolitą, występują bowiem różne formy powierzenia, jak i podmioty, na rzecz których zadania są powierzane, nie stanowią zbioru jed-

¹⁵ J. J. Zięty, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Legalis 2016.

¹⁶ Z. Czarnik, Glosa do wyroku NSA z 11.8.2005 r., II GSK 105/05, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 5, s. 74.

¹⁷ L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, Stosunki prawne..., *op. cit.*, s. 353.

¹⁸ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 450).

norodnego. Postulowanym rozwiązaniem, porządkującym warstwę terminologiczną byłoby przyporządkowanie kategorii powierzenia do wszelkich form przekazania zadania do realizacji innemu niż administracja publiczna podmiotowi.

Stwierdzić można, że swoistą granicą pomiędzy tym co wykonywane jest jako działalność gospodarcza (komercyjna), a tym, co realizowane jest w sferze użyteczności publicznej, stanowi właśnie zakres powierzenia określonego podmiotowi zadań zaliczanych do sfery użyteczności publicznej (bez względu na powołane w dalszej części pracy rozważania na temat samej formy powierzenia). Jeśli bowiem określony podmiot realizuje zadanie z zakresu użyteczności publicznej, a jednocześnie zadanie to nie zostało mu powierzone do realizacji, to *de facto* nie realizuje tego zadania dla samego celu, jakim jest zaspokajanie potrzeb społecznych, a dla powiązanego z realizacją tego zadania osiągnięcia zysku (jako działalność gospodarcza). Wprowadzenie granicy pomiędzy działalnością komercyjną a związaną z realizacją zadań użyteczności publicznej jest szczególnie istotne w kontekście realizacji tych zadań, przez własne jednostki organizacyjne. Tu bowiem pojawia się problem dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty powiązane z j.s.t. Akt powierzenia determinował będzie bowiem to, czy określony rodzaj działalności stanowi realizację zadania użyteczności publicznej, czy też jest to działalność rynkowa – gospodarcza, pomimo że chodzi o realizację tego samego zadania.

Dokonując analizy aktów prawnych odnoszących się do sfery realizacji zadań użyteczności publicznej, wskazać można na rozwiązania przewidziane w u.c.p.g.¹⁹ w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, która zniósła regionalizację w zakresie zagospodarowania odpadów, a także wprowadziła zmiany w dotychczasowej treści art. 9l u.c.p.g. wskazującym na przesłanki odmowy przyjęcia odpadów do instalacji. Zgodnie przyjętymi przed nowelizacją założeniami z treści art. 3 ust. 2 pkt. 2 lit. a u.c.p.g. gminy zapewniały czystość i porządek na swoim terenie i tworzyły warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności: zapewniały budowę, utrzymanie i eksploatację własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, o ile obowiązek budowy takich instalacji wynikał z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, o którym mowa w u.o. Oznaczało to, że budowa takich instalacji była zadaniem własnym gminy (realizowanym samodzielnie bądź z innymi gminami). Jednocześnie przepis nie wskazywał, by obowiązkiem każdej gminy było wybudowanie takiej instalacji. Miejsca, w których zagospodarowywane będą odpady komunalne, określał wojewódzki planu gospodarki odpadami.²⁰ Instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych budować mogli również przedsiębior-

19 P. Czepiel, *Gospodarowanie odpadami komunalnymi w obliczu zmian wprowadzonych ustawą z 1 lipca 2011 r., „Samorząd Terytorialny”* 2013, nr 5, s. 45-61.

20 Art. 35 u.o.

cy prywatni. Jednocześnie jeśli gmina tworzyła regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (np. poprzez własną spółkę komunalną), zakład taki miał ustawowy obowiązek przyjęcia zmieszanych odpadów komunalnych z terenu gmin wchodzących w skład regionu do granic swoich mocy przerobowych – regionalizacji podlegały jedynie odpady zmieszane.²¹ Podmiot prowadzący na rzecz gminy właścielskiej regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (które to zadanie zostało mu powierzone), w odniesieniu do odpadów pochodzących z terenu tej gminy realizował zadanie użyteczności publicznej w postaci zagospodarowania odpadów. Priorytetowo traktował więc odpady pochodzące z terenu własnej gminy, np. w przypadku ryzyka wyczerpania mocy przerobowych pierwszeństwo dawano odpadom pochodzącym z terenu gminy właścielskiej. Istotna była również kwestia określania cennika za realizację takiego zadania na rzecz własnej gminy i innych gmin w regionie. Zasadą był obowiązek zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu innych gmin, do czego prowadzący instalację był obowiązany mocą regulacji ustawowych. W odniesieniu do innych gmin podmiot prowadzący działalność w postaci zagospodarowania odpadów realizował zadanie użyteczności publicznej (bo był to wciąż ustawowy obowiązek), wykonując działalność o charakterze gospodarczym. Nie można bowiem uznać, by przez sam fakt realizacji zadania użyteczności publicznej następowało powierzenie wykonania określonego zadania. W takim przypadku odpady z terenu gminy trzeciej dostarczane były do instalacji przez przedsiębiorcę, który pokrywał koszty zagospodarowania odpadów komunalnych (w ramach otrzymanego od gminy wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów). Prowadzący instalację i dokonujący w niej zagospodarowania odpadów realizował zadanie użyteczności publicznej (bo zadanie to mieści się w katalogu ustawowych zadań jednostek samorządu terytorialnego), ale nie jest to zadanie realizowane na rzecz własnej gminy, zadanie takie nie było mu powierzone, a przez to zaliczone powinno być do działalności *stricto* komercyjnej. Tego rodzaju działalność mieścić się mogła w kategorii zarobkowej działalności komunalnej.²² Zaliczyć ją można do działalności gospodarczej prowadzonej w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej. Pojawia się tutaj problem potencjalnego zagrożenia niespełnienia warunków określonych w art. 10 ust. 1-3 u.g.k. Ta sama działalność (w postaci zagospodarowania odpadów) prowadzona na rzecz własnej j.s.t. będzie zaliczona do tej leżącej po stronie realizacji usług użyteczności publicznej. Decydował będzie bowiem akt powierzenia określonego zadania. Odrębną kwestią jest powierzenie zadania pomiędzy gminami na podstawie porozumień międzygminnych.

Zauważyć przy tym można, że gdyby regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych prowadził podmiot prywatny, to nie można założyć, że zadanie użyteczności publicznej powierzone zostaje do prowadzenia poprzez treść woje-

21 Art. 91 ust. 1 u.p.g.

22 C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej, op. cit.*, s. 415.

wódkiego planu gospodarki odpadami (bądź też będącej aktem prawa miejscowego uchwały wykonawczej do planu). Wówczas bowiem jest to jedynie wykonywanie określonego zadania w określonym reżimie prawnym, ale wciąż dla podmiotu prywatnego jest to zadanie komercyjne, a zagospodarowanie odpadów w takiej instalacji musi zostać powierzone w drodze przetargu (w ramach zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów).

Wskazana powyżej nowelizacja u.c.p.g. z 19 lipca 2019 r. zlikwidowała regionalizację w zakresie gospodarki odpadami oraz uchyliła art. 9l u.c.p.g. nakładający obowiązek zawarcia umowy z każdym przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne z terenu regionu, co nie ma wpływu na możliwość powierzenia zagospodarowania odpadów przez gminę własnej instalacji, która będzie mogła przyjmować również odpady z terenu całego kraju (przy uwzględnieniu hierarchii postępowania z odpadami i zasady bliskości). Zagospodarowanie odpadów z terenu innych gmin dla prowadzącego instalację stanowiło będzie działalność o charakterze komercyjnym. O sferze realizacji zadania jako zadania użyteczności publicznej decydować więc powinna nie tylko norma prawa, determinująca określony charakter zadania, ale również akt dokonania powierzenia tego zadania.

3. Wykonywanie zadań i funkcji administracji przez podmioty spoza administracji publicznej

Problematyka powierzenia zadań j.s.t. na rzecz podmiotów formalnie niezależnych od administracji publicznej jest złożona i wielopłaszczyznowa. We wstępnych rozważaniach przedstawiono sposób rozumienia zadania publicznego (zadania użyteczności publicznej i usługi użyteczności publicznej). Przyjąć należy, że obok zadań publicznych występują również funkcje administracji. Powstaje więc zasadnicze pytanie o możliwość wykonywania zadań publicznych w połączeniu (bądź oddzielnie) z wykonywaniem funkcji administracji.

Zlecenie zadań było w doktrynie zarówno w okresie międzywojennym, jak i w Polsce Ludowej, a także współcześnie utożsamiane z przejawem decentralizacji.²³ J. Starościak, wskazując na przekazywanie zadań publicznych podmiotom niepublicznym, rozróżniał zlecenie zadań i funkcji. Autor ten wyjaśnia, że zlecenie zadań administracji obejmuje przekazywanie wszelkich spraw prowadzonych przez organy administracji, wykonywanych we wszystkich formach na rzecz organizacji niebędących organami administracji państwowej. Zlecenie funkcji administracji państwowej polega na przekazywaniu pewnych funkcji administracji stowarzyszeniom, instytu-

23 J. Starościak, *Decentralizacja administracji publicznej*, Warszawa 1960, s. 10-11.

cjom gospodarczym lub nawet poszczególnym obywatelom, przy dopuszczeniu stosowania w tych wypadkach środków działania władczego.²⁴

Rozróżnienie zlecania zadań od zlecania funkcji wywodzi się z pojęcia zadania publicznego, opierającego się na powiązaniu celu działania administracji z przedmiotem tego działania i na wyróżnianych w doktrynie funkcji administracji publicznej (funkcji reglamentacyjnej, funkcji policyjnej, funkcji świadczącej). Tym samym zlecenia takich funkcji oznacza zlecenie wykonywania nie tylko określonych zadań, ale także wskazuje na sposób ich wykonywania, związany z możliwością stosowania środków władczych. Zlecenie zadań administracji publicznej, choć to pojęcie szersze, nie musi oznaczać stosowania władztwa administracyjnego. Zlecenie zaś funkcji łączyć się powinno ze zleceniem określonych zadań, bo przekazywane funkcje służą ich realizacji.²⁵

W opinii M. Wierzbowskiego i A. Wiktorowskiej dla określenia tego, co należy rozumieć przez zlecenie zadań, należy wyjaśnić znaczenie pojęcia zlecenia funkcji (jako mającego węższe znaczenie). O zlecaniu funkcji mówi się wówczas, gdy podmiotowi niebędącemu częścią aparatu państwa przepisy ustawy (określenia kompetencji organów należy bowiem do materii ustawowej) przyznają kompetencje do stosowania jednostronnych rozstrzygnięć w takich formach, w jakich podejmują je organy administracji, tj. głównie aktów indywidualnych.²⁶

W doktrynie przyjmuje się, że zlecenie zadań i funkcji podmiotom niepublicznym stanowi jedną z form prywatyzacji ich wykonywania.²⁷ Podobnie M. Stahl wiąże zagadnienie zlecenia zadań z pojęciem prywatyzacji zadań publicznych (nie utożsamiając ich jednocześnie). Wskazuje ona, że podmiot wykonujący funkcje administracji publicznej uczestniczy w wykonywaniu zadań administracji publicznej. Nie każdy jednak podmiot wykonujący zadania publiczne czyni to w formach właściwych administracji publicznej (czyli w formach władczych). Wykonywanie przez podmioty spoza aparatu administracyjnego zadań administracji publicznej następuje w formach niewładczych, głównie przez współuczestniczenie w realizacji różnych zadań z zakresu administracji świadczącej.²⁸ Jednocześnie Autorka odróżnia prywatyzację od zlecenia funkcji i zadań publicznych, prowadzących do prywatyzacji wykonywania zadań publicznych.²⁹

24 J. Starościk, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1997, s. 212.

25 M. Stahl, *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym zadań administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, Podmioty administrujące, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 538.

26 M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Funkcje zlecone administracji publicznej*, (w:) *Prawo administracyjne* (red.) M. Wierzbowski, Warszawa 2011, s. 129.

27 S. Biernat, *Prywatyzacja*, *op. cit.*, s. 32-34.

28 M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013, s. 294.

29 M. Stahl, *Instytucja zlecenia funkcji z zakresu administracji publicznej i prywatyzacja zadań publicznych*, (w:) Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak i in., *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2002, s. 215-220; L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *Zlecenie*

W wypadku zlecenia zadań podmiotom niepublicznym mamy w szczególności do czynienia z prywatyzacją wykonywania zadań publicznych, a nie z prywatyzacją samego zadania. Zadanie bowiem wciąż pozostaje w sferze odpowiedzialności i powinności organu administracji publicznej. Można tutaj mówić o swego rodzaju współodpowiedzialności w sferze publicznej i prywatnej. Odpowiedzialność za realizację zadania użyteczności publicznej ponosić będzie organ, do którego zadanie zostało przypisane. Jednocześnie powierzenie do realizacji określonego zadania nie musi oznaczać konieczności powierzenia funkcji, jeśli jest ona zbędna dla realizacji zadania.

Z kolei, przytaczając poglądy doktryny, K. Bandarzewski wyjaśnia, że zlecenie zadań podmiotom niepublicznym stanowi formę prywatyzacji ich wykonywania. Zlecenie funkcji oznacza przekazanie podmiotom niepublicznym kompetencji do stanowienia indywidualnych aktów administracyjnych lub wyjątkowo innych form działania administracji. Zlecenie funkcji to zdaniem tego autora wykonywanie zadań publicznych, ponieważ zakres zadania publicznego obejmuje załatwianie indywidualnych spraw administracyjnych mieszczących się w ramach danego zadania. Rozumiejąc prywatyzację jako odstępowanie od wykonywania zadań publicznych przez podmioty publiczne, tym samym nie można z tego zakresu eliminować wykonywania zadania publicznego przejawiającego się w jego skonkretyzowaniu w postępowaniu administracyjnym.³⁰

Utożsamianie zadania publicznego z funkcją a także twierdzenie, jakoby wykonywanie zadania zawsze musiało być powiązane z określonymi funkcjami, nie jest zasadne. Możliwe jest bowiem wykonywanie zadań bez jednoczesnego wykonywania funkcji administracji. Można np. powierzyć określonemu podmiotowi prowadzenie punktu selektywnej zbiorki odpadów³¹ bez jednoczesnego powierzenia kompetencji władczych, przypisanych normalnie organowi administracji publicznej, powiązanych bezpośrednio z realizacją tego zadania. Odrębną kwestią jest efektywność wykonywania takiego zadania. Wskazać bowiem należy na zadania, które w sposób prawidłowy realizowane mogą być tylko w powiązaniu z powierzeniem określonych funkcji. Przykładowo, jeśli danemu podmiotowi powierzone zostanie zadanie w postaci zorganizowania gminnego systemu gospodarki odpadami, to prawidłowość realizacji takiego zadania zakłada konieczność wyposażenia w funkcje władcze powiązane z wydawaniem decyzji podatkowych w przedmiocie opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Nie można bowiem realizować zadania, nie mając realnego wpływu na finanse systemu.

funkcji administracji publicznej podmiotom prywatnym, (w:) Władztwo administracyjne: administracja publiczna w sferze imperium i w sferze dominium, Rzeszów 2012, s. 777-790.

30 K. Bandarzewski, Prywatyzacja zadań publicznych, (w:). *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 333.

31 U.c.p.g.

Podchodząc w sposób szeroki do zalecania funkcji administracji, w odniesieniu do strony podmiotowej zlecenia, S. Biernat wyklucza status państwowy podmiotów, na rzecz których następuje zlecenie funkcji. Z tych też powodów w grę wchodzi podmioty publiczne i niepubliczne.³² Podział ten doprecyzowuje M. Stahl, która podnosi, że konieczne jest zawężenie kategorii podmiotów publicznych po to, by nie obejmować zakresem pojęcia funkcji zleconych administracji publicznej zadań przekazywanych w obrębie administracji publicznej, między podmiotami administracji publicznej a ich jednostkami organizacyjnymi, między administracją rządową a jednostkami samorządu terytorialnego i między tymi jednostkami, na rzecz których następuje zlecenie zadań i funkcji. Podnosi, że cechą szczególną instytucji zlecenia zadań i funkcji jest to, że co do zasady krąg podmiotów niepublicznych, na których rzecz może nastąpić zlecenie, jest bardzo szeroki.³³ W ten sposób dojść można do wniosku, że takie rozumienie pojęcia zlecenia zadań wyklucza powierzenie (przekazania) zadania pomiędzy j.s.t., czyli powierzenie (przekazanie), na które wskazują ustawy samorządowe i o którym pisze K. Ziemiński.

Szeroko ujmowane przeniesienie, zdaniem K. Ziemińskiego, dotyczyć może zadań, kompetencji bądź jednocześnie zadań i kompetencji, oznaczając ich przejście z jednego podmiotu administracji publicznej na inny podmiot bądź umocowanie jakiegoś podmiotu do realizacji zadań i kompetencji w imieniu określonego podmiotu publicznego.³⁴

Nie można przy tym stwierdzić, by powierzenie czy przekazywanie zadań zastrzeżone było jedynie dla realizacji tych zadań przez podmioty publiczne.

Profesor M. Stahl rozróżnia zlecenie realizacji zadań publicznych na rzecz podmiotów niepublicznych w innych formach niż bezpośrednio z mocy prawa bądź na podstawie decyzji administracyjnych, w sferze działalności gospodarczej (kiedy działalność ta ma charakter odpłatny) i w sferze nieodpłatnej za pomocą rozwiązań przewidzianych w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (jest to wówczas działalność nieodpłatna) i na podstawie ustawy o finansach publicznych (na podstawie umowy wraz z udzieleniem dotacji na dofinansowanie działalności).³⁵

Autorka ta wskazuje także, iż instytucja zlecenia zadań i funkcji, mimo wątpliwości co do zakresu znaczeniowego tego pojęcia i jego elementów, aksjologii z nimi związanej i do potrzeby posługiwania się nim w sytuacji, gdy ma miejsce prywaty-

32 S. Biernat, *Prywatyzacja*, *op. cit.*, s. 32-34.

33 M. Stahl, *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym...*, *op. cit.*, s. 540.

34 K. Ziemiński, *Przekazywanie zadań i kompetencji przez organy jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) *Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, red. E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017, s. 59.

35 M. Stahl, *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym...*, *op. cit.*, s. 542.

zacja zadań publicznych, istnieje nadal jako pojęcie prawnicze i prawne, które uzupełnione jest przez pojęcie powierzenia zadań i funkcji.³⁶

Z kolei J. Niczyporuk odróżnia zlecenie funkcji administracji od ukształtowanego w doktrynie prawa administracyjnego pojęcia prywatyzacji zadań administracji publicznej. W jego ocenie bowiem prywatyzacja całkowicie eliminuje odpowiedzialność po stronie państwa.³⁷ Można więc dojść do wniosku, że zlecenie funkcji może odbywać się tylko w obrębie szeroko pojętej administracji. W ten sposób organy administracji są w stanie wpływać na realizację zleczanych zadań i ponosić odpowiedzialność za zlecone zadanie.

Podsumowując – powierzenie zadań i funkcji z zakresu administracji publicznej, które co oczywiste muszą ustawowo być przypisane do podmiotu powierzającego podmiotowi niepublicznemu, nie zmienia charakteru takiego zadania, które wciąż pozostaje publicznym. Realizowane zaś zadania traktowane są jako zadania jednostki samorządu terytorialnego. Nie powierza się bowiem zadania, a realizację zadania. Określone zadanie wciąż pozostaje przypisane do organu, a jedynie realizowane jest przez inny podmiot. Wykonywanie pokreślonych zadań nie zawsze musi być powierzeniem funkcji administracji, w niektórych zaś przypadkach dla prawidłowej realizacji zadania konieczne jest również powierzenie funkcji.

4. Powierzenie funkcji i kompetencji władczych podmiotom spoza administracji publicznej

W państwie prawa to ustawodawca powierza wykonywanie funkcji. W zakresie określonym prawem funkcje te mogą być powierzane innym podmiotom i ten właśnie kontekst stanowił będzie główny przedmiot zainteresowania dalszych rozważań. Powierzenie funkcji oznaczać może przekazywanie podmiotom niepublicznym kompetencji do stanowienia indywidualnych aktów administracyjnych lub wyjątkowo innych form działania administracji.³⁸

Funkcje administracji publicznej nie polegają tylko na podejmowaniu rozstrzygnięć, ale także na podejmowaniu czynności władczych niebędących rozstrzygnięciami (działania kontrolne, egzekucyjne, zawieranie umów administracyjnych,

36 Tamże.

37 J. Niczyporuk, Funkcje zlecone administracji publicznej, (w:) Prawne gwarancje ochrony prawa jednostki wobec działań administracji publicznej, red. E. Ura, Rzeszów 2002, s. 390. Można również wskazać na pogląd S. Nitecki, Udział podmiotów niepublicznych w realizacji zadań pomocy społecznej, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, t. 12, s. 106.

38 M. Stahl, Instytucje zlecania funkcji z zakresu administracji publicznej i prywatyzacji zadań publicznych, (w:) Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Z. Duniewska, B. Jaworska Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, Warszawa 2002, s. 215-220; J. Boć (red.), Prawo administracyjne, Warszawa 2001, s. 173; J. Zimmermann, Prawo administracyjne, Kraków 2005, s. 143; Z. Leoński, Materialne prawo administracyjne, Warszawa 2003, s. 156; C. Martysz, Właściwość organów samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym, Katowice 2000, s. 177-178.

międzynarodowych), jednakże istnienie funkcji nie zawsze powiązane będzie z realizacją zadań.

TK podkreślił, że zlecenie funkcji polega na upoważnieniu określonych podmiotów (ich organów) do stosowania prawa administracyjnego za pomocą jednostronnych rozstrzygnięć, tzn. do działania takiego samego jak działanie organów administracji publicznej. Wyznaczenie określonych zadań nie jest równoznaczne z przyznaniem uprawnień służących do ich realizacji.³⁹ Uprawnienia do wykonywania zadań mogą posiadać wyłącznie organy, a właściwość jest cechą tych organów. Nie zawsze powierzenie zadania musi wiązać się ze zleceniem funkcji administracji.

Zlecenie funkcji zdaniem J. Zimmermanna należy do materii ustawowych i może być uregulowane wyłącznie w drodze ustawy, z tym że ustawa może przewidywać kompetencje organu administracji publicznej do powierzenia swojej funkcji innym podmiotom. Funkcje sprawowane przez podmiot, któremu je powierzono, powinny być w praktyce starannie oddzielone od jego funkcji podstawowych. W odniesieniu do zadań rola państwa nie musi być aktywna. Może ona polegać na przekazaniu tych zadań do wykonywania lub na akceptowaniu zastępowania władczego działania administracji publicznej działaniem realizowanym bez użycia władztwa administracyjnego.⁴⁰

W literaturze przedmiotu podnosi się, że podmioty prywatne realizujące powierzone zadania publiczne wykonują służebną rolę wobec administracji, będąc jednocześnie uprawnionymi do korzystania z instrumentów prawa prywatnego w ramach realizacji zadań określonych prawem publicznym. Konsekwencją zaś uprawnienia lub organu administracji do ustalania w formie umowy zasad wykonywania zadań gospodarki komunalnej przez podmiot prywatny, będący stroną takiej umowy, jest pozbawienie możliwości posługiwania się formą aktu administracyjnego, czy to przez organ, czy też inny podmiot władzy publicznej dla określenia sytuacji podmiotu prywatnego (świadczeniobiorcy usług – ich odbiorcy krańcowego).⁴¹

Jeśli określone zadania zostają powierzone podmiotowi spoza administracji publicznej mocą umowy cywilnoprawnej, umowy zawieranej na zasadach ogólnych związanej z powierzeniem zadania na podst. art. 3 ust. 1 u.g.k., to w ten sposób nie jest możliwe przeniesienie funkcji organów do orzekania w formie władczej. Umowa cywilna nie może służyć jako instrument odbierający władcze kompetencje organowi administracji i przenoszący je na inny podmiot. Władztwo musi znajdować oparcie w normach prawa powszechnie obowiązującego (na co zwraca uwagę m. in. J. Zimmermann). Jeśli bowiem funkcje służą realizacji zadania, to nawet przy za-

39 Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r. (K 25/99), OTK 2000, poz. 141.

40 J. Zimmermann, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 132.

41 J. Starościk, *Prawne formy i metody działania administracji*, (w:) *System prawa administracyjnego t. III*, Wrocław 1978, s. 101.

łożeniu, że zarówno powierzenie zadania, jak i funkcji następować powinno na podstawie dwóch odrębnych aktów. Systemowo powinien wystąpić tożsamy charakter formy prawnej, w jakiej zarówno zadanie, jak i funkcja powinny być powierzone, szczególnie w kontekście odesłania poczynionego w art. 39 ust. 4 u.s.g. do art. 9 ust. 1 u.s.g., gdzie mowa jest o dwóch kategoriach podmiotów – jednostkach organizacyjnych i innych, z którymi zawarto umowę. Oznacza, że powierzenie kompetencji może odbywać się na rzecz zarówno tych podmiotów, gdzie wzajemne więzi reguluje umowa, jak i tych, gdzie zadanie (będące pierwotne względem przeniesionej kompetencji) przeniesiono mocą aktu normatywnego. Wiązać to można z faktem zapewnienia ciągłości realizacji zadania i powiązanej z nim funkcji, której może nie zapewniać realizacja zadania na gruncie umowy cywilnej. Zlecenie funkcji co do zasady powinno występować obok zlecenia zadań (aczkolwiek, jak wskazano wcześniej, nie zawsze tak być musi – można np. przewozić pasażerów środkami komunikacji publicznej bez stosowania jakichkolwiek funkcji administracyjnych), określone funkcje służą bowiem realizacji zadań. Przyjąć więc należy założenie, że zlecenie funkcji (występujące obok bądź jako pochodna zlecenia zadania) musi mieć podstawę we władczym akcie administracji, co jest pochodną zasady legalizmu. Możliwe jest założenie, że organy j.s.t. mogłyby kompleksowo przesuwac na określone grupy podmiotów zarówno przyporządkowane im prawnie zadanie, jak i funkcje służące do realizacji tych zadań. Organ, powierzając zadanie i powiązane z nim funkcje na rzecz innego podmiotu (tracąc możliwość realnego wykonywania powierzonych zadań i funkcji), mógłby stać się jedynie kontrolującym realizację powierzonych zadań.

Charakter zadań realizowanych na poziomie samorządu terytorialnego może wiązać się z uprawnieniem przyznanym organom j.s.t. do rozstrzygania kwestii w drodze decyzji administracyjnych.⁴² W ramach realizacji określonych funkcji orzeczniczych organy korzystają z przyznaných im prawem kompetencji. Prawidłowe wykonywanie zadań powiązane może być z możliwością władczego jednostronnego regulowania sytuacji jednostki, odbiorcy określonych usług. Tego rodzaju działanie nazywane jest dekoncentracją kompetencji orzeczniczych monokratycznych organów jednostek samorządu terytorialnego.⁴³

Kompetencja jest w literaturze administracyjnoprawnej definiowana przeważnie na trzy sposoby: jako zdolność (możność) działania, jako upoważnienie oraz jako zbiór uprawnień i obowiązków. Wszystkie powyższe pojęcia odnoszą się do działań określonych podmiotów – „możność”, jako termin o charakterze modalnym, zawiera w sobie *implicite* założenie istnienia podmiotu, któremu przysługuje.

42 P. Lisowski, *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym*, „Casus” 2015, nr 76, s. 19-25.

43 P. Lisowski, *Dekoncentracja zewnętrzna administracji samorządowej*, (w:) *Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, (red.) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017, s. 48.

Podobnie terminy „upoważnienie” oraz „uprawnienia i obowiązki” są zazwyczaj rozważane w aspekcie podmiotowym. Z tego powodu dla prezentacji rozumienia kompetencji przez naukę prawa administracyjnego istotne znaczenie ma charakterystyka podmiotów, którym kompetencja przysługuje.⁴⁴ Tu jednak zauważyć należy, że pojawia się problem ustalenia kręgu takich podmiotów, do którego przynależność zależy od tego, czy „przysługuje” mu „kompetencja”? Ustawodawca może powierzyć kompetencje w zasadzie każdemu podmiotowi, ew. stworzyć takie mechanizmy prawne, które pozwolą na przenoszenie kompetencji pomiędzy podmiotami – przykładem może być ogólny przepis art. 39 ust. 4 u.s.g. albo przepis szczególny prawa materialnego – 6q ust. 1a u.c.p.g.

Jak podkreśla się w pracach podsumowujących administracyjnoprawne rozważania na temat kompetencji,⁴⁵ w literaturze panuje zgodność, że podmiotem, któremu przysługuje kompetencja („nosicielem kompetencji”⁴⁶), jest zawsze organ administracji, rozumiany jako podmiot administrujący.⁴⁷ Przyjmując szerokie rozumienie terminu „podmiot administrujący”, uznać można, że kompetencja przysługiwać może organom administracji rządowej, organom administracji samorządowej, a także innym organom, które wykonują funkcje zlecone administracji.

W doktrynie prawa administracyjnego generalnie wskazuje się na brak możliwości zbywania kompetencji (przenoszenia ich na inne podmioty),⁴⁸ gdyż na gruncie prawa administracyjnego nie obowiązuje cywilnoprawna zasada swobody umów.⁴⁹ Przepisy prawa przewidują jednak możliwość zmiany podmiotowej po stronie nosiciela kompetencji. Przejawem tego rodzaju działania może być przewidziana ustawami samorządowymi, dekoncentracja kompetencji (nie tylko orzeczniczych, ale ogólnie władczych) przy zróżnicowanym podejściu ustawodawcy.

W u.s.p. oraz w u.s.w. kompetencje dekoncentracyjne pozostawiono w gestii organu umocowanego do podejmowania decyzji (art. 38 ust. 2 u.s.p. i art. 46 ust. 2 u.s.w.), w u.s.g. zastrzeżono je na rzecz organu uchwałodawczego, który mocą swojego rozstrzygnięcia przenosi uprawnienie do wydawania decyzji z organu wykonawczego na określony podmiot (art. 39 ust. 4 u.s.g.). Zauważyć przy tym należy istotną różnicę pomiędzy przewidzianymi w ustawach samorządowych rozwiązaniami prawnymi. U.s.p. przewiduje jedynie możliwość upoważnienia wicestarysty, poszczególnych członków zarządu powiatu, pracowników starostwa, powiatowych służb, inspekcji i straży oraz kierowników jednostek organizacyjnych powiatu

44 M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004, s. 24.

45 T. Rabska, *Prawny mechanizm kierowania gospodarką*, Wrocław 1990, s. 114; M. Zieliński, *Dwa nurty pojmowania „kompetencji”*, (w:) *Gospodarka. Administracja. Samorząd terytorialny*. Praca poświęcona 45-leciu pracy twórczej Profesor Teresy Rabskiej, pod. Red. H. Olszewskiego, B. Popowskiej, Poznań 1997, s. 596.

46 W. Góralczyk jr, *Zasada kompetencyjności w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 61.

47 J. Jendrośka, *Podmioty administrujące*, (w:) *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2004, s. 131.

48 M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*. *Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995, s. 90.

49 Tamże, s. 140.

do wydawania decyzji w imieniu starosty. Jest to rodzaj dekoncentracji wewnętrznej.⁵⁰ Podmiot, na rzecz którego udzielono upoważnienia, działa na rzecz i na rachunek organu upoważniającego, który nie traci w tym momencie swoich kompetencji orzeczniczych.⁵¹ Jedyną natomiast wskazówką potwierdzającą wydanie decyzji z upoważnienia starosty w samej treści decyzji będzie podpis pod decyzją upoważnionego urzędnika z klauzulą „z upoważnienia starosty”.⁵² Analogicznie rozwiązanie to wygląda w przypadku u.s.w. Marszałek województwa upoważnić może wicemarszałków, pozostałych członków zarządu województwa, pracowników urzędu marszałkowskiego oraz kierowników wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych.

Dekoncentracja kompetencji orzeczniczych inaczej kształtuje się na poziomie u.s.g. Zastosowanie mechanizmu przewidzianego w art. 39 ust. 4 u.s.g. skutkuje przekazaniem jurysdykcyjnych kompetencji – rada gminy mocą aktu o charakterze prawa miejscowego decyduje niejako o odebraniu kompetencji do wydawania decyzji indywidulanych wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi) i przekazaniu tychże na rzecz organów wykonawczych jednostki pomocniczej oraz organów jednostek i podmiotów, gminnych jednostek organizacyjnych. Ta ogólna ustrojowa konstrukcja podlega w niektórych przypadkach ograniczeniom bądź doprecyzowaniu na gruncie prawa ustaw szczególnych (szczegółowych) względem ogólnej regulacji strojowej i proceduralnej. Dla przykładu można tu wskazać rozwiązania w zakresie wydawania decyzji administracyjnych z zakresu właściwości samorządowych zarządców dróg,⁵³ czy cytowany już wcześniej art. 6q ust. 1a u.c.p.g. oraz np. przyznawanie zryczałtowanego dodatku energetycznego.⁵⁴

Mechanizm stosowany na gruncie art. 39 ust. 4 u.s.g. jest akceptowalny zarówno w doktrynie prawa administracyjnego, jak i w orzecznictwie.⁵⁵ Praktyka zastosowania opisywanej konstrukcji prawnej w niektórych sytuacjach budzi pewne kontrowersje, pomimo że wydawałoby się, iż nie powinna odbiegać od przyjętych dotychczas wzorów prawnych. Wskazać można na regulacje u.c.p.g. sprzed nowelizacji z dnia 19 lipca 2019 r., które określały właściwość rzeczową wójtów (burmistrzów, prezydentów) do wydawania decyzji z zakresu tej ustawy (przy tym istotne jest, iż problematyka u.c.p.g. objęta jest przepisami ordynacji podatkowej – w przed-

50 B. Adamiak, Tok instancji przed organami samorządu terytorialnego, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 9, s. 4.

51 Cz. Martysz, Art. 38 Zasady wydawania decyzji administracyjnych, Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, wyd. II, (red.) B. Dolnicki, Lex online.

52 Cz. Martysz, Podpis jako istotny element decyzji administracyjnej, „Miscellanea Iuridica” 2002 t. 1, s. 116.

53 Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2222), art. 21.

54 Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 220).

55 Por. B. Adamiak, Właściwość terenowych organów administracji publicznej do prowadzenia orzecznictwa administracyjnego, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 6, s. 3-10; B. Dolnicki, Monokratyczne organy samorządu terytorialnego, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 1-2, s. 53-63; A. Szewc, Z problematyki art. 39 ustawy o samorządzie gminnym, „Państwo i Prawo” 2004, z. 6, s. 55-63; A. K. Modrzejewski, Upoważnienie zarządu spółki komunalnej na podstawie art. 39 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu utrzymania czystości i porządku, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 6, s. 5-15 wraz z przytaczaną tam literaturą i orzecznictwem.

miocie wydawania decyzji odnoszących się do opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi), ale jednocześnie odmiennie niż jest to teraz, nie dopuszczano wprost w u.c.pg. zastosowania konstrukcji z art. 39 ust. 4 u.s.g.⁵⁶ W ówczesnym stanie prawnym – w uchwale z dnia 19 grudnia 2016 r. – NSA wyłączył możliwość przeniesienia kompetencji na rzecz organów gminnych jednostek organizacyjnych, wskazując, że w sprawach z zakresu ordynacji podatkowej katalog organów podatkowych jest zamknięty i nie może być rozszerzany poprzez przeniesienie kompetencji wójta (burmistrza, prezydenta) na inny podmiot.⁵⁷ W świetle przedmiotowej uchwały nie było dopuszczalne skorzystanie przez radę gminy z upoważnienia określonego w art. 39 ust. 4 u. s. g. w zakresie opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, albowiem na przeszkodzie temu stał art. 6q ust. 1 uc.p.g. Zgodnie natomiast z art. 6q ust. 1 w sprawach dotyczących opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, z tym że uprawnienia organów podatkowych przysługują wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta, a w przypadku przejęcia przez związek międzygminny zadań gminy, o których mowa w art. 3 ust. 2, w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, w zakresie opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, które stanowią dochód związku międzygminnego – zarządowi związku międzygminnego. Inaczej rzecz ujmując, na gruncie uchwały skorzystanie z upoważnienia określonego w art. 39 ust. 4 u.s.g. w sprawach opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi było – wobec wskazania w art. 6q ust. 1 u.c.p.g. organów właściwych w tych sprawach – niedopuszczalne.

Powyższa uchwała spotkała się z krytyką.⁵⁸ Nie zmienia to faktu, że NSA w pewnym zakresie podważył racjonalność zastosowania instrumentu przewidzianego w art. 39 ust. 4 u.s.g. poprzez określenie, że wskazanie w ustawie prawa materialnego organu właściwego do wydawania rozstrzygnięć indywidualnych tożsame jest z zastrzeżeniem kompetencji dla tego organu – bez możliwości dekoncentracji kompetencji. Wydaje się jednak, że taki rodzaj argumentacji może budzić pewne wątpliwości. Za każdym bowiem razem w akcie prawnym należy poszukiwać normy kompetencyjnej, która wyraźnie wskazuje organ właściwy do podejmowania rozstrzygnięć indywidualnych i określa jego właściwość rzeczową. Istnienie takiej normy nie ogranicza możliwości dekoncentracji kompetencji, a jest swoistym warunkiem koniecznym do tego, by po pierwsze organ mógł wydawać określone prawem rozstrzygnięcia, po drugie, by wiadomym było, że właśnie z tego organu można przenieść kompetencje na rzecz organu gminnej jednostki organizacyjnej. Z uchwały

56 Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454.

57 Uchwała NSA z 19 grudnia 2016 r., sygn. II FPS 3/16, dostępny na: CBOSA.

58 K. Ziemiński, Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 grudnia 2016 r. (II FPS 3/16) : dopuszczalność przeniesienia przez radę gminy w trybie art. 39 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym kompetencji organu podatkowego określonych art. 6q ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach : glosa (krytyczna), „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 3, s. 82-91.

NSA można wyprowadzić również pośrednio wniosek o ograniczeniu dekoncentracji kompetencji w obszarze funkcji fiskalnej państwa. NSA staje bowiem na stanowisku, że katalog organów podatkowych, jako zamknięty, nie dopuszcza możliwości wykonywania funkcji fiskalnych przez inne podmioty.⁵⁹

Przykładowo P. Lisowski podaje w wątpliwość sens istnienia unormowania określonego w art. 39 ust. 4 u.s.g. Kwestionuje on zarówno fakt przyjęcia określonych rozwiązań dekoncentracyjnych tylko na poziomie gminy, jak i to, że odbywa się to aktem normatywnym bez udziału organu wykonawczego.⁶⁰ Pojawiać się mogą przy tym trudności interpretacyjne w miastach na prawach powiatu.⁶¹ Z drugiej jednak strony, jeśli już wprowadzono tego rodzaju mechanizm prawny, to zasadnym było oparcie konstrukcji na akcie prawnym o charakterze powszechnie obowiązującym (właściwiej uchwale rady gminy). Prawidłowe „ułożenie” tej instytucji wymagałoby pewnych zmian o charakterze zasadniczym. Instrument przewidziany w art. 39 ust. 4 u.s.g. można wiązać z samodzielnością gminy wyboru formy organizacyjnej wykonywania zadań publicznych. Jest to szczególnie istotne, jeśli prawidłowe wykonywanie zadań powierzonych gminnej jednostce organizacyjnej powiązane jest z koniecznością władczego rozstrzygania. Należałoby w związku z tym określić szczególny tryb, na mocy którego rada będzie mogła podjąć taką uchwałę tylko i wyłącznie na wniosek organu wykonawczego (co mogłoby sprzyjać stabilizacji funkcji orzecznictwej), który z kolei odpowiedzialny jest za realizację zadań publicznych i może posiadać stosowną wiedzę co do tego, czy konieczne jest przeniesienie powierzonych mu ustawowo kompetencji.

W kontekście prawidłowego świadczenia usług użyteczności publicznej przez jednostki organizacyjne powiązanie zadań z władczą możliwością podejmowania decyzji może decydować o efektywności określonej działalności. Konsekwencją przeprowadzonego mechanizmu dekoncentracji będzie zamiana organu właściwego do wydawania decyzji w relacjach zewnętrznych. Jest to bowiem odmienna konstrukcja prawna od rozwiązań przewidzianych w u.s.p., u.s.w, a także regulacji pełnomocnictwa określonych w k.p.a. i o.p. Treść art. 39 ust. 4 u.s.g. pozwala bowiem na dekoncentrację zewnętrzną na rzecz podmiotów, które strukturalnie bazują na swej odrębności publicznoprawnej, działając jako podmioty administrujące. Dekoncentracyjna interakcja pomiędzy organami dwóch podmiotów administracji pu-

59 Jako przykład błędnego zastosowania przeniesienia kompetencji na rzecz innego podmiotu wskazać można Rozstrzygnięcie Nadzorcze NR PN.4131.207.2015 Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 27 lipca 2015 r., Dz. Urz. Woj. Warm.-Mazursk. z dnia 28 lipca 2015 r. poz. 2796, w którym stwierdzono nieważność uchwały Nr IX/56/2015 Rady Miejskiej w Białej Piskiej w sprawie upoważnienia Dyrektora Szkoły Podstawowej im. Gen. Józefa Bema w Bemowie Piskim do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, w części § 1 w zakresie sformułowania „Panią Barbarę Elżbietę Dąbrowską”. Wojewoda stwierdził, że przewidziana w art. 39 ust. 4 u.s.g. konstrukcja prawna, o ile niekwestionowana w orzecznictwie, to nie dopuszcza przeniesienia kompetencji organu na konkretną osobę (piastuna organu), a na podmiot, który staje się organem.

60 P. Lisowski, *Dekoncentracja zewnętrzna...*, *op. cit.*, s. 52.

61 Wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2006 r., sygn. I OSK 346/05, dostępny na CBOSA.

blicznej stwarza warunki do przekazywania kompetencji, a nie tylko od ich wykonywania.⁶² Należałoby wprowadzić wyraźne rozgraniczenie pomiędzy instytucjami przewidzianymi w przepisach proceduralnych, określającymi możliwość udzielania pełnomocnictw administracyjnych od instytucji stwarzających warunki organom administracji publicznej na poziomie samorządu terytorialnego do takiego organizowania wzajemnych relacji na płaszczyźnie organ – podmiot wyodrębniony organizacyjne, ale jednocześnie zależny w swej strukturze od tegoż organu, które pozwoliłoby na sprawne i efektywne wykonywanie powierzonych zadań. Być może, w kontekście kontrowersji związanych z przytaczaną uchwałą NSA, zasadnym byłoby rozważanie każdorazowego wyraźnego wskazania w przepisach prawnych jasno określonego wyłączenia zastosowania instytucji przewidzianych w art 39 ust. 4 u.s.g. bądź też wyraźnego odesłania do tejże instytucji. Faktem jest, że brak precyzji implikować może daleko posunięte rozbieżności interpretacyjne, co wpływać może bardzo poważnie na praktykę wykorzystania instytucji. Jest to o tyle istotne, że w ten sposób określa się ustrojową kompetencję właściwego organu administrującego do wydawania samodzielnych decyzji administracyjnych wobec obywatela, jeśli po pewnym czasie kwestionujemy możliwość przeniesienia tychże kompetencji. Prowadzić to może do podważenia legitymacji prawnej organu i wzruszenia we właściwym toku administracyjnym wydanych wcześniej rozstrzygnięć (łącznie ze stwierdzeniem ich nieważności).

Przepis art. 39 ust. 4 u.s.g. odsyła do art. 9 ust. 1 u.s.g. Z kolei art. 9 ust. 1 u.s.g. stanowi, że w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Samo przeniesienie kompetencji powinno mieć formę władczego aktu normatywnego.

Żołono przy tym, że istnieją podmioty, którym zlecenie im zadań nie następuje w drodze umowy bądź też nie stanowi ona pierwotnego źródła powierzonych zadań – o czym szerzej w dalszej części rozprawy. Podmioty takie tworzone są bowiem w celu realizacji zadań, czyli będą realizowały jakieś zadanie (taki będzie cel ich funkcjonowania), funkcje i kompetencje mogą, ale nie muszą być im przyznane.

Pojęcie dekoncentracji oznacza przeniesienie kompetencji na organy (organ) niższe, równorzędne bądź podmioty zewnętrzne, dokonane w formie aktu normatywnego rzędu ustawy lub w formie aktu normatywnego organu przenoszącego kompetencje (w tym przypadku właśnie uchwały rady gminy z wyraźnego dozwolenia ustawy o samorządzie gminnym), z zachowaniem nadrzędności hierarchicznej organów zwierzchnich w zakresie przekazanych kompetencji. Dekoncentracja w ujęciu dynamicznym oznacza proces przesuwania kompetencji z jednego podmiotu na drugi lub z jednego podmiotu nawet na kilka podmiotów. Należy jednak

62 P. Lisowski, *Dekoncentracja zewnętrzna...*, *op. cit.*, s. 55.

zauważyć, że w analizowanym przypadku przesunięcie kompetencji odbywa się na podmiot, który zasadniczo jest poza strukturą administracji, z drugiej – co jest konsekwencją stosownej uchwały rady gminy – tworzy organ administracji w ujęciu funkcjonalnym.⁶³

Problem przeniesienia kompetencji jest również istotny ze względów zakresowych, tzn. co do tego, jakie kompetencje mogą być przeniesione. Identyfikacja „produktu” działania administracji jest stosunkowo prosta w dziedzinach administracji świadczącej, ale bardziej skomplikowana w sferze administracji reglamentacyjnej.⁶⁴ Szczególnie wówczas, gdy organ administracji zrzuca się swych kompetencji na rzecz podmiotu, który może działać na rynku konkurencyjnym, a powierzone kompetencje może wykorzystywać w „walce” konkurencyjnej. Orzecznictwo odnosiło się do możliwości przeniesienia kompetencji do podejmowania czynności materialno-technicznych.⁶⁵

Możliwość przekazywania kompetencji na rzecz innych podmiotów nie odbywa się jedynie na podstawie art. 39 ust. 4 u.s.g. L. Zacharko pisze o zjawisku prywatyzacji sektora publicznego, które prowadzi do przekształceń w sferze prawnych form działania administracji.⁶⁶ Autorka wskazuje, że realizacja zadań przez organy administracji publicznej przebiega w prawem określonych formach, które powinny być dostosowane do realizowanych zadań.⁶⁷ Wskazuje ona, że efektywność prawa zależy w znacznym stopniu od trafności wyboru regulacji prawnej. Istotne znaczenie ma zwłaszcza dokonanie poprawnego wyboru pomiędzy zastosowaniem regulacji cywilnoprawnej a administracyjnoprawnej.⁶⁸ Podnosi także, że przeszłości ingerencja administracyjnoprawna była nadużywana, a aktualnie w obszarze wykorzystywania administracyjnych form realizacji zadań publicznych zauważyć można daleko idące przekształcenia. Jako przykład podaje regulacje prawne w zakresie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych.⁶⁹ Zgodnie z treścią art. 15 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych na wniosek zarządzającego (którym jest podmiot prawa prywatnego) starosta wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej właściwy ze względu na położenie strefy może, za zgodą wojewody, powierzyć zarządzającemu prowadzenie, w tym wydawanie decyzji administracyjnych w pierwszej instan-

63 K. Sobieralski, *Regionalizacja...*, *op. cit.*, s. 200.

64 J.A. Mark, *Measurings and Measures of Productivity*, „Public Administration, Review” 1972, nr 6, s. 747 i n.; H.P. Hatry, *Issues in Productivity Measures for local Government*, „Public Administration, Review” 1975, nr 6, s. 777.

65 Wyrok NSA z 26.11.2013 r., sygn. II OSK 2409/13, dostępny na: CBOSA.

66 L. Zacharko, *Prywatyzacja sektora publicznego a przekształcenia w sferze prawnych form działania administracji*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, (red.) J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 89-99.

67 Problematyka prawnych form działania administracji doczekała się w Polsce licznych opracowań, np. J. Starościk, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957; *Studia z teorii prawa administracyjnego*, red. T. Rabska, J. Łętowska, Warszawa 1967.

68 L. Zacharko, *Prywatyzacja sektora publicznego...*, *op. cit.*, s. 89.

69 Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1010).

cji, następujących spraw z zakresu prawa budowlanego dotyczących terenu: wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, przenoszenie pozwolenia na budowę na inną osobę, orzekanie o utracie ważności pozwolenia na budowę, przyjmowanie zawiadomień o zakończeniu budowy, wydawanie pozwoleń na użytkowanie obiektu budowlanego, udzielenie pozwolenia na zmianę sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, nakazanie przeprowadzenia kontroli obiektu budowlanego i zażądanie przedstawienia ekspertyzy stanu technicznego obiektu budowlanego. Na wniosek zarządzającego rada gminy właściwej ze względu na położenie strefy może upoważnić zarządzającego do wydawania decyzji w sprawach ustalania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu dotyczących terenów położonych w strefie.

Zdaniem L. Zacharko rozwiązania przyjęte w art. 15 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych są przykładem prywatyzacji nie tylko zadań publicznych, ale i prywatyzacji kompetencji, czyli władztwa państwowego z zastosowaniem umowy publicznej. Jest to umowa nienazwana. Jednym z podmiotów tej umowy jest organ administracji publicznej, drugim podmiot prywatny, wykonujący zadania, ale i kompetencje przypisane samorządowi (państwu).⁷⁰ Z tak wyrażonym poglądem nie można się do końca zgodzić. W polskim porządku prawnym uregulowane są tylko umowy cywilne, przeniesienie zaś kompetencji nie może odbyć się na gruncie prawa prywatnego. Wydaje się również niezasadnym twierdzenie, że kompetencje do wydawania aktów władczych opierają się na delegacji dokonanej nienazwaną umową, administracja działa na podstawie i w granicach prawa. Skoro umowa administracyjna nie jest uregulowana w polskim porządku prawnym, to podstaw przeniesienia kompetencji należy poszukiwać w ramach aktów normatywnych.

Czym innym jest powierzenie realizacji samego zadania (w postaci np. prowadzenia strefy ekonomicznej, co może być dokonane przez stosowną umowę) a czym innym przekazanie kompetencji na rzecz prowadzącego taką strefę. Tym bardziej że nie chodzi tutaj o pełnomocnictwo administracyjne, a przeniesienie kompetencji – organ administracji traci w tym momencie zdolność orzekania i decydowania. Przeniesienie kompetencji orzeczniczych dobywało się będzie na podstawie stosownej uchwały rady gminy.⁷¹

Powyżej prowadzone rozważania dotyczące powierzenia kompetencji niewątpliwie prowadzą do wniosku, że musi istnieć odpowiednia podstawa prawna, która umożliwia organom j.s.t. przekazywanie swoich władczych uprawnień podmiotom niepublicznym. Po drugie nietrudno dostrzec, iż przekazywanie funkcji władczych może pozostawać w kolizji z interesem prywatnym realizowanym przez prywatny

⁷⁰ L. Zacharko, *Prywatyzacja sektora publicznego...*, op. cit., s. 89.

⁷¹ C. Martysz, *Komentarz do art. 39 ustawy o samorządzie gminnym*, (w:) B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym*. Komentarz, wyd. II, Lex online 2019 r.

pomiot. Stąd też istotna rola powiązania przekazania funkcji z przekazaniem zadania, a także status podmiotu, który to zadanie realizuje. Nie może to być bowiem podmiot całkowicie niezależny względem organu j.s.t., przyznane kompetencje może bowiem wykorzystywać dla realizacji własnego ekonomicznego interesu indywidualnego, nie zaś dla realizacji określonego zadania. Istnienie płaszczyzny zależności determinowało będzie konieczność podejmowania działań władczych w ramach realizacji powierzonych zadań publicznych. Zależność ta powinna mieć płaszczyznę organizacyjną, personalną i majątkową. Stąd też pojawiające się wątpliwości w zakresie tego, czy w obszarze powierzania funkcji i kompetencji zasadnym jest używanie pojęcia prywatyzacji. Prywatyzacja zadań publicznych i współpraca między sektorem publicznym a podmiotami prywatnymi wymusza stosowanie przez administrację form prawa prywatnego.⁷² W wielu przypadkach umowy zawierane przez administrację publiczną, na przykład przy realizacji zadań publicznych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (umowy o świadczenie usług, kontrakty o zarządzanie i obsługę infrastruktury czy leasing), są poprzedzone wewnętrznymi aktami administracyjnymi odpowiedniego organu (np. rady gminy), które podlegają kontroli administracyjnej i sądownoadministracyjnej.⁷³ Jednak, jak podkreśla A. Agopszowicz, uchwała jednostki samorządu terytorialnego poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej, jest elementem czynności prawnej polegającej na złożeniu stosownego oświadczenia woli.⁷⁴ Można więc twierdzić, że nie stanowi ona samodzielnej podstawy powierzenia samego zadania, a tym bardziej powiązanych z zdaniem kompetencji. Możliwym więc byłoby mówienie o prywatyzacji zadań, ale nie prywatyzacji funkcji i kompetencji – co wiązać należy z władczym i normatywnym charakterem aktu przekazującego kompetencje. W przypadku zaś podmiotów wewnętrznych, na rzecz których powierzenie zadania może być dokonane, należałoby się zastanowić, czy podstawą wykonywania określonego zadania nie będzie właśnie płaszczyzna prawa publicznego, co w powiązaniu z władczą formą przeniesienia kompetencji mogłoby prowadzić do powiązania kompetencji z komercjalizacją zadania. Tylko bowiem wówczas powierzenie kompetencji powiązane z powierzeniem zadań oparte będzie w normatywnych aktach powszechnie obowiązujących.⁷⁵

W kontekście możliwego przenoszenia kompetencji na podmioty spoza administracji pojawia się zagadnienie, określane przez niektórych autorów jako prywa-

72 L. Zacharko, Prywatyzacja sektora publicznego..., *op. cit.*, s. 90.

73 J. Jagoda, Uchwała jednostki samorządu terytorialnego jako czynność poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej, (w:) *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 552-562.

74 A. Agopszowicz (w:) A. Agopszowicz, Z. Gilowska, M. Taniowska-Peszek, *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 2001 r., s. 253.

75 E. Knosala, Teoretyczne aspekty stosowania prawa prywatnego w działaniu współczesnej administracji publicznej, (w:) M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa Profesora J. Langa*, Warszawa 2009, s. 145 i n. i cyt. tam literatura.

tyzacja zadań publicznych w formach administracyjnoprawnych.⁷⁶ Uczynić w tym miejscu należy dwa zastrzeżenia. Pierwsze odnosi się do tego, że tzw. prywatyzacja zadań publicznych może zaistnieć tylko w przypadku przeniesienia kompetencji orzeczniczych, nie zaś w przypadku dozwolonego prawem upoważnienia określonego podmiotu do wydawania decyzji w imieniu i z upoważnienia organu. W takim bowiem przypadku decyzje wydawane są niejako w imieniu upoważniającego i to upoważniający ponosi pełną odpowiedzialność za podejmowane rozstrzygnięcia. Przemienienie kompetencji zakłada przeniesienie odpowiedzialności za realizację powierzonych kompetencji. Po drugie, przeniesienie kompetencji orzeczniczych nie może być utożsamiane z prywatyzacją zadań. Jak zostało bowiem wskazane, czym innym są zadania czym innych funkcje organu. Prywatyzacja zadań nie oznacza automatycznie konieczności przenoszenia na dany podmiot funkcji orzeczniczych. Zauważyć jednocześnie należy, że kompetencje orzecznicze (funkcje) przenoszone mogą być jedynie na podmioty o pewnej charakterystyce⁷⁷ Zarządzającym strefą może być wyłącznie spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa albo samorząd województwa posiada większość głosów, które mogą być oddane na walnym zgromadzeniu.⁷⁸ Podobnie powierzenie kompetencji orzeczniczych na podstawie art. 39 ust. 4 u.s.g. odbyć się może co do zasady tylko na odpowiednie organy jednostek organizacyjnych. Podmiotowo występuje więc szczególna więź organizacyjna i prawna łącząca podmioty, na rzecz których można przenieść kompetencje orzecznicze. Charakter prawny tych podmiotów zostanie opisany w dalszej części wywodów. Szczególny rodzaj więzi przejawia się także formą, w jakiej zadania i ewentualne funkcje zostają powierzone.

Jak wskazano powyżej, funkcje wiążą się z wykonywaniem powierzonych organowi kompetencji. Źródłem przeniesienia kompetencji na inny podmiot nie będzie umowa, co można wprost wywodzić z konieczności działania organów administracji w oparciu o prawo powszechnie obowiązujące i braku w tym zakresie swobody umów.

Dokonując analizy instytucji przeniesienia kompetencji na gruncie prawa UE, wskazać należy, że akt, w którym organ administracji publicznej, jednostronnie w ramach swoich kompetencji instytucjonalnych lub szereg organów administracji publicznej w ramach umowy prawa publicznego, dokonują przekazania niektórych

76 S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych..., *op. cit.*, s. 91-92; na analizowany problem wskazuje również Z. Leoński, Problemy prywatyzacji administracji publicznej i ochrona praw jednostki, (w:) Jednostka wobec działań administracji publicznej, (red.) E. Ura, Rzeszów 2001, s. 266-275; E. Knosala, Zadania współczesnej administracji publicznej, (w:) Ustrojowo-prawne instrumenty polityki społecznej, red. M. Baron-Wiaterek, Gliwice 2005, s. 46-47; E. Knosala, Zadania publiczne i formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego, (w:) J. Zimmermann (red.), Koncepcja systemu prawa administracyjnego, Kraków 2007, s. 118-119.

77 M. A. Waligórski, Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej w tzw. specjalnych strefach ekonomicznych, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, s. 15.

78 Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1010, art. 6 ust. 1, analogicznie NSA w wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. II GSK 1167/14, dostępny na: CBOSA.

kompetencji publicznych podmiotu prawa publicznego innemu podmiotowi prawa publicznego, stanowi akt reorganizacji wewnętrznej państwa członkowskiego. Taki akt jest zatem, co do zasady, wyłączony z zakresu stosowania prawa Unii, a dokładniej przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych.⁷⁹ W moim przekonaniu zgodzić się należy z takim stanowiskiem. Nie może być objęta procesem zamówienia publicznego działalność orzecznicza administracji i dysponowanie przyporządkowanym jej władztwem.

Logicznym jest w związku z tym przyjęcie, że przekazanie kompetencji nie będzie odbywało się w trybie zamówienia publicznego, czyli pomiędzy powierzającym a podmiotem, na rzecz którego powierzenie zostanie dokonane, nie jest zawierana umowa cywilnoprawna.⁸⁰ Pojęcie zamówienia publicznego wymaga bowiem istnienia czynności odpłatnego nabycia przez instytucję zamawiającą robót budowlanych, dostaw lub usług, i takich właśnie czynności dotyczy.⁸¹ Oczywiście wolą ustawodawcy może być wybór podmiotu, którego organowi zostanie powierzona funkcja administrowania (nie tylko orzeczniczego, bo mogą wchodzić w grę także inne władcze formy działania), ma być dokonany jedynie w trybie obowiązującym przy zamówieniach publicznych (przedmiotem takiej „operacji” nie będzie natomiast zamówienie publiczne w znaczeniu materialnoprawnym). Ponadto wymóg działania na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego oznacza nie tylko to, że forma umowy administracyjnej powinna z niego wynikać, ale przede wszystkim to, że nie wolno domniemywać kompetencji do wydania aktu administracyjnego zewnętrznego.

Z punktu widzenia prawa unijnego instrumenty prawne regulujące przenoszenie kompetencji pomiędzy organami administracji i organami administrującymi mogą przybierać różnorodne postacie, które mogą różnić się w zależności od cech szczególnych systemu prawnego lub danego organu. Instrumenty takie mogą obejmować, na przykład, akty ustawowe lub wykonawcze, decyzje organu administracji lub też umowy prawa publicznego zawarte pomiędzy organami. Przekazanie kompetencji może zostać dokonane „wertikalnie”, gdy chodzi o przekazanie od państwa do jednostki samorządu terytorialnego niższej rangi. Może ono także odbyć się na płaszczyźnie „horyzontalnej”, w sytuacji gdy szereg jednostek samorządu terytorialnego tworzy wspólną strukturę, której powierzone zostają kompetencje wykonywane wcześniej przez owe jednostki samorządu terytorialnego. Ponadto przekazanie

- 79 Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 30 czerwca 2016 r.; wyrok TS z 21.12.2016 r. C 51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:985; wyrok TS z 8.05.2014 r., C 15/13, Datenlotsen Informationssysteme, pkt 22, EU:C:2014:303, i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z 9.06.2009 r., C 480/06, Komisja vs. Niemcy, pkt 47, EU:C:2009:357.
- 80 Zobacz wyrok TS z 25.03.2010 r., C 451/08, Helmut Müller, pkt 62, EU:C:2010:168,; opinia rzecznika generalnego N. Jääskinen w sprawie Komisja/Hiszpania, C 306/08, pkt 84 i 87, EU:C:2010:528, oraz opinia rzecznika generalnej V. Trstenjak w sprawie Komisja/Niemcy, C 536/07, pkt 47, EU:C:2009:340.
- 81 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

kompetencji typu horyzontalnego może nastąpić „dobrowolnie”, a mianowicie na podstawie wspólnej decyzji odnośnych jednostek samorządu (np. jeśli kompetencje przekazywane są w ramach podejmowania przewidzianej prawem współpracy j.s.t. – porozumienia, związku) lub też „przymusowo”, w sposób narzucony w drodze czynności organu korzystającego ze swojej szczególnej (nadrzędnej) pozycji prawnej.⁸²

Z orzecznictwa Trybunału UE wywieść można wytyczne służące identyfikacji kluczowych cech przekazania kompetencji w układzie horyzontalnym.⁸³ Cechy te wiązać należy z przesłankami, jakie powinny brać pod uwagę organy administracji publicznej, dokonując przeniesienia kompetencji na rzecz innego podmiotu.

Po pierwsze, aby przekazanie kompetencji było rzeczywiste, konieczne jest, by miało ono charakter całościowy. Tak więc jednostka, na rzecz której kompetencje są przekazywane, musi posiadać całość uprawnień i obowiązków niezbędnych do wykonywania w pełni oraz w sposób autonomiczny zadań publicznych, do wykonywania których zostały jej przydzielone kompetencje. W szczególności powinna posiadać uprawnienia do określenia ram prawnych i szczegółowych zasad dotyczących wykonywania tego zadania. W następstwie przekazania organ przekazujący powinien natomiast wyzbyć się całkowicie kompetencji odnoszących się do rozpatrywanego zadania z zakresu usług publicznych.⁸⁴

Wyrażony został również pogląd, zgodnie z którym zwrot kompetencji organowi przekazującemu nie może zależeć od wykonania uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy, przyznanej temu organowi na wypadek nienależytego wykonywania zadań. Podkreśla się, że taka możliwość jest typowa dla logiki kontraktowej, której obce jest przekazywanie uprawnień. Zwrot kompetencji może natomiast być wynikiem nowej reorganizacji rozpatrywanych zadań publicznych.⁸⁵

Co do zasady, należy zgodzić się z tak wyrażonym poglądem. Istnieć musi stabilność organów orzekających, tzn. aby zarówno adresat decyzji, jak i inne organy funkcjonujące w systemie prawnym (nie tylko administracyjne, bo również sądy) nie miały wątpliwości co do umocowania określonych podmiotów do podejmowania rozstrzygnięć. Organy wydające decyzję powinny również ponosić odpowiedzialność za skutki swoich rozstrzygnięć (nie tylko w zakresie odpowiedzialności majątkowej urzędników, ale również w zakresie odpowiedzialności politycznej).

Z drugiej strony przeniesienie kompetencji orzeczniczych na gruncie układów horyzontalnych, co do zasady, oparte jest na pewnej władczości organów admini-

82 Por. Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 30.06.2016 r., sprawa C 51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:504.

83 Wyrok z TS z 20.10.2005 r., C 264/03, Komisja vs. Francja, pkt 54, EU:C:2005:620, a także pkt 41 opinii rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w tej sprawie C 264/03, EU:C:2004:747.

84 Tamże.

85 Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego..., *op. cit.*

stracji względem podmiotów, na rzecz których te kompetencje zostały przeniesione. Otrzymujący kompetencje nie będzie miał uprawnień do tego, by odmówić przyjęcia przeniesienia kompetencji, tak samo nie będzie miał wpływu na moment, w którym przeniesienie kompetencji zostanie cofnięte. Z punktu widzenia państwa prawa nie jest pożądany stan „rozchwiana kompetencyjnego”, przez co rozumieć można sytuację, w której w sposób nieprzewidywalny i nagły zmienia się właściwość organu, szczególnie jeśli ta właściwość kreuje się na poziomie aktów prawa miejscowego. Z drugiej strony przekazanie kompetencji może być dokonane władczo. Jeśli przeniesienie kompetencji może mieć charakter jednostronnie rozstrzygający, to trudno założyć, że ich odbieranie musi być takiego charakteru władczego pozbawione. Kluczowa jest więc rola działania planowanego, z uwzględnieniem czynności o charakterze strategicznym, tzn. organy, dokonując przekazania kompetencji, powinny rozważyć, czy ma być to działanie krótkotrwałe, czy długoterminowa organizacja realizacji określonych zadań ustawowych.

Kolejnym elementem wskazanym przez TS jest konieczność, by jednostka, której przekazywane są kompetencje, nie działała za zgodą organu przekazującego. Aby przekazanie miało charakter rzeczywisty, rzeczona jednostka powinna być w stanie wykonywać zadanie, w celu wykonania którego zostały jej przyznane kompetencje na zasadach pełnej autonomii.⁸⁶ Ponieważ organ przekazujący nie posiada już żadnych kompetencji w danej dziedzinie, nie powinien mieć możliwości ingerowania w realizację zadań, które należą odtąd w pełni do kompetencji jednostki, na rzecz której kompetencje zostały przekazane.⁸⁷ Istnienie elementu zgody, czy też aprobaty podejmowanych czynności prowadziłyby do nieuzasadnionego rozproszenia odpowiedzialności. Z jednej strony kompetencje wykonywałby podmiot, na rzecz którego zostały powierzone, i to on w tym zakresie ponosiłby odpowiedzialność, z drugiej związany byłby wytycznymi organu formalnie niebędącego zaangażowanym w postępowanie.

Trybunał podkreślił, że podmiot, któremu kompetencje są przekazywane, musi posiadać autonomię finansową w wykonywaniu zadań publicznych, w odniesieniu do których zostały mu przekazane kompetencje. Tak więc w realizacji tych zadań nie może on być finansowo zależny od organu przekazującego. Organ ten – lub inny organ uczestniczący w rozpatrywanej wewnętrznej reorganizacji władz publicznych – powinien mu udostępnić zasoby niezbędne do celów wykonania zadań. Owo udostępnienie stanowi niezbędne uzupełnienie przekazania kompetencji. Nie powinno ono natomiast odpowiadać wynagrodzeniu za świadczenia umowne w ramach stosunku wzajemnego.⁸⁸ Co również warto podkreślić, wprowadza się rozróżnienie

86 Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego..., *op. cit.*

87 Wyrok TS z 20.10.2005 r., C 264/03, Komisja vs. Francja, EU:C:2005:620.

88 Tamże.

między tym, co jest usługą użyteczności publicznej, a wykonywaną w ramach świadczenia tych usług kompetencją.⁸⁹

W przypadku przekazania kompetencji dotyczących wykonywania zadań z zakresu usług publicznych wymóg ten nie oznacza konieczności, że j.s.t., która przekazuje owe kompetencje nowemu podmiotowi, nie powinna mieć z nim żadnego związku. Ze względu na odpowiedzialność polityczną, jaką jednostka samorządu terytorialnego ponosi wobec swoich mieszkańców za realizację zadań z zakresu usług publicznych na swoim terytorium, wydaje mi się, że powinien być dopuszczalny pewien stopień wpływu na nowy podmiot, który można by zakwalifikować jako kontrolę „polityczną”. Aby przekazanie kompetencji było rzeczywiste, organ przekazujący nie może jednak zachować uprawnień związanych z wykonywaniem *in concreto* zadania publicznego. Autonomia w realizacji powierzonych kompetencji istotna jest ze względu na odpowiedzialność prawną za ewentualne błędy przy wydawaniu decyzji indywidualnych. Niepożądanym jest sytuacja, w której podmiot powierzający kompetencje może nakazać podjęcie określonych działań, a konsekwencje realizacji tych działań ponosi jednostka realizująca kompetencje (pracownik tej jednostki). Niezależność finansowa podmiotu wykonującego kompetencje jest istotna także z tego względu, że założyć można, iż prawidłowa realizacja kompetencji wpływać może choćby pośrednio na sytuację podmiotu je realizującego, co niewątpliwie jest czynnikiem mobilizującym przy zwiększeniu aktywności w ramach realizacji kompetencji.

5. Granice powierzenia

Prowadzone powyżej rozważania prowadzą do wniosku, że zakres zadań realizowanych na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, będących zadaniami użyteczności publicznej, determinowany jest przez fakt ich powierzenia. Poszczególne działania mogą być uznane za związane z realizacją celu publicznego, jak i te mieszczące się w sferze działalności gospodarczej. Przykładem może być prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów, która to działalność jest obowiązkiem gminy, ale jednocześnie brak jest prawnych przeciwwskazań, by tego rodzaju działalność prowadzona była przez podmiot prywatny jako działalność o charakterze gospodarczym. To, czy prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów stanowi realizację zadania użyteczności publicznej, zależy od tego, czy jednostka samorządu terytorialnego, która do realizacji takiego zadania zobowiązana została ustawowo, powierzy to zadanie na rzecz określonego podmiotu. Odrębną kwestią jest, w jakiej formie to powierzenie nastąpi. Powierzenie może mieć bowiem charakter czynności cywilnej, jak i formę władczą. Charakter formy prawnej powierzenia będzie miał istotne konsekwencje praktyczne związane z realizacją zadania, o czym szerzej w dalszych roz-

89 Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego..., *op. cit.*

ważaniach. W tym miejscu zastanowić się można, czy możliwym jest określenie zakresu przedmiotowego spraw mogących mieścić się w ramach powierzenia.⁹⁰

Już w latach 20. XX wieku J. Langrod wyrażał przekonanie, że we współczesnych mu czasach linia demarkacyjna między działalnością państwa a działalnością jednostki (podmiotów prywatnych) jest chwiejna z uwagi na ścieranie się dwóch prądów – socjalizującego i etatyzującego – oraz prądu liberalnego. W tej sytuacji usiłowanie znalezienia przez naukę trwałego kryterium podziału zadań uważał za skazane z góry na porażkę.⁹¹ Treść zadań powierzanych na rzecz podmiotów prywatnych jest ustalana przez analizę tego, co, jak i z jakich przyczyn ulega procesowi prywatyzacji.⁹² Granicę możliwości i przyczyn powierzenia zadań należy upatrywać w zasadzie subsydiarności, przy tym szczególnie znaczenie ma jej wymiar horyzontalny.

Zasada subsydiarności definiowana jest w dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich to pomocniczość pionowa (wertykalna) – oznacza ona przydzielenie określonych zadań publicznym temu szczeblowi, który jest jednostką najniższego szczebla, który jednak ma możliwość skutecznego wykonywania tych zadań. Drugą płaszczyzną jest pomocniczość pozioma, inaczej horyzontalna. Odnosi się ona do założenia, iż jeśli jest to efektywne, istnieje możliwość powierzania zadania podmiotom niepublicznym.⁹³

Zasada ta odnosi się także do relacji administracja rządowa i samorządowa w obszarze podziału zadań, poziomów realizacji zadań przez j.s.t, a także zależności pomiędzy administracją a podmiotami realizującymi te zadania na rzecz administracji.⁹⁴ W myśl tej zasady główną funkcją władzy jest zaspakajanie potrzeb podlegających jej społeczności lub osób „[...] niezdolnych do pełnego rozwoju”. Rola władzy jest uznawana za wtórną i pomocniczą, bo stanowi jedynie środek realizacji celów jednostek i społeczności.⁹⁵ Zasada pomocniczości traktowana jest jako zasada „w ruchu”, zasada dynamiczna oraz reguła postępowania, reguła wykładni i reguła celu, niekoniecznie zaś reguła normatywna, z której wynika jednoznacznie, raz

90 L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 347 i n.; W. Zieliński, *Misja administracji publicznej a motywy inicjowania zmian*, „Przegląd Organizacji” 2007, nr 11, s. 19.

91 J. Langrod, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924, s. 53.

92 C. Banasiński, *Prywatyzacja zadań publicznych w sferze gospodarki*, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, (red.) H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2009, s. 292; M. Waligórski, *Spółki prawa publicznego*, (w:) *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej*, (red.) J. Stelmasiak, J. Szreniawski, Bydgoszcz–Lublin 2002, s. 209.

93 H. Iłzdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2004, s. 20; A. Miruć, *Zasada pomocniczości jako podstawa realizacji zadań publicznych z zakresu pomocy społecznej*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017.

94 T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007, s. 47; S. Grzegorski, *Pojęcie i znaczenie zasady pomocniczości (subsidiarności) do realizacji zadań publicznych przez organizacje pozarządowe w Polsce. Ekspertyza prawna*, Wrocław 2012, s. 4; A. Dylus, *Idea pomocniczości a integracja europejska*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 5, s. 52 i n.

95 M. Spieker, *Zasada pomocniczości: podstawy antropologiczne i konsekwencje polityczne*, „Społeczeństwo” 1995, nr 1, s. 35-37.

na zawsze określony podział zadań i odpowiedzialności między szczeblami władzy publicznej oraz między nimi a podmiotami niepublicznymi. Zasada subsydiarności uznawana jest za podstawę do włączenia podmiotów niepublicznych w system pomocniczości w zakresie równoległego zaspakajania przez te podmioty potrzeb społecznych, jak i zaspakajania ich przy wsparciu administracji publicznej, pod nadzorem i kontrolą państwa.⁹⁶ Ze względu na opisywaną problematykę realizacji zadań publicznych przez odpowiednie podmioty prowadzone rozważania należy zawęzić do subsydiarności w aspekcie horyzontalnym. Sposób realizacji zadań odzwierciedla współistnienie i wzajemne przenikanie się reguł ustrojowych, co powiązane jest z wyborem formy organizacyjnoprawnej, w jakiej realizowane są zadania publiczne. Według J. Blicharza pomocniczość jest stosowana w określonej rzeczywistości normatywnej zarówno w sferze podziału kompetencji, jak i w stosunku do sposobów realizacji zadań publicznych.⁹⁷

Powierzanie zadań na rzecz innych podmiotów nie znajduje bezpośredniego umocowania konstytucyjnego. W doktrynie podnosi się brak konstytucyjnych podstaw do uwalniania się państwa i samorządu terytorialnego od ustawowo przypisanych im do wykonywania zadań publicznych, w sytuacji kiedy jest to szczególnie istotna i ważna materia, która wymagałaby regulacji konstytucyjnej.⁹⁸ Konstytucja nie zawiera wprost postanowień odnoszących się do prywatyzacji, powierzania zadań na rzecz innych podmiotów, nie określa jej granic, nie daje również podstaw umożliwianych kwalifikację podmiotów realizujących sprywatyzowane zadania publiczne.⁹⁹

Zauważa się, że wprowadzenie wyraźnych zapisów w konstytucji w zakresie prywatyzacji zadań publicznych utrudniałoby redukcję tych zadań i ograniczało swobodę administracji publicznej do podejmowania działań w tym zakresie.¹⁰⁰ Można również spotkać poglądy, iż tendencja do prywatyzacji administracji publicznej może być odczytywana jako wyraz nieufności dla konstytucjonalizmu jako podstawy legitymacji instytucji administracji publicznej, wprowadzenie zaś modelu menedżerskiego podważa pryncypia demokracji parlamentarnej i doprowadza do zacierania granic pomiędzy sferą publiczną a sferą prywatną, podczas gdy sfera publiczna tylko w ograniczonym zakresie może podlegać kryteriom oceny ryn-

96 P. Wilczyński, Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej, „Państwo i Prawo” 2002, z. 2, s. 51; M. Stahl, Cele publiczne..., *op. cit.*, s. 102.

97 J. Blicharz, Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej, Wrocław 2005, s. 58.

98 A. Błaś, Współczesne tendencje przeobrażeń zadań administracji publicznej, (w:) Administracja publiczna, (red.) J. Boć, A. Błaś, J. Jeżewski, Wrocław 2004, s. 153-154; odmiennie L. Zacharko, Prawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd gminy w modelu europejskim, (w:) Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia, (red.) M. Stec., M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 32, która zasadę subsydiarności wywodzi z art. 15 i 16 i 163 Konstytucji RP.

99 W. Jabłoński, Tendencje przeobrażeń administracji na Zachodzie, (w:) Administracja i polityka. Wprowadzenie, Wrocław 1999, s. 92.

100 J. Boć, Założenia badawcze struktur administracji publicznej, (w:) Koncepcja systemu prawa administracyjnego (red.) J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 185.

kowej. Brak konstytucyjnych podstaw prywatyzacji zadań publicznych postrzegany jest również jako osłabienie zaufania obywateli do państwa i polityki.¹⁰¹ Z drugiej strony ów brak bezpośrednich regulacji konstytucyjnych traktowany może być jako swego rodzaju zachęta do wykorzystywania przez j.s.t. form realizacji zadań z udziałem podmiotów od nich zależnych. W tym bowiem przypadku j.s.t. zachowują pewien rodzaj swobody w wyborze formy organizacyjnoprawnej, w jakiej zadania są realizowane.

W kontekście zasady pomocniczości wskazać należy na ograniczoną rolę jednostek samorządu terytorialnego w zakresie podejmowania działalności gospodarczej. Otóż należałoby przyjąć założenie, że jednostki samorządu terytorialnego mogą podejmować działalność gospodarczą w celu zaspokojenia potrzeb publicznych tylko wtedy, kiedy gospodarka prywatna nie może lub nie chce tych potrzeb zaspokoić. Zdolność do prowadzenia tej działalności gospodarczej w wielu przypadkach wymaga nie tylko woli np. j.s.t., ale także obiektywnej możliwości podejmowania przez nią działalności zarobkowej, a przede wszystkim nieuszczerplania realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej. Rola jednostek samorządu terytorialnego powinna sprowadzać się głównie do wypełniania luki, jaka istnieje między sektorem prywatnym a państwowym w zakresie podaży usług przez nie świadczonych.¹⁰²

Jak zostało jednak wykazane we wcześniejszych rozważaniach, działalność o charakterze komercyjnym może być prowadzona również przy jednoczesnym wykonywaniu zadań publicznych. Powierzając funkcje innemu podmiotowi, należy uwzględnić zakres i charakter zadania oraz wymogi efektywności i gospodarności.¹⁰³ Zakres powierzenia zadania nie może być przy tym oceniany jedynie przez pryzmat efektywności jego wykonywania, kryterium efektywności ma bowiem często charakter pomocniczy.

Wydaje się, że na zasadę pomocniczości w kontekście horyzontalnym patrzeć można przez pryzmat realizacji przez j.s.t. określonych zadań publicznych. J.s.t. powinny poszukiwać optymalnych metod realizacji zadań, istota pomocniczości wyraża się bowiem w dążeniu do jak najbardziej racjonalnego i efektywnego podziału zadań pomiędzy poszczególne szczeble struktury.¹⁰⁴ Zasada pomocniczości wyznacza granice ustawodawcy, innym prawodawcom i wykonującym zadania publiczne.

101 W. Jabłoński, *Tendencje przeobrażeń...*, *op. cit.*, s. 92.

102 Por. Z. Duniewska, Wpływ samorządu terytorialnego na rozwój przedsiębiorczości prywatnej. Zagadnienia administracyjne, RPEIS 1991, z. 2, s. 69; S. Dudzik, Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna, Kraków 1998, s. 161 i n.

103 Europejska Karta Samorządu Lokalnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607; por. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 7 maja 2008 r., sygn. II SA/GI 275/08, dostępny na: CBOSA.

104 B. Dolnicki, Ustrój samorządu terytorialnego w świetle standardów europejskich, (w:) Europeizacja polskiego prawa administracyjnego, red. Z. Janku, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojczak, Wrocław 2005, s. 148.

Generalnie więc stwierdzić należy, że subsydiarność w wymiarze horyzontalnym ma szeroki wymiar, doktryna podejmuje próby precyzowania (określenia konkretnych zadań) obszarów mogących podlegać powierzeniu na rzecz podmiotów spoza administracji.

Wskazać należy na pogląd wyrażony przez B. Thiemana, zgodnie z którym procesem prywatyzacji oraz reprivatyzacji można objąć przede wszystkim usługi (komunalne), przykładowo służby transportowe, energetykę, kanalizację, oczyszczanie miasta, oświatę, opiekę społeczną, łącznie z zadaniami administracji specjalnej, np. nadzoru budowlanego. Zdaniem tego autora procesem prywatyzacji można objąć każdy typ usługi komunalnej, którą świadczy administracja publiczna, ale może się to okazać rozwiązaniem nieekonomicznym.¹⁰⁵ Podobnie granice prywatyzacji określił S. Biernat, stwierdzając, że najlepszym i najwłaściwszym obszarem podlegającym prywatyzacji jest gospodarka komunalna (przy jednoczesnym założeniu, że ustawodawca może wprowadzać pewne monopole na określony rodzaj działalności bez dopuszczenia do nich podmiotów prywatnych – autor zastrzega, że są to raczej przypadki nieliczne).¹⁰⁶

Ten sam autor wskazuje również, że granicę prywatyzacji stanowi także zakaz przekazywania kompetencji władczych poza struktury organizacyjne administracji publicznej. Podkreśla on, że zakaz taki wynika z zasady państwa prawnego, wyrażonej w art. 1 Konstytucji RP. Tak wyrażony pogląd nakazuje szeroko traktować strukturę administracji publicznej, skoro ustawodawca dopuszcza pod pewnymi warunkami przekazywanie kompetencji władczych na rzecz jednostek organizacyjnych wyposażonych w odrębną od j.s.t. osobowość prawną.

W jego ocenie jedynie organy (zakłady) państwowe lub samorządowe są upoważnione do podejmowania jednostronnych, autorytatywnych aktów, wywołujących skutki prawne dla adresatów – obywateli i innych podmiotów prawa. W ocenie S. Biernata chodzi tu o wydawanie aktów normatywnych, aktów administracyjnych lub nakładanie kar. Zakaz ten może być uchylony tylko na podstawie szczegółowych przepisów ustawowych, każdy zaś taki przepis powinien zostać poddany analizie z punktu widzenia zgodności z zasadą państwa prawnego. Przedmiotem tej analizy powinno być zwłaszcza ustalenie, czy i jakie racje przemawiają za powierzeniem podmiotom niepublicznym kompetencji władczych. Chodzi również o ustalenie cech upoważnionych podmiotów niepublicznych, a w szczególności ich merytorycznej i formalnej legitymacji do przejęcia omawianych kompetencji.¹⁰⁷

105 B. Thiemann, *Verfassungsrechtliche und Finanzwirtschaftliche Aspekte des Entstaatllichung öffentlicher Leistungen*, „Der Staat” 1977, s. 175 i n.

106 S. Biernat, *op. cit.*, s. 137.

107 Tamże.

Właśnie realizację zadań w formie władczej S. Bierant uznaje za jedną z granic decydujących o możliwości prywatyzacji zadań publicznych (przy jednoczesnym braku rozwiązań ustawowych wprowadzających monopol administracji publicznej). Jako pozostałe granice wskazuje on wyraźnie podstawy prawne prywatyzacji. Jeśli przekazywane zadania mają dotyczyć bezpośrednio interesów obywateli, brak kolizji przekazywania zadań z interesem publicznym.¹⁰⁸

Jak stwierdza K. Bandarzewski, granicą prywatyzacji zadań publicznych będzie brak udziału podmiotów prawa prywatnego w wykonywaniu zadania publicznego oraz całkowita prywatyzacja zadania publicznego. Autor ten prywatyzację pojmuje jako proces, w którym odchodzi się od realizacji zadania przez organ administracji publicznej poprzez odchodzenie od wzorca w zakresie wykonywania konkretnego zadania.¹⁰⁹ W praktyce tak pojmowana prywatyzacja wydaje się być ograniczona inwencją ustawodawcy. Każde bowiem zadanie może zostać w pełni sprywatyzowane, o ile taką możliwość określi się na poziomie legislacyjnym.

Mając na względzie przytaczane powyżej poglądy, co do zasady zgodzić się należy z granicami prywatyzacji określonymi przez S. Biernata. Zadania z zakresu gospodarki komunalnej niewątpliwie podlegają będą prywatyzacji, poza tymi, które ustawowo zastrzeżone są jako monopol państwowy. Tutaj jednak katalog tego rodzaju zadań sukcesywnie się zmniejsza. Granice prywatyzacji (powierzenia zadania na zewnątrz) określone będą więc przede wszystkim normami ustawowymi (w zakresie nie tylko odnoszącym się do gospodarki komunalnej, ale również do wszelkiego rodzaju zadań użyteczności publicznej).

Na problem określenia granic prywatyzacji zwraca uwagę również J. Zimmermann. Autor ten podkreśla, że granice prywatyzacji nie są oczywiście jasno wyznaczone normami prawnymi, ale niewątpliwie wynikają z tych norm, jak również czynników politycznych, ekonomicznych czy społecznych. Istnieją zadania, które nie mogą zostać sprywatyzowane (ewidencja ludności, obywatelstwo), ważne dla ustroju państwa lub jego majątku lub dorobku (zarządzanie skarbami kultury narodowej). Są też dziedziny, w których hamulcem nadmiernej prywatyzacji musi być konieczność zachowania pewnych zasad konstytucyjnych – takich jak zasada równości, sprawiedliwości społecznej czy demokracji (oświata, służba zdrowia, ochrona konkurencji). Są wreszcie obszary, w których zadania mogą być przekazane wraz z kompetencjami władczymi, co – zdaniem J. Zimmermanna – wyklucza prywatyzację w dosłownym jej znaczeniu.¹¹⁰

Zauważyć należy, że powyższe ograniczenia wprowadzają określone limity w obszarze ogólnie przyjętej zasady możliwości prywatyzacji niektórych zadań

108 Tamże, s. 138.

109 K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych...*, *op. cit.*, s. 334.

110 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 134.

(powierzenia tych zadań na zewnątrz poza strukturę administracji). Nie jest to zaś przykład na generalny zakaz pozbywania się przez organy administracji publicznej kompetencji władczych i przyjęcia ogólnej zasady zakazu zlecania kluczowych kompetencji organów związanych z prowadzeniem postępowań administracyjnych.¹¹¹ Jeśli bowiem mowa o kwestiach decyzyjnych, to ogólna legitymacja prawa do tego typu działania na poziomie samorządu gminnego wynika z art. 39 ust. 4 u.s.g. w związku z art. 9 ust. 1 tej ustawy. Generalnie brak jest więc możliwości przenoszenia kompetencji prawotwórczych (polegających na stanowieniu prawa powszechnie obowiązującego), ale niewątpliwie możliwe jest przenoszenie kompetencji decyzyjnych, przy jednoczesnej zasadzie każdorazowej oceny racjonalności i prawnych podstaw tego typu działania, o czym pisał S. Biernat.

Odrębną kwestia od tego, co może podlegać prywatyzacji, jest to, co tej prywatyzacji powinno podlegać. W pewnych bowiem przypadkach prywatyzacja nie jest możliwa ze względu na prowadzone ograniczenia ustawowe, przyjęty monopol państwowy (szeroko pojmowany, nie tylko jako sfera prowadzenia działalności gospodarczej w danym zakresie, ale również jako pewne obszary, które ze swej natury prywatyzacji nie podlegają, np. kwestia wymiaru sprawiedliwości, wojsko, ochrona granic itp.), powiązanie działań z sytuacją jednostki (poprzez ochronę jej statusu), interes publiczny. W niektórych jednak przypadkach ustawodawca nie wprowadza wprost ograniczenia, a zadaniem organu administracji publicznej jest ocena, czy określony rodzaj działalności powinien podlegać prywatyzacji (ze względu na ekonomiczną opłacalność, konieczność ochrony praw jednostki, dostarczanie przez administrację publiczną usług, które nie są ze swej natury rentowne).

C. Kosikowski wyszczególnia czynniki i przesłanki, jakie należy brać pod uwagę, dokonując analizy zasadności przeprowadzenia prywatyzacji zadań publicznych. Zalicza do nich:

- 1) przekonanie, iż prywatyzacja pomoże osiągnąć większą sprawność organizacyjną czy efektywność finansową, przy założeniu, że w przypadku spółek użyteczności publicznej ważniejsze od zysku będzie zaspokajanie potrzeb społecznych;
- 2) w procesach prywatyzacyjnych organy gminy muszą uwzględniać również pewne sytuacje kolizyjne i przyjąć jako priorytetowe interesy społeczne gminy. W krańcowych przypadkach powinny one ustąpić przed aspektami ekonomiczno-finansowymi czy organizacyjnymi. Ważne jest również

¹¹¹ Tego rodzaju pogląd zdaje się wyrażać L. Zacharko, *Ochrona prawa osób niepełnosprawnych...*, *op. cit.*, (w:) *Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, (red.) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017, s. 225, przytaczając również poglądy wyrażane przez J. Korczaka i A. Miruć, *Outsourcing komunalny na rzecz organizacji pożytku publicznego w sferze pomocy społecznej w świetle najnowszych uregulowań prawnych*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 153 i nast.

uwzględnienie interesów jednostek gospodarczych realizujących zadania gospodarcze gminy;

- 3) należy ustalić konsekwencje zastosowania określonych form organizacyjno-prawnych. Czy dana forma jest właściwa ze względu na rodzaj zadania gospodarczego? Kryterium to ma charakter weryfikacyjny wobec pozostałych.¹¹²

Wynik analizy zasadności przekazania określonego zadania na rzecz podmiotów prywatnych, przeprowadzonej w oparciu o wskazane kryteria, stanowić może granicę uzasadniającą podjęcie decyzji co do prywatyzacji zadań i powierzenia ich na rzecz innych podmiotów.

Analiza rozwiązań legislacyjnych w zakresie modeli kontraktowania wskazuje, że granice prywatyzacji zadań publicznych wyznacza, oprócz regulacji ustawowych, zakres odpowiedzialności za realizację zadań publicznych, spoczywający na podmiocie publicznym. Znajduje to potwierdzenie w orzeczeniu TS z dnia 27 lutego 2003 r., w którym stwierdzono, że zaspokojenie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, należy traktować jako obligatoryjne zadanie państwa, nawet jeśli wykonuje je podmiot prywatny, powołany w tym celu przez właściwe władze publiczne.¹¹³

Granice prywatyzacji zadań publicznych można wiązać z kryterium odpowiedzialności za realizację tych zadań. Jeśli przyjąć założenie, że prywatyzacja zadania powoduje brak kontroli przez organy administracji publicznej nad sposobem realizacji zadania, przez co bezpośredni wpływ na działalność podmiotów wykonujących te zadania staje się w zasadzie niemożliwy, bowiem od tego momentu to nie organ administracji publicznej odpowiada za realizację tych zadań, ale podmioty do tego powołane, stąd wpływ państwa ograniczać się musi do korzystania z ustawowych instrumentów, uwzględniających poszanowanie ustawowych gwarancji samodzielności i niezależności podmiotów niepublicznych¹¹⁴ – wówczas granicę prywatyzacji stanowić może zakres spraw, co do których administracja publiczna jest zobowiązana wykonywać swoje zadania publiczne bądź też może przekazać zadanie na rzecz innego podmiotu, tracąc instrumenty pozwalające na kontrolowanie wykonania zadania. Czym innym jest bowiem kwestia kontroli nad podmiotem realizującym zadanie, czym innym kontrola nad samą realizacją zadania. Kontrola nad realizacją zadania powiązana być bowiem musi z realnym wpływem podmiotu powierzającego nad podmiotem, na rzecz którego zadanie powierzono. To zaś powiązane powinno

112 C. Kosikowski, *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992, s. 35-37.

113 Orzec. ETS z 27.02.2003 r. C-373/00, Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH., EC-LI:EU:C:2003:110.

114 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 145.

być z spełnieniem określonych cech podmiotowych, o czym mowa w dalszych rozważaniach.

6. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza skłania do posługiwania się w zakresie przenoszenia zadań przez j.s.t. na rzecz innych podmiotów określeniem powierzenia zadań. Istotne jest to, o czym w dalszej części rozważań, że dla powierzenia zadania nie można zastrzec tylko formy umowy cywilnoprawnej¹¹⁵ (na co mógłby wskazywać art. 3 ust. 1 u.g.k.), odrębną formę powierzenia zadań przewiduje bowiem art. 4 u.g.k. Na odrębne formy realizacji zadań wskazuje choćby art. 9 ust. 1 u.s.g., zgodnie z którym w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi.

Mając na względzie powyższe, należałoby stwierdzić, że jako najszerszą kategorię można przyjąć powierzenie zadań i funkcji. W mojej ocenie nie jest przy tym zasadne twierdzenie, iż pojęcia te tracą swoje znaczenie w kontekście prywatyzacji zadań publicznych. Prywatyzacja odnosi się bowiem do powierzenia zadań w formie czynności, co do zasady, cywilnoprawnych – taki wniosek płynie z wykładni literalnej art. 3 ust. 1 u.g.k., a także z przeprowadzonej w dalszej części pracy analizy charakteru prawnego form realizacji zadań. Należy przy tym wskazać, że powierzenie zadania może również w różnych formach organizacyjnych nastąpić poprzez utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zakładu budżetowego, jednostki budżetowej lub spółki prawa handlowego. Można również takie zadanie powierzyć jednostce już działającej.

W ramach rozumianej horyzontalnie zasady subsydiarności możliwym jest dokonanie wyboru co do formy, w jakiej zadania publiczne będą realizowane. W obszarze realizacji zadań publicznych powiązanych z działalnością gospodarczą (komercyjną) priorytetem staje się realizacja zadania publicznego – nawet do granicy kolizji z interesem prywatnym podmiotów realizujących to samo zadanie – a przez to szczególnego znaczenia nabiera swoboda wyboru formy realizacji tych zadań (poszukiwanie optymalnego rozwiązania można traktować w kategorii obowiązku j.s.t.). Przy tym decydującym kryterium w przedmiocie formy realizacji tych zadań nie może być jedynie efektywność. Zapewnić należy przy tym ciągłość realizacji zadania i równość dostępu do świadczonych usług użyteczności publicznej.

115 Dokument Roboczy Służb Komisji, Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, dnia 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, dalej jako: „przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”.

Zakres powierzenia określonych zadań decydował będzie o tym, jakie zadania realizowane są na rzecz własnej jednostki samorządu terytorialnego, jakie zaś traktowane muszą być jako działalność o charakterze komercyjnym. Nie jest więc możliwym utożsamienie realizacji każdego zadania publicznego przez określony podmiot z realizacją zadań na rzecz własnej jednostki samorządu terytorialnego. Jeśli zadanie nie zostało objęte powierzeniem, to nawet jeśli stanowi zadania publiczne, traktowane powinno zostać jako działalność komercyjna. Jeśli np. spółka komunalna realizuje powierzone jej zadanie zagospodarowania odpadów komunalnych, a jednocześnie prowadzi np. selektywną zbiórkę elektroodpadów – w ramach punktów selektywnej zbiórki odpadów – a zadanie to nie zostało jej powierzone, wówczas traktowane musi być jako działalność komercyjna, pomimo że stanowi zadanie publiczne. Powiązane jest to z modelem określania wysokości cen za takie usługi (art. 4 ust. 1 pkt. 2 u.g.k.), koniecznością nieprzerwanego świadczenia zadania powierzonego (art. 1 ust. 2 u.g.k.). Chodzi tu w dużej mierze o określenie sposobu odpłatności za realizację zadań użyteczności publicznej, o czym szerzej w kolejnych rozważaniach. Sam zaś fakt powierzenia zadania nie czyni zeń zadania użyteczności publicznej, jeśli zadanie to jako takie nie zostało przyporządkowane do tej kategorii.

Podjmując decyzję o wyborze formy realizacji zadania, j.s.t. musi dokonać weryfikacji zadań powierzanych, mając na względzie również kwestie ekonomiczne. W dalszych wywodach wskazane bowiem zostanie, że bardzo istotnym elementem jest wykonywanie przez dany podmiot większości zadań na rzecz własnej jednostki samorządu terytorialnego oraz bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Powierzeniu powinny podlegać co do zasady usługi komunalne. Pewne sfery działania administracji samorządowej zastrzeżone są dla samej administracji, chociaż i tu trudno generalizować. Bowiem w ramach jednej sfery działania administracji pewne obszary mogą być realizowane przez podmioty prywatne, inne zaś są z tego wyłączone (np. w ramach pomocy społecznej domy pomocy społecznej, które mogą być tworzone przez podmioty prywatne, ale już np. trudno sobie wyobrazić, by administracja publiczna powierzyła podmiotom prywatnym prowadzenie wywiadów środowiskowych). Szerokie uznanie zakresu powierzenia może zakładać powierzenie na rzecz jednostki organizacyjnej działań koordynujących, kontrolnych przypisanych co do zasady na rzecz j.s.t., np. w przypadku kiedy spółka komunalna organizuje system utrzymania czystości i porządku w gminie – dostarcza pojemniki, przeprowadza zamówienie publiczne na odbiór odpadów itd.

Powierzenie zadań można byłoby odnieść do przekazania zadań do realizacji podmiotom formalnie niezależnym od organów administracji publicznej, korzystającym z własnej odrębnej osobowości prawnej, jak i tym, które mieszczą się w strukturze j.s.t. (nie posiadają osobowości prawnej). Przy tym powierzenie może mieć

różną formę, zarówno może być dokonane w formie umowy, jak i aktu władczego, o czym w dalszych wywodach. Zakres powierzenia determinuje to, czy dana działalność realizowana jest na rzecz podmiotu powierzającego (j.s.t.), czy też stanowi działalność o charakterze komercyjnym.

O ile możliwe jest powierzenie wykonywania zadań bez jednoczesnego przeniesienia funkcji, to przeniesienie funkcji wiązać należy z wykonywaniem zadań. Wykonywanie funkcji służyć ma bowiem realizacji powierzonych zadań. Wykonywanie zadań jest pierwotne względem wykonywania funkcji. Stąd też najpierw powinno mieć miejsce powierzenie zadania, później ewentualne powierzenie funkcji (o ile są one konieczne bądź potrzebne dla realizacji powierzonych zadań).

W doktrynie podano w wątpliwość sens istnienia ogólnej instytucji pozwalającej na przeniesienie kompetencji na rzecz innego podmiotu (określonej w art. 39 ust. 4 u.s.g.), głównie ze względu na niejednorodność rozwiązań na gruncie wszystkich ustaw samorządowych i pojawiające się wątpliwości w kontekście art. 143 ordynacji podatkowej i art. 268 a k.p.a. (odnoszących się do działania w imieniu organu i upoważniania do wydawania decyzji w imieniu i na rachunek tegoż organu).¹¹⁶ Niektórzy przedstawiciele doktryny wyłączają możliwość zastosowania tej instytucji dla spraw podatkowych, podkreślając w ten sposób szczególny charakter spraw fiskalnych.¹¹⁷ Na zastosowanie tej instytucji można jednak patrzeć przez pryzmat samodzielnosci jednostek samorządu terytorialnego w kontekście określania sposobu realizacji powierzonych j.s.t. zadań. J.s.t. w granicach określonych prawem decydują o tym, w jaki sposób powierzone zadania mogą być wykonywane.¹¹⁸ Bardzo często poprawne wykonywanie zadań wiąże się z koniecznością zastosowania instrumentów władczych, a jednocześnie to wykonujący zadania posiada wiedzę co do tego, w jaki sposób najbardziej efektywnie zastosować instrumenty władcze. Powierzenie funkcji określnemu podmiotowi może być niezbędne do realizacji powierzonych zadań.

Jednocześnie nie można wymagać, by j.s.t. każde zadanie realizowały samodzielnie. Należy również zaznaczyć, że nie jest możliwe, by podstawę powierzenia funkcji podmiotowi odrębnemu od organu administracji publicznej stanowił akt o charakterze cywilnoprawnym. Podstawę stanowić muszą tu przepisy prawa publicznego o charakterze powszechnie obowiązującym – chodzi bowiem o załatwienie sprawy administracyjnej (na co składa się cały ciąg czynności, w tym również kompetencje *stricto decyzyjne*). Z jednej strony występuje tu więc samodziel-

¹¹⁶ P. Lisowski, *Dekoncentracja zewnętrzna...*, *op. cit.*, s. 53.

¹¹⁷ R. Dowgier, Ustalenie, pobór i windykacja opłaty za gospodarowanie odpadami jest wyłączną kompetencją wójta, burmistrza (prezydenta miasta) : glosa do wyroku NSA z dnia 10 maja 2016 r. (II FSK 1409/14), „Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych” 2016, nr 8, s. 32-36.

¹¹⁸ J. Jagoda, Prawne przesłanki samodzielności samorządu terytorialnego, (w:) *Administracja publiczna pod rządami prawa: księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*, Wrocław 2016, s. 146-149.

ność j.s.t. w zakresie określenia sposobu wykonywania zadań i funkcji, z drugiej nie można wywodzić, by rozstrzygnięcie wydawane przez podmiot, na rzecz którego powierzono kompetencje, pozbawione było administracyjnej kontroli tychże rozstrzygnięć. Takie decyzje podlegają przecież normalnej kontroli instancyjnej w toku postępowania, co w konsekwencji prowadzić może do wyeliminowania takich decyzji, które wydawane byłyby przez podmioty, na rzecz których przeniesiono kompetencje w oparciu o czynniki ekonomiczne, czy też takich, które ograniczałyby w jakichś sferach prawa strony. Oczywiście zakres powierzonych kompetencji powinien uwzględniać fakt, że inny jest zakres odpowiedzialności za finanse publiczne organu administracji publicznej, inny zaś organów samorządowych jednostek organizacyjnych. Istnieje ryzyko, że podmiot, któremu powierzono kompetencję, może rozdawać ulgi i inne ustępstwa, do których udzielania jest upoważniony jako organ właściwy w danego rodzaju sprawach. Rozsądna władza nie powinna upoważniać bez uprzedniej analizy zakresu przekazanych kompetencji – spółka np. powinna mieć możliwość wymierzania należności, ale w wątpliwość należy podać przekazanie kompetencji do zwalniania z tych należności.

Poddanie wydawanych w ten sposób rozstrzygnięć rygorowi publicznoprawnemu wiąże się z koniecznością istnienia szczególnych więzi łączących j.s.t. i podmiot, na rzecz którego kompetencja jest przenoszona. Jeśli organ j.s.t. powierzy podmiotowi zależnemu wykonywanie zadań publicznych, uzasadnionym jest, by możliwe było również przeniesienie funkcji. Przy jednoczesnej stabilności aktu przeniesienia może to bowiem przyczynić się do skuteczniejszego wykonywania powierzonych zadań. Stanowiący upoważnienie do przenoszenia kompetencji art. 39 ust. 4 u.s.g. odsyła do art. 9 ust. 1 u.s.g., dając możliwość przeniesienia kompetencji również na inny podmiot, z którym zawarto umowę. Prowadzić to może do wniosku, że przeniesienie kompetencji może mieć miejsce zarówno w zakresie komercjalizacji, jak i prywatyzacji zadania, w zależności od formy przekazania zadania i podmiotu je wykonującego. Nie zmienia to faktu, że samo przeniesienie kompetencji powinno mieć formę władczego aktu normatywnego.

Należałoby *de lege ferenda* postulować wprowadzenie analogicznych rozwiązań we wszystkich ustawach samorządowych dających organom możliwość przenoszenia funkcji i powiązanych z nimi kompetencji na rzecz organów samorządowych jednostek organizacyjnych, spełniających cechy pozwalające uznać je za podmioty wewnętrzne (o czym w dalszej części opracowania). Zapewnić to może swobodę w wyborze najbardziej efektywnej formuły realizacji zadań publicznych w powiązaniu z wykonywaniem funkcji.

Trudna do uzasadnienia jest rozbieżność w ustawodawstwie, gdy dopuszcza się możliwość przekazania funkcji i związanych z nimi kompetencji na poziomie gminy, jednocześnie nie wprowadzając tego typu rozwiązań na poziomie powiatu i wo-

jewództwa. Nie można tego uzasadnić wyjątkowym ciężarem czy znaczeniem zadań realizowanych przez powiat i województwo. Największa liczba zadań realizowanych jest bowiem przez gminy. Ochronę interesów jednostki zapewnić może w moim przekonaniu system nadzoru nad aktami prawa miejscowego (na podstawie których nastąpić miałyby przeniesienie funkcji), a także sądowa kontrola tychże aktów prawa miejscowego, w zakresie zaś wydawanych decyzji indywidualnych sprawowana kontrola instancyjna i kontrola sądowa. Konieczny jest również mechanizm kontroli wykonywania powierzonych kompetencji z możliwością cofnięcia przeniesienia kompetencji. Zagrożenie, z punktu widzenia konieczności zachowania stabilności prawa, stanowić może rozbieżność w zakresie rozumienia prawnych podstaw do powierzenia określonych kategorii zadań, co najdobitniej pokazuje przykład regulacji z zakresu u.c.p.g. oraz rozbieżne orzecznictwo sądów administracyjnych.

W tym kontekście wyodrębnić można przesłankę, która powinna być rozważana przez organ administracji w kontekście podejmowania decyzji o powierzeniu wykonywania zadań określonemu podmiotowi. Chodzi przede wszystkim o decyzję co do tego, czy powierzone zadanie musi być powiązane z wykonywaniem funkcji. Jeśli organ dochodzi do wniosku, że dla wykonywania zadań konieczne jest posiadanie uprawnień władczych, obok powierzenia zadania, można również przenieść funkcje. Wskazać bowiem można na zadania, które stanowią pewien element systemowy, tzn. ich realizacja powiązana jest ze sprawowaniem funkcji, a przeniesienie funkcji może z kolei wpływać na bardziej efektywną realizację zadań. Niektóre zaś zadania mogą być realizowane niezależnie, bez powiązania ze sprawowanymi funkcjami. Rozdzielenie zadań i funkcji (kompetencji) nie powinno mieć wpływu na formę powierzenia zadania, w tym sensie, że jeżeli organ nie zamierza powierzać funkcji, to wystarczające jest powierzenie zadania w formie cywilnoprawnej. Na realizację zadań należy patrzeć kompleksowo z zachowaniem możliwych przyszłych działań modyfikujących (nadających) funkcje i kompetencje.

Należy wziąć pod uwagę okres, na jaki zadanie zostaje powierzone, długotrwała realizacja zadania może wiązać się z koniecznością powierzenia funkcji. Zadanie realizowane przez krótki okres, jednorazowe, nie powinno być łączone z powierzeniem funkcji. Wiąże się to z koniecznością stabilności w wykonywaniu funkcji – adresat rozstrzygnięcia władczego powinien wiedzieć, kto takie rozstrzygnięcie wydaje, kto jest władny do prowadzenia postępowania. Odrębną kwestią jest okoliczność, że prowadzący postępowanie otrzymuje dostęp do danych dotyczących obywatela, które mogą być wrażliwe lub mogą stanowić tajemnicę skarbową. Organ powinien w tym względzie mieć na uwadze, iż przenosząc kompetencje władcze traci całkowicie uprawnienia decyzyjne – nie może wpływać na sposób realizacji zadań.

Wśród czynników, jakie należy brać pod uwagę w przypadku analizy zasadności przeprowadzenia powierzenia zadania, jest to, czy realizacja zadania wiąże

się z długoterminowym działaniem. Przekazując funkcje, organ powinien pamiętać o konieczności stabilności orzeczniczej – właściwość organów nie powinna ulegać nagłym i nieprzewidywalnym zmianom. Całościowe przeniesienie funkcji powiązanych z realizacją określonego zadania oznacza, że organ przekazujący powinien natomiast wyzbyć się całkowicie kompetencji odnoszących się do rozpatrywanego zadania z zakresu usług publicznych.

Zwrot kompetencji organowi przekazującemu nie może zależeć od wykonania uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy, przyznanej temu organowi na wypadek nienależytego wykonywania zadań, co stanowi również argument za koniecznością powierzania zadań, funkcji i kompetencji mocą aktu władczego. Dalece ryzykowna będzie sytuacja, w której na skutek rozwiązania umowy podmiot nie realizuje już zadań, gdy tymczasem organ tego podmiotu dalej ma przyznane mocą aktu władczego kompetencje, które *de facto* służą realizacji tych zadań. Konieczna jest stabilizacja w wykonywaniu powierzonych funkcji.

Jednostka, której przekazywane są kompetencje, nie może działać za zgodą organu przekazującego. Podmiot, któremu kompetencje są przekazywane, musi posiadać autonomię finansową w wykonywaniu zadań publicznych, w odniesieniu do których zostały mu przekazane kompetencje.

III

PRYWATYZACJA A KOMERCJALIZACJA

1. Wprowadzenie

Prowadzone rozważania pozwoliły na uporządkowanie w warstwie terminologicznej obszarów działania administracji (zadań administracji publicznej, zadań użyteczności publicznej i usług użyteczności publicznej), które mogą być powierzone, a także wykazano, że zakres powierzenia determinuje obszar realizowanych przez jednostki organizacyjne zadań użyteczności publicznej. Odniesiono się także do granic powierzenia i próby określenia przesłanek decydujących o takim powierzeniu. W doktrynie prawa administracyjnego jako ugruntowany proces realizacji zadań użyteczności publicznej określa się prywatyzację. Przy tym można wskazać, że jest to proces złożony. W prowadzonych rozważaniach zostanie scharakteryzowana prywatyzacja zadań, z uwzględnieniem rodzajów prywatyzacji, w tym również tzw. „prywatyzacji zadaniowej”. Podjęta zostanie próba wyodrębnienia terminologicznego i instytucjonalnego komercjalizacji zadań, z uwzględnieniem aktualnych normatywnych podstaw komercjalizacji i interpretacji pojęcia komercjalizacji przyjętego przez doktrynę prawa administracyjnego. Charakterystyce poddane zostaną również rozwiązania funkcjonujące w Anglii jako przykład odejścia od prywatyzacji zadań właśnie na rzecz ich realizacji przez własne jednostki organizacyjne.

2. Prywatyzacja zadań publicznych

W ujęciu doktrynalnym jako prywatyzację zadań publicznych częstokroć opisuje się zjawiska różniące się od siebie w znaczący sposób.

G. Peters wskazuje, że jedną z najbardziej charakterystycznych cech współczesnego państwa jest zacieranie się granic między tym, co prywatne i tym, co publicz-

ne.¹ Tendencja ta występuje zarówno w kontekście zadań, jak i podmiotów realizujących te zadania.

Przez prywatyzację zadań publicznych rozumie się proces, który najczęściej polega na przekazywaniu podmiotom prywatnym zadań publicznych, jakie przypisane są prawnie administracji rządowej oraz samorządowi terytorialnemu.² A. Błaś prywatyzację postrzega podmiotowo jako zmianę podmiotu realizującego zadanie. Kluczowe jest przy tym twierdzenie, że w toku prywatyzacji następuje przekazanie zadania, co sugeruje, iż administracja tego zadania się pozbywa i samodzielnie już go nie realizuje. Administracja traci wpływ na sposób realizacji zadania.

Proces ten może być wykonywany również przez ustawodawcę, który także może to, co pierwotnie przypisywano państwu lub innym podmiotom publicznym, przekazać podmiotom działającym prywatnie, ale realizującym funkcje publiczne.

Na majątkowy aspekt prywatyzacji nacisk kładą przykładowo P. Tamowicz i C. Żuławska. P. Tamowicz prywatyzację interpretuje jako działanie zmierzające do transferu prawa własności od majątku przedsiębiorstw państwowych na rzecz osób prywatnych lub instytucji niepaństwowych. Podkreśla on, że prywatyzacja działalności to delegowanie przez władze lokalne na rzecz przedsiębiorstw prywatnych prawa do dostarczania pewnych produktów lub usług. W przypadku prywatyzacji działalności władze lokalne zatrzymują sobie prawo do kontroli jakości i ilości dostarczanych towarów i usług.³

Zdaniem C. Żuławskiej prywatyzacja jest pojęciem ekonomicznym, które łączy w sobie deetatyzację, dekomunalizację kapitału poprodukcyjnego z otwarciem na osoby niepaństwowe oraz możliwość apriopracji dochodu przynieszonego przez ten kapitał czy raczej pozyskiwanego przez jego wykorzystanie.⁴

Autorzy ci dostrzegają jedynie fragment całego zjawiska, które wiąże się nie tylko z kwestią dysponowania majątkiem, ale również sposobem wykonywania zadań użyteczności publicznej.

Prywatyzacja może być więc postrzegana jako proces polegający na zmianie sposobu wykonywania pewnych zadań. W tym przypadku podmiot prawa publicznego ustępuje miejsca podmiotom prawa prywatnego. Zauważyć należy, że w procesie prywatyzacji zmienia się również relacja pomiędzy podmiotami. Podmiot publiczny pozostaje w swej płaszczyźnie publicznoprawnej na gruncie prawa wyznaczającego granice i zasady pełnienia funkcji właścicielskich. Za prawidłowe ich wykonywa-

1 G. Peters, *Administracja publiczna w systemie politycznym*, Warszawa 1999, s. 33 i n.

2 A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, (w:) *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Łódź 2000, s. 23.

3 P. Tamowicz, *Prywatyzacja usług komunalnych – przegląd doświadczeń zagranicznych*, Gdańsk 1990, s. 12.

4 C. Żuławska, *Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 2, s. 3.

nie taki podmiot ponosi odpowiedzialność publicznoprawną. Natomiast w relacjach z otoczeniem rynkowym (np. wobec innych udziałowców i akcjonariuszy w spółkach, wobec wierzycieli i dłużników) działania takiego podmiotu nie mają charakteru publicznoprawnego, lecz tylko cywilnoprawny. Tu działa nie państwo, lecz Skarb Państwa (j.s.t. będąca właścicielem, a nie organ administracji samorządowej).

Zdaniem S. Biernata istotny staje się wynik procesu prywatyzacji, czyli nowy sposób wykonywania zadań polegający na przejściu z formy publicznoprawnej do formy prywatnoprawnej. Można mówić o ujęciu statycznym prywatyzacji, czyli stanie polegającym na sprywatyzowaniu zadania publicznego bądź też ujęciu dynamicznym, rozumianym jako proces odchodzenia od publicznego realizowania zadania. W ujęciu statycznym prywatyzacja zadań publicznych oznacza pełne przeniesienie realizacji zadania, obejmujące etap konkretyzacji aktu administracyjnego w zakresie danego zadania oraz etap wykonywania tego aktu, przez podmiot niepubliczny, przy braku w tym zakresie nadzoru (lub kontroli) ze strony podmiotów publicznych. Odpowiedzialność za realizację tego zadania przejmuje podmiot prywatny.⁵ Oznacza to, że dopuszcza się także sytuację, w której określone zadanie, pomimo że wciąż pozostaje zadaniem publicznym, odpowiedzialność za jego realizację spoczywała będzie na podmiocie prywatnym. Chodzi tu raczej o zadanie, które mocą aktu normatywnego rangi ustawowej przyporządkowane zostanie do realizacji przez podmiot prywatny, tylko bowiem wówczas można mówić o tym, że organ administracji publicznej przestaje ponosić odpowiedzialność za realizację takiego zadania.⁶

Przywołany wyżej autor istotnie znacznie przypisuje prywatyzacji zadań użyteczności publicznej w ujęciu dynamicznym, rozumianym jako proces polegający na częściowym odstępowaniu od pełnego wykonywania zadania publicznego przez organy administracyjne w drodze czynności prawa administracyjnego.⁷ Wykonywanie funkcji orzeczniczej przez organy administracji stanowi fundamentalny element funkcjonowania administracji, stąd też w jego ocenie to właśnie prywatyzacja w ujęciu dynamicznym stanowi istotny sposób wykonywania zadań.

Tego rodzaju pogląd można podać w wątpliwość. Wykonywanie kompetencji orzeczniczych i innych czynności władczych (w miejsce organów administracji publicznej) może być także wykonywaniem zadań tej administracji, ale w poprzednich rozważaniach rozdzielono powierzenie zadań od powierzenia kompetencji i funkcji. Jak wynika z ustaleń dokonanych w rozdziale 2, sprywatyzować można zadanie, ale nie powiązaną z tym zadaniem funkcję, nie można bowiem w drodze czynno-

5 K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 333.

6 S. Biernat, *op. cit.*, s. 26-27.

7 K. Bandarzewski, *op. cit.*, s. 334.

ści cywilnoprawnej, stanowiącej co do zasady formę prywatyzacji zadania, przenieść funkcji orzecznich.

Prywatyzację w obszarze zadań publicznych możemy także podzielić w sposób następujący: na prywatyzację *sensu stricto* oraz prywatyzację *sensu largo*. W pierwszym przypadku będziemy mieli do czynienia z całkowitym wycofaniem państwa (samorządu) zarówno jeśli chodzi o wykonywanie, jak i ponoszenie odpowiedzialności za wykonywanie konkretnych zadań – tę można utożsamiać z prywatyzacją w sensie statycznym, kiedy to na mocy aktu rangi ustawowej państwo rezygnuje z wykonywania określonych zadań.

Natomiast prywatyzacja w ujęciu szerokim odnosić się będzie do sytuacji, w której państwo (samorząd) nie wykonuje pewnych zadań w sposób bezpośredni, ale jednocześnie zadania te nadal należą do kategorii zadań publicznych – ustawowo zadanie zaliczone jest do kategorii zadań publicznych. Zatem możemy tu mówić o wszystkich przypadkach, w których w realizację poszczególnych zadań publicznych włączone są podmioty prywatne, ale odpowiedzialność za ich wykonanie leży po stronie administracji, która zachowuje swoje funkcje regulacyjne oraz reglamentacyjne.⁸

W mojej ocenie podział ten nie uwzględnia jednak różnic, jakie mogą występować w związku z charakterem prawnym pomiotu, na rzecz którego zadanie zostało powierzone. Inny jest bowiem rodzaj i zakres odpowiedzialności, a także możliwości wpływania na zadania powierzone w drodze umowy na rzecz podmiotu prywatnego (tutaj bowiem kluczową rolę odgrywają zapisy umowne), inny zaś w przypadku realizowania zadania przez podmiot zależny względem administracji.

Podobnie prywatyzację zadań publicznych postrzega J. Zimmermann, chociaż przyjmuje on własną siatkę terminologiczną. Prywatyzację kategoryzuje jako całkowitą i częściową. Wychodzi on od podmiotu prywatnego, przez który rozumie szeroką kategorię jednostek – zarówno osób fizycznych, jak i zrzeszeń ludzkich czy organizacji, w tym organizacji społecznych. Autor ten podkreśla, że prywatyzacja to wszelkie przejawy odstępowania od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej działające w formach prawa publicznego. Przejawy te mogą polegać zwłaszcza na zmianie podmiotu wykonującego zadania z publicznego na niepubliczny, na zmianie stosunków łączących podmioty wykonujące dane zadanie z obywatelami, ze stosunku administracyjnoprawnego na cywilnoprawny przez wprowadzenie różnych form odpłatności, na zamianie form działania z publicznoprawnych na prywatnoprawne albo na wszystkich elementach łącznie. Wyodrębnić można prywatyzację całkowitą, która oznacza utratę przez dane zadanie charakteru zadania publicznego (np. prywatyzację notariatu) i prywatyzację częściową za-

8 C. Banasiński, *op. cit.*, s. 294-297.

dań, w której następuje tylko oddzielenie odpowiedzialności za wykonywanie zadań od ich bezpośredniego wykonywania (różne formy prywatyzacji czynności kontrolnych, a także opiniodawczych i projektodawczych).⁹

W mojej ocenie podkreślenia wymaga jednak, że pojawić się mogą sytuacje, w których również podmiot zaliczony do sektora prywatnego wiązać będą z odbiorcą określonej usługi więzi administracyjnoprawne, co może mieć miejsce w przypadku przeniesienia kompetencji orzeczniczych na organ wyposażonej w osobowość prawną samorządowej jednostki organizacyjnej. Istotne wydają się również instrumenty prawne, które wpływają na sposób realizacji zadania, a nie tylko to, w jakich formach zadanie jest realizowane. Jeśli źródłem prywatyzacji zadania jest określona umowa, to wpływ organu administracji na realizację tego zadania ograniczony jest przez treść tej umowy. Nie można bowiem przyjąć, że zasadą jest możliwość jednostronnego zawarcia umowy przez organ administracji i narzucenia warunków jej realizacji.

W literaturze wskazuje się na co najmniej cztery typy obecności podmiotów niepublicznych w sferze administracji publicznej. Po pierwsze jest to współdomena – stan, w którym podmiot niepubliczny działa w sferze celów administracji, choć nie wykonuje jej zadań. Po drugie wspieranie działalności podmiotów niepublicznych przez podmioty należące do administracji. Po trzecie współuczestniczenie w realizacji zadań administracji publicznej (czyli stan, w którym podmiotowi niepublicznemu powierzono zostało wykonywanie zadań administracji publicznej) oraz po czwarte świadczenie usług przez podmioty niepubliczne (sytuacja usług na rzecz adresatów działań administracji publicznej).¹⁰

Z kolei L. Zacharko postrzega prywatyzację zadań publicznych jako „twórczy proces w zakresie sposobu wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne przejmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym, ogólnym, nie zaś w interesie jednostkowym. Chodzi tu zarówno o prywatyzację przedsiębiorstw użyteczności publicznej, jak i prywatyzację usług komunalnych.”¹¹ Realizacja zadań odbywa się w formach i metodach przewidzianych prawem pry-

9 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 134. Podobnie T. Kocowski podkreśla rozróżnienie pomiędzy prywatyzacją zadań publicznych a prywatyzacją wykonywania zadań publicznych. Autor ten wyjaśnia, że prywatyzacja zadania publicznego wywołuje niewątpliwie skutek w postaci utraty przez organy administracji bezpośredniego wpływu na realizację spraw będących przedmiotem tych zadań, co oznacza radykalną zmianę sytuacji. Chodzi o taką sytuację, w której ustawodawca przenosi pewną sferę zadań publicznych do realizacji przez podmioty prywatne. Wiąże się to niewątpliwie z kwestią temporalnej zmiany charakteru zadań publicznych. Ustawodawca w danym okresie podejmuje bowiem decyzję o tym, że określona działalność nie musi być już wprost powierzona państwu i może być realizowana przez podmioty prywatne. W tym kontekście w wątpliwość można podać zjawisko prywatyzacji notariatu, gdzie wciąż państwo zachowuje pewne instrumenty reglamentacyjne.

10 P. Wilczyński, *Podmioty niepubliczne...*, *op. cit.*, s. 51.

11 L. Zacharko, Wybrane problemy prywatyzacji zadań publicznych samorządu terytorialnego, „Sejmik Samorządowy” 1994, nr 1-2.

watnym”.¹² Do podstawowych form prywatyzacji autorka ta zaliczała prywatyzację majątkową i prywatyzację zadaniową, tj:

- 1) prywatyzacja majątkowa, polegająca na oddaniu majątku komunalnego służącego wykonywaniu zadań własnych gminy na własność lub do czasowego użytkowania osobom prywatnym; ten typ prywatyzacji zasila kasę gminną ze sprzedaży udziałów, z drugiej strony dofinansowuje spółki z udziałem gminy,
- 2) prywatyzacja zadaniowa (funkcjonalna), świadczenie usług komunalnych przez podmioty prywatne, tzw. operatorów.¹³

W przypadku tych właśnie form prywatyzacji, w przypadku prywatyzacji majątkowej można mówić o prywatyzacji w ujęciu materialnym, w przypadku zaś prywatyzacji zadaniowej – prywatyzacji w ujęciu formalnym.¹⁴

Przy tym szczególnie w kontekście prywatyzacji zadaniowej wskazać należy, że różny może być status prawny tychże operatorów. Mogą oni występować w niejednolitym zakresie zależności względem podmiotu powierzającego zadanie. Jednocześnie autorka ta wskazuje na zalety prywatyzacji zadaniowej, do których zalicza utrzymanie własności majątku infrastrukturalnego, konkurencją, która powinna wymusić dbałość o koszty i cenę usługi, możliwość ubiegania się o środki finansowe z Unii Europejskiej przez podmioty z udziałem jednostek samorządu terytorialnego.¹⁵

Na prywatyzację zadaniową zwraca uwagę również Z. Jerzmanowski. Wskazuje, że formy prywatyzacji zadań publicznych należy odróżnić od form prywatyzacji zarządzania. Formy te można zamknąć w czterech zasadniczych kategoriach:

- 1) prywatyzacja majątkowa, polegająca na sprzedaży osobom prywatnym składników majątku komunalnego. Pewną odmianą prywatyzacji majątkowej jest oddanie majątku komunalnego służącego do realizacji zadań publicznych do odpłatnego korzystania osobom prywatnym na podstawie umów cywilnoprawnych (dzierżawa czy leasing);
- 2) prywatyzacja zadaniowa – polegająca nie na zmianie właściciela składników majątku komunalnego, ale na zmianie podmiotu wykonującego konkretne zadania własne j.s.t. Zdaniem Z. Jerzmanowskiego ten rodzaj prywatyzacji jest przewidziany w art. 3 u.g.k.;

12 L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 31.

13 L. Zacharko, *Prawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd gminy w modelu europejskim*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, (red.) M. Stec., M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 27, poglądy te przytaczane są za S. Biernatem, *Prywatyzacja zadań publicznych...*, *op. cit.*, s. 35 i nast.

14 L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych...*, *op. cit.*, s. 115.

15 Tamże, s. 27.

- 3) wykonywanie zadań na podstawie koncesji, tj. kwalifikowanej formy umowy administracyjnej zawartej pomiędzy organem administracji samorządowej a podmiotem niepublicznym;
- 4) prywatyzacja zarządzania, która polega na tym, że określonym osobom prywatnym, na podstawie specjalnej umowy, tj. kontraktu menedżerskiego, powierza się zarządzanie konkretną spółką, zakładem lub wydzielonym zespołem składników majątku komunalnego.¹⁶

Dla realizacji zadań publicznych przez podmioty publiczne wykorzystana będzie prywatyzacja zadaniowa. Powstają jednak wątpliwości, czy prywatyzacja zadaniowa określona będzie tylko w art. 3 u.g.k., czy też dotyczył jej będzie także art. 4 u.g.k.? Może art. 4 u.g.k. obejmuje swym zakresem inny rodzaj powierzenia zadań, zgodnie z założeniami przyjętymi w rozdz. II.

Prywatyzacja zadaniowa (funkcjonalna) znajduje ugruntowanie w doktrynie niemieckiej, gdzie wskazuje się, iż w przypadku prywatyzacji zadań sektor publiczny powierza prywatnym podmiotom wyznaczonym do wykonywania tych zadań zadania przypisane j.s.t. prawem. Podmiotem odpowiedzialnym za realizację zadań, jak i za ewentualne błędne realizowanie tych zadań jest podmiot administracyjny, a nie „pełnomocnik administracyjny”. Prywatyzacja zadaniowa może mieć różne „oblicza”. Możliwości te oscylują pomiędzy:

- a) modelem zarządcy (prywatny zarządca ponosi ryzyko finansowe i sam występuje w imieniu sektora publicznego);
- b) modelem zarządzania (utrzymanie i konserwacja urządzeń należą do sektora prywatnego, na zewnątrz występuje zaś sektor publiczny i to on ponosi odpowiedzialność za realizację zadań);
- c) model doradztwa (sektor publiczny ponosi ryzyko finansowe przy przydzielaniu konkretnych zadań z zakresu doradztwa sektorowi prywatnemu);
- d) model koncesyjny (prywatny zarządca świadczy usługę samodzielnie i otrzymuje wynagrodzenie z tego tytułu od osób trzecich, a nie ze środków budżetowych).¹⁷

Cechą charakterystyczną modeli prywatyzacji zadaniowej jest to, że administracja publiczna wycofuje się z bezpośredniej realizacji zadania, zachowując jednocześnie odpowiedzialność za zagwarantowanie wykonania zadania, czyli za świadczenie określonych usług użyteczności publicznej.¹⁸

16 Z. Jerzmanowski, Problemy przekształceń przedsiębiorstw i zakładów komunalnych. Komercjalizacja i prywatyzacja, „Wspólnota” z dn. 25 kwietnia 1997 r.

17 M. E. Geis, Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech, (w:) Sposoby realizacji zadań publicznych, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 270.

18 Tamże.

Z kolei jeśli chodzi o prywatyzację wykonywania zadań publicznych, to następuje tu tylko oddzielenie odpowiedzialności za wykonywanie zadań od ich bezpośredniego wykonywania.¹⁹ Zadanie dalej ma charakter zadania publicznego, zmienia się jedynie podmiot je realizujący. Oznacza to, że mówiąc o prywatyzacji zadań publicznych, *de facto* powinniśmy posługiwać się zwrotem „prywatyzacja wykonywania zadań publicznych”. W większości przypadków mamy bowiem na myśli sytuację, w których określone zadanie nie zmienia swojego charakteru, a zmienia się jedynie podmiot je realizujący.

Na współczesne tendencje w zakresie kontraktowania usług społecznych i warunki dopuszczenia do ich realizacji podmiotów niepublicznych wskazuje L. Zacharko.²⁰ Podnosi ona, że prywatyzacja zadań publicznych będzie związana z pewnym procesem polegającym na tym, że państwo inspiruje podmioty prywatne do wykonywania zadań, które dotychczas realizowane były jedynie przez administrację publiczną samodzielnie. Będzie to więc przekazywanie (czy też zlecanie) zadań administracji „na zewnątrz” (podmiotom prawa prywatnego), które w założeniu ma przede wszystkim wspierać organy administracji publicznej w wykonywaniu coraz to rosnącej liczby zadań publicznych.²¹ Autorka ta wyróżnia:

- 1) model zadaniowy (*outsourcing*) – zlecanie zadań publicznych podmiotom spoza aparatu administracji publicznej;
- 2) model zadaniowy, tzw. podwójny *outsourcing* (*regranting*) – w którego wyniku następuje redystrybucja środków, a zadanie publiczne jest realizowane przez inną organizację, która nie jest stroną umowy;
- 3) model zadaniowy, tzw. *crowdsourcing*, pewna odmiana *outsourcingu*;
- 4) model zadaniowy oparty o procedurę konkursową – konkurs może składać się przy tym z trzech etapów – ogłoszenie otwartego konkursu, otwarcie konkursu ofert i rozstrzygnięcie konkursu ofert oraz podpisanie umowy bądź też może być prowadzony w trybie uproszczonym (kontraktowanie usług publicznych na rzecz organizacji pozarządowych);
- 5) model kooperacyjny (partnerstwo publiczno-prywatne, publiczno-społeczne), zwany modelem trójsektorowym (organ administracji publicznej samorządowy lub rządowy) oraz organizacja pozarządowa, podmioty niepubliczne.²²

19 S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1988, s. 92 i n.; L. Kieres, *Wolność gospodarcza w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*, Kraków 2001, s. 327.

20 L. Zacharko, *Innowacyjne rozwiązania w zakresie realizacji zadań publicznych gminy w Polsce i we Francji – modele kontraktowania usług społecznych*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 768-778.

21 I. Sierpowska, *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 250.

22 L. Zacharko, *Ochrona prawa osób niepełnosprawnych na tle zjawiska prywatyzacji zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego (zagadnienia wprowadzające)*, (w:) *Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, (red.) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017, s. 225 i 226.

Wybór formy organizacyjnoprawnej zależy od sfery użyteczności publicznej, jak i działalności komercyjnej. W tym ostatnim przypadku gmina może tworzyć spółki lub przystępować do nich, jeśli zostały spełnione łącznie warunki określone w art. 10 u.g.k. – powiązane jest to z zasadą subsydiarności.

Autorka podkreśla, że pomimo uwzględnienia w ustawie o gospodarce komunalnej²³ europejskich tendencji w zmianie prawnego charakteru tego rodzaju podmiotów, trudno uznać jednoosobową spółkę gminy za w pełni sprywatyzowaną. Podstawowym bowiem elementem stanowiącym filar konstrukcji tych spółek jest kapitał. W tym przypadku nie dochodzi do zamiany właściciela kapitału. W wyniku utworzenia jednoosobowej spółki gminy nie pojawiają się żadne inne podmioty.²⁴ Autorka ta podkreśla, że tego rodzaju spółka zaliczana jest do kategorii komunalnych osób prawnych. Podobne stanowisko wyraził SN w uchwale z dnia 25 marca 1997 r.²⁵ Ten rodzaj prywatyzacji zadań publicznych utożsamiany zdaje się być z tzw. prywatyzacją organizacyjną, polegającą na powołaniu, wyodrębnieniu z hierarchicznej struktury administracji rządowej lub samorządu terytorialnego jednostki organizacyjnej działającej w formie prawa prywatnego. Podmioty tego rodzaju działają w obrębie organizacji administracji publicznej i podlegają nadzorowi sprawowanemu przez organy.²⁶

Z przedstawionych powyżej poglądów wnioskować można, że w ramach prywatyzacji zadaniowej mieści się prywatyzacja usług komunalnych. Jednocześnie zamianę form organizacyjnoprawnych wykonywania zadań z publicznoprawnych na prywatnoprawne nazywa się w literaturze niemieckiej prywatyzacją organizacyjną lub prywatyzacją formalną.

W Polsce na oznaczenie nadawania przedsiębiorstwom państwowym formy spółek prawa handlowego używa się określenia „komercjalizacja”.²⁷ Moim jednak zdaniem komercjalizację postrzegać można szerzej. Tego rodzaju przekształcenia mogą mieć miejsce na poziomie samorządu terytorialnego, gdzie można dokonać przekształcenia publicznoprawnej organizacyjnej formy prowadzenia zadań publicznych w spółkę prawa handlowego. S. Biernat podkreśla, że zjawisko przybierania przez jednostki komunalne form organizacyjnoprawnych prawa prywatnego do wykonywania zadań publicznych nie ogranicza się tylko do spółek prawa handlowego. Jako przykład wskazuje się zakładanie fundacji przez państwo lub gminy.²⁸ Jeśli jednak na proces zmiany formy realizacji zadań publicznych spojrzeć szerzej (nie tyl-

23 Tamże, s. 225.

24 L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań...*, s. 85.

25 Uchwała SN z dnia 25 marca 1997 r. III CZP 126/96, niepubl.

26 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 156-157; od prywatyzacji organizacyjnej odróżnia się prywatyzację funkcjonalną, rozumianą jako przekazanie wykonywania zadań publicznych podmiotom prywatnym usytuowanym poza organizacją administracji publicznej.

27 S. Włodyka, *Spółki powstałe z przedsiębiorstw państwowych*, (w:) *Prawo spółek*, red. S. Włodyka, Kraków 1991, s. 182.

28 S. Biernat, *Prywatyzacja...*, *op. cit.*, s. 73.

ko ze względu na samo przekształcenie podmiotu, który zadania realizuje – z formy publicznoprawnej na prywatnoprawną), ale również pod kątem procesu powierzenia zadań (co niewątpliwie wiąże się ze zmianą statusu podmiotu realizującego zadania), należy dojść do wniosku, że pojęcie komercjalizacji ma szersze zastosowanie. Moim zdaniem nie da się oderwać zadań od podmiotu je realizującego, szczególnie jeśli powołując dany podmiot do życia, określamy jednocześnie zakres spraw, które mają być przez ten podmiot realizowane.

Dodatkowo wskazać należy, że jako główną cechę prywatyzacji S. Biernat wskazuje wykonywanie zadań publicznych przez podmioty prywatne.²⁹ W tym znaczeniu każda forma powierzenia zadania podmiotowi funkcjonującemu na gruncie prawa prywatnego zaliczona będzie do prywatyzacji. Jeśli podmiot ten bazował będzie na majątku publicznym, wówczas będzie można mówić o prywatyzacji zadaniowej. Współczesne tendencje zarówno w obszarze prawa europejskiego, jak i krajowego zdają się zmierzać w kierunku z jednej strony tworzenia instrumentów prawnych pozwalających j.s.t. na bardziej sprawną i efektywną możliwość wyboru formy wykonywania nałożonych zadań (co stanowi konsekwencję zwiększających się zadań nakładanych na j.s.t.), z drugiej strony precyzuje się formalnoprawne przesłanki dopuszczające zastosowanie określonych formy realizacji zadań publicznych. W moim przekonaniu obecnie niewystarczającym jest twierdzenie, że prywatyzacja zadaniowa opiera się na zmianie podmiotu wykonującego konkretne zadania własne j.s.t. Trzeba bowiem doprecyzować charakter prawny tego podmiotu, sposób przekazania mu zadań, więc, jaką wiąże ten podmiot z majątkiem publicznym.

Kończąc powyższe rozważania, a jednocześnie tytułem wstępu do dalszych poszerzonych analiz wskazać można na cechy prywatyzacji zgodnie z poglądami S. Biernata.³⁰ Otóż jego zdaniem prywatyzacja, po pierwsze polega na zmianie cech podmiotu wykonującego zadanie (przekazanie zadania podmiotowi prywatnemu albo zmiana charakteru prawnego dotychczasowego podmiotu). Po drugie prywatyzacja ma polegać na zmianie form wykonywania zadań z form prawa publicznego na formy prawa prywatnego oraz zmianie charakteru stosunków łączących podmioty wykonujące zadania publiczne z obywatelami.

Zauważyć jednak pragnę, że wykonywanie zadania przez podmiot wyposażony w odrębną względem j.s.t. osobowość prawną niewątpliwie spełnia wyżej wymienioną pierwszą cechę, ale jednocześnie podkreślić należy zależność majątkową takiego podmiotu względem powierzającego. Nie można jednoznacznie wskazać, że tego rodzaju podmiot jest całkowicie niezależny od jednostki powierzającej. Jeśli przyjmiemy, że relacja pomiędzy zlecającym a przyjmującym zlecenie bazuje na nierównorzędności wzajemnej relacji (zlecenie następuje w formie właściwej dla działania

29 Tamże.

30 S. Biernat, *op. cit.*, s. 26-27.

administracji bądź też na podstawie umowy, której bliżej do umowy administracyjnej niż cywilnej), a jednocześnie dopuścimy możliwość przeniesienia na dany podmiot uprawnień decyzyjnych (przypisanych do tej pory organowi administracji publicznej), wówczas forma realizacji zadań nie będzie mogła wprost być uznana za prywatyzację zadań. Zastanowić się wręcz można, czy tego rodzaju mechanizm nie powinien być klasyfikowany obok prywatyzacji.

Powyżej przedstawione zostały poglądy polskiej doktryny w przedmiocie prywatyzacji zadań publicznych. Można w tym miejscu odwołać się do doświadczeń systemu prawnego państwa, które stanowi przykład przebytej drogi od prywatyzacji po sposób realizacji zadań określony w niniejszym opracowaniu jako komercjalizacja.

3. Powierzanie zadań publicznych podmiotom niepublicznym w Wielkiej Brytanii

Uzasadnieniem przedstawienia rozwiązań zastosowanych w systemie brytyjskim jest fakt, że system ten jawi się jako ten, który opiera się w znacznej mierze na powierzeniu usług i zleceniu realizacji tychże na rzecz podmiotów formalnie niezależnych od administracji publicznej, ale jednocześnie powiązanych organizacyjnie i strukturalnie z samorządem lokalnym. Model wykonywania zadań publicznych przeszedł tam ewolucję, od wykonywania większości zadań publicznych samodzielnie przez j.s.t., poprzez system oparty na kontraktowaniu większości usług na rzecz podmiotów prywatnych, w kierunku powierzania tych zadań własnym spółkom komunalnym (czy też innym samorządowym jednostkom organizacyjnym). Doświadczenia brytyjskie pozwalają również na wyodrębnienie pewnych przesłanek wymagających rozważania przy dokonywanej komercjalizacji.

Analizując formy realizacji zadań publicznych, rozważyć należy, gdzie w systemie angielskim przebiega granica pomiędzy podmiotami publicznymi a prywatnymi, przy tym kluczowe znaczenie odgrywa tu *Human Rights Act 1998*, który definiuje podmiot publiczny jako sąd lub trybunał, a także jakąkolwiek osobę, której pewne zadania są zadaniami natury publicznej.³¹ Literalna wykładnia tej normy wskazuje, że podmiotem publicznym byłby w zasadzie każdy podmiot realizujący zadania publiczne. Działalność, która nie jest traktowana jako publiczna, jest natury prywatnej.³² W konsekwencji brytyjski prawodawca rozróżnia dwa typy podmiotów publicznych:

31 Human Rights Act 1998 r., s. 6(3)(a), s. 6(3)(b), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, [online 21.12.2017 r.].

32 Human Rights Act 1998 r., Sekcja 6(5), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, [online 21.12.2017 r.].

- 1) podmioty publiczne *sensu stricto*, takie jak centralne organy administracji publicznej (ministerstwa oraz centralne i terenowe organy administracji państwowej, samorząd terytorialny), policja, sądy i trybunały;
- 3) zadaniowe (hybrydowe, mieszane) podmioty publiczne, wywodzące się i umiejscowione na gruncie prawa prywatnego, lecz realizujące pewne publiczne zadania.³³

W tym zakresie występuje więc swoista dychotomia rozumienia prywatyzacji zadań publicznych. Po pierwsze w ścisłym znaczeniu tego terminu i *contracting out*, gdzie oznacza to fizyczny transfer pewnego obszaru aktywów dotychczasowej działalności państwa do sektora prywatnego, a po drugie transfer pewnych kompetencji, mandat do podejmowania działań przez podmioty prawa prywatnego (w tym organizacje społeczne i kościoły) w interesie publicznym. Podmioty te, działając w zakresie wspomnianego upoważnienia, nie są podmiotami publicznymi *ipso iure*, ale korzystają z ich przywilejów i podlegają analogicznemu nadzorowi.³⁴ Zasadą jest, że zlecanie realizacji zadań publicznych podmiotom prywatnym odbywa się bez konkretnego umocowania w akcie stanowionym.

Kryteria pozwalające na określenie tego, czy dany podmiot zaliczyć należy do grupy podmiotów prywatnych bądź publicznych, precyzuje orzecznictwo sądowe. W jednym z orzeczeń wyrażono stanowisko, że o zaliczeniu danego podmiotu do kategorii publicznych decyduje, obok sprawowanej funkcji natury publicznej, także umocowanie podmiotu, czyli źródło jego kompetencji. Zdaniem sądu umowa między prywatnymi podmiotami kategorycznie wykluczyła organ z grona publicznych nawet wówczas, gdy pełnił funkcje natury publicznej.³⁵ Przykładem takiej interpretacji może być również orzeczenie, w którym sąd odmówił statusu podmiotu publicznego fundacji (ang. *charity*) prowadzącej dom pomocy społecznej na mocy umowy (ang. *contracting out*) z podmiotem administracji samorządowej, który zobowiązany był utrzymywać ów obiekt na mocy aktu prawa powszechnie obowiązującego.³⁶ W innym orzeczeniu stwierdzono, że jeśli dany podmiot sprawuje funkcje wynikające z prawa publicznego lub sprawowanie tych funkcji wiąże się z prawnopublicznymi konsekwencjami, wówczas mogłoby to być wystarczające dla zaliczenia go do kategorii podmiotów publicznych.³⁷ W innym z orzeczeń stwierdzono, że cechy determinujące charakter zadania wykonywanego przez osobę (podmiot) jako publiczne to: finansowanie zadań wykonywanych przez podmiot ze środków publicznych, kompetencja podmiotu mająca swoje źródło w akcie parlamentu, umiejscowienie

33 Human Rights Act 1998 r., Sekcja 6(3)(b), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, [online 21.12.2017 r.].

34 J. Janas, Brytyjski model prywatyzacji zadań publicznych w świetle prawa i orzecznictwa precedensowego, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 476.

35 Sprawa R. v Insurance Ombudsman Bureau (IOB) Ex p. Aegon Life Assurance, Publ.: [1994] C.L.C. 88.

36 J. Janas, Brytyjski..., *op. cit.*, s. 477.

37 Sprawa R. v Panel on Takeovers and Mergers (PTM) Ex p. Datafin PLC, Publ.: [1987] Q.B. 815, 847.

podmiotu w zbiorze administracji publicznej, zarówno centralnej, jak i terytorialnej (w tym samorządowej), a także świadczenie usług publicznych. W orzeczeniu tym dopuszczono możliwość uznania podmiotów niepublicznych, na rzecz których zakontraktowano realizację usług publicznych, do kategorii podmiotów publicznych (np. prowadzące prywatne zakłady karne oraz podmioty sektora prywatnego spełniające pewne funkcje regulujące).³⁸ Z przytoczonych powyżej przykładowych orzeczeń wnioskować można, że o tym, do jakiej kategorii zaliczyć należy podmiot realizujący zadania publiczne, decyduje charakter prawny aktu powierzenia, źródło finansowania i umiejscowienie w strukturze administracji. Cechy te w dalszych rozważaniach odniesione zostaną jako swego rodzaju determinanty odróżniające prywatyzację do komercjalizacji zadań.

W 1974 r. w systemie angielskim dokonały się radykalne zmiany w zakresie polityki dotyczącej sposobu wykonywania zadań publicznych, przesunięto pewne zadania ze szczebla lokalnego do organów centralnych. Celem takiej centralizacji było usprawnienie działań np. w zaopatrzeniu w wodę, kontrola ścieków i sieci kanalizacyjnej.³⁹ Upowszechnienie usług komunalnych miało miejsce w latach 1980 i 1988. Stosownie do postanowień *the Local Government Planning and Land Act 1980* władze lokalne miały obowiązek zapewnić świadczenia podstawowych usług bytowych przez przeprowadzenie lokalnych przetargów i zawieranie umów z jednostkami organizacyjnymi w sprawie realizacji określonych zadań.⁴⁰ Przywołany akt prawny nakładał obowiązek organizacji przetargów w następujących kategoriach spraw: prace drogowe, konserwacja budynków komunalnych, zadania związane z budownictwem (przy kontraktach o wartości powyżej 50 000 funtów), mniejsze zadania inwestycyjne. Jeżeli w wyniku przeprowadzenia przetargu okazałoby się, że realizacja określonego zadania przez podmiot prywatny byłaby zbyt kosztowna, wówczas zadanie realizowane powinno być bezpośrednio przez Bezpośrednią Organizację – Direct Labour Organisation (DLO) a w konsekwencji Wydział Robót – Works Department. Przed przystąpieniem do realizacji określonych zadań Bezpośrednia Organizacja Robót miała obowiązek przedstawienia kosztów wraz z ich uzasadnieniem.⁴¹

Zakres zadań, w obszarze których istnieje obowiązek zawierania kontraktów, został rozszerzony w *the Local Government, Planning and Land Act 1988*. Do tego rodzaju usług zaliczono wywóz odpadów, sprzątanie ulic, sprzątanie budynków użyteczności publicznej, zaopatrzenie szkół, zakładów opieki społecznej oraz innych instytucji komunalnych, konserwację pojazdów, utrzymywanie terenów zielonych, zarzą-

38 Sprawa *Aston Cantlow Parochial Church Council v Wallbank*, Publ.: [2003] UKHL 37.

39 L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań...*, op. cit., s. 57.

40 P. Blair, *Tendencje w funkcjonowaniu samorządów lokalnych i procesach demokratyzacji (wnioski i refleksje w świetle przemian zachodzących w krajach Europy)*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 1-2, s. 81-90.

41 *Local Government, Planning and Land Act 1980*, Part. III, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/65/contents>, [online 20.12.2017 r.].

dzanie obiektami sportowymi i rekreacyjnymi.⁴² Akt ten dał prawne podstawy do bardziej powszechnego zastosowania możliwości zlecania na zewnątrz zadań publicznych. W 1999 r. władze lokalne otrzymały swobodę w zakresie wyboru zadań publicznych, których realizację mogłyby powierzyć podmiotom spoza administracji.⁴³ Podkreślić należy, że pomimo rozszerzenia zakresu zadań wciąż przewidziano bezpośrednią realizację zadania przez Bezpośrednią Organizację, jeśli koszty realizacji tegoż zadania znacznie przekroczyłyby planowany budżet.

W systemie brytyjskim problem granic prywatyzacji analizowany był przez komisję parlamentarną. Według opinii komisji rdeń obowiązków publicznych nie powinien podlegać prywatyzacji. Do nich należą takie funkcje państwa, jak sądownictwo, prawodawstwo, sprawowanie władzy publicznej na szczeblu ministerialnym, a także funkcje związane z ograniczeniem wolności jednostki i bezpośrednim użyciem sił zbrojnych. J. Janas, dokonując analizy tej problematyki, stwierdza, że częściowe potwierdzenie stanowiska komisji znajduje odzwierciedlenie w sekcji 71 (1) *Deregulation and Contracting out Act 1994 r.*, który przyjmuje dwa kryteria wyznaczenia granic prywatyzacji – podmiotowe i przedmiotowe. Pierwsze wyklucza sądy i trybunały, drugie zaś funkcje, których wykonywanie lub zaniechanie naruszałby wolność jednostki.⁴⁴

W 2011 r. opublikowano Białą Kartę dotyczącą „Otwarcia usług publicznych” (ang. *White Paper Open public services*),⁴⁵ gdzie rekomendowano samorządom szersze zastosowanie możliwych prawnie form świadczenia usług publicznych. Jednocześnie ograniczenie budżetowego dofinansowania realizacji zadań publicznych zmusiło do szerszego zastosowania wykorzystania kontraktualizacji. W 2013 r. Narodowy Urząd Kontroli (ang. *National Audit Office*) przygotował raport, w którym wskazał na elementy istotne z punktu widzenia świadczenia usług publicznych przez podmioty prywatne.⁴⁶ W raporcie tym podkreślono, że podmioty prywatne realizujące powierzone zadania nie dokładają należytej staranności w kontroli sposobu realizacji świadczonych usług, co przy jednoczesnej bierności władz lokalnych w zakresie kontroli sposobu realizacji może negatywnie wpływać na realizację zadań publicznych. Jako problem identyfikowano ograniczoną transparentność podpisywanych umów w obszarze kosztów dostarczania poszczególnych usług, przejawiającą się brakiem prawidłowego i zrozumiałego przyporządkowania świadczonych zadań do kosztów realizacji tychże zadań. Podnoszono również, że część realizowanych zadań, ze

42 Local Government, Planning and Land Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/9>, [online 20.12.2017 r.].

43 Local Government Act 1999, www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/27/contents, [online 22.12.2017 r.].

44 J. Janas, *Brytyjski model...*, op. cit., s. 483.

45 Cabinet Office and Open Public Services, *Open Public Services. White Paper. Presented to Parliament by the Minister for Government Policy by Command of Her Majesty*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/255288/OpenPublicServices-WhitePaper.pdf, 01.07.2011, [online 21.12.2017 r.].

46 National Audit Office, *The role of major contractors in the delivery of public services*, 12 listopada 2013 r., <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2013/11/10296-001-BOOK-ES.pdf>, [online 22.12.2017 r.].

względem na swój zakres i koszty ekonomiczne, może być zbyt ryzykowna do realizacji przez podmioty prywatne, ale jednocześnie świadczenie tych zadań jest niezbędne dla funkcjonowania społeczności lokalnej.

W 2016 r. ukazał się raport, który wskazywał, że kluczowe czynniki, jakie decydują o sukcesie w prawidłowym świadczeniu usług publicznych, to przede wszystkim długoterminowe perspektywiczne planowanie.⁴⁷ Krótkoterminowe partnerstwo (podmiotu publicznego zlecającego i podmiotu prywatnego podejmującego się realizacji zadania) wpływać może na podniesienie kosztów świadczenia określonych usług publicznych. Jednocześnie istotna jest możliwość wpływu podmiotu publicznego (np. poprzez możliwość zarządzania) na sposób, w jaki zadanie będzie realizowane. Podnoszono również, że podmiot prywatny realizujący zadania bardzo często obniżał zarówno jakość, jak i ilość świadczonych usług, dążąc do obniżenia kosztów prowadzonej działalności. Wskazywano, że kontraktowanie usług publicznych własnym jednostkom organizacyjnym pozwala na zapewnienie lepszej jakości w zamian za niższą cenę, a jednocześnie podmioty prywatne cechuje mniejsza elastyczność w zakresie dostosowywania się do potrzeb odbiorców usług. Jako przyczynę powrotu usług do podmiotów wewnętrznych podnoszono również możliwość strategicznego planowania jako elementu zintegrowanego systemu świadczenia usług publicznych.⁴⁸

Władze lokalne mogą zdecydować również o wykonywaniu zadań publicznych za pomocą własnych jednostek wewnętrznych (jako *Insourcing*). Bardzo często powrót zadań do organów administracji publicznej determinowany jest zakończeniem dotychczasowego kontraktu – braku chęci jego kontynuacji. Sposób realizacji zadań przez własne jednostki organizacyjne określony został jako *in house*. Określenie to weszło do siatki pojęciowej na poziomie prawodawstwa europejskiego, przy tym obecne definiowanie pojęcia *in house* w polskim systemie prawnym (przy tym chodzi głównie o praktykę stosowania prawa, *in house* nie ma bowiem definicji legalnej) wydaje się różnić z pierwotnym anglosaskim rozumieniem, o czym w dalszej części rozprawy. Praktyka angielska pokazuje, że powrót realizacji zadań do podmiotów wewnętrznych spowodował znaczne oszczędności, co dowiedzione zostało np. w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi.⁴⁹

W systemie angielskim istnieje odpowiednik polskich spółek komunalnych. Tego rodzaju podmioty muszą być tworzone, jeśli lokalna administracja publiczna chce prowadzić działalność połączoną z ewentualnym osiąganiem zysków. Podstawowe akty, które określają sposób postępowania z osiągniętym zyskiem i odnoszą się do prowadzenia przez władze lokalne działalności gospodarczej, to *Local Govern-*

47 LGA, Investigating and improving the HR and OD capability in shared councils, 23 February 2016, <https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/investigating-and-improvi-80e.pdf>, [online 03.04.2018 r.].

48 M. Jackson, *Insourcing: A guide to bringing local authority services back in-house*, APSE 2009, s. 9-10.

49 P. O'Brien, *Return to sender*, <http://www.publicfinance.co.uk/2011/07/return-sender-0>, [online 23.12.2017].

ment Act 2003⁵⁰ oraz the Localism Act 2011.⁵¹ Zgodnie z aktem z 2011 zyski osiągnięte z określonej działalności, związanej z usługami użyteczności publicznej, mogą być przeznaczane na dofinansowanie świadczenia innych usług.

Sekcja 4 *Localism Act 2011* daje generalną możliwość prowadzenia przez władze lokalne działalności gospodarczej. Komercyjne świadczenie usług publicznych nie może dotyczyć jednak tych przypadków, w których obowiązkiem administracji publicznej jest świadczenie usług publicznych na rzecz społeczeństwa. Stworzenie przez organy administracji publicznej spółki komunalnej wymaga wcześniejszego przygotowania planu dochodów i wydatków związanych z działalnością spółki.⁵² Spółki komunalne poddane są regulacjom prawa spółek i służą realizacji interesów wspólników, podlegają też opodatkowaniu. Działalność prowadzona przez spółki komunalne stanowi odrębny rodzaj działalności względem tzw. usług wspólnych. Celem spółek komunalnych jest świadczenie usług publicznych na rzecz publicznego bądź, w niektórych przypadkach, prywatnego sektora. Usługi wspólne dotyczą zaś realizacji zadań publicznych na podstawie umów zawieranych pomiędzy różnymi elementami sektora publicznego. Usługi wspólne nie są dostarczane w ramach działania spółek komunalnych.⁵³

Administracja publiczna wykorzystuje spółki komunalne do dostarczania usług publicznych w tych sferach działalności, gdzie jednocześnie aktywność mogą podejmować podmioty prywatne, co z kolei może prowadzić do zarzutu naruszenia reguł konkurencji. Władze lokalne, za pośrednictwem spółek komunalnych, mogą realizować usługi publiczne bądź osiągając korzyści finansowe, bądź prowadząc działalność tylko z uwzględnieniem pokrywania kosztów świadczenia danej usługi. Dla przykładu, administracja publiczna świadczy usługi publiczne z wykorzystaniem spółek komunalnych w takich obszarach, jak: opieka przedszkolna, mieszkalnictwo komunalne, ale także w ten sposób organizowane są centra wypoczynkowe. Prowadzona działalność nie dotyczy więc tylko zaspokajania podstawowych potrzeb społecznych, ale także tych sfer, które mogłyby być zaspokajanie wyłącznie przez podmioty prywatne działające na zasadach komercyjnych.⁵⁴

W systemie brytyjskim ugruntowana jest również tzw. „doktryna Teckal”, której uwarunkowania poddane zostaną szerszej analizie w dalszej części opracowa-

50 Local Government Act 2003, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/26/contents>, [online 23.12.2017 r.].

51 Localism Act 2011, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/20/contents>, [online 23.12.2017 r.].

52 Local Government (Best Value Authorities) (Power to Trade) (England) Order 2009, SI 2009/2393, regulation 2.

53 M. Sandford, Local government: alternative models of service delivery, Number 05950, 20 May 2016 r., s. 15.

54 Z problematyką działalności spółek komunalnych, powiązane jest zagadnienie dysponowania mieniem komunalnym. W systemie angielskim brak jest prawnych regulacji, które ograniczałyby administrację publiczną w dysponowaniu mieniem publicznym (gruntami, budynkami), swoboda dysponowania tego rodzaju majątkiem porównywalna jest do swobody, z jaką podmioty prywatne mogą rozporządzać swoją własnością. Administracja publiczna może samodzielnie decydować o tym, czy dostęp do pewnych usług publicznych powinien być odpłatny (w wysokości pokrywającej koszty świadczenia usługi, czy też pokrywający owe koszty jedynie w części; koszty świadczenia usług mogą być również obniżane w zależności od grupy odbiorców), <http://www.lgiu.org.uk/wp-content/uploads/2015/10/Income-generation—Charging-Trading.pdf>, [online 30.12.2017 r.].

nia. W tym miejscu można jedynie stwierdzić, że pod pewnymi warunkami zlecenie realizacji zadania publicznego określonej kategorii podmiotów wyłączone może być z konieczności zastosowania zamówień publicznych. Istotne jest, by podmiot, na rzecz którego następuje powierzenie realizacji zadania publicznego, podporządkowany był administracji publicznej w taki sposób, jakoby stanowił część aparatu administracji publicznej (w takiej sytuacji spółka komunalna określana jest mianem podmiotu wewnętrznego). W systemie brytyjskim przyjęto zasady wynikające z unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.⁵⁵

W brytyjskiej praktyce znane są przypadki, w których prowadzenie działalności przez spółki komunalne wiązało się nie tylko z realizacją powierzonej usługi publicznej, ale również z korzyściami ekonomicznymi.⁵⁶ Zainteresowanie kontraktowaniem usług może wynikać z przyczyn ekonomicznych, możliwości zarządzania i uwarunkowań lokalnych, a jednocześnie powierzenie realizacji zadań na zewnątrz często powiązane jest ze świadczeniem usług wymagających specyficznej wiedzy czy infrastruktury technicznej.⁵⁷ Podnosi się, że nie jest możliwym jednoznaczne stwierdzenie, iż istnieją pozytywne skutki ekonomiczne w powierzaniu podmiotom prywatnym, całkowicie niezależnym od administracji publicznej, zadań publicznych z zakresu usług technicznych i świadczeń socjalnych. O ile można wskazać, że pewne niewielkie oszczędności powoduje zlecenie usług technicznych (np. w zakresie zagospodarowania odpadów), ale z drugiej strony może przekładać się to na jakość świadczonych usług. W zakresie zaś sfery socjalnej, w systemie brytyjskim stwierdzono brak dowodów na to, że sektor prywatny świadczy te usługi taniej bądź też z wyższą jakością, niż realizowałby to samodzielnie sektor publiczny.⁵⁸ Kolejną przyczyną uzasadniającą powrót realizacji zadań publicznych do struktur administracji publicznej jest możliwość pełniejszej kontroli nad jakością świadczonych usług, możliwość oddziaływania na pracowników wykonujących zadania.⁵⁹

55 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L94 z 28 marca 2014 r., s. 1, dalej jako: „dyrektywa 2014/24”, dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L94 z 28 marca 2014 r., s. 65, dalej jako: „dyrektywa 2014/25”.

56 M. Sandford, *Local government: alternative models...*, *op. cit.*, s. 19.

57 T. Brown, L. Potoski, M., & Van Slyke, D.M. Changing modes of service delivery: How past choices structure future choices. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 26(1), 2008, s. 127-143.

58 European Federation of Public Service Unions (EPSU), *Public and private sector efficiency*, Maj 2014. <http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Public%20and%20Private%20Sector%20Efficiency%20EN%20fin.pdf>, [online 22.12.2017 r.]; G. Bel, R. Gradus, *Privatisation, contracting-out and inter-municipal cooperation: new developments in local public service delivery*, „*Local Government Studies*” 2017, <https://doi.org/10.1080/03003930.2017.1403904>, [online 21.12.2017]; G. Bel, X. Fageda, M. Warner., *Is Private Production of Public Services Cheaper than Public Production ? A Meta-Regression Analysis of Solid Waste and Water Services*, „*Journal of Policy Analysis and Management*” 29 (3), 2010, s. 553-577.

59 K. Reynolds, G. Royer, C. Beresford, *Back in house: Why Local Governments are Bringing Services Home*, Columbia 2016, s. 5.

4. Komercjalizacja w ujęciu ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników

Z prowadzonych powyżej rozważań wynika, że w ramach prywatyzacji wyróżnić można prywatyzację zadaniową, która ze względu na cechy ją charakteryzujące i zmianę podmiotu realizującego zadanie może być określona komercjalizacją. Przy tym przykład anglosaski wskazuje, że wykonywanie zadań administracji publicznej przez własne jednostki organizacyjne może być coraz powszechniej wykorzystywaną formą wykonywania zadań publicznych.

Pojęcie komercjalizacji nie jest nowe w polskim systemie prawnym. Komercjalizacja jako proces zmiany formy organizacyjnoprawnej znajduje swoje odzwierciedlenie w polskim porządku prawnym w odniesieniu do komercjalizacji na poziomie krajowym i od początku była wiązana z prywatyzacją. Z formalnego punktu widzenia proces komercjalizacji i prywatyzacji na poziomie państwowym realizowany jest systematycznie przez organy administracji państwowej, a rozpoczęty został z chwilą wejścia w życie przepisów ustawy 13 lipca 1990 o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych,⁶⁰ zastąpioną następnie ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁶¹ oraz ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o utworzeniu urzędu Ministra Przekształceń Własnościowych⁶² (aktualnie Skarbu Państwa). To do kompetencji tego ministra należała realizacja polityki Państwa w zakresie przekształceń własnościowych. Prywatyzacja stała się integralnym składnikiem procesu przekształceń własnościowych służącym do osiągnięcia założonych celów makroekonomicznych, choć przyznać należy, iż przepisy ustawy o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych celów tych w istocie nie określiły.⁶³

Przedmiotem prywatyzacji był niewątpliwie majątek państwowy zorganizowany w prawną formę prowadzenia działalności gospodarczej, jaką było przedsiębiorstwo państwowe, a stanowiący przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisów 55¹ kodeksu cywilnego.⁶⁴

Zgodnie z art. 1 ustawy o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁶⁵ prywatyzacja przedsiębiorstwa państwowego polegała na udostępnieniu osobom trzecim akcji lub udziałów w spółkach z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa, powstałych

60 Ustawa 13 lipca 1990 o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. Nr 51, poz. 298.

61 Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. Nr 118, poz. 561.

62 Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o utworzeniu urzędu Ministra Przekształceń Własnościowych, Dz.U. Nr 51, poz. 299.

63 C. Żuławska, Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji, „Państwo i Prawo” 1991, z. 2, s. 9 i n.

64 T. Kocowski, Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, (red.) J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 45.

65 Dz.U. Nr 51, poz. 298.

z przekształcenia przedsiębiorstwa, na udostępnieniu osobom trzecim mienia przedsiębiorstwa lub sprzedaży przedsiębiorstwa. W tym celu przedsiębiorstwo mogło być przekształcone w spółkę lub zlikwidowane na zasadach określonych ustawą. Prywatyzacja przedsiębiorstwa państwowego związana była więc nierozłącznie z ustaniem bytu prawnego tego podmiotu w kształcie, w jakim przewidują to przepisy o przedsiębiorstwach państwowych. Przepisy ustawy przewidywały dwa zasadnicze typy prywatyzacji: pierwszy zwany prywatyzacją kapitałową (określany też inaczej mianem dużej prywatyzacji), drugi zaś to prywatyzacja przez likwidację przedsiębiorstwa państwowego (określana była mianem prywatyzacji likwidacyjnej).

Prywatyzacji bezpośredniej podlegały przedsiębiorstwa państwowe, spełniające łącznie przewidziane przepisami ustawy kryteria. Prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa dokonywał w imieniu Skarbu Państwa organ założycielski. Kupujący lub przejmujący przedsiębiorstwo, o ile ustawa nie stanowiła inaczej, wstępował we wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorstwa państwowego, bez względu na charakter stosunku prawnego, z którego te prawa i obowiązki wynikają. Na podobnych zasadach następowała także prywatyzacja przedsiębiorstw komunalnych. Stało się tak w 1990 r., kiedy reaktywowano samorząd terytorialny, dokonując komunalizacji mienia państwowego.⁶⁶ T. Kocowski podnosi, że w ramach tego procesu część dotychczasowych przedsiębiorstw państwowych uzyskało status przedsiębiorstw komunalnych, a także znaczna część przedsiębiorstw komunalnych poddana została procesowi prywatyzacji, do czego impulsem stały się przepisy ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, które przekształcały, z mocy prawa, istniejące przedsiębiorstwa komunalne w jednoosobowe spółki gminy.⁶⁷

Komercjalizacja na poziomie państwowym zdefiniowana jest aktualnie ustawowo. W rozumieniu u.k.n.u.p. komercjalizacja polega na przekształceniu przedsiębiorstwa państwowego w spółkę; jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, spółka ta wstępuje we wszystkie stosunki prawne, których podmiotem było przedsiębiorstwo państwowe, bez względu na charakter prawny tych stosunków. Komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego dokonuje organ założycielski. Komercjalizacji mogą podlegać przedsiębiorstwa państwowe, poza wyjątkami określonymi ustawowo.

Na podstawie art. 3 i 4 u.k.n.u.p. komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego dokonuje się na wniosek dyrektora i rady pracowniczej przedsiębiorstwa państwowego. Proces ten organ założycielski może przeprowadzić z własnej inicjatywy. W przypadku podjęcia działań z własnej inicjatywy organ założycielski zawiadamia o zamiarze komercjalizacji dyrektora oraz radę pracowniczą przedsiębiorstwa państwowego. Dyrektor przedsiębiorstwa państwowego jest obowiązany doręczyć or-

66 T. Dybowski, Komunalizacja przedsiębiorstw, „Samorząd Terytorialny” 1991, z. 5, s. 3 i n.; J. Szachulowicz, Własność publiczna, Warszawa 2000, s. 99.

67 T. Kocowski, Prywatyzacja..., *op. cit.*, s. 47.

ganowi założycielskiemu, w terminie nieprzekraczającym trzech miesięcy od dnia otrzymania zawiadomienia, kwestionariusz przedsiębiorstwa państwowego przeznaczonego do komercjalizacji wraz z niezbędną dokumentacją. W ten sposób przedsiębiorstwo państwowe staje się spółką prawa handlowego.

Ustawa w art. 4b ust. 1 pkt 1 zakłada szczególny tryb nabycia akcji spółek Skarbu Państwa przez j.s.t., wskazując, że nie jest zbyciem akcji na zasadach ogólnych zbycie akcji na rzecz jednostki samorządu terytorialnego w drodze darowizny, zgodnie z ustawą z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym.⁶⁸ Na szczególnych zasadach udziały lub akcje w spółkach powstałych z komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych nabywają uprawnieni pracownicy oraz rolnicy i rybacy kooperujący z przedsiębiorstwem. Ustawa wprowadza też regulacje w sprzedaży akcji uprzednio nieodpłatnie nabytych przez jednostkę samorządu terytorialnego.

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania opisywanie i analiza procedury dokonania zamiany przedsiębiorstwa w spółkę prawa handlowego, wychodzi to poza przyjęty zakres tematyczny odnoszący się do komercjalizacji zadań jednostek samorządu terytorialnego. Zauważyć jednak należy, że analogicznych rozwiązań, określających zasady komercjalizacji, rozumianej jako zmiana formy organizacyjno-prawnej, aktualnie brakuje na poziomie samorządu terytorialnego. Tym niemniej z analizowanych unormowań można wyprowadzić wniosek, iż w szerokim znaczeniu przekształcenie podmiotu działającego w ramach osobowości prawnej państwa (można przyjąć, że również jednostki samorządu terytorialnego, chodzi tu bowiem o działania podmiotu realizującego zadania w ramach odrębnej osobowości prawnej i na gruncie norm prawa cywilnego) w podmiot charakteryzujący się własną osobowością prawną, poddany rygorowi prawa prywatnego (skomercjalizowana spółka działa na podstawie kodeksu spółek handlowych), wiąże się ze zmianą form prawnych, w jakiej zadania publiczne będą realizowane. Komercjalizacja to więc nie tylko zamiana formy organizacyjnoprawnej, ale również zamiana formy wykonywania określonych zadań publicznych.

5. Komercjalizacja na poziomie samorządu terytorialnego

Doktryna wyszczególnia rodzaj prywatyzacji zadaniowej bazującej na realizacji określonych zadań publicznych w oparciu o majątek j.s.t. J.s.t. mają zagwarantowaną prawną możliwość dokonywania przekształcenia form organizacyjnoprawnych, w jakich realizowane są powierzone zadania i jednocześnie wyboru takich form realizacji tych zadań, które zapewniają efektywność i odpowiednią jakość świadczenia. Niejako przenosząc nomenklaturę pojęciową z poziomu ustawodawstwa obejmującego spółki skarbu państwa na poziom j.s.t., dla przeprowadzenia przekształce-

68 Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1055, art. 4b ust. 1 pkt. 1.

nia formy organizacyjnoprawnej realizacji zadania zmierzającej do utworzenia albo przystąpienia do spółki komunalnej również możliwe byłoby zastosowanie pojęcia komercjalizacji. Tutaj należy jednak dokonać pewnych zastrzeżeń. Po pierwsze koniecznym jest, by nowo utworzony podmiot był zależny od j.s.t. (stopień tej zależności i zasady, na których ma się opierać, zostaną opisane w dalszej części wywodu). Jeśli bowiem przyjmiemy brak takiej zależności, to dochodzimy do wniosku, że poprzez przekształcenie stworzony został podmiot prywatny, który realizuje określone zadania już we własnym interesie. Dokonałaby się wówczas prywatyzacja zadania publicznego. Po drugie możliwe jest rozciągnięcie komercjalizacji również na te stany prawne i faktyczne, które dotyczą realizacji zadań nie tylko przez spółki prawa handlowego, o ile te inne podmioty cechują się przymiotami pozwalającymi uznać ich zależność od j.s.t., a jednocześnie realizującymi zadania publiczne w połączeniu z realizacją kryterium efektywności ekonomicznej, które nie jest tożsame z nastawieniem na zysk.

Komercjalizację postrzegać możemy również nie od strony podmiotowej (w zależności od tego, jaki podmiot realizuje określone zadanie), ale także ze strony przedmiotowej, tzn. określonego zadania, co do którego ustawodawca przewidział możliwość wykorzystania instrumentów mających na celu realizację tegoż zadania w oparciu o efektywność ekonomiczną. Komercjalizację realizowaną na poziomie samorządu terytorialnego można rozpatrywać w kilku aspektach.

Pierwszy wiąże się z bezpośrednim zastosowaniem regulacji ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników. Do ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników odwołuje się wprost art. 12 ust. 1 u.g.k., zgodnie z którym do wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji stosuje się przepisy kodeksu spółek handlowych oraz przepisy kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem przepisów ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa oraz o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników.

Odwołanie to ma zastosowanie w sytuacji obejmowania udziałów i akcji przez jednostki samorządu terytorialnego i odnosi się do instytucji zbycia w drodze darowizny na rzecz jednostki samorządu terytorialnego lub związku komunalnego akcji (udziałów) Skarbu Państwa w spółkach już powstałych w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych albo w wyniku wniesienia przedsiębiorstwa do jednoosobowej spółki Skarbu Państwa (art. 4b ust. 1 pkt 1 u.k.n.u.p.).

Z mocy art. 14 u.z.z.m.p. możliwość nieodpłatnego objęcia udziałów lub akcji przez jednostki samorządu terytorialnego lub związki jednostek samorządu terytorialnego nie dotyczy jednak akcji (udziałów) należących do Skarbu Państwa w spółkach o istotnym znaczeniu dla gospodarki państwa. Przepis ten stanowi bowiem wprost, że akcje (udziały) należące do Skarbu Państwa w spółce o istotnym znacze-

niu dla gospodarki państwa nie mogą być przedmiotem darowizny na rzecz jednostki samorządu terytorialnego lub związku jednostek samorządu terytorialnego. Nie ma natomiast przeszkód, aby akcje (udziały) jednostka samorządu terytorialnego (związek samorządowy) nabyła odpłatnie w sytuacji ich zbycia na zasadach ogólnych, o ile oczywiście przedmiot działalności spółki pozostaje w związku z zadaniami komunalnymi.⁶⁹

Powyższe pozostaje w związku z komercjalizacją zadań poprzez powiązanie podmiotu realizującego te zadania z j.s.t. Przesłanką formalną zbycia akcji (udziałów) na rzecz jednostek samorządu terytorialnego i związków samorządowych powinien być stosowny wniosek organu wykonawczego właściwej terytorialnie, z uwagi na siedzibę spółki, jednostki samorządu terytorialnego (związku gminy lub powiatu). Warunkami materialnymi zbycia powinny zaś być: 1) konieczność, aby podstawowa działalność takiej spółki służyła realizacji zadań własnych wnioskującej jednostki samorządu terytorialnego (związku samorządowego); 2) wykonywanie działalności przez spółkę na obszarze wnioskodawcy. Przesłanka formalna i przesłanki materialne muszą być spełnione łącznie; nie istnieje bowiem możliwość wnioskowania o przekazanie akcji (udziałów) spółek, których zasadniczy przedmiot działania pozostaje poza zakresem realizacji zadań własnych j.s.t.⁷⁰ Wniosek powinna poprzedzać stosowna uchwała organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego (związku komunalnego).⁷¹

Objęcie akcji (udziałów) przez jednostkę samorządu terytorialnego (związek komunalny) wymaga zgody Rady Ministrów (art. 11 ust. 2 u.z.z.m.p.). Nieodpłatne nabycie akcji (udziałów) następuje na podstawie umowy darowizny zawieranej między podmiotem uprawnionym do wykonywania praw z tych akcji (udziałów) oraz upoważnionymi organami j.s.t. bądź przedstawicielami tych organów.

Drugi aspekt odnosi się do zmiany formy organizacyjnoprawnej jednostki budżetowej w spółkę prawa handlowego. Z jednej strony zakłada wyłączenie zastosowania ustawy o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowniczych, ale zauważyć można analogiczny mechanizm zmiany formy organizacyjnoprawnej realizacji zadania publicznego.

Celem funkcjonowania podmiotu powołanego do funkcjonowania przez j.s.t. (spółki prawa handlowego) będzie realizacja powierzonego zadania publicznego, dla tego bowiem celu powinno się powoływać tego rodzaju podmioty, zysk ekonomiczny zawsze pozostaje elementem ubocznym. Na poziomie samorządu terytorialnego zmiana formy wykonywania określonych zadań publicznych następuje np. poprzez przekształcenie zakładu budżetowego w spółkę prawa handlowego. Charak-

69 C. Banasiński, K.M. Jaroszyński, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Lex/online.

70 Zgodnie z art. 1 oraz art. 10, a w odniesieniu do związków komunalnych także z art. 5 u.g.k.

71 Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. g u.s.g., art. 12 pkt 8 lit. g u.s.p. oraz art. 18 pkt 19 lit. e u.s.w.

terystycznym jest, że niektóre regulacje ustawowe wprowadzają wręcz wymóg tej formy realizacji zadań publicznych.⁷²

Regulacje dające podstawę do przekształcenia znajdują się w rozdziale 4 u.g.k. Przekształcenie zakładu budżetowego następuje w spółkę prawa handlowego (akcyjną albo z ograniczoną odpowiedzialnością) przez wniesienie na pokrycie kapitału spółki wkładu w postaci mienia samorządowego zakładu budżetowego pozostałego po jego likwidacji (art. 22 u.g.k.).

Decyzję w przedmiocie przekształcenia zakładu budżetowego w spółkę, zgodnie z przepisami u.g.k., podejmuje organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego w drodze uchwały. Zmiana formy organizacyjnoprawnej realizacji zadania publicznego wymaga likwidacji zakładu budżetowego, ale ma ona prowadzić do zawiązania spółki prawa handlowego. Stwierdzić bowiem należy, że ideą normatywnego uregulowania procesu przekształcenia zakładu budżetowego w spółkę jest stworzenie możliwości dokonania zmiany formy organizacyjnoprawnej działalności, przy zachowaniu tożsamości podmiotowej i przedmiotowej tej działalności. Zgodnie bowiem z treścią art. 23 ust. 3 u.g.k. spółka powstała w wyniku przekształcenia zakładu wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością samorządowego zakładu budżetowego. Na skutek przekształcenia następuje sukcesja uniwersalna.⁷³ Oczywiście podkreślić należy odrębną osobowość prawną powstałej spółki od j.s.t.

Zgodnie z przepisami u.g.k. organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego mogą tworzyć, łączyć, przekształcać w inną formę organizacyjnoprawną i likwidować samorządowe zakłady budżetowe zgodnie z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej oraz przepisami ustawy o finansach publicznych. U.g.k. odsyła więc do przepisów ustawy o finansach publicznych. Z art. 2 u.g.k. wynika szeroka autonomia j.s.t. w wyborze form organizacyjnych prowadzenia gospodarki komunalnej. To właśnie z niego wynika (pośrednio), że zakłady budżetowe i spółki handlowe to tylko przykładowe formy. Reszta form wynika z u.f.p., bo to ona wprowadza instytucję jednostki budżetowej, pozostawiając gminie autonomię.

Wskazywany przez u.g.k. i u.f.p. proces przekształcenia zakładu budżetowego w spółkę prawa handlowego wiąże się ze statusem prawnym zakładu budżetowego jako podmiotu niesamodzielnego (nieposiadającego osobowości prawnej i działającego w ramach podmiotowości prawnej macierzystej jednostki samorządu terytorialnego).⁷⁴ Konsekwencją przekształcenia jest również wejście nowo powstałej spółki w prawa majątkowe funkcjonującego dotychczas zakładu budżetowego. Treść

72 Por. z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 992.

73 Por. wyroki WSA w Poznaniu z dnia 09.07.2015 r., sygn. I SA/Po 457/15; NSA: z dnia 13.01.2011 r., II FSK 1634/09 oraz grupa orzeczeń NSA z dnia 19.07.2012 r.: II FSK 2645/10, II FSK 265/11, II FSK 43/11, także wyrok WSA w Kielcach z dnia 17.10.2013 r., I SA/Ke 472/13, dostępne na: CBOSA.

74 Wyrok WSA w Kielcach z dnia 30.09.2010 r., I SA/Ke 410/10, dostępny na: CBOSA.

art. 23 ust. 1 u.g.k., mówiąca o tym, że: „Składniki mienia zakładu budżetowego przekształconego w spółkę stają się majątkiem spółki”, powinna być wiązana z art. 22 ust. 1 ustawy, z którego wynika, że mienie zakładu budżetowego pozostałe po jego likwidacji jest wnoszone na pokrycie kapitału zakładowego tworzonej spółki. Oba te przepisy czytane łącznie oznaczają, że wszystkie składniki majątkowe przysługujące zakładowi, a mówiąc ściślej – pozostające w jego użytkowaniu i zarządzie (niestanowiące przy tym jego własności ani też przedmiotu innych przysługujących mu praw majątkowych, jako że podmiotem praw majątkowych do składników mienia zakładu pozostaje cały czas macierzysta jednostka samorządu terytorialnego) powinny stać się majątkiem spółki, przy czym przynajmniej część tych składników powinna zostać wniesiona przez jednostkę samorządu terytorialnego (w charakterze wkładu) na pokrycie kapitału zakładowego tworzonej spółki.⁷⁵

Pomimo więc bezpośredniego wyłączenia zastosowania przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników należy przyjąć, że na podstawie przepisów u.g.k. następuje zamiana formy organizacyjnoprawnej realizacji zadań publicznych, szczególnie jeśli mówimy o zmianie formy zakładu budżetowego w spółkę prawa handlowego.

Jednocześnie zmianie ulega sposób realizacji zadań publicznych. Jeśli j.s.t. zachowuje decydujący wpływ na działalność nowo powstałego podmiotu (spółki prawa handlowego), przy spełnieniu szeregu cech, których charakterystyka zostanie przeprowadzona w dalszej części opracowania, można wówczas mówić o komercjalizacji wykonywania zadań publicznych. Następuje bowiem proces analogiczny do tego mającego miejsce na poziomie krajowym (z zastrzeżeniem pewnych wymogów prawnych). Nie stawiałbym przy tym znaku równości pomiędzy prywatyzacją a komercjalizacją. Zauważyć bowiem należy, że zmiana formy organizacyjnoprawnej realizacji zadania publicznego nie musi wiązać się z utratą wpływu organów administracji na sposób realizacji tegoż zadania. Podmioty skomercjalizowane znajdują się w szczególnej więzi z właścicielskimi jednostkami samorządu terytorialnego. W tym kontekście rozważać można, czy zasadnym nie byłoby odniesienie komercjalizacji do wszelkich form realizacji zadań publicznych przez podmioty charakteryzujące się odrębną od j.s.t. osobowością prawną realizujące zadania w oparciu o majątek j.s.t. Kwestię tę na chwilę obecną pozostawiam otwartą.

W doktrynie zwraca się uwagę, że komercjalizacja rozumiana może być jako przystosowanie działalności podmiotów do warunków gospodarki wolnorynkowej (poprzez zmianę zasad zarządzania, zmniejszenie wpływu administracyjnego, zdecydowany priorytet zysku w prowadzeniu działalności gospodarczej itd.).⁷⁶

75 M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Lex/el.

76 K. Bandarzewski, Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych, Lex/el.

Zauważyć należy, że prezentowana wcześniej definicja z ustawy o komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych jest zbieżna z pojęciem „korporatyzacja”. Korporatyzacja oznacza bowiem procedurę zmiany formy organizacyjnej z państwowe przedsiębiorstwa w inną formę (spółkę). W mojej jednak ocenie zastosowanie jedynego kryterium zmiany formy organizacyjnej może prowadzić do mylnych wniosków. Otóż w takim bowiem przypadku korporatyzacją byłoby przekształcenie przedsiębiorstwa w fundację, zakład budżetowy lub w jednostkę budżetową, a żadne z nich nie mają z korporacyjnością nic wspólnego.

Zamiast pojęcia „korporatyzacja” stosuje się również pojęcie „przekształcenie”.⁷⁷ Prowadzi to do wniosku, że korporatyzacja, jako proces przekształcania, determinuje cele komercjalizacji, czyli dostosowanie działalności państwowych przedsiębiorstw do zasad rynkowych (handlowych). Spółka powstała w wyniku przekształcenia podlega takiej samej regulacji jak spółka założona przez niepublicznych założycieli. Ponieważ spółka ta poddana jest (w różnym stopniu) działaniu praw rynkowych, prowadzi to do realizacji celów komercjalizacji.⁷⁸

Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.k.n.u.p. definiuje się komercjalizację jako przekształcenie formy przedsiębiorstwa państwowego w spółkę, bez wskazywania na poddanie funkcjonowania tak powstałej spółki reżimowi praw rynkowych. Nie wydaje się to jednak konieczne, bowiem powstały podmiot poddany będzie regułom k.s.h.

Jest to przykład samego przekształcenia formy organizacyjnej, przy czym, o ile pojęcie „przekształcenie” ma charakter ogólny, może ono bowiem dotyczyć zmiany organizacyjnej każdego podmiotu, o tyle „korporatyzacja” stanowi pojęcie szczególne i oznacza przekształcenie podmiotu w korporację rozumianą jako kapitałowa spółka handlowa.

Bandarzewski wskazuje, że dla zdefiniowania samej procedury przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w kapitałową spółkę handlową właściwsze byłoby użycie zwrotu „korporatyzacja”. Nazwę „komercjalizacja” zaś należało zarezerwować dla tych przekształceń, które dotyczyłyby podmiotów prowadzących działalność na zasadach zdecydowanie odbiegających od zasad gospodarki rynkowej, na przykład przez długi okres dotowanej przez Skarb Państwa (i jednostki samorządu terytorialnego) działalności sportowej itp.⁷⁹ Zgodzić się należy z tym autorem, że realizacja zadań publicznych przez podmioty podporządkowane tylko pozornie tożsama jest z realizacją zadania na zasadach gospodarki rynkowej. Występują tu bowiem zarówno ograniczenia co do samego obszaru prowadzenia działań, określenia wysokości cen za świadczone usługi, a niekiedy realizacji zadania z wykorzystaniem

77 Tamże.

78 Tamże.

79 Tamże.

środków władczych, których publicznoprawny charakter zostanie wywiedziony w dalszej części opracowania.

Działalność komercyjną j.s.t. (komercjalizację zadań) W. Gonet wiąże częściowo z działalnością bezpośrednio uregulowaną w art. 10 ust. 3 u.g.k., zgodnie z którym gminy mogą zawrzeć umowę spółki oraz przystępować do spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego. Gminy mogą nabywać akcje, a także utworzyć bank w formie spółki akcyjnej oraz товариство ubezpieczeniowe. Zawarcie umowy i przystępowanie do spółek zajmujących się działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego należy interpretować szeroko jako działalność na rzecz ogółu mieszkańców i podmiotów gospodarczych mających siedzibę na terenie gminy i poza nim.⁸⁰ Tego rodzaju aktywności realizowane są w ramach ograniczonej prawnie działalności gospodarczej prowadzonej przez j.s.t., od której należy odróżnić działalność związaną z realizacją zadań publicznych.

Szeroka interpretacja tego, co jest ważne dla rozwoju jednostki samorządu terytorialnego, pozwala na prowadzenie przez j.s.t. działalności komercyjnej w wielu obszarach. Przy tym chodzi tu zarówno o działalność aktualną, jak i mającą na względzie perspektywiczny rozwój j.s.t.

Ponadto W. Gonet odnosi się do ograniczenia w zakresie prowadzenia działalności komercyjnej, jakie wynika z art. 10 ust. 1 u.g.k. i wyrażonego tam ograniczenia odnoszącego się do niezaspokojonych potrzeb wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym i działania na rzecz przeciwdziałania bezrobociu.⁸¹ Wskazuje, że gmina może również prowadzić działalność gospodarczą poza sferą użyteczności publicznej w formie spółek prawa handlowego, jeżeli dysponuje składnikiem majątkowym, którego zbycie lub rozporządzenie w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową, a składnik ten może stanowić wkład niepieniężny do spółki. Przedmiotowym składnikiem może być np. nieruchomość (zabudowana lub niezabudowana), której wartość wyceniona przez rzeczoznawcę majątkowego jest znaczna, lecz próba sprzedaży na zasadach określonych w prawie o zamówieniach publicznych nie powiodła się lub chętni na jej nabycie oferują znacznie niższe ceny od wywoławczej.⁸² Praktyczne wykorzystanie przepisu art. 10 ust. 2 u.g.k. do założenia spółki zależy od realnych możliwości wykorzystania składnika majątkowego jako aportu.

Ten sam autor wskazuje, że aktywizację gospodarczą gmina podejmuje poprzez zmiany w zakresie podatków i opłat lokalnych, czy zmiany w zakresie planowania

80 W. Gonet, *Zakres swobody...*, *op. cit.*

81 Tamże.

82 W. Gonet, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Wzory umów i regulaminów*, Warszawa 2010, s. 81.

i zagospodarowania przestrzennego.⁸³ Tego rodzaju działania nie mogą być jednak uznane za działalność komercyjną, stanowią bowiem wykonywanie nakazanych prawem zadań użyteczności publicznej. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że wykonywanie zadania publicznego połączonego z odpłatnością (pobieranie opłat adiacencckich, rent planistycznych, opłat lokalnych itp.) jest działalnością komercyjną. Tego rodzaju działania fiskalne wykonywane są bowiem w ramach realizacji zadań publicznych i nie mają na celu maksymalizacji zysku.

Podkreślając pozytywny aspekt prowadzenia działalności komercyjnej z wykorzystaniem spółek komunalnych, zdaniem W. Goneta istotna jest stabilność tej formy realizacji zadań. Podmiot prywatny zawsze może bowiem wycofać się ze świadczenia danych usług (np. po zakończeniu okresu obowiązywania ulg i zwolnień mających zachęcić do prowadzenia działalności).⁸⁴

Na poziomie samorządu terytorialnego o komercjalizacji mówi się również w innym znaczeniu. Rozumie się przez to wszelkie formy – dopuszczalne w granicach określonych przez prawo – oraz metody mające na celu racjonalne i efektywne wykonywanie zadań publicznych. Takie rozumienie komercjalizacji wywodzi się z językowej etymologii tegoż pojęcia pochodzącego z łacińskiego *commercium*, oznaczającego handel towarami, obrót, zamianę, możliwość i umiejętność kupowania oraz sprzedawania.⁸⁵ A zatem komercjalizacja zadań publicznych w tym znaczeniu będzie odnosiła się do zespołu podejmowanych przez gminy działań w związku z realizacją zadań własnych, przy okazji których umożliwia się podmiotom prywatnym odpłatne wykorzystanie tego mienia w celu prowadzenia działalności *stricto* gospodarczej.⁸⁶ Jako przykład tego rodzaju działalności wskazuje się „komercjalizację” dróg publicznych. Generalnie przyznać należy, że drogi publiczne należą do kategorii dóbr publicznych, są zatem w powszechnym użytkowaniu i nie podlegają transakcjom rynkowym, będąc wyłączonymi z powszechnego obrotu.⁸⁷ Własność dróg może być przenoszona jedynie pomiędzy podmiotami publicznoprawnymi. Należy jednak zwrócić uwagę na art. 22 i 40 u.d.p. przewidujący różne tryby udostępniania nieruchomości wchodzących w skład pasa drogowego.

Rozdzielność prowadzonych trybów udostępnienia pasa drogowego polega na tym, że w sytuacji gdy grunt wchodzący w skład pasa drogowego został udostępniony na podstawie zawartej z zarządem drogi umowy cywilnoprawnej, to od korzystającego z gruntu na tej podstawie podmiotu nie można oczekiwać legitymowania się decyzją zezwalającą na zajecie pasa drogowego. W tym rozumieniu komercjalizacji, rozumianej jako zespół podejmowanych przez gminy działań w związku z re-

83 W. Gonet, *Zakres swobody...*, *op. cit.*

84 Tamże.

85 E. Soból (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1996.

86 K. M. Ziemiński, J. Bujny, *Gminy na tropie pieniędzy. Komercjalizacja zadań własnych*, „Przegląd Komunalny” 2013, nr 9, s. 68.

87 Por. wyr. WSA w Warszawie z dnia 07 lutego 2008 r., sygn. I Sa/Wa 1646/07, dostępny na: CBOSA.

alizacją zadań własnych, przy okazji których umożliwia się podmiotom prywatnym odpłatne wykorzystanie tego mienia w celu prowadzenia działalności *stricte* gospodarczej, udostępnienie pasa drogowego może mieć zarówno charakter administracyjnoprawny, jak i publicznoprawny.

NSA podkreślił, że w art. 22 i art. 40 u.d.p. ustawodawca przewidział dwojaki tryb udostępniania pasa drogowego, a mianowicie administracyjny i cywilnoprawny. Zastosowanie jednego z nich wyklucza drugi. Przy tym powołane przepisy różnią się zakresem regulowanych stanów faktycznych. Przepis art. 22 ust. 2 u.d.p. ogranicza się do regulacji działalności w zakresie gospodarki drogowej, potrzeb ruchu drogowego, obsługi uczestników tego ruchu i oddawania pasa drogowego pod reklamy.⁸⁸ Natomiast art. 40 u.d.p. dotyczy prowadzenia robót w pasie drogowym, umieszczania w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego, umieszczania w pasie drogowym obiektów budowlanych niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego oraz reklam. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ustawodawca zawęził możliwość kontraktowania udostępniania pasa drogowego w dwojaki sposób – określił cele, dla których ma być zawarta przyszła mowa, a także rodzaje umów, jakie mogą być zawarte.

Jeśli chodzi o cele, dla których może być zawarta umowa, to dla wykładni treści art. 22 ust. 2 u.d.p. – w zestawieniu z treścią art. 40 u.d.p. – pod kątem celów związanych z potrzebami obsługi użytkowników ruchu, a zatem określenia treści tej przesłanki zawierania umów, to wskazać należy, iż do tej kategorii działań zaliczyć można obsługę użytkownika ruchu w ramach pasa drogowego, polegającą przykładowo na dostarczeniu, „udostępnieniu” możliwości spożycia posiłku, zapewnieniu relaksu, realizacji potrzeb fizjologicznych itp. Przy tym można zastosować interpretację, że to zarządca drogi powinien uzasadnić w drodze wykładni art. 22 ust. 2 u.d.p., że dany stan faktyczny objęty jest treścią umowy. Umowa ta będzie zmierzająca do realizacji obsługi użytkownika drogi jako funkcji wyłącznej lub wiodącej. To ustalenie jest potrzebne dla rozgraniczenia treści art. 22 ust. 2 u.d.p. z treścią art. 40 ust. 2 u.d.p.⁸⁹

Z kolei udostępnienie części pasa drogowego na cele prowadzenia działalności gastronomicznej i handlowej (sprzedaż napojów i potraw w tzw. ogródkach letnich, sprzedaż kwiatów, zniczy, pamiątek, produktów rolnych, lodów, książek, prasy, artykułów tekstylnych itp.) należy zakwalifikować – poza przypadkami, o których jest mowa w nawiązaniu do pojęcia drogi ekspresowej i autostrady i stanami faktycznymi służącymi wiodąco lub wyłącznie obsłudze użytkownika ruchu – jako stany fak-

88 Por. wyr. NSA z dnia 26.10.2005 (sygn. OSK 1551/04, dostępny na: CBOSA.

89 I. Niżnik-Dobosz, *Naprzymienność i równorzędność wybranych publiczno- i prywatnoprawnych instytucji ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych jako problem tworzenia i stosowania prawa*, „Przegląd Legislacyjny” 2013, nr 3, s. 9-30.

tyczne objęte hipotezą art. 40 u.d.p., czyli stany faktyczne, które należy zastosować odpowiednio, w zależności od sposobu technicznego prowadzenia działalności gospodarczej.

Doktryna udostępnienia pasa drogowego dla celów określonych w art. 22 ust. 2 u.d.p. wiąże się z realizacją zadań publicznych, odnoszących się do gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, a realizacja tych zadań może odbywać się w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Ta forma świadczenia usług na podstawie umowy określana jest jako komercjalizacja⁹⁰

Stosując jednak podział rodzajów prywatyzacji zgodnie z poglądami Z. Jerzmanowskiego, ten rodzaj wykonywania zadań powinien być zaliczony do prywatyzacji majątkowej, polegającej na oddaniu majątku komunalnego służącego do realizacji zadań publicznych do odpłatnego korzystania osobom prywatnym na podstawie umów cywilnoprawnych.

Ten rodzaj świadczenia usług nie będzie zaś prywatyzacją zadaniową, którą należy utożsamiać z komercjalizacją zadań.

Zauważyć należy odmiennność realizacji zadań publicznych za pomocą własnych jednostek organizacyjnych (wyposażanych w odrębną osobowość prawną) od realizacji zadań poprzez wykorzystanie instytucji koncesji na roboty budowlane i usługi czy też partnerstwa publiczno-prywatnego, przede wszystkim ze względu na cel, jaki jest realizowany i formę, w jakiej to zadanie jest realizowane.⁹¹ W przypadku podmiotów zależnych od j.s.t celem nadrzędnym będzie realizacja powierzonego zadania publicznego (dla realizacji tego celu taki podmiot został przecież powołany do życia mocą aktu erekcyjnego), w przypadku zaś podmiotu prywatnego cel ten będzie miał charakter ekonomiczny. Z formą organizacyjną realizacji zadania i celem który, ma zostać zrealizowany, wiąże się również rodzaj form prawnych realizacji zadania. W przypadku prywatyzacji majątkowej (rozumianej również jako np. przekazanie pasa drogowego na podstawie umowy cywilnoprawnej) podstawą powierzenia zadania będzie umowa cywilnoprawna. Podmiot realizujący zadanie zachowuje niezależność decyzyjną co do warunków, na jakich umowa ta ma być zawarta. Po jego stronie jest kwestia decyzji co do zawarcia umowy dotyczącej zajęcia pasa drogowego. To z kolei prowadzi do wniosku, że taka forma realizacji zadania będzie bardziej zbliżona do prywatyzacji zadań.

Jeszcze inne rozumienie komercjalizacji prezentuje D. Sześciło, który określa komercjalizację, jako warunek konieczny zamierzający do prywatyzacji.⁹² Autor ten

90 K.M. Ziemiński, J. Bujny, Gminy na tropie..., *op. cit.*, s. 71.

91 Na co zwracał uwagę również S. Biernat, wiążąc prywatyzację z wykonywaniem zadań w formach cywilnoprawnych.

92 D. Sześciło, O powikłanej decentralizacji. Instytucjonalny krajobraz systemu usług publicznych w Polsce, „Zarządzanie Publiczne” 2016, nr 4, s. 40.

charakteryzując procesy przekształcenia niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej w spółki prawa handlowego, wskazuje, że sam etap przekształcenia z jednoczesnym zachowaniem 100% udziałów j.s.t. określać można jako komercjalizację. Pełna prywatyzacja następuje zaś wówczas, gdy podmiot prywatny kontroluje 100% akcji (udziałów).⁹³ Co do zasady zgodzić się należy z tym autorem, kładzie on bowiem nacisk na bardzo istotną cechę, świadczącą o zależności jednostki organizacyjnej względem j.s.t. Zauważyć jednak należy, że kryterium właścicielskie może nie być jedynym, rozstrzygającym o tym, na rzecz jakiego podmiotu powierzyć można zadanie.

Przedstawione powyżej stanowiska doktryny prowadzą do wniosku, że pojęcie komercjalizacji używane jest w różnym znaczeniu i w sposób niejednolity. Możliwe jest jednak wyodrębnienie pewnych cech charakteryzujących zjawisko komercjalizacji. Niewątpliwie w jej ramach dochodzi do zmiany sposobu wykonywania zadań publicznych. Zadania te wykonywał będzie podmiot prywatny (ale w mojej ocenie konieczne jest zapewnienie pewnego poziomu zależności pomiędzy tym podmiotem a powierzającą zadanie administracją publiczną). Komercjalizacja co do zasady wiązana jest z tworzeniem spółek prawa handlowego i może być rozumiana, jako stadium zmierzające do prywatyzacji (w przypadku objęcia wszystkich udziałów w spółce przez podmiot prywatny). Komercjalizacja związana jest również z wykonywaniem określonych zadań w oparciu o majątek publiczny. Tutaj jednak, jak wykazano następuje przemieszanie pojęć komercjalizacji z prywatyzacją majątkową. Faktem jest, że elementem komercjalizacji jest dysponowanie majątkiem publicznym dla realizacji powierzonych zadań, ale chodzi tu o realizację zadań użyteczności publicznej. Tymczasem w przypadku np. przekazania pasa drogowego nie następuje realizacja zadań użyteczności publicznej a jedynie świadczenie pewnych usług – być może istotnych społecznie, ale nie związanych z zadaniami użyteczności publicznej.

6. Podsumowanie

Doktryna prawa administracyjnego w różny sposób pojmuje prywatyzację, ale szczególnie nacisk położony jest na kilka najważniejszych elementów. Prywatyzacja może mieć charakter całkowity, tzn. następuje to wówczas, gdy państwo pozbywa się określonego zadania i najczęściej poprzez działanie ustawodawcy zadanie przeniesione jest na rzecz podmiotu prywatnego, ewentualnie następuje deregulacja danego obszaru zaspakajania potrzeb. Prywatyzacja częściowa odnosi się zaś do przekazania części zadań na rzecz prywatnego podmiotu, który staje się wykonawcą zadania. Prywatyzacja zakłada wykonywanie zadań publicznych przez podmioty prywatne z wykorzystaniem prywatnoprawnych form działania. Również przeniesienie

93 Tamże, s. 39.

zadania na rzecz określonego podmiotu ma charakter czynności cywilnej. Określona przez Z. Jerzmanowskiego prywatyzacja zadaniowa charakteryzuje się tym, że zmiana nie podlega właściciel majątku, ale podmiot realizujący zadanie, opierający swe działanie na majątku j.s.t. Tego rodzaju sytuacja ma miejsce np. w przypadku realizacji zadań publicznych przez określony podmiot z wykorzystaniem mienia komunalnego, np. poprzez powierzenie prowadzenia publicznego transportu drogowego czy kolejowego własnym taborom, ale z wykorzystaniem komunalnych dróg, szyn, trakcji, przystanków.

Z punktu widzenia formalnoprawnego podmiot wykonujący zadanie publiczne, bazujący na majątku j.s.t., ale jednocześnie wyposażony w osobowość prawną, będzie mógł być zaliczony do podmiotów prywatnych. Jednakże, jak zostanie wykazane w dalszych rozważaniach, odrębność ta nie jest prawnie jednoznaczna – istnieją prawne więzi pozwalające na uznanie takiego podmiotu za tzw. „podmiot wewnętrzny”. Dla zmiany formy realizacji zadań z publicznoprawnej na prywatnoprawną za właściwą uznaję nazwę „komercjalizacja”. Przyjąć należy, że komercjalizacją będzie również zmiana sposobu realizacji zadań publicznych, ale tylko taką, która wiąże się z realizacją tych zadań przez podmiot wewnętrzny. Granicę komercjalizacji zadań określa prawo poprzez ew. zastrzeżenie określonych zadań na rzecz organów.

Prywatyzacja zadaniowa nie polega zatem na kreowaniu nowego podmiotu gospodarczego, a jedynie na zastąpieniu formy zarządu publicznoprawnego w prowadzeniu przez jednostkę samorządu terytorialnego określonej działalności gospodarczej formą zarządu prywatnoprawnego. W tym kontekście wydają się przesuwać granice prywatyzacji zadań. Zauważyć bowiem należy, że patrząc szeroko na sposób realizacji zadania, podmioty, na rzecz których je przekazano (opierające swą działalność na majątku j.s.t.), funkcjonują głównie dla celu, jakim jest realizacja powierzonego zadania publicznego, niejako przy okazji dążąc do wyrównania rachunku ekonomicznego realizacji zadania. Przy jednoczesnym założeniu możliwości przenoszenia kompetencji decyzyjnych katalog zadań mogących podlegać prywatyzacji zadaniowej wydaje się być szerszy niż w przypadku innych form prywatyzacji. Nie istnieje bowiem ryzyko, iż fakt nieopłacalności realizacji zadania spowoduje brak jego wykonywania, czy też znaczne obniżenie jakości. Zastrzec przy tym należy, że to ustawodawca może zastrzec określoną sferę tylko na rzecz organów administracji publicznej.

Na podstawie przedstawionych stanowisk doktryny wyodrębniam następujące cechy komercjalizacji zadań:

- a) zmiana sposobu wykonywania zadań publicznych – zadania te wykonywał będzie podmiot wyposażony w osobowość prawną (finansowo niezależny do j.s.t. powierzającej zadania), ale jednocześnie powiązany z jednostką po-

wierzącą zadania – podmiot ten określany będzie mianem podmiotu wewnętrznego;

- b) komercjalizacja co do zasady wiązana jest z tworzeniem spółek prawa handlowego i może być rozumiana jako stadium zmierzające do prywatyzacji (w przypadku objęcia wszystkich udziałów w spółce przez podmiot prywatny);
- c) komercjalizacja wiązana z wykonywaniem określonych zadań w oparciu o majątek publiczny.

Tak rozumiana komercjalizacja zadań upodabnia się do prywatyzacji zadaniowej. W moim jednak przekonaniu zasadnicza różnica występuje w zakresie formy zadań i możliwości wpływu na sposób realizacji tych zadań, o czym w dalszych częściach prowadzonych rozważań.

Analiza rozwiązań brytyjskich wskazuje, że realizacja zadań publicznych poprzez zlecenie tych zadań na rzecz jednostek wewnętrznych stosowana jest głównie wtedy, gdy system zlecenia usług publicznych podmiotom zewnętrznym się nie sprawdził, zaniedbano bowiem zapewnienia odpowiedniej jakości, powszechności i dostępności świadczonych usług. Wykonywanie zadań przez własne jednostki organizacyjne okazało się tam bardziej efektywne. Element ekonomiczny nie jest więc decydujący, ale powinien być rozważany jako istniejący obok podstawowego celu, jakim jest realizacja powierzonego zadania.

Doświadczenia brytyjskie pozwalają wyprowadzić wnioski również dla polskich działań administracji, które powinny być uwzględniane w procesie komercjalizacji:

- 1) część realizowanych zadań, ze względu na swój zakres i koszty ekonomiczne, może być zbyt ryzykowna do realizacji przez podmioty prywatne, ale jednocześnie świadczenie tych zadań jest niezbędne dla funkcjonowania społeczności lokalnej;
- 2) kontraktowanie usług publicznych na rzecz własnych jednostek organizacyjnych pozwala na zapewnienie lepszej jakości, w zamian za niższą cenę, a jednocześnie podmioty prywatne cechuje mniejsza elastyczność w zakresie dostosowywania się do potrzeb odbiorców usług;
- 3) możliwość strategicznego planowania stanowi element zintegrowanego systemu świadczenia usług publicznych;
- 4) kontraktowanie usług publicznych na rzecz własnych jednostek organizacyjnych pozwala na kontrolę nad jakością świadczonych usług oraz zapewnienia możliwość oddziaływania na pracowników wykonujących zadania; obywatel działa bowiem w zaufaniu do władzy publicznej, nawet jeżeli władza ta wykonuje swoje uprawnienia za pośrednictwem podmiotów komercyj-

nych, co oznacza, że ma on prawo oczekiwać wyższych standardów obsługi interesanta niż w przypadku relacji wyłącznie handlowych;

- 5) wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem podmiotów wyposażonych w odrębną od j.s.t. osobowość prawną pozwala na zastosowanie wobec nich wyższego miernika lojalności wobec odbiorców usługi – poszczególnych członków wspólnoty samorządowej – niż w przypadku relacji z innymi przedsiębiorcami.

Prawidłowa realizacja zadań przez podmioty wewnętrzne powinna zakładać działanie długofalowe, perspektywiczne, postulować rozwiązanie, znajdującym swe źródło w systemie angielskim, polegające na wprowadzeniu przed powołaniem do życia podmiotu wewnętrznego obowiązku przygotowywania planu przychodów i kosztów związanych z działalnością podmiotu wewnętrznego.

Powstaje pytanie, czy komercjalizacja dotyczy tylko formy przekształcenia w spółkę prawa handlowego i przez to zmianę formy realizacji zadań publicznych? Czy też można tym mianem określić proces wykonywania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego przez podmioty, które z jednej strony posiadają własną osobowość prawną, czyli są to podmioty funkcjonalnie i prawnie niezależne od j.s.t., jednocześnie zadania swoje wykonują w oparciu o majątek jednostki samorządu terytorialnego w oparciu o ustawę o finansach publicznych.

Doktryna w różny sposób odnosi się do tego, co należy rozumieć przez komercjalizację. Przeważa jednak stanowisko, iż jest to zmiana formy organizacyjnoprawnej podmiotu publicznego na podmiot działający w oparciu o normy prawa prywatnego. Komercjalizacja może być postrzegana jako etap zmierzający do prywatyzacji zadań w przypadku zmiany kontrolującego działalność takiego podmiotu.

Zmiana formy organizacyjnoprawnej wiąże się również ze zmianą sposobu realizacji określonych zadań, co w całości odnieść należy do pojęcia komercjalizacji.

IV

PODMIOTOWY ZAKRES KOMERCJALIZACJI

1. Wprowadzenie

Z punktu widzenia koncepcji komercjalizacji zadań (odróżnienia jej od prywatyzacji) istotna jest kwestia podmiotów, na rzecz których można powierzyć zadania w ramach komercjalizacji.

Po pierwsze zastanowić się należy, czy można określić katalog zamknięty takich podmiotów? Po drugie, czy stanowią one grupę podmiotów charakteryzujących się takimi samymi cechami – przy jednoczesnym sprecyzowaniu i określeniu tych cech?

W orzecnictwie TS, a później w „dyrektywach zamówieniowych”¹ określono cechy tzw. podmiotów wewnętrznych. W początkowej fazie rozważań tego rozdziału poddano charakterystyce cechy podmiotu wewnętrznego z uwzględnieniem polskich uwarunkowań prawnych. Założono bowiem, że podmiotom wewnętrznym można powierzyć wykonywanie zadań publicznych bez zastosowania procedury zamówień publicznych. Wykazać należy, czy uwarunkowania pozwalające uznać dany podmiot za wewnętrzny mogą mieć zastosowanie w polskim porządku prawnym. Na ogół podmiot wewnętrzny utożsamiany jest ze spółką komunalną, ta właśnie jednostka organizacyjnoprawna poddana zostanie charakterystyce. Jednocześnie posta-

1 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 1; dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., s. 65, dalej jako: „dyrektywa 2014/25”.

wiono pytanie o to, czy cechy podmiotów wewnętrznych mogą mieć zastosowanie względem innych form organizacyjnoprawnych realizacji zadań publicznych (realizujących zadania np. w oparciu o ustawę o finansach publicznych), a związku z tym, czy grupa podmiotów, na rzecz których można dokonać powierzenia zadania, stanowi grupę względnie jednolitą z punktu widzenia podstawowych ich cech. Poddano analizie, czy zadania mogą być również realizowane przez porozumienia i związki j.s.t. Rodzi się bowiem pytanie o możliwość powierzenia zadań realizowalnych przez j.s.t. w formie współpracy publiczno-publicznej.

Przeprowadzona w rozdziale charakterystyka pozwoliła wykazać elementy podmiotowe, jakie muszą zostać uwzględnione w zakresie komercjalizacji zadań publicznych.

Formy realizacji zadań publicznych wywieść można głównie z u.g.k. Swoje rozważania ograniczam głównie do form określonych u.g.k, gdyż regulacje tej ustawy wiązać należy z cechami podmiotów wewnętrznych.

2. Organizacyjnoprawne formy realizacji zadań publicznych

Zgodnie z u.g.k. celem gospodarki komunalnej jest realizacja zadań publicznych w zakresie zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej. Zakres u.g.k., został poszerzony po wprowadzeniu reformy administracyjnej w Polsce w 1999 r. na samorząd powiatowy i wojewódzki. U.g.k. uregulowała formy organizacyjnoprawne, w jakich prowadzona miała być działalność gospodarcza przez gminy i przyniosła ostateczny kres państwowych przedsiębiorstw komunalnych. Z dniem wskazanym w ustawie (1 lipca 1997 r.) przekształciły się one z mocy prawa w jednoosobowe spółki gminy z ograniczoną odpowiedzialnością. Przepis ten dotyczył tych przedsiębiorstw, które nie podjęły decyzji o przekształceniu.²

Uprawnieniem przyznanym organom stanowiącym j.s.t. jest wybór sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Zakresem podmiotowym pojęcia „gospodarka komunalna” objęta została także działalność odrębnych od jednostki samorządu terytorialnego osób fizycznych, osób prawnych i jednostek organizacyjnych, którym samorząd powierzył wykonywanie zadań na podstawie umowy, o czym mowa w art. 3 u.g.k. Gospodarką komunalną nie jest natomiast działalność podmiotów niedziałających na podstawie tego typu umowy, a obecnych na rynku usług.³ Wyprowadzić stąd można wniosek, że gospodarka komunalna obejmuje – z punktu widzenia podmiotowego – aktywność trzech kategorii podmiotów. Po pierwsze

2 M. Maciejuk, *Ewolucja form organizacyjnoprawnych prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd terytorialny*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 332, s. 65.

3 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 29-30.

wykonywanie zadań własnych przez gminy, powiaty i województwa, a także przez tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego inne jednostki organizacyjne. Po drugie pojęcie gospodarki komunalnej odnieść należy do działalności związków jednostek samorządu terytorialnego, czyli związków międzygminnych (art. 64-73a u.s.g.) oraz związków powiatów (art. 65-72 u.s.p.). Po trzecie zakresem podmiotowym pojęcia „gospodarka komunalna” należy objąć także działalność podmiotów, innych niż powyższe, którym jednostki samorządu terytorialnego powierzają w drodze umowy wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej (art. 3 u.g.k.).⁴

Organ administracji publicznej musi przesądzić, czy dane zadanie z zakresu gospodarki komunalnej będzie realizowane samodzielnie przez j.s.t., czy zostanie powierzone podmiotowi, o którym mowa w art. 3 u.g.k. W ostatnim z wymienionych przypadków konieczne będzie podjęcie wskazanych w przywołanym przepisie działań. Wybór natomiast samodzielnej realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej będzie wiązał się z podjęciem kolejnej decyzji, w jaki sposób i w jakiej formie to zadanie będzie realizowane.

Zakres form, w jakich j.s.t. może realizować zadania publiczne, wskazany został w TFUE oraz w orzecznictwie TS. Wynikają stąd następujące modele:

- 1) po pierwsze j.s.t. samodzielnie może wykonywać zadania za pomocą własnych niesamoistnych jednostek działających w jej strukturze administracyjnej. Wówczas działa na podstawie w art. 14 TFUE⁵ i w ten sposób wykonuje owe zadania poza reżimem wynikającym z art. 49 i 56 TFUE oraz nie zawiera umowy w rozumieniu dyrektyw o zamówieniach publicznych. W takim przypadku j.s.t. realizuje zadania publiczne, zatem swobody rynku wewnętrznego w zakresie swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości nie będą miały zastosowania. Nie oznacza to jednak, że świadcząc samodzielnie usługi publiczne, j.s.t. jest w ogóle wyłączona spod przepisów TFUE. W szczególności zastosowanie będą mieć przepisy dotyczące konkurencji (np. art. 102 TFUE w zakresie nadużywania pozycji dominującej, art. 107 TFUE w zakresie pomocy publicznej) oraz ogólne zasady prawa unijnego. Z orzecznictwa TS wynika, że aby można było mówić o umowie w rozumieniu zamówień publicznych, musi ona zostać zawarta pomiędzy

4 C. Banasiński, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, wyd. 4, red. M. Wierzbowski, H. Gronkiewicz-Waltz, Warszawa 2015, s. 126.

5 Art. 16 TFUE: „Bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecania i finansowania takich usług.”

odrębnymi podmiotami⁶¹. Jeżeli taka sytuacja ma miejsce, należy wówczas zbadać treść (naturę) stosunku prawnego łączącego gminę z wykonawcą usług publicznych. Zgodnie bowiem z orzeczeniem TS w sprawie *Teckal* zaistnienie przesłanek sformułowanych w tym orzeczeniu dotyczących instytucji podmiotu wewnętrznego wyłącza stosowanie art. 49 i 56 TFUE i tym samym dyrektyw o zamówieniach publicznych,

- 2) po drugie może nastąpić zlecenie wykonywania usług podmiotom zewnętrznym; w celu realizacji swoich ustawowych obowiązków gminy mogą powierzać np. świadczenie usług publicznych na podstawie umów podmiotom zewnętrznym (operatorom). W takim przypadku mają obowiązek wyboru operatora zgodnie z konkurencyjnymi procedurami zamówień publicznych lub koncesji na roboty budowlane lub usługi².

Zadania publiczne wykonywane będą więc przez organ wykonawczy (a w zasadzie przez jednostkę pomocniczą, jaką jest urząd gminy, starostwo powiatowe czy urząd marszałkowski), przy wykorzystaniu form wymienionych w u.g.k. (np. przez samorządowy zakład budżetowy lub spółkę wymienioną w art. 9 u.g.k.) oraz samorządowe jednostki budżetowe bądź też będą zlecane podmiotom zewnętrznym. Interpretacja art. 2 u.g.k., zgodnie z którym gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, w zasadzie nie nastręcza trudności przy klasyfikowaniu form organizacyjnych wykonywania gospodarki komunalnej. Odsyła się bowiem do odrębnych regulacji, w których możliwe jest ustanowienie innych form wykonywania gospodarki komunalnej w sferze użyteczności publicznej.

Z drugiej strony podkreśla się, że wątpliwości budzi umiejscowienie systemowe art. 2 u.g.k. Przepis ten nie jest bowiem bezpośrednio źródłem praw i obowiązków j.s.t. w zakresie powierzania ich zadań innym podmiotom, skoro to art. 9 i 10 u.g.k. określają formy organizacyjne wykonywania gospodarki komunalnej (poza formami określonymi w ustawach szczególnych i u.f.p.) oraz sytuacje, w których j.s.t. są uprawnione do posługiwania się tymi formami. Niektórzy autorzy art. 2 u.g.k. w realizacji z art. 9 i 10 tej ustawy określają jako „pusty”.⁷ Jakkolwiek przyjąć należy, że M. Szydło, zasadę legitymacji prawnej jako determinantę działania wszelkich władz publicznych, to przepis art. 2 u.g.k. ma znaczenie konstytucyjne w tym znaczeniu, że potwierdza obowiązek j.s.t. uwzględnienia konieczności respektowania postano-

6 Orzeczenie TS z 18.11.1999 r., C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, pkt 49, ECLI:EU:C:1999:562 oraz wyrok TS z 11.05.2006 r., C-340/ Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA., pkt 32, ECLI:EU:C:2006:308.

7 C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej...*, *op. cit.*, s. 18.

wień prawa w inicjatywach co do wyboru form organizacyjnych gospodarki komunalnej.⁸

Treść art. 2 u.g.k. obejmuje bowiem tylko wykonywanie zadań ze sfery gospodarki komunalnej. Z kolei związek między zadaniami użyteczności publicznej oraz wyróżnionymi formami wykonywania działalności w celu realizacji zadań użyteczności publicznej determinuje art. 7 u.g.k.

Do form organizacyjnoprawnych realizacji zadań publicznych odnoszą się także ustawy samorządowe.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.s.g., w celu wykonywania zadań, gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Ustawa o samorządzie gminnym pozostawia gminie do wyboru dwie formy realizacji zadań: utworzenie przez gminę jednostki organizacyjnej (przy zachowaniu zróżnicowania podmiotów wchodzących w skład pojęcia jednostki organizacyjnej, np. jednostka budżetowa, zakład budżetowy, spółka cywilna, różne spółki prawa handlowego, spółka wodna tworzona wspólnie z innymi właścicielami nieruchomości odnoszącymi korzyści z urządzeń melioracyjnych), której celem byłaby realizacja zadania (lub zadań) bądź też zawarcie umowy z podmiotem zewnętrznym. W pierwszym przypadku wykreowana zostaje jednostka pozostająca w obrębie struktury organizacyjnej gminy (choć tutaj pojawiają wątpliwości i kontrowersje w stosunku do niektórych podmiotów, np. w zakresie spółki gminnej). W drugim przypadku zadanie gminy wykonywane będzie przez podmiot pozostający poza jej strukturą.

Analogiczne rozwiązania zawiera art. 6 ust. 1 u.s.p., zgodnie z którym w celu wykonywania zadań powiat może tworzyć jednostki organizacyjne i zawierać umowy z innymi podmiotami, a także art. 8 ust. 1 u.s.w., zgodnie z którym w celu wykonywania zadań województwo tworzy wojewódzkie samorządowe jednostki organizacyjne oraz może zawierać umowy z innymi podmiotami. Zauważyć można pewną różnicę. Otóż tylko w województwie przewidziano, że tworzone jednostki organizacyjne mają być „samorządowe”.

Kategoria „jednostek organizacyjnych” obejmuje podmioty tworzone przez j.s.t. w celu wykonywania zadań. Doktryna wskazuje, że samorządowe jednostki organizacyjne mogą przybierać różne formy prawne z uwagi na różnorodność ich cech, np.:

- prawnie wyodrębnione poza strukturą j.s.t. i niewyodrębnione;
- będące podmiotami gospodarczymi lub prowadzące inną działalność;
- posiadające osobowość prawną lub jej nieposiadające;

⁸ M. Szydło, *Ustawa o gospodarce..., op. cit.*

- tworzone wyłącznie przez jednostkę samorządu terytorialnego lub wspólnie z innymi podmiotami.⁹

W szczególności jednostkami organizacyjnymi j.s.t. mogą być: spółki prawa handlowego, fundacje, zakłady budżetowe i jednostki budżetowe. Można wśród nich wyróżnić takie, które mają osobowość prawną (np. spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz takie, które osobowości prawnej nie posiadają (np. jednostka budżetowa, zakład budżetowy, spółki osobowe). Mogą być tworzone wyłącznie przez j.s.t. (np. jednoosobowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) lub wspólnie z innymi podmiotami (np. spółka akcyjna, w której akcjonariuszami są j.s.t. oraz inne podmioty komunalne lub niekomunalne).

Szeroko do pojęcia samorządowej jednostki organizacyjnej podchodzi A. Szewc, który wskazuje, że z semantycznego punktu widzenia samorządową jednostką organizacyjną jest jednostka organizacyjna utworzona przez jednostkę samorządu terytorialnego (gminę, powiat albo samorząd województwa) w celu wykonywania jej zadań.¹⁰

Strukturalnie samorządowe jednostki organizacyjne mogą stanowić element danej jednostki samorządu terytorialnego: gminy, powiatu lub województwa, jako osoby prawnej (jednostki prawnie niewyodrębnione), lub być podmiotami samodzielными, odrębnymi od tej osoby – jako jednostki prawnie wyodrębnione. Z cywilnoprawnego punktu widzenia przejawia się to posiadaniem niezależnej od j.s.t. osobowości prawnej i wprowadza możliwość podziału na dwie kategorie: samorządowe osoby prawne, mające własną podmiotowość cywilną niezależną od cywilnej osobowości ich macierzystej jednostki samorządu terytorialnego (jednostki prawnie wyodrębnione) oraz jednostki organizacyjne niemające takiej podmiotowości, lecz wchodzące w skład osoby prawnej, jaką jest ich macierzysta jednostka samorządu terytorialnego (jednostki prawnie niewyodrębnione).¹¹ Wśród pierwszych zaliczam m.in. kapitałowe spółki prawa handlowego, spółdzielnie i fundacje utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego oraz samorządowe instytucje kultury, wśród drugich – samorządowe jednostki sektora finansów publicznych, tj. samorządowe jednostki i zakłady budżetowe.

Ten sam autor zadaje pytanie, jak rozumieć określenia: „jednostka organizacyjna samorządu terytorialnego”, „jednostka organizacyjna gminy”, „jednostka organizacyjna powiatu” i „jednostka organizacyjna samorządu województwa”: *in extenso*, tj. zgodnie z semantycznym znaczeniem tego określenia, czy w znaczeniu węższym,

9 M. Augustyniak, T. Moll, Tworzenie, przekształcanie i likwidacja jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego. Wzory pism i dokumentów. Schematy działań, Lex/el 2015; Z. Niewiadomski, W. Grzelczak, Ustawa o samorządzie terytorialnym z komentarzem, Warszawa 1990, s. 14.

10 A. Szewc, O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 105.

11 Tamże, s. 106.

ograniczającym się do samorządowych jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi.

Odpowiedzi na tak postawione pytanie nie daje zarówno analiza aktów prawnych, jak i orzecznictwa. Analiza polskiego ustawodawstwa prowadzi do stwierdzenia, że przepisy posługują się tymi nazwami w trojaki sposób:

- 1) traktują je jako pojęcia nadrzędne, obejmujące wszystkie jednostki organizacyjne utworzone lub prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego, a więc zarówno te, które mają, jak i te, które nie mają osobowości prawnej;
- 2) wyraźnie oddzielają jednostki mające osobowość prawną (osoby prawne) od jednostek niemających takiej osobowości (niektóre akty prawne zawierają odrębne regulacje dla jednostek posiadających, a odrębne dla nieposiadających osobowości prawnej);
- 3) nie precyzują podmiotowego zakresu jednostek, do których stosuje się te pojęcia.¹²

Brak precyzji ustawodawcy powoduje, że w praktyce mogą pojawić się problemy z określeniem podmiotów, na rzecz których możliwe jest powierzenie zarówno zadań, jak i powiązanych z nimi funkcji i kompetencji. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wprowadzono, że pojęcie „jednostka organizacyjna gminy” oznacza gminną jednostkę organizacyjną, która dodatkowo spełnia warunek bycia częścią struktury organizacyjnej gminy (np. jako zakład czy jednostka budżetowa). Gminna osoba prawna to gminna jednostka organizacyjna, która została utworzona przez gminę i ma nadany przymiot osobowości prawnej, ponadto ma ona możliwość prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Jest to podmiot wydzielony organizacyjnie, posiadający odrębne składniki majątkowe i osobowe, realizujący zadania określone odpowiednimi przepisami. Z tego wyprowadzono, że każda jednostka organizacyjna gminy jest gminną jednostką organizacyjną, ale nie każda gminna jednostka organizacyjna jest jednostką organizacyjną gminy.¹³

Zaważyć jednak należy, że art. 9 ust. 1 u.s.g. wskazuje, że w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne bądź zawierać umowy z innymi podmiotami. Skoro, jak wywodzono wcześniej, z własną spółką komunalną nie zawiera się umowy w celu realizacji zadań, uznać należy, że mieści się ona w sformułowaniu jednostki organizacyjnej, o której mówi art. 9 ust. 1 u.s.g. Takiej interpretacji nie przeciwstawia się ust. 2 art. 9 u.s.g., który doprecyzowuje, że gminne osoby

12 A. Szewc, O pojęciu „jednostka organizacyjna...”, *op. cit.*, s. 106.

13 Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. II SA/Bd 878/08, dostępny na: CBOSA; wyr. WSA w Olsztynie dnia 16 czerwca 2015 r., sygn. II SA/OI 433/15, dostępny w: CBOSA.

prawne mogą prowadzić działalność wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej. Treść tej normy stanowi rozwinięcie art. 9 ust. 1 u.s.g.¹⁴

M. Szydło do samoistnych form organizacyjnoprawnych j.s.t. zaliczył (przy uwzględnieniu form aktualnie istniejących):

- 1) kapitałowe spółki handlowe (tj. spółkę z o.o. i akcyjną), posiadające osobowość prawną,
- 2) spółki kapitałowe w organizacji, które – zgodnie z art. 11 § 1 k.s.h. – mogą we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwane,
- 3) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (samorządowe),
- 4) samorządowe instytucje kultury,
- 5) spółdzielnie,
- 6) stowarzyszenia,
- 7) fundacje.

Do niesamoistnych form organizacyjnoprawnych gospodarki komunalnej zaś należą:

- 1) jednostki budżetowe;
- 2) zakłady budżetowe.¹⁵

Z kolei W. Gonet wykazuje, jakie formy organizacyjne mogą wykorzystywać w tym celu j.s.t. poszczególnych szczebli:

- 1) wszystkie szczeble samorządu terytorialnego mogą tworzyć sp. z o.o. i akcyjne w sferze użyteczności publicznej;
- 2) województwo samorządowe może tworzyć i przystępować do spółdzielni prowadzących działalność w sferze użyteczności publicznej;
- 3) gminy poza sferą użyteczności publicznej – spółki jawne, komandytowe i komandytowo-akcyjne z możliwością przyjęcia roli odpowiednio: komplementariusza, komandytariusza i akcjonariusza oraz spółki kapitałowe;
- 4) województwo samorządowe poza sferą użyteczności publicznej może tworzyć i przystępować do spółek kapitałowych;
- 5) w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego każdy szczebel samorządu terytorialnego oraz związki gmin i powiatów mogą tworzyć spółki kapitałowe, komandytowe i komandytowo-akcyjne, z zastrzeżeniem że w tych

14 Podobnie wywodził WSA w Bydgoszczy w wyroku z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. II SA/Bd 878/08, dostępny na: CBOSA.

15 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej: Komentarz*, Warszawa 2008, s. 175.

ostatnich mogą być jedynie współnikiem pasywnym, odpowiednio: komandytariuszem lub akcjonariuszem (przepis art. 14 ust. 1 u.p.p.p. wyrażnie zabrania bycia komplementariuszem w spółce komandytowej i komandytowo-akcyjnej powołanej do realizacji PPP przez jakąkolwiek j.s.t.).¹⁶

Biorąc pod uwagę samodzielność samoistnych jednostek organizacyjnych, opartych z jednej strony o odrębną podmiotowość od j.s.t., z drugiej ich funkcjonowanie na bazie majątku j.s.t., wskazać należy, że stanowią one swego rodzaju instrumenty w realizacji zadań j.s.t. Co jest istotne, to odpowiedź na pytanie o wzajemną płaszczyzną relacji pomiędzy tymi podmiotami a j.s.t. Jeśli bowiem analiza form powierzenia tym podmiotom zadań samorządowych doprowadzi do wniosku, że płaszczyzną realizacji jest prawo prywatne, przez co zamienia się forma realizacji zadań, cel dla którego zadania są realizowane, to wykonywanie zadań przez te podmioty zaliczyć można do prywatyzacji zadań. Jeśli jednak okazałoby się, że płaszczyzną pierwotną wykonywania zadań jest prawo publiczne, a zadania zlecane są w sposób władczy – jednostronnym aktem powierzenia zadania, to trudno jest tutaj mówić o prywatyzacji zadania. Brak jest bowiem relacji opartej o wzajemną możliwość negocjacji sposobu realizacji zadania (jego kosztów i warunków prowadzenia zadania), możliwe jest wykorzystywanie indywidualnych aktów władczych (w powiązaniu np. z art. 39 ust. 4 u.s.g. – na poziomie gminy), a naczelnym celem takiego podmiotu jest realizacja zadania, przy jednoczesnej akcesoryjnej możliwości uzyskiwania dochodów z jego realizacji. W takim przypadku podmioty wykonujące zadania stają się niejako instrumentem, za pomocą którego realizowane są powierzone usługi użyteczności publicznej. Władczy stosunek powierzenia może wiązać się z brakiem ekonomicznej opłacalności zadania i ograniczonym zakresem możliwości prowadzenia innej działalności (poza tą, która została powierzona). Z drugiej strony samodzielność jednostek wykonujących zadania przejawia się w poszukiwaniu różnego rodzaju dopuszczonych prawem form podnoszenia opłacalności wykonywania zadania. Logicznym jest, że wymienione powyżej jednostki organizacyjne różnią się celem, dla którego są tworzone, podstawą prawną funkcjonowania, mają odmienną charakterystykę prawną. Zdefiniowane ich wspólnych cech (o ile takie istnieją) da możliwość odpowiedzi na pytanie, czy jest możliwe takie powierzenie im zadań publicznych i ich wykonywania, które tożsame jest tylko z prywatyzacją zadań, czy też można określić ją jako inną formę realizacji zadań publicznych.

Legislacyjne zaś pojęcie gminnej jednostki organizacyjnej uzależnione jest od kontekstu ustawowego. Przykładem może być regulacja u.c.p.g., gdzie wprowadzono wąskie znaczenie gminnej jednostki organizacyjnej, wyraźnie odróżniając ją (i status gminnej jednostki organizacyjnej) od statusu przedsiębiorcy. Na gruncie tej ustawy przedsiębiorca nie może być tożsamy z gminną jednostką organizacyjną

16 W. Gonet, Zakres swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego, Lex/el 2011.

i odwrotnie. Wynika to z redakcji poszczególnych norm prawnych u.c.p.g., gdzie obok przedsiębiorcy wymienia się gminną jednostkę organizacyjną (tak art. 6 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 u.c.p.g.) albo wyraźnie odróżnia się sytuację prawną tych dwóch grup podmiotów.¹⁷ Co ciekawe, podmiot, który na gruncie u.c.p.g. byłby przedsiębiorcą, ale jednocześnie spełniającym warunki do uznania go za gminną jednostkę organizacyjną w rozumieniu przepisów u.s.g., może być uznany za jednostkę, na rzecz której możliwe byłoby przeniesienie kompetencji organu administracji publicznej – na podst. art. 39 ust. 4 u.s.g. – niezależnie od innych okoliczności poddanych analizie w kolejnych rozdziałach pracy.

W tym miejscu można zwrócić uwagę również na pojęcie samorządowych osób prawnych – niezdefiniowane w polskim systemie prawnym i budzące znaczne kontrowersje w ich interpretacji.¹⁸ Artykuł 30 ust. 1, podobnie jak i art. 9 pkt 14 u.f.p.,¹⁹ wskazują jedynie, że osoby te są tworzone na podstawie odrębnych ustaw. Jako przykład można podać osoby prawne utworzone przez samą ustawę - wojewódzkie ośrodki doradztwa rolniczego,²⁰ jak i w ustawowo określonym trybie – wojewódzkie ośrodki ruchu drogowego.²¹ Ustawy tworzące te osoby prawne podkreślają *expressis verbis*, że wymienione jednostki są samorządowymi osobami prawnymi. Takiego określenia nie zawierają inne ustawy, na podstawie których tworzone są przez samorząd inne osoby prawne, a w szczególności zaliczane do sektora finansów publicznych (art. 9 pkt 10 i 13 u.f.p.) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej oraz instytucje kultury. Ani ustawa o zakładach opieki zdrowotnej, ani ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej²² nie przesadzają, czy samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej i instytucje kultury są samorządowymi osobami prawnymi (ale jednocześnie zalicza się je do kategorii samorządowych jednostek organizacyjnych). W piśmiennictwie uznaje się je za samorządowe osoby prawne, jeżeli są utworzone przez j.s.t.²³ Argumentem jest w tym przypadku zaliczenie tych osób prawnych do sektora finansów publicznych, prowadzenie gospodarki finansowej w oparciu o plan finansowy oraz to, że są utworzone «wyłącznie» przez powiat lub województwo. Odrębnie traktuje się spółki komunalne – jako podmioty prowadzące działalność poza sektorem finansów publicznych.

Niewątpliwie jednak kryterium odróżniającym status prawny poszczególnych samorządowych jednostek organizacyjnych jest objęcie ich przepisami ustawy o finan-

17 Por. W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach*, Komentarz, Warszawa 2012, s. 298.

18 A. Babczuk, P. Ciszewski, B. Cybulski, L. Etel i inni, *Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy*, M. Stec (red.), Lex online 2018.

19 Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2077.

20 Ustawa z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 711).

21 Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260).

22 Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 862).

23 A. Babczuk, P. Ciszewski, B. Cybulski, L. Etel, *Regionalne...*, *op. cit.*

sach publicznych. Zgodnie z treścią art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych sektor finansów publicznych tworzą:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- 3) związki metropolitalne;
- 4) jednostki budżetowe;
- 5) samorządowe zakłady budżetowe;
- 6) agencje wykonawcze;
- 7) instytucje gospodarki budżetowej;
- 8) państwowe fundusze celowe;
- 9) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 10) Narodowy Fundusz Zdrowia;
- 11) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- 12) uczelnie publiczne;
- 13) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
- 14) państwowe i samorządowe instytucje kultury;
- 15) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

W przedmiotowym opracowaniu przyjmuję szeroką interpretację pojęcia gminnej jednostki organizacyjnej, zawierające w sobie również spółki kapitałowe. Spółki prawa handlowego nie są więc objęte zakresem sektora finansów publicznych, co w pewien sposób determinowało będzie dalsze rozważania. Odnoszone będą one głównie do spółek prawa handlowego jako z jednej strony mieszczących się w kategorii jednostek organizacyjnych, z drugiej nieobjętych bezpośrednio finansowaniem z działalności budżetu j.s.t.

3. Cechy podmiotu wewnętrznego

Co do zasady wybór tego, w jaki sposób j.s.t. będzie powierzzone zadania publiczne, zależy w znacznej mierze od organu stanowiącego tej jednostki – wynika to z przytaczanych już wielokrotnie przepisów u.g.k. Unijne dyrektywy w sprawie

zamówień publicznych²⁴ stosuje się w przypadku zawarcia przez instytucje i podmioty zamawiające umowy o charakterze odpłatnym z innym podmiotem prywatnym.

Zasadą jest, że organ administracji publicznej ma możliwość wykonywania należących do niego zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych oraz że nie jest on zobowiązany do posługiwania się podmiotami zewnętrznymi nienależącymi do jego służb.²⁵ Przy tym wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym powierzenie zadania własnej jednostce organizacyjnej nie wymaga zawarcia umowy.²⁶ Co do zasady j.s.t. mają bowiem swobodę w wyborze formy organizacyjnoprawnej realizacji zadań publicznych, a jednocześnie na gruncie polskiego prawa brak jest jednoznacznych wytycznych co do tego, w jaki sposób powierzenie zadania ma nastąpić. Powierzenie następuje za pomocą aktu kreującego dany podmiot (ew. zmieniającego zakres działania takiego podmiotu).

Na gruncie orzecznictwa TS odnoszącego się do przepisów dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi ukształtowała się teoria zamówień *in house*, rozumiana, jako zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające, bez wyłączenia z tej kategorii jednostek samorządu terytorialnego j.s.t. podległym sobie podmiotom. Zastosowanie tego trybu, z pominięciem konieczności ogłaszania przetargu, obwarowane jest pewnymi przesłankami. Orzecznictwo TS uzasadnia uznanie wyjątku w zakresie udzielania zamówień *in house* szczególnym powiązaniem wewnętrznym istniejącym pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia, nawet jeżeli podmiot ten jest prawnie odrębny od tej instytucji. Podmiot, któremu udzielono zamówienia, stanowić powinien niemalże część wewnętrznych służb tej instytucji.²⁷ Stwierdzić więc należy, że akceptuje się prawo do samoorganizacji instytucji zamawiających, podkreślając, że tego typu powierzanie może mieć miejsce na rzecz podmiotów tylko formalnie niezależnych, natomiast zasadniczo będących podległymi pod j.s.t. Chodzi o takie sytuacje, w których osoba trzecia nie jest kapitałem prywatnym i jest jednocześnie organizacyjnie, jak i gospodarczo zależna.

24 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/24/UE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L94 z 28 marca 2004 r., s. 1; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/25/UE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2004 r., s. 65, dalej jako: „dyrektywa 2004/25”.

25 Podobnie wyrok TS z 11.01.2005 r., C 26/03, Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48, EU:C:2005:5.

26 Wyr. NSA z dnia 11.08.2005 r., sygn. akt II GSK 105/05; wyr. WSA w Rzeszowie z dnia 22.06.2015 r., sygn. II SA/Rz 551/15; wyrok WSA we Wrocławiu z 03.07.2013 r., sygn. III SA/Wr 299/13, dostępne w CBOSA.

27 Zob. podobnie wyrok z dnia 8.05.2014 r., C 15/13, Datenlotsen Informationssysteme, pkt 29, EU:C:2014:303. W takich przypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca w rzeczywistości korzysta ze środków własnych.

W utrwalonym orzecznictwie TS poszczególne instytucje zamawiające nie są zobligowane do stosowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia publicznego uregulowanej w unijnych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, jeżeli udzielają one zamówienia na rzecz takiego podmiotu (wykonawcy), nad którym:

- 1) po pierwsze sprawują kontrolę analogiczną do kontroli wykonywanej wobec własnych (wewnętrznych) jednostek organizacyjnych (wydziałów, departamentów) oraz;
- 2) po drugie ten kontrolowany podmiot (wykonawca) wykonuje przeważającą (istotną) część swojej działalności dla kontrolującej go instytucji zamawiającej.²⁸

Koniecznym jest spełnienie przez podmiot wewnętrzny wszelkich warunków określonych prawem, obowiązujących w momencie powierzenia zadania przez cały okres wykonywania działalności powierzanej, chyba że wprowadzone prawem rozwiązania, zmieniające powyższe kryteria, obejmą swoim zakresem również akty powierzenia dokonane przed ich wejściem w życie.²⁹

Jak dowodzi M. Szydło, w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych („tzw. „dyrektywy zamówieniowe”)³⁰ przesłanki uznania danego podmiotu za zależny (tzw. podmiot wewnętrzny) do tej pory ugruntowane w orzecznictwie TS uzyskują swoją normatywną regulację, przy czym dodatkowo zostają one jeszcze uściślone i doprecyzowane. Dyrektywy te wyraźnie wskazują na formy powierzenia zadań wyłączone z prawa zamówień publicznych, czyli:

- zamówienia udzielane podmiotom kontrolowanym;
- zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującej go instytucji zamawiającej;

28 Jako przykłady orzeczeń, w których sprecyzowano przesłanki pozwalające uznać, iż dany podmiot jest tzw. podmiotem wewnętrznym, wskazać można orzeczenia TS w sprawach: z 18.11.1999 r., C-107/98, *Tecal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, pkt 49, ECLI:EU:C:1999:562; wyr. z 11.01.2005 r., C 26/03, *Stadt Halle i RPL Lochau*, pkt 44, 47, EU:C:2005:5, o kryteriach tych w doktrynie pisali: Można w tym miejscu wskazać na opracowania: A. Deloff-Białek, G. Wyszogrodzki, Powierzenie zadania o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście relacji między jednostką samorządu terytorialnego a spółką komunalną, „Finanse Komunalne” 2007, nr 2, s. 50-51; W. Hartung, Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5 s. 37-51; K. Horubski, Wykonywanie zadań własnych przez jest a stosowanie przepisów o udzieleniu zamówień publicznych w orzecznictwie ETS, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 10, s. 7 i n.; A. K. Modrzejewski, Spółka komunalna realizująca zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie na przykładzie miasta Białystok, „Przegląd Naukowy. Disputatio” 2015, t. 20, s. 73-85, J. Ostalski, Organizacja i finansowanie transportu zbiorowego w Polsce a wspólnotowe zasady udzielania pomocy publicznej, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 1-2, s. 109-126; M. Szydło, Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, „Finanse Komunalne” 2006, nr 5, s. 40 i nast.; M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej – Komentarz, Warszawa 2008, s. 234-241; G. Wicik, Udzielanie zamówień spółkom komunalnym, PZP 2006, nr 1, s. 24 i nast.

29 Wyrok TS z 6.04.2006 r., C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237.

30 Dyrektywa 2014/23/UE oraz dyrektywa 2014/25/UE.

- zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą;
- zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilka instytucji zamawiających;
- powierzenie zadania w ramach horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej.³¹

Istotne znaczenie ma przy tym kwestia możliwości powierzania zadań przez j.s.t. podmiotom kontrolowanym. Mianowicie, zamówienie publiczne lub koncesja udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw zamówieniowych oraz dyrektywy koncesyjnej, jeżeli spełnione są kumulatywnie następujące warunki:

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- 2) 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, oraz
- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie występuje bezpośredni udział kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.³²

Dyrektywy zamówieniowe wprowadzają wyłączenie ich zastosowania w sytuacji spełnienia określonych w nich warunków. Powyższe zasady zostały do polskiego porządku prawnego implementowane na mocy ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.³³ Aktualnie obowiązująca u.p.z.p. (w art. 3) stanowi, że ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;

31 M. Szydło M., *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2, s. 111-132.

32 Tego rodzaju warunki wprowadza art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/14/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE L 2014.94.65), w taki sposób o powyższych warunkach pisał również M. Szydło, *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2, s. 110-132.

33 Ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. poz. 1020).

- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;
- 4) związki podmiotów, o których mowa w powyższych punktach.

Jednocześnie u.p.z.p. (art. 67 ust. 1 pkt 1) wprowadza kryteria do udzielania przez zamawiającego zamówienia tylko jednemu wykonawcy, po negocjacjach z nim (tzw. zamówienie z wolnej ręki). Zaistnieć musi jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Określono przy tym kryteria, jakie musi spełniać podmiot, na rzecz którego udzielić można takiego zamówienia (art. 67 ust. 1 pkt. 12 u.p.z.p.). Zaliczyć do nich można:

- 1) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- 2) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę

lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Z treści art. 67 ust. 8 i ust. 9 u.p.z.p. wynika zaś, że do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia; zaś w przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub reorganizację jej działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Przed wszystkim więc powyższe wymogi zastrzeżono tylko dla udzielenia zamówienia publicznego „z wolnej ręki”. Jak jednak zastrzeżono wyżej, powierzenie zadania własnej jednostce organizacyjnej zamówieniem publicznym nie będzie – przede wszystkim brak jest tu odpłatnej umowy pomiędzy takim podmiotem a j.s.t. – dyrektywy zamówieniowe wyłączają ich zastosowanie. Regulacje u.p.z.p. nie wyłączyły przy tym możliwości powierzenia zadania na gruncie u.g.k. niebędącego zamówieniem publicznym. Brak jest przepisów, które taki zakaz wprost by wprowadzały bądź też utożsamiały każde powierzenie na gruncie u.g.k. z zamówieniem publicznym. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw³⁴ „Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”. Oznacza to, że wprowadzone kryteria dotyczą tylko umów w sprawie zamówień publicznych – powierzenie zadań na gruncie u.g.k. może, ale nie musi być zamówieniem publicznym. Zamówieniem publicznym nie będzie powierzenie zadań na podstawie art. 2 u.g.k. W warstwie normatywnej prowadzić może to do wniosku, że nieuzasadnione będzie stosowanie wprost przepisów u.p.z.p. w zakresie próby określenia cech podmiotu, na rzecz z którego można powierzyć wykonywanie zadań na gruncie przepisów u.g.k. (z pominięciem przepisów u.p.z.p.).

Zastosowanie cech wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 u.p.z.p. (pozwalających na udzielenie zamówienia publicznego z „wolnej ręki”) możliwe będzie np. na zasadzie określonego prawem materialnym wyjątku od zasady bezprzetargowego zlecania zadań publicznych podmiotom wewnętrznym (wynikającym z przepisów u.g.k.), czyli tam, gdzie przepis wprost będzie nakładał na j.s.t. obowiązek przepro-

34 Ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. poz. 1020).

wadzenia zamówienia publicznego, bez względu na to, w jaki sposób organizacyjno prawny zadanie ma być realizowane.

Dla przykładu – zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Ustawodawca wprowadza dwa zadania „odbiór” i „zagospodarowanie odpadów”. Na odbiór odpadów musi być udzielone zamówienie publiczne (czyli zadanie to może być również powierzone w trybie zamówienia z wolnej ręki po spełnieniu ww. opisanych warunków, wynikających z u.p.z.p.), podobnie na odbiór i zagospodarowanie jako zadania zlecane łącznie, ale już samo zadanie w postaci zagospodarowania odpadów wyłączone jest z reżimu zamówień publicznych i może być powierzone na gruncie u.g.k.

Z kolei zgodnie z treścią art. 6 c ust. 2a u.c.p.g. w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r. poz. 53 i 730) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości. Uznać więc należy, że w przypadku nieruchomości niezamieszkałych konieczne jest przeprowadzenie przetargu – bez możliwości zlecenia zadania na zasadzie zamówienia z wolnej ręki. Gdy przy odbieraniu odpadów z nieruchomości zamieszkałych ustawodawca posługuje się sformułowaniem „zamówienie publiczne”.³⁵

Przedstawiony przykład dowodzi rozróżnienia trybów powierzenia zadań odbierania i zagospodarowania odpadów. Przepisy u.p.z.p. nie odnoszą się wprost do u.g.k. Tym niemniej już we wcześniejszych okresach cechy podmiotu wewnętrznego analizowano w oparciu o orzecznictwo TS, które poddawało analizie przesłanki podmiotowe pozwalające na powierzenie zadań na rzecz własnej jednostki organizacyjnej.

Istnieją podstawy normatywne, by odróżnić powierzenie zadań dokonywane na gruncie u.p.z.p. od tego przeprowadzanego na gruncie u.g.k., co z kolei prowadzi do wniosku, że nie jest uzasadnione stosowanie wskazanych w u.p.z.p. kryteriów do uznania danego podmiotu za wewnętrzny. Kryteria te określone są w dyrektywach zamówieniowych. Przyjęte tam rozwiązania zostały implementowane do polskiego porządku prawnego przez przepisy u.p.z.p., ale w zakresie zamówień publicznych.

35 Przykład takiej regulacji na gruncie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku charakteryzowany był przez Autora, por. A. K. Modrzejewski, Nowelizacja ustawy – prawo zamówień publicznych a powierzone spółkom komunalnym zadania zagospodarowania odpadów komunalnych, „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 6, s. 75-83.

Oznacza to, że kryteria podmiotu wewnętrznego, zawarte w dyrektywach, a stanowiące kontynuację i uszczegółowienie kryteriów określonych w orzecznictwie TS, stosowane mogą być jedynie posiłkowo dla określenia charakteru prawnego podmiotu, na rzecz którego powierzone ma zostać zadanie – poza u.p.z.p.

Poniżej charakterystyce poddano kryteria odnoszące się do powierzenia niebędącego zamówieniem publicznym, pozwalające uznać dany podmiot za tzw. „podmiot wewnętrzny”. Ponieważ kryteria te głównie odnoszą się do spółek komunalnych (choć wprost nie dotyczą tylko tej formy realizacji zadań użyteczności publicznej, o czym w dalszych rozważaniach), w dalszej fazie rozważań odniesiono się właśnie do tej formy organizacyjnoprawnej realizacji zadań publicznych.

3.1. Kryterium kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami

Kryterium kontroli jest spełnione wówczas, jeśli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami. Zakresem tej przesłanki (a tym samym zakresem wyłączenia z przepisów dyrektyw zamówieniowych) są również objęte przypadki, gdy dana instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie prawa publicznego lub prywatnego, której nie kontroluje w sposób samodzielny, lecz którą kontroluje (w powyższym rozumieniu) wspólnie (razem) z innymi instytucjami zamawiającymi, z zastrzeżeniem, że owa wspólna kontrola ze strony instytucji zamawiających musi wówczas posiadać określone dodatkowe cechy konstytutywne, np. w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej muszą wchodzić przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających oraz kontrolowana osoba prawna nie może działać w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.³⁶

Problematyka kontroli poddawana była szerokiej analizie w orzecznictwie TS. W kluczowym dla analizy tego zagadnienia orzeczeniu w sprawie Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG stwierdza się, że warunek sprawowania analogicznej kontroli jest spełniony, gdy wykonawca jest poddany kontroli, która umożliwi zamawiającemu wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez owego wykonawcę. Nie chodzi przy tym jednak o jakikolwiek wpływ, lecz o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje podejmowane przez wykonawcę.³⁷

W badanym stanie faktycznym Trybunał oceniał zakres tej kontroli, stwierdzając, że zgodnie z art. 1 statutu specjalnego przedsiębiorstwa Stadtwerke Brixen AG

36 Art. 17 ust. 3 dyrektywy 2014/23; art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24; art. 28 ust. 3 dyrektywy 2014/25.

37 Wyrok z 13.10.2005 r., C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605.

przedsiębiorstwo to było podmiotem gminnym ze szczególnym zadaniem jednolitego i zintegrowanego świadczenia publicznych usług lokalnych. Choć przedsiębiorstwo dysponowało konieczną niezależnością, rada gminna ustalała ogólną linię postępowania, przydzielała środki finansowe, odpowiadała za pokrycie ewentualnych kosztów społecznych, analizowała rezultaty zarządzania i sprawowała nadzór strategiczny.

Jednocześnie Stadtwerke Brixen AG podlegała prawom rynku, co sprawiało, że kontrola gminy stała się niepewna. Trybunał wskazał konkretne działania, które wskazywały na to, że zakres kontroli nie był tożsamy z kontrolą sprawowaną nad własnymi jednostkami organizacyjnymi. Należało do nich: przekształcenie specjalnego przedsiębiorstwa gminy Brixen – Stadtwerke Brixen – w spółkę akcyjną (Stadtwerke Brixen AG) oraz sam charakter tej formy spółki. Spółka rozszerzyła swoją działalność poprzez to, iż rozpoczęła działalność w nowych ważnych sektorach, między innymi w sektorze przewozu osób i towarów oraz w sektorze informatycznym i telekomunikacyjnym. Spółka nadal zachowała szeroki zakres działalności wykonywanej poprzednio przez przedsiębiorstwo specjalne, w szczególności doprowadzanie wody i oczyszczanie ścieków komunalnych, dostawę ogrzewania i energii, utylizację odpadów oraz budowę dróg. Rozszerzenie działalności spowodowało, że spółka była zmuszona otworzyć się w krótkim czasie na kapitał zewnętrzny. Nowe obszary działalności determinowały rozszerzenie terytorialnego zasięgu działalności spółki na całe Włochy i zagranicę. Krańcowo wskazano na znaczne uprawnienia władcze przyznane zarządowi w zakresie zarządzania, praktycznie bez żadnej kontroli gminy. Szeroki był również zakres uprawnień przyznanych zarządowi. Statut spółki Stadtwerke Brixen AG, przyznawał zarządowi bardzo szeroki zakres uprawnień w zakresie zarządzania tą spółką, albowiem dysponował on uprawnieniem do podejmowania wszelkich czynności użytecznych lub niezbędnych dla realizacji celów spółki. Szeroki był również zakres samodzielności finansowej spółki. Podkreślano jednocześnie, że kontrola sprawowana nad Stadtwerke Brixen AG przez gminę sprowadzała się w istocie do zakresu uprawnień, które prawo spółek przyznaje większości akcjonariuszy, co znacznie łagodzi stosunek zależności, który istniał pomiędzy gminą a specjalnym przedsiębiorstwem Stadtwerke Brixen, zwłaszcza w świetle szerokich uprawnień zarządu spółki Stadtwerke Brixen AG.

Trybunał stwierdził, że gdy koncesjonariusz cieszy się dużym marginesem autonomii, która odznacza się cechami, określonymi powyżej, wykluczonym jest, aby udzielający koncesji organ władzy publicznej sprawował nad koncesjonariuszem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami.

Oznacza to, że kontrolę analogiczną do tej, jaką ma się nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, można stracić (albo doprowadzić do jej ograniczenia) przez faktyczne rozszerzenie działalności spółki na inne niż powierzone obszary aktywno-

ści gospodarczej. Kontrola musi być pełna przez cały okres powierzenia. Jeśli więc jednostka organizacyjna samowolnie zaczyna prowadzić szeroki zakres działalności, może to w konsekwencji doprowadzić do tego, że kryterium kontroli nie zostanie spełnione. Szczególne zagrożenie niesie za sobą działalność akcesoryjna, tzn. taka, która stanowi uzupełnienie działalności podstawowej. Działalność taka nie będzie wiodąca pod względem np. samego zakresu tematycznego, którego dotyczy, ale może stawać się przeważającym źródłem dochodów jednostki organizacyjnej i w ten sposób prowadzić do wypierania działalności podstawowej.

3.2. Procentowy udział działalności prowadzonej w ramach wykonywania zadań powierzonych

Zgodnie z przytaczanymi poglądami TS powierzenie może nastąpić na rzecz podmiotu, nad którym sprawowana jest kontrola, analogiczna do kontroli sprawowanej wobec własnych podmiotów, ale jednocześnie powierzona działalność może być wykonywana w przeważającej części na rzecz j.s.t., która dokonała powierzenia. Jednostki samorządu terytorialnego, które nie są współnikami spółki, na rzecz której powierzono zadanie, należy uznać za osoby trzecie. W rzeczywistości bowiem w takiej sytuacji brak jest jakiegokolwiek stosunku kontroli pomiędzy tymi jednostkami i tą spółką, tak że brak jest szczególnego związku, który uzasadnia wyjątek odnośnie do udzielania zamówień zwanych *in house* pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia.³⁸

W orzecnictwie TS podkreśla się, że w celu oceny przesłanki dotyczącej wykonywania zasadniczej części działalności sąd krajowy uwzględnia wszystkie okoliczności danej sprawy, zarówno jakościowe, jak i ilościowe.³⁹ Oznacza, to że ocenę tego, jaka działalność wykonywana jest na rzecz własnej j.s.t., należy przeprowadzić, mając na względzie działalność wykonywaną już wcześniej, jeżeli trwa ona nadal w chwili powierzenia. Dodatkowo zakończona uprzednio działalność stanowić może wskazówkę do oceny zakresu prowadzonej działalności. Z tych względów, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, wśród których może znajdować się działalność, jaką ów podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.⁴⁰

38 Wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, przy udziale: Cogesa SpA, EU:C:2016:935.

39 Wyrok TS z 11.05.2006 r., C 340/04, *Carbotermo przeciwko Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308.

40 Wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, przy udziale: Cogesa SpA, EU:C:2016:935.

TS argumentuje, że j.s.t., które nie są współnikami danej spółki, należy uznać za osoby trzecie. W takiej sytuacji brak jest jakiegokolwiek stosunku kontroli pomiędzy tymi jednostkami i tą spółką, także brak jest szczególnego związku, który uzasadnia wyjątek odnośnie do udzielania zamówień zwanych *in house* pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia.⁴¹ Z podmiotowego punktu widzenia działalność wykonywana na rzecz innych podmiotów niż będące współnikami spółki uznana może być za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich. W przypadku zaś, jeśli uznamy, że warunkiem koniecznym jest posiadanie 100% udziałów przez j.s.t. w kontrolowanej spółce komunalnej, wówczas wykonywanie działalności na rzecz każdego innego podmiotu można uznać za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich. Rozmieć przez to należy podmiot, na rzecz którego realizowane są usługi użyteczności publicznej. Bezpośrednim odbiorcą usług będą bowiem co do zasady obywatele (osoby trzecie). Przez działalność wykonywaną na rzecz własnej j.s.t. rozumieć należy działalność wykonywaną na rzecz własnej społeczności lokalnej. Kryterium podmiotowe musi być powiązane z kryterium przedmiotowym, czyli rodzajem powierzonego zadania. Za zadania realizowane na rzecz j.s.t. można uznać bowiem tylko te zadania publiczne, które zostały przez tę j.s.t. powierzone odpowiednim aktem i znajdują się w zakresie działania spółki komunalnej. Nie jest zaś wystarczającym, by zadania te spełniały kryterium pozwalające je uznać za zadanie publiczne. Pamiętać bowiem należy, że również zadania publiczne mogą mieć ściśle komercyjny charakter, o tym, czy wykonywane są na rzecz własnej j.s.t., decyduje więc zarówno rodzaj powierzonego zadania mieszczącego się w kategorii zadań użyteczności publicznej, jak i powierzenie określonego zadania na rzecz podmiotu wewnętrznego.

Działalność wykonywana na rzecz podmiotów trzecich powinna mieć marginalny charakter. W tym zakresie obrotem, który ma znaczenie, jest obrót, jaki osiąga ten podmiot na podstawie decyzji o udzieleniu zamówienia przez tę instytucję zamawiającą lub przez te instytucje zamawiające, które sprawują nad nim kontrolę.⁴²

Wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego może być zachowany nawet wówczas, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. Takie przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część dzia-

41 Wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, przy udziale: *Cogesa SpA*, EU:C:2016:935.

42 Wyroki TS: z dnia 11.05.2006 r., C 340/04, *Carbotermo przeciwko Consorzio Alisei*, EU:C:2006:308; a także z dnia 17.07.2008 r., C 371/05, *Komisja przeciwko Włochy*, EU:C:2008:410.

łałości gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Oznacza to, że działalność komercyjna jest co do zasady możliwa i dopuszczalna, ale musi podlegać prawnym ograniczeniom – musi mieć charakter marginalny.⁴³

Kwestią problematyczną pozostaje precyzyjne określenie tego, co należy rozumieć przez marginalny charakter zadań wykonywanych poza powierzeniem. W swym wcześniejszym orzeczeniu Trybunał wskazywał, że chodzi o przeważającą działalność. Nie wskazywano przy tym na konkretne proporcje procentowe. Uznawano wręcz, że przesłanka przeważającej działalności jest spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele, w tym również wtedy, gdy działalność polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, stanowi jedynie niewielką część działalności danego podmiotu, zaś przeważająca jest działalność handlowa.⁴⁴ Statusu podmiotu wewnętrznego nie uzależniano więc od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego lub handlowego (konkretniej wartości procentowej).

W sprawie Carbotermo Trybunał wywodził, że wymóg wykonywania przez daną osobę prawną działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma w szczególności na celu zapewnienie, aby dyrektywa 93/36 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub więcej jednostek działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że kontrolująca go jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nadzór nad decyzjami go dotyczącymi, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część swojej działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów. Konieczne jest ponadto, aby usługi tego przedsiębiorstwa świadczone były przede wszystkim dla kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego. W tych granicach wydaje się uzasadnionym, aby przedsiębiorstwo to nie było objęte ograniczeniami dyrektywy 93/36, które podyktowane są troską o zachowanie konkurencji, co w tym przypadku nie ma racji bytu.⁴⁵

Przy zastosowaniu tych zasad można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie Teckal, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. W istocie uwzględnić należy wszel-

43 Zob. analogicznie wyrok z dnia 11.05.2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C 340/04, EU:C:2006:308, pkt 60-62.

44 Wyrok TS z dnia 15.01.1998 r., C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others and Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECLI:EU:C:1998:4.

45 Wyrok TS z dnia 11.05.2006 r., C 340/04, Carbotermo przeciwko Consorzio Alisei, EU:C:2006:308.

ką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia, wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych związanych przez tę jednostkę. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone.⁴⁶

Jak wynika z przytoczonego orzeczenia, TS w sposób jednoznaczny wykluczył konieczność stosowania progu 80% przychodów – przywołanego w art. 13 dyrektywy 93/38 – dla stwierdzenia, iż dana spółka gminna realizuje istotną część swojej działalności w związku z realizacją zadania powierzonego jej na bazie zamówienia *in house*.

Artykuł 13 dyrektywy 93/38 obejmuje podmioty, w szczególności wspólne przedsiębiorstwa i przedsiębiorstwa, których roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane, których sposób funkcjonowania różni się od sposobu funkcjonowania instytucji zamawiających objętych zakresem dyrektywy 93/36.

Ponieważ wyjątki należy interpretować w sposób ścisły, nie można rozszerzać stosowania art. 13 dyrektywy 93/38 na dziedzinę objętą zakresem zastosowania dyrektywy 93/36. Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie w fakcie, że w czasie reformy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w 2004 r. prawodawca wspólnotowy, zachowując wspomniany wyjątek w art. 23 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,⁴⁷ zdecydował się na niewprowadzenie analogicznego wyjątku do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi,⁴⁸ która zastąpiła dyrektywę 93/36.

Procent działalności prowadzonej na rzecz j.s.t. określony został na mocy dyrektyw 2014/24 i 2014/25. W art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 wprost przewiduje się wyłączenie zamówień udzielanych kontrolowanym podmiotom wewnętrznym. Zgodnie przepisami zamówienie publiczne udzielane przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania dy-

46 Tamże.

47 Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, str. 1).

48 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.U. L 134 z 30.4.2004.

rektywy, jeżeli obok pozostałych, opisywanych wcześniej warunków, spełniony jest warunek, zgodnie z którym 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. Z art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 wynika, że chodzi o łączne wystąpienie dwóch okoliczności. Po pierwsze zadania muszą być powierzone podmiotowi wewnętrznemu (co potwierdza wyrażane wcześniej stanowisko o zaliczeniu do działalności realizowanej na rzecz j.s.t. tylko realizacji zadań publicznych przez tej j.s.t. powierzonej) i wykonywane na rzecz własnej j.s.t. Z drugiej strony, jeśli j.s.t. powierzy podmiotowi wewnętrznemu w trybie u.p.z.p. realizację zadań o charakterze *stricte* gospodarczym, przy zastrzeżeniu ograniczeń w realizacji tego rodzaju działalności, o czym pisano wcześniej, to tego rodzaju działalność o charakterze gospodarczym będzie umiejscowiona po stronie komercyjnej.

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że przez działalność przeważającą należy rozumieć prowadzenie przynajmniej 50% działalności, jako realizowanej na rzecz podmiotu powierzającego. Posiłkowo stosowane dyrektywy zamówieniowe odnoszą się zaś do 80% takiej działalności. Dyrektywy zamówieniowe zostały implemmentowane do polskiego prawa na gruncie u.p.z.p., ale nie dotyczą one powierzeń dokonywanych tylko na gruncie u.g.k. Wprowadzone w u.p.z.p. kryterium 90% nie będzie miało zastosowania do powierzenia w trybie u.g.k. – niebędącego zamówieniem publicznym. Rozważając możliwość powierzenia zadań podmiotowi wewnętrznemu na gruncie u.g.k. (gdzie wprost nie przewiduje się żadnych wartości procentowych), rozważyć można zastosowanie kryterium wynikającego z orzecznictwa Trybunału (które zachowały aktualność), inne bowiem kryteria nie zostały wprost określone w polskim porządku prawnym.

Odrębną kwestią jest to, jaki okres powinien podlegać weryfikacji z punktu widzenia zachowania określonych proporcji pomiędzy działalnością powierzoną a komercyjną. Dyrektywa 2014/24⁴⁹ w art. 12 ust. 5 wskazuje, że do celów ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w ust. 1 akapit pierwszy lit. b), ust. 3 akapit pierwszy lit. b) i ust. 4 lit. c), uwzględnia się średni całkowity obrót lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Jeżeli ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności, lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za po-

mocą prognoz handlowych. Przed powierzeniem zgodnym z dyrektywą powinno się uwzględniać okres trzech lat prowadzenia działalności. Jeśli podmiot jest nowo utworzony, wystarczy odwołanie się do prognoz opartych np. na analogicznej działalności realizowanej na rynku. Wskazuje się w ten sposób okres, jaki należy analizować w momencie dokonania powierzenia, jednak brak jest regulacji prawnych, które wskazywałyby, jaki okres będzie poddawany badaniu, np. przez instytucje kontrolne w trakcie realizacji zadań już powierzonych. Powstaje pytanie, czy jeśli powierzenie dokonane zostało np. na okres 30 lat, to badając zachowania proporcji, można posługiwać się prognozą wskazującą na zachowanie odpowiednich współczynników przez cały okres powierzenia. W moim przekonaniu jest to wniosek nieuprawniony. Status podmiotu wewnętrznego należy zachować przez cały okres powierzenia. Z treści przytoczonej normy można wywodzić, że badaniu zawsze będzie podlegał okres 3 lat. Konieczność respektowania przedstawionych reguł podlega rozważaniu w każdym stadium, czyli zarówno w momencie powierzania zadania, podczas jego trwania, jak i po jego zakończeniu. Może zatem okazać się, że zamówienie udzielone poprawnie w którymś kolejnym 3-letnim okresie stanie się zamówieniem niezgodnym z dyrektywą, bo udział 80%-owy nie zostanie zachowany. Względy praktyczne przemawiają jednak za tym, by za okres odniesienia przyjąć przynajmniej dany okres sprawozdawczy, skoro status podmiotu wewnętrznego musi być stale utrzymywany.

3.3. Brak udziału kapitału prywatnego

Odrębnej uwagi w rozważaniach nad charakterem prawnym podmiotów wewnętrznych wymaga sytuacja podmiotów „mieszanych” z udziałem jednostek samorządu terytorialnego oraz podmiotów prywatnych. W pewnych sytuacjach tego rodzaju podmioty wykonują zadania, które mają charakter samorządowy, jeżeli zostały przekazane do wykonywania aktem założycielskim.⁵⁰ Z drugiej strony orzecznictwo Trybunału wyraża raczej stanowisko, że stosunki pomiędzy instytucją zamawiającą a jej własnymi służbami regulują względy i wymogi mające na celu realizację celów leżących w interesie publicznym. Jeśli zaś pojawia się zaangażowanie kapitału prywatnego, to zmienia się polaryzacja celów i podstawowym zadaniem zaczyna być osiągnięcie zysku finansowego.⁵¹

Kryterium braku udziału kapitału prywatnego wiązane jest z pierwszym omawianych kryteriów – kryterium kontroli. W tym miejscu konieczne i istotne jest odwołanie się do orzecznictwa Trybunału, gdzie jednoznacznie wskazuje się, że instytucja zamawiająca nie może sprawować wewnętrznej kontroli nad podmiotem, gdy

50 Za L. Kieres, *Umowne przekazanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego...*, *op. cit.*, s. 119.

51 Wyrok TS z 11.01.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, pkt 49, ECLI:EU:C:2005:5.

jedno przedsiębiorstwo prywatne lub większa ich liczba również posiadają udziały w kapitale tego podmiotu. „Posiadanie natomiast przez przedsiębiorstwo prywatne udziału, nawet mniejszościowego, w kapitale spółki, w której udziały posiada również dana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami. Prowadzi to do wniosku, że bezsprzecznie aktualnie uznaje się, że kryterium kontroli wewnętrznie sprawowane jest jedynie w przypadku posiadania 100% udziałów w jednostce kontrolowanej.

Analogicznie można stwierdzić również w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca jest w stanie niezależnie podejmować wszystkie decyzje dotyczące tego podmiotu, nie zważając na udziałowców prywatnych. W ocenie Trybunału wzajemne stosunki pomiędzy j.s.t. a własnymi służbami determinują i określają relacje oparte o konieczność realizacji zadań publicznych. W przypadku zaś, jeśli w jakiejś płaszczyźnie pojawia się kapitał prywatny, to może zmieniać się polaryzacja celów do osiągnięcia. Głównym determinantem działania może być wówczas kwestia osiągnięcia zysku. Dotyczy to również „zwykłego dokapitalizowania” podmiotu wewnętrznego przez przedsiębiorstwo prywatne (tzn. np. nabycia akcji, a nie udzielenia standardowej pożyczki), nawet jeżeli nie wiązałoby się to z żadnym udziałem w działalności operacyjnej.

Opisane powyżej kryteria wypracowane zostały przez orzecznictwo TS, ugruntowane w dyrektywach zamówionych, przy tym w kontekście powierzenia opartego o u.g.k. reguły te w polskim porządku prawnym nie znajdują bezpośredniego umocowania. Ich uwzględnienie wynika z mocy prawnej orzeczeń Trybunału i posiłkowej możliwości stosowania postanowień dyrektyw zamówieniowych. Poniżej zaprezentowane zostaną poszczególne samorządowe jednostki organizacyjne – z uwzględnieniem klasyfikacji zaproponowanej przez M. Szydło, przy założeniu dokonania ich analizy z punktu widzenia występowania cech charakterystycznych dla podmiotów wewnętrznych. Niewątpliwie odrębnie należało potraktować niesamodzielną formę organizacyjnoprawną gospodarki komunalnej jako podmioty pozbawione osobowości prawnej. Szeroko opisano spółki komunalne. Pozostałe jednostki poddano charakterystyce wskazując na podstawowe wątpliwości interpretacyjne związane z ich powiązaniem z j.s.t.

4. Samorządowa jednostka organizacyjna

4.1. Niesamoistne formy organizacyjnoprawne gospodarki komunalnej

Jak zostało wcześniej wskazane, do niesamoistnych form organizacyjnoprawnych gospodarki komunalnej zaliczyć należy: jednostki budżetowe, zakłady budżetowe.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 u.f.p. jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.⁵²

Jednostki budżetowe tworzone są do realizacji różnorodnych zadań. Pod względem ustrojowym doktryna wyróżnia trzy zasadnicze grupy jednostek budżetowych, tj. jednostki budżetowe będące aparatem wykonawczym organów władzy ustawodawczej i wykonawczej (ministerstwa, urzędy, kancelarie, biura), jednostki budżetowe będące jednostkami organizacyjnymi podległymi organom państwowej lub samorządowej władzy wykonawczej lub przez nie nadzorowanymi oraz jednostki budżetowe niemające formalnie wyodrębnionych urzędów, zaliczane do sądów i trybunałów oraz organów kontroli państwowej i ochrony prawa.⁵³

Zgodnie z przytoczonym wcześniej art. 9 u.s.g. gmina może tworzyć w określonych przepisami prawa okolicznościach spółki prawa handlowego czy też jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Poza przypadkami przewidzianymi prawnie utworzenie jednostki organizacyjnej nie jest obligatoryjne. Gmina może określone zadania wykonywać za pomocą własnych posiadanych już wcześniej struktur. W literaturze przedmiotu podkreśla się przy tym, że jednostka organizacyjna to jednostka „celowa”, ponieważ utworzona jest dla realizacji określonych zadań.⁵⁴ Utworzenie jednostki dla realizacji konkretnego zadania powinno być poprzedzone analizą opłacalności wyboru tej, a nie innej formy prawnej. W zależności od potrzeb lokalnych oraz kosztów utworzenia i funkcjonowania danej samorządowej jednostki organizacyjnej gmina, powiat, województwo powinny dokonać wyboru konkretnej form organizacyjnoprawnej, najlepiej dostosowanej do realizacji poszczególnych zadań własnych, będących przedmiotem działalności samorządowej jednostki organizacyjnej. Podział jednostek organizacyjnych może być przeprowadzony na podstawie kryterium obligatoryjności ich utworzenia. Wskazać tu można:

52 U.f.p.

53 C. Kosikowski, *Formy organizacyjne publicznej gospodarki finansowej*, (w:) C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008, s. 284-285.

54 Tamże, s. 285.

- 1) jednostki organizacyjne tworzone obligatoryjnie na podstawie ustawy szczególnej, np. ośrodek pomocy społecznej – tworzony na podstawie ustawy o pomocy społecznej⁵⁵;
- 2) jednostki organizacyjne tworzone nieobowiązkowo, które uregulowane są w innych ustawach, np. zarząd dróg – ustawa o drogach publicznych⁵⁶;
- 3) jednostki organizacyjne tworzone fakultatywnie i nieuregulowane żadną ustawą.⁵⁷

Zgodnie z treścią art. 14 pkt 1-3 u.f.p. zadania własne jednostki samorządu terytorialnego w zakresie:

- 1) gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi,
- 2) dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego,
- 3) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz,
- 4) lokalnego transportu zbiorowego,
- 5) targowisk i hal targowych,
- 6) zieleni gminnej i zadrzewień,
- 7) kultury fizycznej i sportu, w tym utrzymywania terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych,
- 8) pomocy społecznej, reintegracji zawodowej i społecznej oraz rehabilitacji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych,
- 9) utrzymywania różnych gatunków egzotycznych i krajowych zwierząt, w tym w szczególności prowadzenia hodowli zwierząt zagrożonych wyginięciem, w celu ich ochrony poza miejscem naturalnego występowania,
- 10) cmentarzy – mogą być wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe.⁵⁸

Z kolei na podstawie art. 16 u.f.p. organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, który tworzy samorządowy zakład budżetowy, określa jego nazwę, siedzibę zakładu, przedmiot jego działalności, źródła przychodów własnych zakładu, stan wyposażenia zakładu w środki obrotowe oraz składniki majątkowe przekazane zakładowi w użytkowanie, terminy sposób ustalania zaliczkowych wpłat nadwyżki

55 Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 930.

56 Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, tekst jedn. Dz.U. 2016 r. poz. 1440.

57 R. Cybulska, Przekazanie i realizacja zadań gminy jednostce organizacyjnej na przykładzie zarządu dróg, (w:) Sposoby realizacji zadań publicznych, (red.) B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 190.

58 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. Dz.U. 2016 r. poz. 1870.

środków obrotowych dokonywanych przez zakład do budżetu jednostki samorządu terytorialnego oraz sposób i terminy rocznych rozliczeń i dokonywania wpłat do budżetu, zasady ustalania i przekazywania z budżetu jednostki samorządu terytorialnego środków finansowych wynikających z rozliczenia podatku od towarów i usług, jeżeli przewiduje przekazywanie tych środków temu zakładowi. Pod względem organizacyjnym samorządowy zakład budżetowy stanowi odrębną jednostkę sektora finansów publicznych niemającą osobowości prawnej.⁵⁹

Zauważyć można, że pewne kategorie zadań ustawodawca wyłącza z obszaru wykonywania ich za pomocą zakładów budżetowych. Zauważyć przy tym należy, że w myśl art. 9 pkt 14 u.f.p. do sektora finansów publicznych zaliczane są samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych. Jako przykład ustawy odrębnej wskazać można art. 136 u.o., zgodnie z którym zarządzającym gminnym składowiskiem odpadów nie może być jednostka sektora finansów publicznych. Gmina może utworzyć podmiot niebędący taką jednostką w celu prowadzenia gminnego składowiska odpadów lub powierzyć wykonywanie praw i obowiązków zarządzającego gminnym składowiskiem odpadów podmiotowi niebędącemu jednostką sektora finansów publicznych na zasadach określonych w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Zgodnie zaś z art. 243 ustawy o odpadach, w przypadku gdy w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy składowiskiem odpadów zarządza gminna jednostka sektora finansów publicznych, gmina jest obowiązana dostosować się do wymagań, o których mowa w art. 136, w terminie roku od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.

Zakład budżetowy stanowi formę prawa budżetowego, a nie wykonywania działalności gospodarczej i mimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego nie ma osobowości prawnej. Korzysta natomiast z osobowości prawnej Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, a zatem nie działa w imieniu własnym.⁶⁰

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że forma prawna zakładu budżetowego nie sprzyja prowadzeniu przez niego działalności w sposób ekonomiczny i konkurencyjny wobec innych funkcjonujących na rynku podmiotów. Konstrukcja juretyczna zakładów budżetowych wynika z norm prawa administracyjnego, przewidujących szeroki zakres sprawowania nadzoru nad działalnością zakładu budżetowego, określania zadań i trybu ich wykonywania. Forma ta nie zawsze jest wystarczająco elastycznym sposobem realizacji zadań jednostek samorządu terytorialnego, przede wszystkim z uwagi na niewielki stopień samodzielności i związanego z nią ryzyka gospodarczego. Z drugiej jednak strony, co w sposób szczególny odnosi się do gminnych, powiatowych lub wojewódzkich zakładów budżetowych, może ona

59 Z. Ofiarski, *Prawo finansowe*, Warszawa 2010, s. 75.

60 Wyrok WSA z dnia 6 lipca 2005 r., VI SA/Wa 2083/04, dostępny na: CBOSA.

zapewniać interesy wspólnoty samorządowej skuteczniej niż inne formy, zwłaszcza spółki prawa handlowego.⁶¹ Zakład budżetowy stanowi w pewnym stopniu „przedłużenie” formy działania samej j.s.t. Jednostka organizacyjna w postaci zakładu budżetowego utworzonego i działającego na zasadach u.f.p. jest tak silnie zależna od organu wykonawczego i stanowiącego j.s.t., że trudniej znaleźć bardziej podatną na obowiązek respektowania i realizowania interesów wspólnoty jednostkę organizacyjną. Ma też jednak pewne zalety w zakresie efektywności gospodarczej, bo jednostki budżetowe (ich kierownictwo i personel) nie mają żadnego interesu dbania o gospodarne wykorzystanie przydzielonych budżetem środków, a wszystkie środki zarobione przekazują do budżetu j.s.t. W przypadku zaś spółki prawa handlowego przez wyposażenie w osobowość prawną staje się ona zobowiązana i zdeterminowana do efektywnego wykonywania zadań powierzonych, np. obniżenia kosztów realizacji określonego zadania.

Mając na względzie fakt braku prawnego wyodrębnienia wskazanych powyżej podmiotów względem j.s.t., zauważyć należy, że stanowią one *de facto* formę realizacji zadań bezpośrednio przez j.s.t. Zadania te realizowane są za pomocą majątku j.s.t., na ryzyko zlecających zadanie i jak zostało wskazane powyżej, przy niewielkim uzasadnieniu ekonomicznym. Powyższe powoduje, że tą formę realizacji zadań trudno jest uznać za ich komercjalizację, pomimo że zakład budżetowy spełniał niewątpliwie będzie cechy podmiotu wewnętrznego, to ta forma realizacji zadań publicznych tylko w niewielkim stopniu różni się do wykonywani tych zadań samodzielnie przez j.s.t.

4.2. Komunalne osoby prawne, kapitałowe spółki handlowe

Szczególnym rodzajem jednostek organizacyjnych tworzonych przez j.s.t. są komunalne osoby prawne (odpowiednio gminne, powiatowe bądź wojewódzkie). Podmioty te wyposażone są w osobowość prawną, tj. posiadają zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego. Różnią się pod tym względem od innych samorządowych jednostek organizacyjnych, które nie mogą nabywać praw i zaciągać zobowiązań we własnym imieniu, a zawsze czynią to w imieniu i na odpowiedzialność danej j.s.t.

Z art. 9 u.s.g. (w szczególności art. 9 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 33 Kc) wynika, że gmina może realizować powierzone jej zadania przez wyodrębnione w ramach własnej struktury jednostki organizacyjne lub utworzone gminne osoby prawne. Jednostki organizacyjne zapewniają obsługę administracyjną, organizacyjną i techniczną organu wykonawczego gminy i działają w imieniu i na rachunek organu za-

61 L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Lex online 2017.

łożycielskiego. Natomiast komunalne osoby prawne mają odrębny od gminy byt prawny.⁶²

W doktrynie klasyfikacja tego rodzaju podmiotów jest różna. J. Sługocki odróżnia aparat administracyjny od systemu administracji publicznej, w skład którego wchodzi także podmioty niepubliczne w zakresie, w jakim wykonują funkcje administracji publicznej.⁶³ Oznacza to, że tego rodzaju komunalne osoby prawne (korzystające z własnej osobowości prawnej i formalnie niezależne od j.s.t.) włącza się w system administracji publicznej w zakresie wykonywania przez nie zadań publicznych.

E. Ochendowski tego rodzaju podmioty prywatne (w tym również spółki prawa handlowego), które na skutek upoważnienia do wykonywania funkcji administracyjnych stawały się podmiotami administracji publicznej, określał mianem upoważnionych podmiotów prawa prywatnego pod warunkiem, że zostały one upoważnione do wykonywania określonych zadań administracyjnych w formach władczych.⁶⁴

Odmienne kategorię spółek komunalnych traktują H. Izdebski i M. Kulesza, zdaniem których tego rodzaju podmioty nie są zaliczane do kategorii podmiotów administracji publicznej.⁶⁵ Z kolei J. Jagielski, M. Wierzbowski i A. Wiktorowska określają tego rodzaju podmioty mianem „nietypowych podmiotów administrujących”. Podkreślają oni, że tego rodzaju spółki poddane są reżimowi prawa prywatnego, a nie publicznego, stąd też w przypadku powierzenia im określonych zadań publicznych pozostają zawsze nietypowymi podmiotami administracyjnymi.⁶⁶ Przytaczają stanowisko E. i E. Ura, którzy klasyfikują spółki komunalne jako te, które obok podmiotów rządowych, samorządowych czy organizacji społecznych wykonują funkcje administracji. Zaznaczają jednak, że wykonywanie przez nie zadań z zakresu administracji publicznej zawsze musi znajdować umocowanie normatywne.⁶⁷ O wykonywaniu zadań publicznych za pośrednictwem spółek komunalnych L. Zacharko mówi jako o prywatyzacji organizacyjnej zadań publicznych.⁶⁸ Przyjmując nawet usytuowanie spółek komunalnych jako takich, poza sektorem publicznym, to niewątpliwie poprzez fakt realizacji zadań publicznych stają się one częścią administracji publicznej i ten właśnie aspekt ich działalności powoduje objęcie ich szeroko pojętym prawem publicznym. Można bowiem zauważyć, że spółki takie tworzo-

62 Postanowienie NSA z dnia 26 maja 2015 r., sygn. akt II FSK 826/13, dostępne na: CBOSA.

63 J. Sługocki, *Prawo administracyjne*, Kraków 2003, s. 48.

64 E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2013, s. 242-243.

65 H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 144.

66 J. Jagielski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych*, (w:) *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia materiały z Konferencji Naukowej poświęconej Jubileuszowi 80 – tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 231, 217.

67 E. Ura, E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2001, s. 185.

68 L. Zacharko, *Prawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd gminny w modelu europejskim*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, (red.) M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 29.

ne są również w oparciu o normy prawa publicznego, a co zostanie wykazane dalej, wykonują zadania powierzane na gruncie prawa publicznego.

W doktrynie prawa administracyjnego pojawiają się również spory co do tego, kiedy podmiot wyposażony w osobowość prawną może być uznany za komunalną osobę prawną.

Cześć autorów twierdzi, że dany podmiot jest komunalną osobą prawną, jeśli został utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego (np. fundacja utworzona przez powiat, jednoosobowa spółka powiatu z ograniczoną odpowiedzialnością) lub jego udziałowcami są wyłącznie komunalne podmioty prawne (np. spółka handlowa z udziałem powiatu oraz innych jednostek samorządu terytorialnego). Wskazać można na poglądy T. Dybowskiego, który podkreśla, że tylko te jednostki organizacyjne mogą być kwalifikowane jako komunalne, których cały kapitał ma charakter mienia komunalnego.⁶⁹ Podobne stanowisko wyrażają również C. Banasiński, M. Kulesza i D. Szafrąński. Ich zdaniem spółka kapitałowa tylko wtedy jest komunalną osobą prawną, gdy wyłącznym jej udziałowcem (akcjonariuszem) jest jedna jednostka samorządu terytorialnego lub ich związek.⁷⁰ Kwestią problematyczną może tu być określenie, czy musi to być zawsze udział tylko jednej j.s.t. czy może to być kilka jednostek, ew. związek tych jednostek.

Szczególny charakter spółek komunalnych Z. Czarnik wywiódł z sektora finansów publicznych, wskazując, że każda osoba prawna utworzona przez jednostkę samorządu terytorialnego jest jednostką sektora finansów publicznych. Autor ten wskazuje na odmiennność pojęć spółki gminnej i spółki prawa handlowego.⁷¹ Jednak nie wszystkie osoby prawne utworzone przez j.s.t. należą do sektora finansów publicznych. Wskazuje na to jednoznacznie brzmienie przytaczanego niżej art. 9 pkt 14 u.f.p. Z kolei C. Kosikowski sektor finansów publicznych dzieli na: sektor rządowy i sektor samorządowy. Sektor samorządowy obejmuje jednostki samorządu terytorialnego, ich organy oraz podległe tym organom jednostki organizacyjne.⁷² Tu należy zauważyć, że w sektorze publicznym są też organy i instytucje nienależące ani do sektora rządowego, ani samorządowego (zob. art. 9 pkt 1 i 12 u.f.p.).

R. Szczepaniak podkreślał, że spółki komunalne w przeciwieństwie do samych jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, jednostek budżetowych oraz zakładów budżetowych nie są zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych. Artykuł 9 pkt 14 u.f.p. stanowi, że spółki prawa handlowego, nawet te ze 100%

69 T. Dybowski, *Mienie komunalne (w:) Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne*, (red.) A. Piekara, Z. Niewiadomski, Warszawa 1998, s. 268.

70 C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafrąński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz i przepisy towarzyszące*, Warszawa 1997, s. 52.

71 Z. Czarnik, Glosa do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 5, s. 74.

72 C. Kosikowski, *Naprawa finansów publicznych w Polsce*, Białystok 2011, s. 362.

udziałem jednostek samorządu terytorialnego, do tej grupy się nie zaliczają. Nie znaczy to jednak, że spółki komunalne w nauce i orzecznictwie nie są zaliczane do grupy podmiotów sektora publicznego.⁷³

Analogiczny pogląd wyrażony był w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 14 marca 1995 r. uznał też, że wszystkie udziały (akcje) w spółce powinny należeć do komunalnych osób prawnych i tylko taka spółka może być uznana za komunalną osobę prawną.⁷⁴

Jednoosobowa spółka w doktrynie prawa spółek jest uznawana za tzw. spółkę atypową.⁷⁵ Wyrażane jest przy tym stanowisko, że spółka komunalna charakteryzuje się tak oryginalnymi cechami wyróżniającymi, iż zasługuje na to, by traktować ją co najmniej jako oddzielną kategorię w ramach spółek atypowych, obok takich wyróżnianych w doktrynie kategorii jak spółka jednoosobowa, spółka cicha, spółka w organizacji, spółka pracownicza czy spółka holdingowa.⁷⁶ Stawiana jest wręcz teza, że w wielu aspektach spółce komunalnej bliżej jest do nieistniejących już komunalnych przedsiębiorstw użyteczności publicznej niż do klasycznych spółek funkcjonujących na rynku.⁷⁷

Inni natomiast uważają, że dla uznania osoby prawnej za komunalną wystarczy posiadanie w niej przez jednostkę samorządu terytorialnego lub inny podmiot komunalny większości udziałów (akcji), co zapewnia wystarczającą kontrolę nad działalnością spółki.⁷⁸ Spółki o kapitale mieszanym określane są jako spółki o kapitale publiczno-prywatnym.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wyrażane jest stanowisko, że za komunalne osoby prawne powinny być uznane wszystkie te osoby prawne, w których jednostka samorządu terytorialnego ma 100% udziałów (akcji) lub je utworzyła, ale także takie podmioty, w których jednostka samorządu terytorialnego posiada przynajmniej więcej niż połowę (ponad 50%) kapitału zakładowego lub akcji.⁷⁹ Do komunalnych osób prawnych można też zaliczyć takie podmioty wyposażone w osobowość prawną, w których większość udziałów (akcji) należy do jednostki samorządu terytorialnego i innych podmiotów komunalnych (innych jednostek samorządu terytorialnego). W takim bowiem przypadku to j.s.t., posiadając udział większościowy, decydowały będą o kierunkach i obszarach działania spółek.

73 R. Szczepaniak, *Podmiotowość prawna...*, *op. cit.*, s. 34-44.

74 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 1995 r., III CZP 6/95, OSNC 1995, nr 5, poz. 72.

75 S. Włodyka, *Kodeksowe spółki atypowe*, Warszawa 2004, s. 9-10.

76 R. Szczepaniak, *Podmiotowość prawna spółki komunalnej*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 5, s. 34-44.

77 S. Biernat, *Prywatyzacja...*, *op. cit.*, s. 37, 64 i n.

78 T. Rabska, *Zakaz działalności gospodarczej*, „Wspólnota” 1993, nr 21; A. Agopszowicz, *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 2001, s. 91; A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 100.

79 Por. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 29 czerwca 2007 r., sygn. II SA/Go 243/07, dostępny na: CBOSA.

W celu zdefiniowania komunalnej osoby prawnej można również posłużyć się pojęciem przedsiębiorcy publicznego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców.⁸⁰ Zgodnie z tym przepisem, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy publicznym, należy przez to rozumieć każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjnoprawną, w szczególności spółkę handlową, spółdzielnię, przedsiębiorstwo państwowe, towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych oraz bank państwowy, na którego działalność organ publiczny (tj. m.in. jednostka samorządu terytorialnego⁸¹) wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty. Przez „decydujący wpływ” należy zaś rozumieć bezpośrednie lub pośrednie oddziaływanie na działalność danego przedsiębiorcy polegające na:

- 1) dysponowaniu większością głosów w organach przedsiębiorcy (zależnego), także na podstawie porozumień z innymi podmiotami lub
- 2) uprawnieniu do powoływania lub odwoływania większości członków organów przedsiębiorcy (zależnego), także na podstawie porozumień z innymi podmiotami, lub
- 3) 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
- 4) zdolności do decydowania w inny sposób o kierunkach działalności przedsiębiorcy (zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie tym przedsiębiorcą.

Podobnie zdefiniowano pojęcie „przedsiębiorcy dominującego” w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów⁸².

Wydaje się, iż – biorąc pod uwagę przytoczone przepisy w rozumieniu ostatnio przytaczanej ustawy – za komunalne osoby prawne można uznać takie spółki handlowe, które są przedsiębiorcami publicznymi.⁸³ Za taki podmiot oprócz samorządowych osób prawnych (jednoosobowych spółek j.s.t.) należy uznać również

80 Ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz.U. z 2006 r. Nr 191, poz.1411).

81 Art. 2 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy właśnie tak definiuje organ publiczny.

82 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 229), art. 4 pkt 3 w zw. z pkt 1.

83 J. Jagoda, Komentarz do art. 6 Ustawy o samorządzie powiatowym, (w:) Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, B. Dolnicki (red.), wyd. II, Lex online 2016.

te spółki, których jedynymi uczestnikami są j.s.t. Powołanie takiej spółki jest jedną z form współdziałania j.s.t.⁸⁴ Tutaj pojawia się jednak problem sygnalizowany już wcześniej w kontekście omawiania cech podmiotu wewnętrznego zgodnie z orzecznictwem TS – nawet mniejszościowy udział podmiotu prywatnego w tego rodzaju spółce powoduje zmianę postrzegania celów spółki (nastawienie na zysk ekonomiczny, a nie na realizację celów publicznych).

Przepis art. 10 ust. 1 u.g.k. wskazuje na możliwość zawarcia przez gminę umów spółek handlowych. Posłużenie się przez ustawodawcę w przepisach określających kompetencje organów stanowiących gmin i powiatów ogólnym sformułowaniem „spółki”, sugerującym możliwość zawarcia przez te szczeble samorządu terytorialnego umów spółek prawa cywilnego i wszystkich spółek prawa handlowego, świadczy o braku precyzji legislacyjnej.⁸⁵ Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku województwa samorządowego.

Nie ulega wątpliwości, że gminy nie mogą zawrzeć umowy spółki partnerskiej oraz przystępować do takich spółek, ponieważ prawo tworzenia spółki partnerskiej mają jedynie osoby fizyczne uprawnione do wykonywania wolnych zawodów określonych w art. 88 k.s.h. oraz wskazanych w odrębnych przepisach⁸⁶.

Kolejną kwestia jest określenie, jakiego rodzaju spółki mogą być tworzone przez j.s.t. i wykorzystywane do realizacji zadań publicznych. Część doktryny wyraża poglądy o możliwości zawierania przez gminy poza sferą użyteczności publicznej spółek jawnych, komandytowych, komandytowo-akcyjnych oraz kapitałowych na podst. art. 10 ust. 1 u.g.k.⁸⁷ Równie często w literaturze przedmiotu możliwość zawarcia przez gminę umowy handlowych spółek osobowych bywa negowana⁸⁸ lub wskazuje się jedynie możliwości występowania gminy jako komandytariusza w spółce komandytowej lub akcjonariusza w spółce komandytowo-akcyjnej. Uzasadnienie niemożności występowania gminy jako współnika w spółce jawnej oraz jako komplementariusza w spółkach komandytowych i komandytowo-akcyjnych upatruje się w nieograniczonej odpowiedzialności majątkowej za zobowiązania spółki.⁸⁹

84 K. Bandarzewski, *Komentarz SamGminU...*, *op. cit.*, s. 163.

85 W. Gonet, *Spółki komunalne*, Warszawa 2007, s. 20.

86 W. Gonet, *Zakres swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego*, Lex/el 2011 r.

87 S. Czarnow, *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Rejent” 1998, nr 1; A. Kidyba, *Spółki jako forma gospodarki komunalnej. Zagadnienia wybrane*, (w:) Polska lat osiemdziesiątych. Przepisy państwa i prawa, Lublin 1997, s. 345.

88 J. Jacyszyn, *Gminne przekształcenia*, „Rejent” 1997, nr 6, s. 65 i n.; A. Agopszowicz, (w:) A. Agopszowicz (red.), *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 1999, s. 114-115; A. Modras, *Status spółki komunalnej w świetle przepisów prawa administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 7-8.

89 Odnosnie do tego, czy i w jakim zakresie jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki niemające osobowości prawnej zob. m.in.: C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafrński, *Ustawa o gospodarce komunalnej i przepisy towarzyszące. Komentarz*, Warszawa 1997 (objaśnienia do art. 2, 9 i 10 tej ustawy); S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998; M. Ciepiela: *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 6; S. Czarnow: *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego jako element gospodarki komunalnej*, „Rejent” 2002, nr 2-3; R. Sowiński, *Warunki prawne funkcjonowania spółek komunalnych i ich specyfika*, „Rejent” 2003,

Jednocześnie podnosi się również, że argument (o nieograniczonej odpowiedzialności majątkowej za zobowiązania spółki) przeciw zawarciu umowy spółki jawnej przez gminy oraz przeciw byciu komplementariuszem w spółkach komandytowych i komandytowo-akcyjnych nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu przepisów jakiegokolwiek aktu prawnego.⁹⁰ Przy tym j.s.t. niezależnie od tego, czy tworzy samodzielnie spółkę kapitałową, czy też wspólnie z jakimkolwiek innym podmiotem, aktywnie uczestnicząc w tworzeniu spółki, będzie ponosić nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki kapitałowej w organizacji.⁹¹

Zdaniem L. Zacharko rozwiązaniem kontrowersyjnym w ustawie o gospodarce komunalnej jest możliwość założenia i funkcjonowania spółki jednoosobowej gminy.⁹² Tego rodzaju rozwiązanie przewiduje bezpośrednio art. 9 u.g.k., zgodnie z którym jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Jednostki samorządu terytorialnego mogą także tworzyć spółki komandytowe lub komandytowo-akcyjne, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Praktyka pokazuje jednak, że j.s.t. posługują się najczęściej formami spółki z o.o. i ewentualnie spółki akcyjnej.

Z kolei M. Szydło podkreśla, że spółka komunalna jest odrębną instytucją prawną, w szczególności w ujęciu normatywno-kompleksowym.⁹³ Wynika to z faktu, że jest wyodrębnionym i tworzącym funkcjonalną całość kompleksem przepisów normujących określony stosunek społeczny spółki komunalnej. Autor ten jednocześnie wskazuje, iż regulacje prawne tworzą spółkę komunalną w wymiarze abstrakcyjnym (gdy chodzi o akty rangi ustawowej) i w wymiarze konkretnym (odnoszącym się do podstaw funkcjonowania konkretnej spółki komunalnej). Autor ten zwraca uwagę na instrumentalne traktowanie spółek komunalnych.

nr 6; A. Modras, Status spółki komunalnej w świetle przepisów prawa administracyjnego, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 7-8.

90 W. Gonet, Spółki komunalne..., *op. cit.*, s. 22.

91 W. Gonet Wojciech, Zakres swobody zawierania umów., *op. cit.*

92 L. Zacharko, Prywatyzacja zadań publicznych..., *op. cit.*, s. 85.

93 M. Szydło, Instrumentalizacja instytucji prawnej spółki komunalnej w państwie prawnym – uwagi metodologiczne, (w:) Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia, red. J. Korczak, Wrocław 2016, s. 489; autor ten wskazuje za Z. Ziemińskiego, Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych, Warszawa-Poznań 1983, s. 88; W. Gromski, (w:) U. Kalina-Prasznica (red.), Encyklopedia prawa, Warszawa 2007, s. 243; Z. Duniewska, Zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego – wyznaczenie pojęcia instytucji tego prawa, (w:) Z. Duniewska [et al.], System Prawa Administracyjnego, t. 7, Prawo administracyjne materialne, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 170, że Instytucja prawna, będąc swoistym pojęciem analitycznym czy też pojęciem-narzędziem teorii prawa oraz szczegółowych nauk prawnych, może być wyróżniana lub też definiowana w trzech następujących ujęciach: normatywno-kompleksowym, funkcjonalnym (czynnościowym) oraz personalnym. W ujęciu normatywno-kompleksowym instytucja prawna jest wyodrębnionym i tworzącym funkcjonalną całość kompleksem (zespołem) przepisów (norm) regulujących określony stosunek społeczny. W ujęciu funkcjonalnym (czynnościowym) instytucja prawna jest zespołem działań wyznaczonych przez wspomniany wyżej kompleks przepisów (norm). Wreszcie w ujęciu personalnym instytucja prawna jest osobą lub zespołem osób działających w oparciu o wzmiankowany wyżej kompleks przepisów (norm).

Instrumentalne podejście do spółek komunalnych zauważa także R. Szczepaniak, który wywodzi, że znajduje to swoje umocowanie w doktrynie i orzecznictwie państw Europy Zachodniej oraz Stanów Zjednoczonych, gdzie czerpano inspiracje m.in. z kierunku metodologicznego zwanego ekonomiczną analizą prawa (*Economic Analysis of Law*).⁹⁴ Nurt ten narodził się w USA w połowie ubiegłego stulecia. Jego twórcy przekonywali, że nie sposób przy analizie poszczególnych instytucji prawnych abstrahować od osiągnięć nauk ekonomicznych. Prawo jest bowiem tylko jednym z czynników w ramach całego procesu gospodarowania oraz dystrybucji dóbr w społeczeństwie. Dlatego też ekonomiczna analiza prawa góruje nad analizą opartą jedynie na kryteriach formalnych.⁹⁵ Konsekwencją tak przyjętej interpretacji, odrwanej o formalnoprawnych kryteriów, było dostrzeżenie dwoistości natury spółek komunalnych. Podmioty te charakteryzują się pewną wewnętrzną sprzecznością. Z jednej strony są bowiem podmiotem w znaczeniu formalnoprawnym, co wynika z ich odrębnej osobowości prawnej. W ten sposób korzystają ze swej samodzielności i odrębności w funkcjonowaniu. Z drugiej strony spółki komunalne stanowią narzędzie w rękach innych podmiotów (j.s.t.) i powoływane są do życia dla realizacji celów tych j.s.t. Stąd też często mówi się, że osoba prawna jest fikcją prawną, sztucznym tworem wymyślonym przez człowieka dla realizacji określonych zamierzeń. Podmiotowość została osobie prawnej nadana niejako dla innych, którzy się nią posługują.⁹⁶

W konsekwencji, w każdym przypadku, kiedy wymaga tego ochrona wartości wyższych, np. szeroko pojęty interes publiczny, można dopuścić rezygnację z fikcji osoby prawnej i pominąć jej podmiotowość. W doktrynie amerykańskiej używa się na tę okoliczność takich określeń, jak *Piercing the Corporate Veil*, ewentualnie *Disregarding of Legal Entity*.⁹⁷ W takim przypadku możliwa jest interpretacja, że określoną działalność prowadzi nie spółka, lecz jej wspólnik. Tak daleka interpretacja w polskich uwarunkowaniach prawnych nie znajduje potwierdzenia, ale wskazuje na możliwe zakorzenienie spółki komunalnej jako instrumentu realizacji określonych przez j.s.t. celów, tym bardziej że umów zawieranych z własnymi spółkami nie traktuje się jako podlegających rygorom PZP. Tego rodzaju podejście nie jest nowe dla prawników europejskich. Jak twierdzi S. Buczkowski, w okresie międzywojennym przedstawiciele doktryny prawa specjalizujący się w tematyce holdingowej wysuwali postulat, by wypracować nową metodę analizy zjawisk związanych z funkcjonowaniem zgrupowań spółek kapitałowych. Ta metoda miała polegać na odstąpieniu od kryteriów ściśle formalnych na rzecz ekonomicznych i socjologicznych. Podnosili bowiem, że system prawny nie jest w stanie wystarczająco szybko reagować na zmieniające się

94 R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston 1972. Na temat tego nurtu myślowego w polskiej literaturze pisał T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004, s. 73 i n.

95 R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 123.

96 Tamże, s. 66.

97 Tamże, s. 20, 116.

otoczenie społeczne i dynamikę przemian ekonomicznych. W niemieckiej doktrynie prawa w okresie międzywojennym zrodziła się koncepcja o nazwie „teoria jedności” (*Einheitstheorie*) jako konsekwencja nurtu nazywanego „gospodarczą lub socjologiczną metodą w prawie”.⁹⁸ W ramach tego nurtu wyrażano pogląd, iż spółka dominująca i spółki zależne tworzą gospodarczą jedność. Ta jedność prowadziła do wniosku, że gospodarcza inwentychność równa się jedności podmiotowej (*Einheitsbetrachtung*).⁹⁹ Argumentowano, że kilka spółek złączonych w koncernie i podlegających *de facto* jednemu kierownictwu tworzy w rzeczywistości gospodarczej jeden podmiot (jedno dobro).¹⁰⁰

W późniejszym okresie „gospodarcza metoda w prawie” doprowadziła do wypracowania przez doktrynę i orzecznictwo niemieckie koncepcji przebicia (*Durchgriff*), inaczej – koncepcja pominięcia osobowości prawnej (*Missachtung*). Teorie te sprowadzają się do pominięcia przez sądy w niektórych przypadkach zasady odrębnej podmiotowości prawnej spółki zależnej (*Trennungsprinzip*) w stosunku do podmiotowości dominującej spółki. Spółka ta jest traktowana jakby była jedynie oddziałem spółki dominującej, a jej majątek – jakby należał do spółki dominującej. Spółka staje się tylko formą, za pomocą której spółka dominująca czy inny większościowy wspólnik realizuje zamierzone cele.¹⁰¹

Z powyższego wynika, że traktowanie spółki kapitałowej jako instrumentu w realizacji określonych celów znajduje swoje umocowanie w doktrynie zachodnioeuropejskiej i amerykańskiej. Poglądy dopuszczające takie jednolite traktowanie spółek kapitałowych i ich twórców znalazły również potwierdzenie w orzecznictwie TS, który wypowiadał się w duchu ekonomicznej analizy prawa czy – mówiąc inaczej – gospodarczej i socjologicznej metody w prawie. Konsekwencją tego było traktowanie spółek działających w ramach koncernu (holdingu) jak jednego organizmu gospodarczego.¹⁰² Dla przykładu, w jednym z orzeczeń TS orzekł, że spółka dominująca i spółki zależne są jednym przedsiębiorstwem (*undertaking*).¹⁰³ Wyrażane było wręcz stanowisko, że „ślepe stosowanie zasady podmiotowej odrębności spółek kapitałowych tworzących holding powoduje rozejście się prawa z rzeczywistością”.¹⁰⁴

98 S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937, s. 144, wraz z cytowaną tam literaturą niemiecką.

99 R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa...*, *op. cit.*, s. 88 i n.

100 Tamże.

101 Por. R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin 1955, s. 34 i n.

102 R. Szczepaniak, *Charakter prawny holdingu*. Glosa do orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 29 października 2009 r. w sprawie *Skatteverket v AB SKF*, „Prawo Spółek” 2010, nr 4, s. 55 i n.

103 Wyrok TS z 31.10.1974 r. C-15/74, w sprawie *Centrafarm v. Sterling Drug*, ECLI:EU:C:1974:114; wyrok TS z 6.03.1974 r., C-6/73, C-7/73, w sprawie *Instituto Chemioterapico SpA and Commercial Solvents Corporation v. The Commission*, ECLI:EU:C:1974:18; S. Sołtyński, *Grupowanie spółek*. Zarys problematyki prawa holdinowego, (w:) A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo handlowe*. Spółki handlowe, umowy gospodarcze, Kraków 2002, s. 157.

104 R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa...*, s. 137-142.

Zdaniem NSA – na gruncie zadań realizowanych na podstawie u.c.p.g. – instrumentalne podejście do spółek komunalnych powoduje również, że ich działanie jest determinowane i ograniczone statusem takiej spółki (ograniczonej m.in. aktem powierzenia zadań czy przepisami prawa), której głównym zadaniem jest realizacja powierzonych jej zadań publicznych. Fakt, że spółka działa w dziedzinie szeroko rozumianej użyteczności publicznej, w związku z czym musi np. przestrzegać określonych obowiązków ograniczających swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności możliwość wyboru kontrahenta, co może być w niektórych przypadkach sankcjonowane przez kary pieniężne, nie oznacza, że wykonuje ona we własnym imieniu zadania publiczne i traci przez to swój status przedsiębiorcy, stając się niejako instytucją publiczną, odpowiedzialną za zapewnienie interesu ponadindywidualnego.¹⁰⁵

Ta dwoista rola – z jednej strony realizatora zadań publicznych, z drugiej przedsiębiorcy prowadzącego działalność o charakterze komercyjnym, na gruncie prawa materialnego może prowadzić do skomplikowanych dylematów związanych ze świadczeniem usługi. Normy prawne mogą bowiem przewidywać konieczność świadczenia określonej usługi użyteczności publicznej, nawet przy założeniu sytuacji, w której odbiorca nie reguluje należności za tę usługę (albo nie jest to za niego czynione z innych środków, np. nie posiada ubezpieczenia zdrowotnego, czy nie reguluje należności w zamian za przyjęcie odpadów do prowadzonej przez spółkę komunalną regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych¹⁰⁶). Nie znajduje wówczas poparcia teza głoszona przez G. Grzegorzycy i A. Kielijan, którzy podnoszą, że w przypadku wykonywania zadań leczniczych przez spółki akcyjne priorytetem przestaje być wykonywanie zadania publicznego (realizacja takiego zadania jest – zdaniem tych autorów – interesem znacznie wykraczającym poza interes spółki). Akcjonariusze zainteresowani są bowiem odpowiednim zwrotem zainwestowanego kapitału.¹⁰⁷ W sytuacji kiedy spółka jest w 100% własnością j.s.t. priorytetem jest realizacja zadań publicznych. Jest to bowiem zbieżne z celem funkcjonowania spółki określonym przez właściciela (kluczowa jest przy tym rola stosownych zapisów w akcie erekcyjnym spółki).

W Polsce nadal dominuje formalistyczne podejście do fenomenu osoby prawnej. Nadal w polskim orzecznictwie sądowym dominuje formalizm w ujęciu istoty spółki.¹⁰⁸ Tym niemniej możliwe jest zidentyfikowanie mechanizmów prawnych powodujących, że spółka komunalna staje się *de facto* instrumentem do realizacji powierzonych jej zadań, szczególnie wówczas kiedy w ramach realizacji zadań użyteczności publicznej spółka spełniałaby będzie cechy podmiotu wewnętrznego. Wów-

105 Por. wyr. NSA z 14 stycznia 2016 r., sygn. II OSK 1896/15, dostępny na: CBOSA.

106 Art. 38 ust. 2 pkt 2 u.o.

107 F. Grzegorzycy, A. Kielijan, Podmiot leczniczy – kilka refleksji na kanwie ustawy o działalności leczniczej, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 12, s. 78-79.

108 R. Szczepaniak, Podmiotowość prawna..., *op. cit.*, s. 34-44.

czas w ramach wykonywanych działań (podejmowanych przez podmiot zależny od j.s.t., ale poprzez wyposażenie w osobowość prawną realizujący zadanie z wykorzystaniem instrumentów ekonomicznych) nastąpi komercjalizacja takiego zadania.

Spółki komunalne działają na „granicy” (i w ramach) prawa publicznego i prywatnego. Można tu zastosować przytaczane wcześniej określenie nietypowych podmiotów administrujących, przez co stają się one instrumentem realizacji zadań użyteczności publicznej. Niewątpliwie stanowią one formę realizacji zadań publicznych powierzonych przez j.s.t., są przejawem określenia przez j.s.t. sposobu prowadzenia zadań publicznych. Sam fakt bycia spółką komunalną nie oznacza jeszcze, że istnieje możliwość dokonania określonego zadania. Spełnione być muszą również inne kryteria, pozwalające zakwalifikować taki podmiot do tzw. „podmiotów wewnętrznych”. Spełnienie kryterium podmiotu wewnętrznego pozwoli na uznanie, że pomiędzy spółką a j.s.t. istnieje więź analogiczna do tej, jaką j.s.t. ma z własnymi jednostkami organizacyjnymi. To z kolei prowadziło do możliwości dokonania aktu powierzenia określonego zadania.

4.2.1. Kontrola j.s.t. nad działalnością spółek komunalnych

W polskim porządku prawnym na problem kontroli j.s.t. względem utworzonych przez nie spółek komunalnych należy patrzeć przez pryzmat ich prawnej odrębności. Stosownie do art. 37 § 1 k.c. spółki te uzyskały osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, czyli stały się odrębnym podmiotem praw i obowiązków. Art. 38 k.c. stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.

Zgodnie z art. 9 u.g.k. jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także przystępować do takich spółek.

Inne przepisy u.g.k. (art. 2, 10) posługują się szerszym pojęciem spółki prawa handlowego, obejmującym także spółki osobowe prawa handlowego (spółka jawna i spółka komandytowa). W odniesieniu do gmin przepis art. 9 u.g.k. należy interpretować w kontekście postanowień art. 2, a także art. 10 tej ustawy, który wskazuje, że poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego kapitałowe i osobowe oraz przystępować do takich spółek, jeżeli zostaną spełnione warunki określone w ustawie.

Do spółek prawa handlowego z udziałem samorządu znajdują zastosowanie przepisy kodeksu spółek handlowych, przy czym ustawa o gospodarce komunalnej zawiera kilka regulacji mających charakter *lex specialis* wobec kodeksu.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.g.k. do wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji stosuje się przepisy k.s.h. oraz przepisy k.c., z zastrzeżeniem przepisów

ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa, o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników. Na podstawie art. 12 ust. 4 ustawy o gospodarce komunalnej w jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) pełnią organy wykonawcze tych jednostek. Ustawa wprost wskazuje, że jako zgromadzenie wspólników działa organ wykonawczy jednostki samorządowej. Działa on w spółce nie we własnym imieniu i na cudzy rachunek, lecz występuje w charakterze zgromadzenia wspólników. W innych natomiast spółkach wójt reprezentuje gminę jako udziałowca. Należy również wskazać na art. 30 ust. 2 pkt. 3 u.s.g., wedle którego do zadań wójta należy w szczególności gospodarowanie mieniem komunalnym. Analogiczne uprawnienia przyznane zostały organom wykonawczym na gruncie pozostałych ustaw samorządowych.

Kwestię kontroli nad spółkami prawa handlowego odnieść można do zadań i funkcji, jakie w jednoosobowej spółce pełnią organy wykonawcze j.s.t. Otóż występują one jako zgromadzenia wspólników (walne zgromadzenie), m. in. z prawem do zbycia i wydzierżawienia przedsiębiorstwa, ustanowienia na nim prawa użytkowania czy też prawem do nabycia i zbycia nieruchomości. Organ wykonawczy j.s.t. może występować w różnych rolach jako organ korporacyjny, co wynika z art. 12 ust. 4 u.g.k., jako przedstawiciel udziałowca spółki oraz jako organ administracji publicznej. Oddziaływanie organu wykonawczego na działalność handlowych spółek komunalnych następuje tylko poprzez wykonywanie przysługujących j.s.t. spółkowych uprawnień korporacyjnych. Trzeba bowiem podkreślić, że to zgromadzenie wspólników ma wpływ na skład zarządu spółki, wyraża zgodę na niektóre czynności, udziela absolutorium członkom zarządu i przede wszystkim podejmuje decyzję o podziale zysku lub sposobie pokrycia strat, a także w granicach ustawowych wykonuje uprawnienia kontrolne. Ograniczona jest więc możliwość wpływania na stan spółki – realizowane przez spółkę zadania poprzez wydawanie przez organ wykonawczy aktów administracji (zarządzeń).

Zadania te mogą być realizowane za pośrednictwem trzech podmiotów: przez wspólnika (bezpośrednio), radę nadzorczą i komisję rewizyjną (pośrednio). Na prawo kontroli przez wspólnika w każdym czasie składają się trzy uprawnienia: prawo przeglądania ksiąg i dokumentów spółki, sporządzenia bilansu dla swego użytku lub żądanie wyjaśnień od zarządu (art. 212 § 1 k.s.h.). Przeglądanie ksiąg i dokumentów może odbywać się w siedzibie spółki i prawo to nie obejmuje wnoszenia dokumentów poza siedzibę spółki. Z kolei w odniesieniu do uprawnień związanych z bilansem wspólnik może żądać sporządzenia bilansu na swoją rzecz, ale tylko dla swego własnego użytku. Prawo indywidualnej kontroli może być realizowane samodzielnie albo łącznie z osobą, która pomaga w tym procesie. Nie można jednak prawa indywidualnej kontroli przenieść na inną osobę czy też upoważnić innej oso-

by do samodzielnej (bez udziału współnika) kontroli. Wspólnik powinien uczestniczyć w czynnościach kontrolnych. Podsumowując, można przyjąć, że indywidualne prawo kontroli może być realizowane przez dokonywanie czynności faktycznych (przeglądanie, sporządzanie, żądanie),¹⁰⁹ rozszerzenie prawa kontroli może natomiast wynikać z umowy spółki. Ponadto pamiętać należy, że indywidualne prawo kontroli może ulec wyłączeniu lub ograniczeniu pod warunkiem dokonania stosownego wpisu do umowy spółki, jeśli ustanowiona zostanie rada nadzorcza lub komisja rewizyjna (art. 213 § 3 k.s.h.). Jednak wyłączenie lub ograniczenie tego prawa, jako uszczuplenie praw udziałowych, wymaga zgody wszystkich współników zgodnie z art. 246 § 3 k.s.h.

Instrumentem kontrolnym j.s.t. nad działalnością spółek komunalnych może być również sprawowanie nadzoru właścicielskiego (nadzoru kooperacyjnego). Traktować go należy jako instrument, za pomocą którego spółki są zarządzane i kontrolowane.¹¹⁰ Jak uważają K. Lis i H. Sterniczuk, pomimo występujących różnic interpretacyjnych „istota nadzoru korporacyjnego sprowadza się do zapewnienia równowagi pomiędzy interesami wszystkich podmiotów, które są bezpośrednio lub pośrednio zaangażowane w działalność przedsiębiorstwa”.¹¹¹ W literaturze używa się często zamiennie terminów „nadzór korporacyjny” i „nadzór właścicielski”. Jednocześnie podkreśla się, iż pojęcie „nadzór korporacyjny” ma szerszy zakres znaczeniowy.¹¹² Nadzór właścicielski jest instrumentem monitoringu i kontroli koniecznych do zdobycia informacji, podejmowania decyzji inwestycyjnych oraz monitorowania zarządzających spółką do działań w interesie właścicieli kapitału.¹¹³

Analizując kwestię nadzoru właścicielskiego nad spółkami komunalnymi, należy podkreślić istotną rolę rad nadzorczych, których członkowie są powoływani przez organ wykonawczy (jako organ właścicielski). Organ ten spełnia kluczową rolę w monitorowaniu i kontrolowaniu procesów zachodzących w spółkach. Ustawodawca wyszedł z założenia, że w przypadku obejmowania w spółce udziałów przez jednostki samorządu terytorialnego (nawet w przypadku udziałów mniejszościowych) powołanie organu nadzoru jest obowiązkowe. Zgodnie bowiem z art. 10a ust. 1 u.g.k. w spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego działa rada nadzorcza. Biorąc pod uwagę stosowane instrumenty, kształtujący się w Polsce system nadzoru nad spółkami jest nadzorem wewnętrznym. Tak ujęty nadzór ogranicza się tylko do struktury i funkcjonowania instytucji nadzorczych (rad nadzorczych) oraz praw i przywilejów akcjonariuszy/udziałowców (organu właścicielskiego)

109 Wyr. Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2012 r., sygn. IV CSK 567/11 Biul. SN 2012, nr 7, s. 13; zob. również Ł. Węgrzynowski, orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych dotyczących Kodeksu Spółek handlowych w 2012 r. cz. 1, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 11-12, s. 160-161.

110 Cz. Mesjasz, Ład (nadzór) korporacyjny. Geneza, definicje i podstawowe problemy, (w:) Ład korporacyjny, (red.) D. Dobija, I. Kołodkiewicz, Warszawa 2011, s. 16.

111 K. Lis, H. Sterniczuk, Nadzór korporacyjny, Kraków 2005, s. 2.

112 W. Walczak, Standardy nadzoru korporacyjnego – łączenie funkcji w organach spółek polskiego przemysłu obronnego, „Studia i Materiały, Miscellanea Oeconomicae” 2014, t. 18, nr 4, s. 158.

113 K. Zalega, Spór o pojęcie corporate governance, „Organizacja i Kierowanie” 2000, nr 3.

w procesach nadzorowania działalności przedsiębiorstwa (spółki komunalnej).¹¹⁴ Funkcjonowanie rady nadzorczej może w pewnym zakresie ograniczać uprawnienia kontrolne j.s.t. zwłaszcza w zakresie, w jakim to rada będzie sprawowała kontrolę nad spółką.

W spółkach z o.o. zadaniem rady nadzorczej jest sprawowanie stałego nadzoru nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Rada nadzorcza nie ma prawa do wydawania zarządowi spółki wiążących poleceń w zakresie prowadzenia spółki. Do szczególnych obowiązków rady należy ocena sprawozdań zarządu z działalności spółki oraz sprawozdań finansowych za ubiegły rok obrotowy. Wykonując swoje obowiązki, rada nadzorcza może badać wszystkie dokumenty spółki, żądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątku spółki. Każdy członek rady nadzorczej może samodzielnie wykonywać prawo nadzoru, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.¹¹⁵ Umowa spółki z o.o. może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, a w szczególności stanowić, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem oznaczonych w umowie spółki czynności oraz przekazać radzie nadzorczej prawo zawieszania w czynnościach, z ważnych powodów, poszczególnych lub wszystkich członków zarządu.¹¹⁶

Podstawową kompetencją rady nadzorczej jest stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności (art. 219 § 1 k.s.h. oraz art. 382 § 1 k.s.h.). Takie określenie nakazuje traktować kontrolę sprawowaną przez radę nadzorczą jako trwałą i odnoszącą się do całej spółki w każdym zakresie jej działania. Mając na uwadze istotę funkcjonowania organu kontroli w spółkach kapitałowych, należy podnieść, że wskazane uprawnienie nie jest jednak tylko prawem rady nadzorczej, ale jest jednocześnie obowiązkiem tego organu kontroli. Nadzór pozwala radzie nadzorczej zbadać, czy funkcjonowanie spółki do czasu kontroli odpowiada konkretnemu, przyjętemu uprzednio wzorcowi działania, a w konsekwencji pozwala na podejmowanie określonych decyzji merytorycznych odnoszących się do dalszego funkcjonowania spółki.¹¹⁷ Szczególne obowiązki rady nadzorczej zostały wskazane w art. 219 § 3 k.s.h. (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz art. 382 § 3 k.s.h. (spółka akcyjna). Zdaniem W. Popiołka jest charakterystyczne dla opisanych unormowań, że nie obciąża się rady nadzorczej obowiązkiem badania przedmiotowych sprawozdań, lecz tylko nakazuje dokonanie ich oceny.¹¹⁸ Wynika to z faktu braku merytorycznego przygotowania członków rad nadzorczych do dokonania takiej oceny.

114 K. Lis, H. Sterniczuk, *Nadzór...*, *op. cit.*, s. 30.

115 K.s.h., art. 219.

116 K.s.h., art. 220.

117 P. Kupis, *Nadzór w komunalnych spółkach handlowych – uwagi na tle ustawy o gospodarce komunalnej oraz kodeksu spółek handlowych*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 6, s. 42.

118 W. Popiołek (w:) J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 869.

Możliwym jest kształtowanie uprawnień rad nadzorczych poprzez odpowiednie uregulowania w umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub w statucie spółki akcyjnej, np. o uprawnienie rady nadzorczej polegające na obowiązku uzyskania przez zarząd zgody rady nadzorczej na dokonanie określonej w umowie spółki lub w statucie czynności. Rada nadzorcza w spółce akcyjnej, według modelu ustawowego, została wyposażona ponadto w uprawnienie do powoływania i odwoływania członków zarządu, jednak w tej kwestii odmiennie może stanowić statut spółki (art. 368 § 4 k.s.h.). Takie rozwiązanie jest uzasadnione złożonym charakterem akcjonariatu.¹¹⁹ Regulacje dotyczące spółki akcyjnej wyposażają radę nadzorczą w jeszcze inne uprawnienia kontrolne wobec zarządu, tj.: a) możliwość zawieszania przez radę poszczególnych lub wszystkich członków zarządu w wykonywaniu ich czynności (art. 383 § 1 k.s.h.), b) delegowanie członków rady nadzorczej do czasowego, nie dłuższego niż trzy miesiące, pełnienia obowiązków członków zarządu (art. 383 § 1 zd. 2), c) decydowanie, jeśli statut nie stanowi inaczej, o wysokości wynagrodzenia przysługującego członkom zarządu z tytułu np. umowy o pracę (art. 378 § 1 k.s.h.), d) udzielanie zgody członkom zarządu – jako organ powołujący członków zarządu, w braku odmiennej regulacji statutu – na zajmowanie się działalnością konkurencyjną (art. 380 § 2 k.s.h.). Wskazano powyżej uprawnienie rady nadzorczej dotyczące możliwości powoływania i odwoływania członków zarządu.

Z powyższego wynika, że kompetencje rady nadzorczej w zakresie kontroli nad działalnością spółki są szerokie a z przepisów k.c., k.s.h., u.g.k. nie wynika możliwość bezpośredniego wpływania przez organ j.s.t. na działalność spółki funkcjonującej w ramach zasad cywilnoprawnych. J.s.t. może wpływać na losy założonej spółki i kierunki jej rozwoju tylko jako udziałowiec, w granicach przysługujących jej z tego tytułu praw. Z drugiej jednak strony w ramach tych praw mieści się wpływanie na sposób korzystania przez członków organu nadzorczego spółki z przysługujących im uprawnień, co z kolei może prowadzić do wniosku, że zakres tej kontroli jest wbrew pozorom stosunkowo szeroki. Rada nadzorcza posiada również kompetencje w zakresie ustalania składu osobowego zarządu spółki.¹²⁰ Analizie można poddać regulacje prawne na poziomie u.s.g. przy założeniu, że analogiczne rozwiązania legislacyjne funkcjonują na płaszczyźnie u.s.p. i u.s.w.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 u.s.g. do właściwości rady gminy należą wszystkie sprawy pozostające w zakresie działania gminy. W szczególności, stosownie do art. 18 ust. 2 pkt 9 u.s.g., rada może podejmować uchwały w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących: tworzenia i przystępo-

119 R. Szczęsny, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Kraków 2004, s. 320 i n.

120 Zgodnie z art. 201 § 4 k.s.h. członkowie zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością są powoływani i odwoływani w drodze uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Natomiast w spółkach akcyjnych, jak zostało już powyżej wskazane, zgodnie z art. 368 § 4 k.s.h., co do zasady, członków zarządu powołuje i odwołuje rada nadzorcza, jednak statut może wskazać kompetencję przekazać innemu organowi spółki, np. walnemu zgromadzeniu akcjonariuszy.

wania do spółek i spółdzielni oraz rozwiązywania i występowania z nich (ppkt f), określania zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów i akcji przez wójta (ppkt g), czy też w sprawie tworzenia, likwidacji i reorganizacji przedsiębiorstw, zakładów i innych gminnych jednostek organizacyjnych oraz wyposażania ich w majątek (ppkt h).

Kwestią odrębną jest wzajemna relacja uprawnień organów stanowiących i organów wykonawczych – tzn. w jakim zakresie i czy w ogóle organy wykonawcze związane są uchwałami organów uchwałodawczych podejmowanymi w zakresie dysponowania majątkiem spółek. Zgodnie bowiem z u.s.g., to właśnie rada gminy podejmuje uchwały w sprawie likwidacji i reorganizacji przedsiębiorstw (w znaczeniu przedmiotowym), a także rozwiązywania spółek (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h u.s.g.). Organ stanowiący jednostki samorządu określa zasady nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości oraz ich wydzierżawiania lub wynajmowania na okres dłuższy niż 3 lata (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a u.s.g.). Uznać należy, że w pewnym zakresie organ wykonawczy związany będzie wytycznymi organów stanowiących j.s.t. w zakresie kierunków dysponowania majątkiem.

Problematyczna jest także kontrola sprawowana przez działającą w gminie komisję rewizyjną. Stosownie do art. 18 a u.s.g. rada gminy kontroluje działalność wójta, gminnych jednostek organizacyjnych oraz jednostek pomocniczych gminy; w tym celu powołuje komisję rewizyjną.¹²¹ Z jednej strony komisja rewizyjna nie ma uprawnień do prowadzenia bezpośredniej kontroli w gminnych osobach prawnych (np. spółkach). Może natomiast wykonywać w stosunku do tych podmiotów kontrolę pośrednią, badając np. aktywność wójta wykonującego w nich prawa i obowiązki wspólnika. Spółki kapitałowe, czyli z ograniczoną odpowiedzialnością, i akcyjne dysponują osobowością prawną i działają, opierając się na kapitale zakładowym (akcyjnym) podzielonym na udziały (akcje). Z chwilą wpisu do rejestru stają się podmiotami praw i obowiązków jako osoby prawne. Wspólnicy spółek kapitałowych są właścicielami udziałów lub akcji spółek i nie ponoszą odpowiedzialności za ich zobowiązania. Właścicielem przedsiębiorstwa jest spółka prawa handlowego, która odpowiada całym majątkiem za swoje zobowiązania. Kwestię kontroli w spółkach kapitałowych wyczerpująco reguluje k.s.h., wprowadzając także organy uprawnione do jej wykonywania. W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością art. 212 kodeksu gwarantuje każdemu wspólnikowi prawo do osobistej kontroli. Z kolei przepis art. 213 kodeksu określa zasady przeprowadzania kontroli instytucjonalnej, która wykonywana jest przez radę nadzorczą lub komisję rewizyjną powołaną w spółce. W wypadku spółki akcyjnej funkcję kontrolną pełni rada nadzorcza. Jej ustanowienie jest w niej obligatoryjne (art. 381 k.s.h.). Powołane przepisy dotyczące kontroli w spółkach kapitałowych można uznać za *lex specialis* w stosunku do prze-

121 Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 16 czerwca 2015 r., sygn. II SA/OI 433/15, dostępny na: CBOSA.

pisów zawartych w ustawie o samorządzie gminnym, w szczególności do jej art. 18a, w którym określono uprawnienia kontrolne rady. W konsekwencji przyjąć należy, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy rada gminy, poprzez komisję rewizyjną, może prowadzić bezpośrednią kontrolę w gminnych spółkach kapitałowych. Kontrola komisji rewizyjnej może dotyczyć bowiem tylko tego, w jaki sposób organ wykonawczy sprawuje swoje funkcje kontrolne wobec spółki komunalnej – wykonuje nadzór właścicielski.

Odnieść się należy również do art. 10a ust. 5 u.g.k., zgodnie z którym podmiot reprezentujący jednostkę samorządu terytorialnego lub komunalną osobę prawną, w zakresie wykonywania praw z udziałów i akcji przysługujących tym podmiotom, jako kandydata na członka organu nadzorczego wskazuje osobę, która spełnia określone wymogi. Oznacza to, że w ten sposób j.s.t. ma możliwość wpływania na skład osobowy rady nadzorczej pośrednio na skład zarządu (powoływanych przez radę nadzorczą – art. 10a ust. 6 u.g.k.).

Jednocześnie wywodzić można, że wobec używania przez prawodawcę na gruncie u.s.g. pojęcia „gminna jednostka organizacyjna” (jednostka organizacyjna gminy) w dwóch ujęciach (szerokim i wąskim), a także pozostawienie poza powyższym pojęciem pojęcia „gminna osoba prawna”, celem ustawodawcy było użycie pojęcia jednostki organizacyjnej w jego wąskim znaczeniu, nieobejmującym właśnie owych „gminnych osób prawnych”. Natomiast gdy ustawodawca używa tego terminu „samodzielnie”, bez „sąsiedztwa” gminnej osoby prawnej – wówczas mamy do czynienia z szerokim znaczeniem tego pojęcia.¹²² Wynika stąd, że art. 18a ust. 1 u.s.g. nie różnicuje kompetencji kontrolnych na jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną lub nieposiadające osobowości prawnej, czyli dotyczą one zarówno jednych, jak i drugich w myśl zasady *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. Osobowość prawna nie musi oznaczać zupełnej odrębności organizacyjnej. Gmina jest tworem publicznoprawnym, wyposażonym w osobowość prawną w celu uczestniczenia w obrocie cywilnoprawnym. Wyprowadzić stąd można wniosek, że w strukturze organizacyjnej gminy funkcjonują różne jednostki organizacyjne, w tym posiadające osobowość prawną, np. spółki kapitałowe oraz nieposiadające osobowości prawnej – zakłady i jednostki budżetowe. Jedne i drugie organizacyjnie podlegają gminie i są przez nią nadzorowane.

Kompetencji kontrolnych komisji rewizyjnej nie wyłączają kompetencje rady nadzorczej, ta bowiem jest wewnętrznym organem kontroli, co nie wyklucza potrzeby ani możliwości kontrolowania przez radę gminy (komisję rewizyjną), choć ma wpływ na sposób i zakres wykonywania tej kontroli. Spółki, tak jak inne jednostki organizacyjne gminy, są powoływane w celu wykonywania zadań gminnych. W niektórych gminach te same zadania są wykonywane przez spółki, a w innych

122 A. Rzetecka-Gill, Glosa do wyroku WSA w Bydgoszczy z dnia 8 stycznia 2009 r., II SA/Bd 878/08, Lex nr 99925.

przez jednostki lub zakłady budżetowe. Przekazanie zadań do spółki nie może oznaczać wyjęcia ich spod kontroli organu stanowiącego. Trzeba pamiętać, iż w myśl art. 15 ust. 1 u.s.g. rada jest organem stanowiącym i kontrolnym w gminie. Jest to uprawnienie wynikające z prawa publicznego. Majątek spółki gminnej stanowi mienie komunalne i podlega wszystkim rygorom dysponowania takim mieniem (art. 43 u.s.g.).

Za tego rodzaju wykładnią art. 18a ust. 1 u.s.g., dającą uprawnienia kontrolne, przemawiać może również przepis art. 24 ust. 2 u.s.g., zgodnie z którym w wykonywaniu mandatu radnego ma on prawo, jeżeli nie narusza to dóbr osobistych innych osób, do uzyskiwania informacji i materiałów, wstępu do pomieszczeń, w których znajdują się te informacje i materiały oraz wglądu w działalność urzędu gminy, a także spółek z udziałem gminy, spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych, gminnych osób prawnych oraz zakładów, przedsiębiorstw i innych gminnych jednostek organizacyjnych z zachowaniem przepisów o tajemnicy prawnie chronionej. Powyższy przepis jest niewątpliwie przejawem uprawnień kontrolnych radnego, w tym również w odniesieniu do spółek z udziałem gminy. W kontekście tego przepisu, skoro radny może podejmować czynności kontrolne w odniesieniu do tego rodzaju podmiotów, nie sposób kwestionować – stosując wykładnię systemową – uprawnień kontrolnych samej rady gminy, która z punktu widzenia ustrojowego jest nie tylko organem stanowiącym, ale również kontrolnym.¹²³

Niewątpliwie kompetencje kontrolne komisji rewizyjnej względem spółek prawa handlowego nie zostały w sposób szczególnie określone w u.s.g., ale można wywodzić, że odnoszą się one choćby do zakresu powierzenia zadań.

Przeprowadzona analiza zakresu kompetencji kontrolnych sprawowanych w ramach j.s.t. przez upoważnione do tego podmioty podaje w wątpliwość możliwość sprawowania przez j.s.t. nad spółkami prawa handlowego kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami. Jednocześnie jeśli na wzajemne relacje spojrzeć szerzej przez pryzmat powierzonych i wykonywanych zadań, można wywieść zgola odmienne wnioski. Możliwości kontroli nad spółkami „własnymi” są podobne do tych, jakie j.s.t. ma nad jednostkami organizacyjnymi pozbawionymi własnej zdolności prawnej i do czynności prawnych, ale jedynie pośrednio – poprzez organy danej spółki, których rolę spełniają ograny wykonawcze, czasami ich przewodniczący.

Element pozwalający twierdzić, że zakres kontroli sprawowanej przez j.s.t. nad spółkami komunalnymi jest tożsamo szeroki jak zakres kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, odnosi się do określania zasad korzystania z usług świadczonych przez podmiot wewnętrzny. Zgodnie z art. 13 ust. 1 i 2 u.g.k.

123 Por. wyr. WSA w Gorzowie Wlkp. dnia 28 listopada 2018 r., sygn. II SA/Go 779/18, dostępny na: CBOSA.

spółka z udziałem gminy zobligowana jest do określenia w regulaminie zasad korzystania z usług publicznych świadczonych przez spółkę, a także obowiązków spółki wobec odbiorców usług. Regulamin oraz jego zmiany obowiązują na terenie jednostki samorządu terytorialnego po zatwierdzeniu przez organy wykonawcze tych jednostek. Sposób świadczenia usług znajduje się w regulaminie spółki i nawet zakładając techniczny charakter tego dokumentu, bez jego zatwierdzenia nie można mówić o prowadzeniu działalności. Wynika stąd, że bezpośrednio sposób wykonywania zadań – wynikający z regulaminu spółki – musi zostać zatwierdzony przez organ wykonawczy j.s.t., co niewątpliwie wpisuje się w zakres sprawowanej kontroli.

Analogicznie wygląda kwestia określenia cennika realizacji usług o charakterze użyteczności publicznej. Decydowanie o wysokości cen świadczy o uprawnieniach kontrolnych względem podporządkowanego podmiotu.

Należy także zwrócić uwagę na zmiany wprowadzone ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, na mocy których radni uzyskali nowe uprawnienia kontrolne względem spółek prawa handlowego i generalnie samorządnych jednostek organizacyjnych. W wykonywaniu mandatu radnego radny uzyskał prawo, jeżeli nie narusza to dóbr osobistych innych osób, do uzyskiwania informacji i materiałów, wstępu do pomieszczeń, w których znajdują się te informacje i materiały oraz wglądu w działalność urzędu gminy, a także spółek z udziałem gminy, spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych, gminnych osób prawnych oraz zakładów, przedsiębiorstw i innych gminnych jednostek organizacyjnych, z zachowaniem przepisów o tajemnicy prawnie chronionej.¹²⁴ Podkreślenia wymaga, że zakres uprawnień kontrolnych radnego ograniczony jest do spraw pozostających we właściwości rady (czyli np. określenia przedmiotu działalności spółki). Radny nie może więc korzystać z tego typu uprawnień dla realizacji celów politycznych czy zaspokojenia własnej ciekawości.

Kolejny instrument kontroli wprowadza u.s.g. w zakresie specjalnego organu wewnętrznego powołanego w celu rozpatrywania skarg i wniosków na działalności jednostek organizacyjnych. Zgodnie z treścią art. 18b u.s.g. rada gminy rozpatruje skargi na działania wójta i gminnych jednostek organizacyjnych, wnioski oraz petycje składane przez obywateli. W tym celu powołuje komisję skarg, wniosków i petycji. W skład komisji skarg, wniosków i petycji wchodzi radni, w tym przedstawiciele wszystkich klubów, z wyjątkiem radnych pełniących funkcje przewodniczącego i wiceprzewodniczącego. Zasady i tryb działania komisji skarg, wniosków i petycji określa statut gminy. Oznacza to, że zadaniem organu stanowiącego jest rozpatrywanie skarg na działania również spółek komunalnych. W ten sposób rada posiada-

124 Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, Dz.U. poz. 130.

jąc informacje co do ewentualnych nieprawidłowości, ma możliwość kontroli podejmowanych przez spółkę działań.

W opinii M. Cichowicza, W. Dzierżanowskiego, M. Stachowiaka i M. Zastłony zlecenie spółkom komunalnym realizacji konkretnych zadań zawsze będzie wymagało zawarcia umowy w trybie ustawy p.z.p., gdyż spółki te posiadają odrębną osobowość prawną. W odniesieniu do możliwości spełnienia przez spółki komunalne przesłanek sformułowanych przez TS w sprawie *Teckal* ww. autorzy podnoszą, że „na tle polskiego prawa handlowego uznać należy, iż sytuacja uprawnień podobnych do uprawnień względem własnej jednostki organizacyjnej nigdy nie zajdzie. Zawsze uprawnienia do kierowania sprawami spółki pozostaną przy zarządzie tej spółki, nie zaś przy udziałowcu (gminie), który ma uprawnienia właścicielskie – nadzorcze”¹²⁵. Wskazują także na orzeczenie w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii,¹²⁶ w którym Trybunał stwierdził, że przepisy prawa krajowego wyłączające *a priori* pewne relacje pomiędzy podmiotami publicznymi z zakresu zastosowania wspólnotowych przepisów o zamówieniach publicznych były niezgodne z Traktatem. Uznanie w prawie polskim koncepcji podmiotu wewnętrznego stanowiłoby, zdaniem tych autorów, niezgodność z ww. orzeczeniem TS.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się jednak, że szczególny wymiar publicznoprawny statusu spółek samorządowych wyznaczają relacje między założycielami (wspólnikami) a spółką. Specyfika tych realizacji w spółce samorządowej tkwi w szczególnych uprawnieniach j.s.t. wobec spółek tworzonych w obszarze gospodarki komunalnej. Wzajemne relacje są często kształtowane przez wartości o charakterze publicznym, które biorą pod uwagę organy j.s.t. przy wyrażaniu swojego stanowiska wobec władz spółki. Akty organów jednostki samorządowej stają się często wytycznymi i dyrektywami, które wiążą spółkę, pomijając już sam fakt określenia spółce zakresu działania, uchwalania regulaminu spółki, czy też określenia cen za usługi użyteczności publicznej świadczone przez spółkę. Sytuacja taka jest widoczna w aktach organu przedstawicielskiego jednostki, które zawierają w swojej treści regulacje wiążące spółkę.¹²⁷ Szczególnym rodzajem więzi o charakterze ustrojowym między jednostką samorządu terytorialnego i spółką jest, jak podkreśla L. Kieres, „swoista unia personalna między organem wykonawczym jednostki i substratem osobowym zgromadzenia (walnego zgromadzenia) wspólników”. Postawę organu wykonawczego mogą determinować akty organu uchwałodawcze-

125 M. Cichowicz, W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, M. Zastłona, Usługi użyteczności publicznej a pomoc publiczna – Analiza w zakresie pomocy publicznej wykonana dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach programu Transition Facility PL2004/016-829.01.10 Rezerwa Elastyczna, źródło www.uokik.gov.pl (maj 2009 r.), s. 74, [data dostępu 05 maja 2016 r.].

126 Wyrok TS z 13.01.2005 r., C-84/03, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii, ECLI:EU:C:2005:14.

127 Por. wyrok WSA w Warszawie z 10 listopada 2005 r., sygn. III SA/Wa 2445/05, dostępny na: CBOSA.

go o charakterze władczym, które wiązą organ wykonawczy także lub wyłącznie w sprawach spółki.¹²⁸

Zakres sprawowanej kontroli wymaga też ograniczenia w dopuszczeniu do wykonywania zadań kapitału prywatnego, co oznacza, że j.s.t. musi posiadać w spółce komunalnej 100%. Nawet mniejszościowy udział może modyfikować cele spółki z realizacji zadań publicznych na osiągnięcie korzyści finansowych i ekonomicznych. Dopuszczenie innych podmiotów do członkostwa w organizacji powoduje, że nie jest możliwa kontrola wszelkich obszarów działalności takiego podmiotu.¹²⁹

Powyższe prowadzi do wniosku, że problematyczna jest jednoznaczna ocena zakresu sprawowanej przez j.s.t. kontroli względem spółek komunalnych. Kompetencje poszczególnych organów zdają się wskazywać na brak szerokiego zakresu kontroli. Z drugiej strony, nowelizacje dające radnym prawo kontroli spółek, powołanie wewnętrznych organów posiadających uprawnienia do rozpatrywania skarg na działalność spółek oraz prawo do stanowienia aktów regulujących działalność spółek mogą dowodzić szerokiego zakresu sprawowanej kontroli, analogicznej do tej, jaką sprawuje się nad własnymi jednostkami organizacyjnymi.

4.2.2. Kryterium przeważającej działalności w spółkach komunalnych

Drugie kryterium odnosi się do przedmiotu działalności spółki komunalnej. Każda działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a która jest przeznaczona dla osób innych niż jego wspólnicy, to znaczy dla osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy osoby te są organami administracji publicznej, powinna zostać uznana za wykonywaną na rzecz osób trzecich.¹³⁰ Problem ten wiąże się z analizowanym wcześniej zagadnieniem dopuszczenia realizacji przez j.s.t. zadań o charakterze komercyjnym. Zaistnieć mogą dwa warianty działalności:

- sytuacja, w której podmiot wewnętrzny wykonuje powierzone mu usługi użyteczności publicznej na rzecz własnej j.s.t., a jednocześnie prowadzi działalność *stricto* komercyjną na rzecz innych podmiotów (nawet jeśli te podmioty są również j.s.t.),
- sytuacja, w której podmiot wewnętrzny wykonuje powierzone mu usługi użyteczności publicznej na rzecz własnej j.s.t., ale jednocześnie wykonuje inne zadania użyteczności publicznej, które to nie zostały mu powierzone

128 L. Kieres, Spółki handlowe jako formy organizacyjno-prawne gospodarki komunalnej, (w:) System Prawa Administracyjnego, t. 8B, Publiczne prawo gospodarcze, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 109.

129 Wyrok TS z 19.06.2014 r., C 574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, EC-LI:EU:C:2014:2004.

130 Wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona, przy udziale: Cogesa SpA, EU:C:2016:935.

mocą odpowiedniego aktu; nie jest przy tym istotne, na rzecz kogo te niepowierzone zadania publiczne są wykonywane – na rzecz innych j.s.t., czy też nawet na rzecz własnej jednostki macierzystej.

Prowadzenie przez j.s.t. działalności *stricte* komercyjnej obwarowane jest pewnymi przesłankami i stanowi wyjątek od reguły (zgodnie z art. 10 u.g.k.). Podmiot wewnętrzny może również realizować zadania publiczne, które nie zostały mu wprost powierzone, ale z mocy prawa nałożony na niego jest obowiązek ich realizacji. Wówczas w zakresie określania proporcji realizacji zadań na rzecz własnej jednostki i na rzecz innych podmiotów po stronie zadań realizowanych, jako zadania publiczne na rzecz j.s.t., należy zaliczyć tylko te, które zostały wprost powierzone.

Jak wręcz wskazuje M. Szydło, spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego (nie rozstrzygając o tym, czy musi to być udział wyłączny), nie mogą prowadzić żadnej działalności, która by nie była przejawem wykonywania zadań publicznych macierzystej jednostki samorządowej (poza przypadkami i pod warunkami określonymi w art. 10 u.g.k.). W ocenie tego autora, gdyby spółka podjęła inną działalność (choćby była to jedynie działalność uboczna, mająca charakter akcesoryjny względem podstawowej), wówczas w pełni zasadny byłby zarzut, że j.s.t. utworzyła spółkę lub też przystąpiła do niej w innym celu niż wykonywanie zadań publicznych samorządu. W takim wypadku również sama jednostka samorządowa (choćby ten cel był jedynie częściowo inny), jako współnik takiej spółki, zostałaby zaangażowana w działalność polegającą na czymś zupełnie innym niż wykonywanie zadań publicznych, a tego jej czynić nie wolno.¹³¹ Pogląd taki zdaje się nie uwzględniać sytuacji, w której ustawodawca zakłada konieczność świadczenia przez podmiot wewnętrzny określonych usług nie tylko na rzecz macierzystej j.s.t., ale również na rzecz innych j.s.t. Przy tym usługi te uznane będą za mające charakter komercyjny, nawet jeśli mieszczą się w ramach realizacji zadań publicznych. Przykładem może być prowadzenie przez spółkę komunalną regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, do której muszą być przyjmowane (zgodnie z wojewódzkim planem gospodarki odpadami) odpady zarówno z gmin właścicielskich, jak i z każdej gminy znajdującej się w regionie.

Dla potwierdzenia swojego stanowiska M. Szydło przytacza uchwałę Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 1993 r. stwierdzającą, że „gmina jako wspólnota samorządowa mieszkańców gminy, utworzona z mocy prawa, nie ma żadnych «prywatnych» interesów, nawet jeśli działa w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego”.¹³² Z powyższego wynika, że nawet jeżeli utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego spółki lub przystąpienie do niej jest „działaniem w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego”, to jednak w przypadku j.s.t.

131 M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 32.

132 Uchwała Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 1993 r., sygn. III AZP 35/92.

tego rodzaju działania nie mogą być motywowane chęcią realizowania jakichkolwiek jej „prywatnych” interesów (bo takich ona po prostu nie ma). Działania takie mogą być bowiem podejmowane jedynie w celu realizacji zadań publicznych danej jednostki. Ich cywilnoprawna forma jest zatem w tym wypadku wykorzystywana do wykonywania spoczywających na niej zadań publicznych.¹³³ Zdaniem więc M. Szydło każda spółka komunalna powinna ograniczać swą działalność tylko do realizacji powierzonych zadań publicznych, a każdy przejaw działalności wykonywanej komercyjnie oznaczałby utratę statusu prawnego takiego podmiotu jako podmiotu wewnętrznego.

Z kolei M. Stec wyraża stanowisko, że jeżeli gmina prowadzi działalność o charakterze użyteczności publicznej i w tym celu powołuje do życia jednostkę organizacyjną, to wówczas jednostka ta może prowadzić, jako uboczną, działalność o charakterze komercyjnym, z której dochody będą przeznaczone na prowadzenie działalności podstawowej.¹³⁴ Autor ten zakłada więc możliwość marginalnego prowadzenia przez j.s.t. działalności innej niż wykonywanie zadań publicznych na rzecz własnej j.s.t. W mojej ocenie co do zasady marginalna działalność komercyjna nie może być negowana, analizowane kryterium przewiduje bowiem prowadzenie przeważającej działalności na rzecz gminy macierzystej (nie zaś całej działalności). Ustawodawca nakładać może na j.s.t. (która działa poprzez spółkę komunalną) pewne obowiązki, jak choćby w przykładzie opisywanym powyżej, a dodatkowo taka marginalna działalność, jeśli jest rentowna, prowadzi do obniżenia kosztów prowadzenia powierzonych usług użyteczności publicznej.

Wskazano powyżej, że dyrektywy zamówieniowe, odnosząc się do możliwości prowadzenia przez podmiot wewnętrzny działalności komercyjnej, wprowadzają proporcje 80% na rzecz działalności powierzonej i 20% na rzecz działalności komercyjnej. W tym miejscu należy podkreślić, że dyrektywy te nie odnoszą się bezpośrednio do powierzenia na gruncie u.g.k. (niebędącego zamówieniem publicznym) zostały implementowane tylko na gruncie u.p.z.p.¹³⁵ Możliwym byłoby ewentualnie posiłkowe posługiwanie się wskazanymi tam proporcjami. Wydaje się także niezasadnym uwzględnienie proporcji pomiędzy działalnością komercyjną a powierzoną na podstawie znowelizowanej u.p.z.p., która wskazuje na warunek ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczącej wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.¹³⁶ Nie jest w tym zakresie możliwe bezpośrednie stosowanie u.p.z.p., gdyż powierzenie na podstawie przepisów u.g.k.

133 M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 32.

134 M. Stec, *Dyskusja, „Kontrola Państwowa”* 2010, nr 3, s. 87.

135 Na przykład orzeczenie z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-115/09, *Trianel Kohlekraftwerk Lünen*, nieopublikowane dotychczas w zbiorze orzeczeń, pkt 53-54; szerzej na ten temat, A. K. Modrzejewski, *Nowelizacja ustawy...*, *op. cit.*, s. 75-83.

136 Zgodnie z treścią art. 67 u.p.z.p. (pkt 12-15).

nie jest zamówieniem publicznym, z drugiej strony u.p.z.p. nie wyłącza zastosowania u.g.k. Oznacza to, że by rozstrzygnąć to, czy dany podmiot wykonuje przeważającą część swej działalności na rzecz jednostki macierzystej, nie można wprost stosować proporcji 90% działalności powierzonej przy 10% działalności o charakterze komercyjnym. Kwestią odrębną jest fakt, że proporcja 90-10 nie ma zastosowania do powierzeń dokonanych przed dniem wejścia w życie ustawy o zmianie u.p.z.p.¹³⁷ Podkreślenia jednak jeszcze raz wymaga, że powierzenie podmiotowi wewnętrznemu zadania na podstawie u.g.k. nie jest tożsame z powierzeniem na gruncie przepisów u.p.z.p. Powierzenie zadania na gruncie u.g.k. może bowiem nastąpić tylko na podstawie przepisów tej ustawy bądź też w trybie zamówienia publicznego (na podstawie art. 3 ust. 1 u.g.k.).

Zauważyć także należy, że w przypadku oceny spełnienia przez podmiot wewnętrzny cechy prowadzenia przeważającej działalności na rzecz własnej j.s.t. w orzecznictwie TS (przytaczanym już uprzednio¹³⁸) nie określono procentowego współczynnika relacji pomiędzy działalnością powierzoną a niepowierzoną. Oznacza to, że musi być zachowana proporcja 50% (i więcej) działalności na rzecz realizacji zadań publicznych, przy pozostałej części zadań mogących stanowić działalność komercyjną. Orzeczenia Trybunału, pomimo dyrektyw zamówieniowych (wraz z ich wcześniejszymi wersjami), w mojej ocenie nie straciły na aktualności. Dyrektywy odnoszą się bowiem do powierzeń stanowiących zamówienia publiczne i tylko w tym kontekście można (po uprzedniej implementacji) stosować je w sposób bezpośredni.

Możliwe jest więc przyjęcie dwóch koncepcji – popartej orzecznictwem TS bądź wynikającej z posiłkowo stosowanych dyrektyw zamówieniowych, przy tym racjonalnym wydaje się zastosowanie proporcji 50%, skoro w polskim porządku prawnym dyrektywy zamówieniowe implementowane zostały na gruncie u.p.z.p. bez odniesienia do u.g.k. (w zakresie powierzenia niebędącego zamówieniem publicznym).

Istotne jest również to, w jaki sposób określić wzajemne proporcje pomiędzy działalnością wykonywaną na rzecz własnej j.s.t. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 67 ust. 8 i 9 u.p.z.p. (której zastosowanie dla celów powierzenia jest wątpliwe) do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zama-

137 Zgodnie z treścią art. 19 ust. 1. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1020, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że jeśli umowa o zamówienie publiczne zawarta została przed dniem wejścia w życie ustawy o zmianie u.p.z.p., to nie stosujemy zawartych w niej regulacji.

138 Np. wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, przy udziale: *Cogesa SpA*, EU:C:2016:935.

wiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Konieczne jest więc rozdzielenie przychodu uzyskiwanego z działalności powierzonej od tego uzyskiwanego z działalności niepowierzonej. W tym jednak miejscu pojawia się zasadnicze pytanie – czy można ten sam klucz stosować w przypadku podziału rodzajów działalności na gruncie u.g.k., skoro nie ma tu odpowiedniego zastosowania, a w konsekwencji, jeśli dojedziemy do wniosku, że nie jest to możliwe, w jaki sposób dokonywać tego rozdzielenia na gruncie powierzenia komunalnego?

Zgodnie z treścią art. 28 ust. 5 dyrektywy 2014/25/UE, chcąc dokonać podziału działalności na tę związaną z realizacją zadań publicznych i komercyjną, uwzględnia się średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez daną osobę prawną – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jeżeli, ze względu na datę utworzenia danej osoby prawnej lub rozpoczęcia przez nią działalności lub ze względu na reorganizację jej działalności, dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie 3 lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczy wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych. Dyrektywa daje więc wytyczne bardzo podobne do tych określonych u.p.z.p., pozwalające na określenie wzajemnych proporcji rodzajów prowadzonej działalności. Przy braku orzecznictwa TS wprowadzającego inny sposób obliczenia tych proporcji zasadnym jest odniesienie się do treści dyrektyw jako jedynej normatywnie określonej formy dokonywania obliczenia. Obliczając zaś procent działalności przeważającej, można posługiwać się kategorią zadań publicznych i powierzonych.

4.2.3. Brak udziału kapitału prywatnego w spółkach komunalnych

Kontrolę analogiczną, jaką sprawuje się nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, zapewnić może już większościowy udział j.s.t. Wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym jednostki organizacyjne, które prowadzą działalność we własnym imieniu i na własny rachunek (np. spółka akcyjna, w której gmina jest tylko jednym z akcjonariuszy), nie są gminnymi osobami prawnymi, w związku z czym nie dotyczą ich ograniczenia i zakazy ustanowione w art. 9 ust. 2 u.s.g. Jednocześnie za wystarczający dla zakwalifikowania danej osoby prawnej do kategorii gminnych osób prawnych jest – zdaniem T. Rabskiej – wkład kapitałowy przenoszący 50% udziałów lub akcji.¹³⁹ Podobnie uważa A. Wierzbicka, analizując ów problem na gruncie przepisów antykorupcyjnych.¹⁴⁰ Zdaniem A. Agopszowicza „za komunalną osobę prawną

139 T. Rabska, Zakaz działalności gospodarczej, „Wspólnota” 1993, nr 21; podobnie G. Jyż, Z. Pławewski, A. Szewc, Samorząd gminny. Komentarz, Warszawa 2005, s. 100.

140 A. Wierzbicka, Ograniczenia antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym, Warszawa 2008, s. 26.

powinna być uważana spółka, w której jednostka lub jednostki samorządu terytorialnego posiadają pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 ksh¹⁴¹. Z kolei zdaniem S. Dudzika kryterium uznania określonego podmiotu za komunalną osobę prawną musi stanowić zapewnienie gminie realnych możliwości podejmowania decyzji w najważniejszych kwestiach dotyczących tego podmiotu. W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udział gminy w kapitale zakładowym winien wynosić co najmniej 2/3, w spółce akcyjnej zaś udział gminy w kapitale akcyjnym winien wynosić nie mniej niż 3/4.¹⁴² Można także przytoczyć poglądy J. Jagody, która wyjaśnia, że za komunalne osoby prawne powinny być uznane wszystkie te osoby prawne, w których jednostka samorządu terytorialnego (gmina) ma 100% udziałów (akcji) lub je utworzyła, ale także takie podmioty, w których jednostka samorządu terytorialnego posiada więcej niż połowę (ponad 50%) kapitału zakładowego lub akcji. Do komunalnych osób prawnych trzeba też zaliczyć takie podmioty wyposażone w osobowość prawną, w których większość udziałów (akcji) należy do gminy i innych podmiotów komunalnych (innych jednostek samorządu terytorialnego).¹⁴³

Problem ten poddawany był analizie w orzecznictwie TK i SN, ale nie można stwierdzić, by przedstawiane w orzecznictwie stanowiska dawały jednoznaczną odpowiedź co do zakresu udziałów j.s.t. pozwalającego zakwalifikować dany podmiot jako komunalną osobę prawną.¹⁴⁴

Analizę tego, jaki procent kapitału prywatnego zaangażowany jest w danym podmiocie, przeprowadzać należy w momencie dokonywania powierzenia.¹⁴⁵ Perspektywiczne objęcie udziałów przez inwestorów prywatnych w kapitale przedsiębiorstwa brane jest pod uwagę jedynie wtedy, gdy w momencie powierzenia zadania takiemu przedsiębiorcy istnieje faktyczna perspektywa zaangażowania w niedalekiej perspektywie czasowej.¹⁴⁶ Jeśli perspektywa zaangażowania kapitału prywatnego nie jest pewna, nie można powoływać się na brak tej przesłanki w momencie dokonywania powierzenia.¹⁴⁷ Późniejsza zmiana sytuacji, poprzez przejęcie części udziałów przez prywatnych inwestorów, powoduje, że zamówienie będzie musiało zostać udzielone w postępowaniu przetargowym.¹⁴⁸ To z kolei prowadzi do wniosku, że

141 A. Agopszowicz (w:) A. Agopszowicz, M. Taniewska-Peszek, Z. Gilowska, Prawo samorządu terytorialnego w zarysie, Katowice 1999, s. 91.

142 S. Dudzik, Działalność gospodarcza..., *op. cit.*, s. 125.

143 J. Jagoda, Komentarz do art. 43 ustawy o samorządzie gminnym, (w:) B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz. Lex on line.

144 Zob. orzeczenie TK z 24 stycznia 1995 r., K5/94, OTK 1995/1/3 oraz uchwały SN z 10 stycznia 1992 r., III CZP 140/91, OSNCP 1992, z. 6, poz. 109, i z 14 marca 1995 r.; III CZP 6/95, OSNC 1995, z. 5, poz. 72.

145 Wyrok TS z 11.01.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, pkt 15 i 52, ECLI:EU:C:2005:5 oraz z 10.09.2009 r., C-573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa, pkt 4, 7ECLI:EU:C:2009:532.

146 Wyrok TS z 10.11.2005 r., C 29/04, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, Komisja przeciwko Austrii, pkt 38-41, ECLI:EU:C:2005:670.

147 Tamże.

148 Wyrok TS z 11.05.2006 r., C-340/04, Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA., ECLI:EU:C:2006:308.

w przypadku powierzenia konieczne jest ciągle monitorowanie stanu prawnego jednostki organizacyjnej, również przez upoważnione od tego organy nadzorcze. Status podmiotu wewnętrznego nie jest bowiem nadany jednorazowo na zawsze. Sytuacja faktyczna może wpływać na zmianę charakteru prawnego powierzenia.

Stanąc należy na wyrażonym już wcześniej stanowisku o konieczności posiadania 100% udziałów w spółce komunalnej, tylko bowiem w ten sposób zapewnione jest łącznie kryterium braku udziału kapitału prywatnego oraz możliwość zachowania właściwej kontroli nad działalnością takiego podmiotu. Każde zaangażowanie kapitału prywatnego może prowadzić do zmiany polaryzacji postrzegania celów spółki poprzez perspektywę realizacji celów finansowych, nie zaś świadczenie usług użyteczności publicznej, bez względu na wynik ekonomiczny. Zapewnione musi być realizowanie powierzonych zadań użyteczności publicznej jako priorytetowego celu działalności spółki. Dla wykonywania zadań publicznych przy współudziale kapitału prywatnego ustawodawca przewidział szereg innych form współdziałania, w tym również formę spółki z zastosowaniem partnerstwa publiczno-prywatnego.¹⁴⁹ Nie oznacza to oczywiście zakazu realizacji zadań użyteczności publicznej z wykorzystaniem spółek o kapitale większościowym (brak jest przepisu, który wprowadzałby tego rodzaju ograniczenie). Jednakże w kontekście cech podmiotu wewnętrznego należy rozważać odniesienie tylko do spółek ze 100% udziałem własnościowym j.s.t. Zapewnienie 100% udziału j.s.t. w podmiocie wewnętrznym gwarantuje przy tym wzajemną zależność obu stron relacji, pozwalającą zapewnić należyty stopień kontroli i określenia celów do realizacji, co jest szczególnie istotne w kontekście charakteryzowanej komercjalizacji.

4.2.4. Dysponowanie majątkiem

Jak zostało wskazane, dla uznania za podmiot wewnętrzny konieczne jest przyjęcie, iż j.s.t. posiada 100% udziałów w podmiocie wewnętrznym. Odrębną kwestią jest dysponowanie majątkiem – przesłanka ta nie została wprost wskazywana w orzecznictwie TS jako konieczna do spełniania, by daną jednostkę można było uznać za podmiot wewnętrzny. Szczególny status spółek komunalnych wynika z umiejscowienia na granicy (i w ramach) prawa prywatnego i publicznego. Przy tym spółka komunalna nie dysponuje majątkiem j.s.t., bo nie ma do tego legitymacji prawnej. W moim przekonaniu, w polskich warunkach prawnych dysponowanie majątkiem stanowi konsekwencję pozostałych trzech przesłanek. Założyć bowiem należy, że szczególna więź pomiędzy j.s.t. a podmiotem wewnętrznym opiera się z jednej strony na władczym stosunku podporządkowania (o czym mowa w dalszych rozważaniach), z drugiej konieczne jest oparcie działania o majątek stanowiący mienie j.s.t.

149 Art. 12 ust. 1 u.g.k.

Jeśli dany podmiot opiera swą działalność na majątku j.s.t., to jak zostało wcześniej wskazane, doktryna wiąże to z pojęciem prywatyzacji zadaniowej. Mienie administracji publicznej można scharakteryzować jako zbiór składających się z własności oraz pozostałych praw majątkowych, znajdujących się w dyspozycji jednego z podmiotów administracji. W prawie cywilnym zaznacza się przy tym, że prawa majątkowe od niemajątkowych odróżnia funkcja polegająca na bezpośredniej realizacji interesów ekonomicznych uprawnionego. Nie jest przy tym istotne, czy prawo majątkowe odzwierciedla pewną sumę pieniężną lub inne dobra.¹⁵⁰ Oznacza to, że mienie odnosi się do ukształtowanego przez prawo publiczne i prywatne całości kształtu aktywów majątkowych państwa, zarządu terytorialnego oraz innych jednostek administrujących związanych z interesem ekonomicznym tych podmiotów (np. użytkowanie wieczyste gminy). W skład mienia administracji będzie wchodzić też posiadanie, czyli stan faktyczny określonego władztwa nad rzeczą.¹⁵¹

Mienie administracji pozwala swymi granicami znaczeniowymi obejmować prawo własności oraz inne prawa majątkowe, które znajdują się w dyspozycji każdego, kto spełnia kryteria kwalifikujące do katalogu podmiotów administrujących, a więc wyodrębnionych w systemie administracji publicznej jednostek organizacyjnych, niezależnie od tego, czy są one podmiotem publicznym, czy niepublicznym, (społecznym, prywatnym), wykonującym zadania administracji.¹⁵²

Nie oznacza to jednak, że mienie spółki komunalnej jest mieniem j.s.t. Odrębność prawna j.s.t. i utworzonych przez nią spółek nie jest tylko formalna – wkład majątkowy j.s.t. w spółkę kapitałową przez nią utworzoną powoduje przeniesienie praw własności do tego mienia. Ale jeżeli spółka realizuje zadania i funkcje z zakresu administracji publicznej, jej mienie można traktować jako mienie administracji publicznej (rozumianej podmiotowo i funkcjonalnie). Co więcej, przynależność mienia spółek komunalnych do mienia komunalnego da się wywieść z przepisów ustaw samorządowych.

Pojęcie mienia odróżnia się od pojęcia majątku.¹⁵³ Zgodnie z art. 44 k.c. przez mienie należy rozumieć własność i inne prawa majątkowe.¹⁵⁴ Mienie może być więc kategorią zbiorczą skupiającą ogół podmiotowych praw majątkowych.¹⁵⁵ Mogą one mieć charakter zarówno względny, jak i bezwzględny.¹⁵⁶

150 Por. Z. Czarnik, *Nabywanie mienia komunalnego z mocy prawa*, Lublin 2000, s. 14; E. Skoworońska-Bocian, (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2005, t. I, s. 119.

151 E. Bończak-Kucharczyk, *Komentarz do art. 122, (w:) Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, wyd. III, LEX/el. 2014 r.

152 M. Sthał, *Zagadnienia ogólne*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, Podmioty administrujące, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 48.

153 Zob. W.J. Katner (w:) M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 1176-1177.

154 G. Bieniek, *Mienie państwowych osób prawnych na przykładzie przedsiębiorstwa państwowego*, Bydgoszcz 1997, s. 7.

155 Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5 marca 2008 r., sygn. III SA/Wr 666/07, dostępny na: CBOSA.

156 M. Bednarek, *Mienie*. Komentarz do art. 44-55(3) kodeksu cywilnego, Kraków 1997, s. 20.

Z kolei majątek w szerokim znaczeniu wyraża ogół praw majątkowych przysługujących określonej podmiotowi oraz ogół ciążących na tym podmiocie obowiązków majątkowych (ogół aktywów i pasywów).¹⁵⁷ W węższym zaś znaczeniu – ogół samych tylko praw majątkowych (ogół aktywów przysługujących określonej osobie).¹⁵⁸ Posługiwanie się terminem „majątek” służy oznaczeniu prawa majątkowego danego podmiotu. W kodeksie cywilnym termin ten występuje wielokrotnie w takim właśnie kontekście, np. w art. 44 i art. 44¹ k.c., jako majątek, który niezależnie od charakteru podmiotu, będącego jego właścicielem, zostaje w sposób prawny przeznaczony do użytku publicznego, w zakresie pełnego lub ograniczonego korzystania, które jest regulowane także lub wyłącznie prawem administracyjnym.¹⁵⁹ Przedmiotem majątku publicznego są dobra naturalne oraz dobra wytworzone, które po to, by stać się elementami majątku publicznego, muszą być poddane administracyjnoprawnemu procesowi kwalifikacji w formach ustanowionych przepisami tegoż prawa.¹⁶⁰ Korzystanie z majątku publicznego musi mieć charakter powszechny oraz cechować się użytecznością publiczną.¹⁶¹

Na gruncie obecnie obowiązującego ustawodawstwa, w zależności od kategorii podmiotów, którym dane mienie przysługuje, można wyróżnić mienie państwowe, mienie samorządowe (komunalne) oraz mienie prywatne.¹⁶² Mienie państwowe oraz samorządowe można natomiast ująć w jeszcze szerszą kategorię mienia publicznego,¹⁶³ określaną czasem również mianem własności publicznej.¹⁶⁴

Mienie możemy podzielić na mienie w znaczeniu przedmiotowym oraz podmiotowym. W znaczeniu przedmiotowym to własność i inne prawa majątkowe. Najważniejszym składnikiem jest tutaj prawo własności rzeczy, czyli przedmiotów materialnych, zarówno ruchomych, jak i nieruchomości, a także ograniczone prawa rzeczowe, wierzytelności i inne prawa o charakterze obligacyjnym, w tym prawa wynikające z akcji (udziałów) w spółkach, prawa własności intelektualnej, środki finansowe pochodzące z podatków, opłat, dotacji i subwencji.¹⁶⁵

Podmiotowo przez mienie publiczne rozumieć należy mienie przysługujące podmiotom państwowym oraz mienie przysługujące podmiotom samorządowym a także innym podmiotom publicznym. Zgodnie z art. 165 konstytucji jednostkom samorządu terytorialnego przysługują prawo własności i inne prawa majątkowe.

157 A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1967, s. 216-217.

158 M. Bednarek, *Mienie...*, *op. cit.*, s. 30.

159 A. Błaś, J. Boć, *Majątek publiczny*, (w:) J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 290.

160 Tamże, s. 291.

161 J. Gola, G. Klich, *Pojęcie mienia publicznego – dylematy*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 3, s. 37.

162 M. Bednarek, *Mienie...*, *op. cit.*, s. 27-30.

163 M. Guziński, *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, (w:) *Administracyjne prawo gospodarcze*, A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Wrocław 2009, s. 255 i n., tak też TK w uchwale z 27 września 1994 r., sygn. W 10/93, OTK 1994, nr 2, poz. 46.

164 J. Szachulowicz, *Własność publiczna*, Warszawa 2000, s. 7-20.

165 M. Guziński, *Przedsiębiorcy publiczni...*, *op. cit.*, s. 255.

Mieniem samorządowym jest więc własność i inne prawa majątkowe należące do: poszczególnych gmin i ich związków oraz innych gminnych osób prawnych, do powiatów i ich związków lub innych powiatowych osób prawnych oraz do województw samorządowych lub innych wojewódzkich osób prawnych.¹⁶⁶

Jednym z rodzajów mienia publicznego jest mienie komunalne, które J. Nicyporuk określa jako własność i inne prawa majątkowe należące do komunalnych osób prawnych.¹⁶⁷ Jednostki samorządu terytorialnego mogą gospodarować swoim mieniem w sposób dowolny, w granicach określonych prawem, zgodnie z zasadą ochrony samodzielności jednostek samorządu terytorialnego jako podmiotów prawa publicznego i prywatnego.¹⁶⁸ Gospodarowanie mieniem komunalnym należy do kompetencji: wójta (burmistrza, prezydenta miasta) – art. 30 ust. 2 pkt 3 u.s.g., zarządu powiatu – art. 32 ust. 2 pkt 3 u.s.p., zarządu województwa – art. 41 ust. 2 pkt 2 u.s.w. Własność należąca do jednostek samorządu terytorialnego ma charakter publiczny, w przypadku gdy służy realizacji dobra publicznego czy interesu publicznego niemogącego mieć wymiaru czysto ekonomicznego¹⁶⁹.

Zgodnie z art. 44¹ § 1 k.c., własność i inne prawa majątkowe, stanowiące mienie państwowe, przysługują Skarbowi Państwa albo innym państwowym osobom prawnym. Pojęcie mienia samorządowego regulowane jest w ustawach dotyczących poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego. Zgodnie z treścią art. 43 u.s.g. mieniem komunalnym jest własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. W świetle art. 46 ust. 1 u.s.p. mieniem powiatu jest własność i inne prawa majątkowe nabyte przez powiat lub inne powiatowe osoby prawne. Analogiczną regulację zawiera art. 47 u.s.w., w szczególności określa on, iż województwo jest w stosunkach cywilnych podmiotem prawa i obowiązków, które dotyczą mienia nienależącego do wojewódzkich osób prawnych.

Zauważyć przy tym należy, że ustawodawca użył pojęcia mienia powiatu (odpowiednio mienia województwa), co mogłoby sugerować, że chodzi wyłącznie o własność i inne prawa majątkowe nabyte przez powiat (województwo) jako osobę prawną. Tymczasem analiza odpowiednich przytoczonych powyżej zapisów pozwala na stwierdzenie, że mienie powiatu (województwa) obejmuje też mienie powia-

166 Tamże, s. 256.

167 J. Nicyporuk, *Mienie komunalne*, (w:) *Leksykon samorządu terytorialnego*, M. Chmara (red.), Warszawa 1999, s. 115.

168 Wyrok WSA w Lublinie z 22 maja 2009 r., sygn. II SA/Lu 56/09, dostępny na CBOSA, por. także wyroki: WSA w Gliwicach z 8 października 2009 r., sygn. II SA/Gl 561/09; WSA w Opolu z 10 marca 2009 r., sygn. II SA/Op 8/09; WSA w Olsztynie z 21 października 2008 r., sygn. II SA/Ol 703/08; WSA w Warszawie z 17 grudnia 2007 r., sygn. I SA/Wa 1654/07, dostępne na: CBOSA.

169 A. Doliwa, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2012, s. 39.

towych (wojewódzkich) jednostek organizacyjnych, w tym też posiadających osobowość prawną.¹⁷⁰

Jak twierdzi J. Jagoda, mienie komunalne jest rodzajem mienia publicznego, którego nie można utożsamiać z mieniem prywatnym. Najważniejsza różnica pomiędzy tymi dwiema kategoriami jest taka, że mienie publiczne, będąc mieniem w rozumieniu prawa cywilnego, może podlegać różnym modyfikacjom (np. ograniczenie uprawnień właścicielskich wynikające z prawa publicznego), co znajduje uzasadnienie w funkcji tego mienia oraz roli podmiotu publicznego, jakim jest jednostka samorządu terytorialnego. Od własności prywatnej różni się tym, że ścisłe rozgraniczenie sfery imperium i dominium nie jest możliwe, gdyż obie te sfery się przenikają.¹⁷¹

W skład mienia komunalnego wchodzi, zgodnie z treścią art. 43 u.s.g., oprócz mienia poszczególnych gmin także mienie związków międzygminnych oraz mienie innych gminnych osób prawnych (np. fundacje oraz spółki prawa handlowego). Jednostki samorządu terytorialnego zarządzają swoim mieniem za pośrednictwem komunalnych osób prawnych bądź swoich jednostek niemających osobowości prawnej (*stationes communis*).¹⁷² Oznacza to, że komunalne osoby prawne opierają swą działalność na substracie majątkowym stanowiącym własność j.s.t. Stają się niejako zarządcą mienia komunalnego. Więż oparta na mieniu komunalnym nie pozwala uznać komunalnych osób prawnych za podmioty całkowicie w swej strukturze i funkcjonowaniu odrębne względem j.s.t. Powierzony majątek (stanowiący mienie komunalne) służy realizacji zadań publicznych, nawet jeśli czasami wykorzystywany jest do prowadzenia działalności gospodarczej, która w przypadku podmiotów komunalnych powinna mieć marginalny zasięg (nie powinna stanowić działalności przeważającej, również ze względu na fakt wykorzystywania mienia komunalnego, ze swej natury związanego z realizacją celów publicznych).

Mienie j.s.t. może być różnicowane ze względu na funkcję, do realizacji której jest wykorzystywane. Zasadnicza linia podziału przebiega między prawami majątkowymi stanowiącymi tzw. mienie publiczne, które służy funkcjonowaniu organów administracji lub bezpośredniemu zaspokajaniu zbiorowych potrzeb publicznych (np. drogi, budynki urzędów, szkół itp.), a majątkiem służącym celom gospodarczym (np. nieruchomości, hale targowe itp.). O ile w zakresie pierwszym j.s.t. z natury rzeczy poddana jest szczególnym ograniczeniom o charakterze publiczno-prawnym, o tyle gospodarowanie pozostałymi składnikami mienia podlega w cało-

170 A. Zemke-Górecka, Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i jego prywatyzacja, Warszawa 2010, s. 188.

171 J. Jagoda, Komentarz do art. 43, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, B. Dolnicki (red.), Lex/el. 2016.

172 S. Dudzik, Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego: problematyka prawna, Kraków 1998, s. 44; J. Ignatowicz, Mienie komunalne – zagadnienia podstawowe, (w:) Rozprawy z prawa cywilnego ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Agopszowiczowi, Katowice 1992, s. 92-94.

ści prawa cywilnemu. Gdy chodzi o prawa do tej części majątku, gmina musi być traktowana w sposób zbliżony do podmiotów prawa prywatnego. Nie ulega jednak wątpliwości, że także ta część majątku, która nie służy bezpośrednio użytkowi powszechnemu, nie może być wykorzystana na dowolne cele.¹⁷³

Wśród publicznoprawnych cech i obszarów wykorzystania mienia komunalnego istotną rolę odgrywa silny związek ze sferą realizowanych poprzez administrację samorządową zadań publicznych.¹⁷⁴ Mienie to ma służyć realizacji zadań publicznych.¹⁷⁵ Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego jest umiejscowiona zarówno w sferze, jak i poza sferą użyteczności publicznej.¹⁷⁶ Jednakże zawsze powinna służyć realizacji zadań jednostki samorządu terytorialnego. P. Lisowski, w kontekście podmiotowych aspektów własności komunalnej, pisze o spółkach komunalnych jako administracji przysamorządowej. Zdaniem tego autora podmioty dysponujące mieniem komunalnym, ale jednocześnie strukturalnie odrębne od j.s.t. (przy tym nie chodzi tu tylko o posiadanie osobowości prawnej, ale również o aspekt odrębności organizacyjnej – zaliczane do tego rodzaju podmiotów są bowiem np. szkoły), kwalifikowane będą do segmentu administracji publicznej, w której przyjmowane rozwiązania strukturalno-organizacyjne nie stanowią już prostej kontynuacji układu zdecentralizowanego samorządowo. Autor ten podkreśla podsystemowość podmiotów administracji publicznej, których ustrój nie jest już definiowany mniej lub bardziej bezpośrednimi odniesieniami do właściwości konstrukcyjnych (i związanych z nimi konsekwencji) samorządowych korporacji terytorialnych. Tego rodzaju konotacje nie przekraczają już bowiem granicy otoczenia organizacyjnego tych podmiotów (i ich podsystemów). W konsekwencji ich strukturalno-organizacyjne powiązania z administracją *stricte* samorządową sprowadzają się do integrowania z właściwymi jej podsystemami, prowadząc w szczególności do ich podporządkowania podstawowym (subpodstawowym) samorządowym podmiotom administracji publicznej. W efekcie ich usamorządowienie ogranicza się do samorządowego ich prowadzenia (samorządowego zarządzania nimi), nie przekłada się natomiast na korporacyjne konstruowanie sposobu organizowania i funkcjonowania tych podsystemów administracji publicznej.¹⁷⁷

Wyprowadzić można stąd wniosek, że o ile spółki stanowią odrębne byty prawne (ze względu na cechy podmiotowe i organizacyjne), to swoistym elementem łączącym spółki z j.s.t. w ramach tworzonych podsystemów jest dysponowanie mie-

173 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2000 r., K 8/98, OTK ZU 2000, nr 3, poz. 87.

174 P. Lisowski, *Publicznoprawny kontekst i wymiar aspektów podmiotowych własności komunalnej*, (w:) *Własność w prawie i gospodarce* (red.) U. Kalina-Prasznic, Wrocław 2017, s. 223.

175 D. Fleszer, *Mienie komunalne*, „Casus” 2015, nr 78, s. 21.

176 L. Kieres, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, (w:) A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław, 2009, s. 315.

177 P. Lisowski, *Publicznoprawny...*, *op. cit.*, s. 227.

nieniem w celu realizacji powierzonych zadań publicznych. Powierzające zadanie j.s.t. prowadzą zarządzanie przedmiotowymi spółkami.

Zdaniem M. Szewczyka na osobach uczestniczących w zarządzaniu mieniem jednostek samorządu terytorialnego ciąży obowiązek zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia oraz jego ochrona. Pojęcie zarządzania mieniem komunalnym ma odmienną treść od pojęcia gospodarowania tym mieniem. Kryterium rozdzielenia w ramach gospodarowania i administrowania mieniem komunalnym jest określona przez normodawcę forma regulacji stosunków prawnych w danym zakresie. W przypadku gdy ustawodawca zezwala na stosowanie form jednostronnych i władczych, mamy do czynienia z administrowaniem, natomiast w przypadku jeśli przewiduje się regulowanie stosunków prawnych w formach wyłączających możliwość władczego i jednostronnego określenia sytuacji prawnej jednego podmiotu stosunku prawnego przez drugi podmiot uczestniczący w tym samym stosunku prawnym, wtedy występuje gospodarowanie.¹⁷⁸ Jednocześnie zauważyć można, że tego rodzaju klasyfikacja zarządu mieniem nie jest do końca trafna. U.g.n. przewiduje gospodarowanie nieruchomości publicznymi za pomocą decyzji administracyjnych (czyli czynności władczych). Nie zmienia to faktu, że możliwe jest gospodarowanie tym mieniem z wykorzystaniem różnych instrumentów prawnych.

Nawet przy założeniu kwalifikowania podmiotów, za pośrednictwem których j.s.t. realizują powierzone zadania publiczne, do kategorii „przysamorządowej”, nie sposób nie zauważyć, że mienie samorządowe staje się płaszczyzną łączącą j.s.t. z tego rodzaju podmiotami (nawet w ramach ich odrębności cywilnej i korzystania z własnej osobowości prawnej). Dysponowanie powierzonym majątkiem determinuje cel, dla którego podmioty nim zarządzające powinny działać. Jak zostało bowiem wskazane, majątek publiczny służyć ma co do zasady realizacji zadań publicznych.

W doktrynie prawa podnosi się, że charakter osoby prawnej nie przesądza o kategorii mienia przynależnego do niej. A. Stelmachowski wskazywał, że mienie publiczne stanowi instytucję swoistą nie tylko ze względu na wyróżnik podmiotowy, lecz również ze względu na swą funkcję, która rzutuje na prawo rozporządzania i korzystania z niej. Autor ten argumentował również, że podstawą prawidłowej kwalifikacji własności publicznej nie jest strona podmiotowa, lecz funkcje, jakie przypisuje się przedmiotowi własności.¹⁷⁹ Jeśli więc funkcja jest determinantem przynależności mienia, a podstawowym celem podmiotu wewnętrznego będzie określona w uchwale powierzającej realizacja interesu publicznego, wówczas mienie to służące do realizacji zadań publicznych kwalifikowane powinno również być jako mienie publiczne.

178 M. Szewczyk, Podmiotowość prawna gminy, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 3, s. 42-43; A. Szewc, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Warszawa 2010, s. 560.

179 A. Stelmachowski, Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1998, s. 174-177; A. Stelmachowski, (w:) System Prawa Prywatnego, t. III, Prawo rzeczowe, (red.) T. Dybowski, Warszawa 2003, s. 158.

Pod względem ekonomicznym własność kładzie nacisk na prawo korzystania z mienia przez pewien podmiot, który może, ale nie musi być właścicielem w sensie prawnym.¹⁸⁰ W. Sobejko wskazuje, że jednostki samorządu terytorialnego (jak również Skarb Państwa) są podmiotami własności ekonomicznej majątku, niezależnie od jego właściciela prawnego, gdy tylko majątek służy realizacji zadań publicznych przy braku ekwiwalentności ekonomicznej za realizację tych zadań. Zakres własności ekonomicznej j.s.t. (czy też państwa) usprawiedliwia ingerencję prawa publicznego na poziomie podmiotów cywilnoprawnych i określa zasięg tej ingerencji. Zastosowanie znajduje tu zasada elastyczności prawa własności, reprezentowana między innymi przez A. Stelmachowskiego. Ograniczenie prawa własności stanowi przejaw działania prawa publicznego, które jest elementem heterogennym w stosunku do cywilistycznej konstrukcji prawa własności.¹⁸¹

Pisząc o rodzaju i charakterze prawnym uprawnień majątkowych Skarbu Państwa wobec państwowych osób prawnych, M. Bednarek wyjaśnia, że Skarb Państwa ma w tym przypadku położenie podobne do sytuacji właścicieli występujących w spółkach wyposażonych w osobowość prawną, co nazwane jest prawem wkładu. Skarb Państwa wydziela majątek państwowy, z którego pochodzi pierwotny fundusz założycielski państwowych osób prawnych, w zamian za to ma on prawo w zysku oraz wpływa na funkcjonowanie tych osób prawnych, a majątek pozostały po likwidacji wraca do założyciela. Skarb Państwa korzysta w tym przypadku ze swej nadrzędnej roli w stosunku do innych państwowych osób prawnych.¹⁸² Tego rodzaju schemat funkcjonowania odnieść można do mienia samorządowego i funkcjonujących na tym gruncie jednostek organizacyjnych.¹⁸³ Konsekwencją tego jest, że j.s.t. będą miały wpływ na funkcjonowanie danego podmiotu, czyli utrwalona zostanie możliwość sprawowania kontroli tożsamej z tą, którą sprawuje się nad własnymi podmiotami.

Z kolei T. Dybowski zauważał, że samorządowe osoby prawne muszą być powiązane z gminą (powiatem, województwem). Wskazywał przy tym na trzy płaszczyzny zależności. Pierwsza z nich ma charakter funkcjonalny – polega na tożsamych celach działania, czyli komunalne osoby prawne, analogicznie jak gmina, zaspokajają zbiorowe potrzeby społeczne. Zależność organizacyjna opiera się na zwierzchnictwie nad komunalnymi osobami prawnymi, które wykonuje gmina. Trzecia płaszczyzna odnosi się do majątku. Powiązane z tym jest założenie, że komunalna osoba prawna w znaczeniu prawnym jest podmiotem przydzielonego jej mienia. Mienie jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego, wskazane w funduszu założycielskim, zostało wydzielone i przydzielone z mienia gminy (w określonej prawem

180 W. Sobejko, Charakter prawny instytucji trwałego zarządu oraz instytucji gospodarowania w ustawie o gospodarce nieruchomościami, KPP 2000, z. 1, s. 86.

181 A. Stelmachowski, Zarys teorii prawa cywilnego, Warszawa 1999, s. 174-177.

182 M. Bednarek, Mienie. Komentarz do art. 44-55³ kodeksu cywilnego, Kraków 1997, s. 37.

183 A. Zemke-Górecka, Status prawny..., *op. cit.*, s. 189.

formie). Gmina posiada prawne zwierzchnictwo w stosunku do samorządowej osoby prawnej. Może wpływać na gospodarowanie mieniem przez samorządową osobę prawną, a z chwilą likwidacji samorządowej osoby prawnej należące do niej mienie powraca do majątku gminy, z zastrzeżeniem, że gmina zobowiązana jest zaspokoić zaciągnięte przez likwidowaną osobę prawną zobowiązania.¹⁸⁴

Powyższe oznacza, że dysponowanie mieniem daje możliwość realizacji celów publicznych, ale jednocześnie potwierdza również więź łączącą j.s.t. i podmiot wewnętrzny. Konieczność dysponowania mieniem publicznym świadczy również o tym, że nie jest możliwe, by w podmiecie wewnętrznym udziały posiadał również podmiot prywatny (nawet jeśli byłby to udziały mniejszościowe). Oparcie działania na majątku publicznym, mogłoby prowadzić do braku ograniczeń w podejmowaniu ryzyka ekonomicznego, przy realizacji zadań mających charakter komercyjny. Prowadzenie działalności nie na rzecz własnej j.s.t. w oparciu o majątek publiczny, również musi mieć charakter marginalny, celem tego majątku nie jest bowiem prowadzenie działalności o charakterze zarobkowym, a wykonywanie zadań publicznych. Dysponowanie majątkiem należy traktować w kategoriach wniesienie wkładu do spółki komunalnej. Nie jest wystarczającym wydzierżawienie określonego majątku, co symptomatyczne spółka komunalna nie wchodzi także w sposób naturalny i bezpośredni w uprawnienia w zakresie dysponowania majątkiem, które były przynależne funkcjonującemu dotychczas zakładowi budżetowemu – na miejsce którego powstała spółka.¹⁸⁵

Jak wykazano, j.s.t. wykonują powierzone im zadania publiczne za pomocą różnych podmiotów. W dalszych rozważaniach podjęto próbę zidentyfikowania, czy podmioty te stanowią względnie jednolitą grupę, którą charakteryzują analogiczne cechy, jak spółki komunalne (czy możliwe jest zaliczenie ich do tzw. podmiotów wewnętrznych). Kryterium odróżniającym będzie objęcie niektórych jednostek organizacyjnych ustawą o finansach publicznych – co było już wcześniej wskazywane.

4.3. Podmiot leczniczy prowadzony przez j.s.t.

W tym podrozdziale zaprezentowana zostanie instytucja podmiotu leczniczego prowadzonego przez j.s.t.

Szczególny status jednostek leczniczych wiąże się z możliwością przyjmowania odmiennych form wykonywania zadań związanych z ochroną zdrowia. Bezspornym jest, że podmioty publiczne wykonują określone obowiązki w zakresie bezpieczeństwa zdrowotnego państwa.¹⁸⁶ Przez wiele lat zadania w zakresie opieki zdrowotnej realizowane były przez zakłady publiczne. W 2011 r. ustawodawca od-

184 T. Dybowski, *Mienie komunalne*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1-2, s. 5.

185 Uchwała 3 sędziów SN z 15 grudnia 2017 r., sygn. III CZP 81/17.

186 Wyrok TK z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. K 20/99, OTK 2000, nr 5, poz. 140.

puścił możliwość wykonywania tego typu zadań publicznych państwa i j.s.t. z zakresu opieki zdrowotnej przez spółki kapitałowe.¹⁸⁷ Zgodnie z treścią art. 6 ust. 2 u.d.l. jednostka samorządu terytorialnego może utworzyć i prowadzić podmiot leczniczy w formie:

- 1) spółki kapitałowej;
- 2) jednostki budżetowej;
- 3) samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.

Ustawodawca ustalił w tym przepisie, jakie formy organizacyjnoprawne może przybierać podmiot leczniczy prowadzony przez jednostki samorządu terytorialnego. Jedną z najistotniejszych unormowanych w nim kwestii jest dokonanie podziału podmiotów leczniczych na publiczne i niepubliczne (również w zakresie tych prowadzonych na poziomie samorządu terytorialnego), czyli – w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej – na będące i niebędące przedsiębiorcami. Z punktu widzenia tematyki pracy istotne jest to, czy działające w formie spółek kapitałowych j.s.t. zakłady lecznicze to przejaw komercjalizacji, prywatyzacji, czy są wewnętrzne, czy zewnętrzne.

Obecnie jednostka samorządu terytorialnego ma głównie prawa związane z ukonstytuowaniem podmiotów leczniczych, a następnie z nadzorem nad nimi. Takie ujęcie wskazuje na wyraźną intencję ustawodawcy, aby podmioty lecznicze prowadzone przez władze publiczne utrzymywały się samodzielnie.¹⁸⁸

Jednostki samorządu terytorialnego zostały wyposażone w uprawnienie do tworzenia i prowadzenia ww. podmiotów leczniczych, ponieważ to ich zadaniem własnym jest aktywność w zakresie szeroko rozumianej ochrony zdrowia (zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 5 u.s.g., art. 4 ust. 1 pkt 2, art. 14 ust. 1 pkt 2 u.s.w.). Jednocześnie w zakresie prowadzenia szpitali, w formie spółek prawa handlowego wyłączono wprost zastosowanie u.g.k.¹⁸⁹ Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy wprowadzającej zmiany w zakresie funkcjonowania podmiotów leczniczych takie rozwiązanie wynikało z dążenia do stworzenia spójnej, kompleksowej, jasnej regulacji dla prowadzenia działalności leczniczej, która opierać się miała na ustawie o działalności leczniczej i kodeksie spółek handlowych. W przeciwnym razie istniałyby dwie drogi utworzenia spółki kapitałowej przez jednostkę samorządu terytorialnego: na podstawie ustawy o działalności leczniczej oraz ustawy o gospodarce komunalnej, a spółka utworzona w trybie ustawy o gospodarce komunalnej działałaby częściowo według

187 A. Śnieckikowska, W. Śniecikowski, Konstrukcja prawna podmiotu leczniczego pozostającego w zarządzie prywatnoprawnym i jego wpływ na realizację zadań publicznych, (w:) Organizacja administracji z perspektywy powierzanych jej zadań, (red.) T. Bąkowski, Warszawa 2015, s. 264.

188 M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, wyd. II, Lex 2014 – komentarz, stan prawny: 1 września 2014 r., Lex online.

189 Zgodnie z art. 6 ust. 4 Do spółki kapitałowej, o której mowa w ust. 2 pkt 1, nie stosuje się przepisów o gospodarce komunalnej.

innych – niż pozostałe spółki (podmioty lecznicze) – przepisów. Ponadto wyłączenie stosowania ustawy o gospodarce komunalnej miało na celu uniknięcie tworzenia samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, na których ciążyłyby łącznie zobowiązania.¹⁹⁰

Zaprezentowana w uzasadnieniu do projektu ustawy argumentacja stoi w ewidentnej sprzeczności z intencją twórców u.g.k., uchwalonej właśnie po to, by j.s.t. miały możliwość realizacji swoich ustawowo nadanych zadań własnych wykonywanych na rzecz społeczności lokalnej pod właściwym nadzorem (chodzi tu zwłaszcza o rady nadzorcze), jak i na zasadach, które nie spowodują ich nadmiernego uprzywilejowania kosztem innych uczestników rynku usług komunalnych.¹⁹¹

Pogłębiające się zadłużanie publicznych szpitali prowadzonych przez jednostki samorządu terytorialnego, a także ograniczona odpowiedzialność podmiotów je tworzących i prowadzących, także jednostek samorządu terytorialnego, spowodowały konieczność wprowadzenia zmian w zakresie organizacji i funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej, w tym w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność leczniczą. Na mocy u.d.l. (w rozdz. 3 oddziale 2 działu II tej ustawy) wprowadzono rozwiązania dotyczące przekształcania m.in. publicznych samorządowych zakładów opieki zdrowotnej w spółki kapitałowe. Tego rodzaju konstrukcja prawna miała w założeniu wpływać na podniesienie efektywności ekonomicznej prowadzonych dotychczas samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (również poprzez ich oddłużenie). Niestety w praktyce doprowadziło to najpierw do przekształcenia zakładów opieki zdrowotnej w spółki prawa handlowego, następnie na skutek rosnącego zadłużenia i braku możliwości pokrywania zobowiązań, do podejmowania prób sprzedawania udziałów w spółkach prywatnym inwestorom bądź też wydzierżawiania im budynków.¹⁹² Tego rodzaju praktyki negowane były przez orzecznictwo sądowoadministracyjne jako przejawy ucieczki j.s.t. od nakazanej ustawą realizacji zadań publicznych.¹⁹³ Abstrahując od zasadności przyjętych rozwiązań legislacyjnych, dających możliwość przekształcenia publicznego zakładu opieki zdrowotnej w spółkę prawa handlowego, działającą na zasadach rynkowych, w literaturze przedmiotu w zakresie podmiotów leczniczych, określa się to właśnie jako komercjalizację.¹⁹⁴ Tak rozumiana komercjalizacja wiąże się z ze zmianą formy organizacyjnoprawnej, w jakiej szpital ma być prowadzony i w jakiej mają być realizowane zadania użyteczności publicznej. Powierzenie wykonywania określonego zadania użyteczności publicznej dokonuje się więc na etapie tworzenia zakładu opieki zdrowotnej w formie spółki bądź też poprzez przystąpienie do podmiotu już funk-

190 Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o działalności leczniczej, VI kadencja Sejmu, druk sejmowy nr 3489, www.sejm.gov.pl.

191 M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej..., *op. cit.*, Lex online.

192 Szerzej na ten temat: A. Śniecikowska, W. Śniecikowski, Konstrukcja prawna..., *op. cit.*, s. 269.

193 Por. wyr. NSA z 14.12.2011 r., sygn. II OSK 2066/11, dostępny na: CBOSA.

194 D. Sześciło, O powikłanej decentralizacji..., *op. cit.*, s. 40.

cjonującego. Komercjalizacja przeprowadzona zostaje z pominięciem instytucji powierzenia określonej na podstawie przepisów u.g.k.

Jednocześnie zauważyć można, że w procesie komercjalizacji podmiotów leczniczych odwoływano się do określenia procentowej proporcji działalności przychodów uzyskiwanych z odpłatności za usługi publiczne i otrzymanej ze środków publicznych. W orzeczeniu z dnia 20 kwietnia 2017 r. WSA w Gdańsku, analizując charakter prowadzonej działalności i możliwości finansowe szpitala w zakresie spłaty zobowiązań podatkowych, wskazał, że dysproporcja pomiędzy wysokością świadczeń medycznych finansowanych ze środków publicznych a przychodami z działalności komercyjnej (w analizowanym przypadku była to proporcja ok. 97% środków publicznych i ok. 3% środków prywatnych) wskazuje, że sam fakt komercjalizacji działalności szpitala nie jest równoznaczny z możliwościami osiągania zysku wystarczającego na pokrywanie wszystkich zobowiązań podmiotu prowadzącego działalność o charakterze publicznoprawnym. Jakkolwiek nie można wykluczyć, że procentowy wskaźnik udziału dochodów uzyskiwanych z działalności komercyjnej mógłby być wyższy, to jednak nie można zakładać, że sama możliwość udzielania odpłatnych świadczeń medycznych zmieni diametralnie sytuację finansową szpitala. Sąd podkreślił, że trzeba mieć na uwadze realia społeczne, a w szczególności fakt, że większość obywateli korzysta z gwarantowanej, bezpłatnej opieki medycznej, finansowanej ze środków publicznych. Zatem może się okazać, że komercyjna działalność spółki prowadzącej szpital ma lub będzie miała jedynie znikomą wpływ na jej ogólną sytuację finansową, a podstawowy rachunek ekonomiczny jest (będzie) zależny od środków uzyskiwanych z NFZ lub z budżetu państwa.¹⁹⁵ Z powyższego płynie bardzo istotny wniosek – prowadzona komercjalizacja zadań publicznych nie może, co do zasady, zmieniać charakteru prawnego samego zadania, tzn. wciąż pozostaje ono zadaniem publicznym, a co za tym idzie, niezależnie do tego, czy jego realizacja wiąże się z możliwością osiągania zysku, powinno być ono świadczone.¹⁹⁶ Jednocześnie potwierdza fakt konieczności zachowania przez j.s.t. decydującej większości udziałów w spółce prawa handlowego (chodzi bowiem o właściwą polaryzację celu, jakim ma być świadczenie usługi użyteczności publicznej, nie zaś bilans ekonomiczny). Dopuszcza się przy tym akcesoryjne prowadzenie działalności ubocznej – typowo komercyjnej (w ramach świadczenia odpłatnych usług zdrowotnych). Celem komercjalizacji publicznych zakładów opieki zdrowotnej było również wprowadzenie do zarządzania zakładami leczniczymi mechanizmów typowych dla zarządzania działalnością gospodarczą (odpowiedzialnością zarządu za wynik).

Dokonując analizy form prawnych, w jakich jednostka samorządu terytorialnego może prowadzić zakład opieki zdrowotnej, wskazać należy, że utworzenie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej następuje w drodze rozpo-

195 Por. wyr. WSA w Gdańsku z dnia 20.04.2017 r., sygn. I SA/Gd 416/17 (nieprawomocny), dostępny na: CBOSA.

196 Por. wyrok NSA z dnia 26.04.2007 r., II GSK 379/06, dostępny na: CBOSA.

rządzenia, zarządzenia albo uchwały właściwego organu podmiotu tworzącego. Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Z chwilą wpisania do tego rejestru samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej uzyskuje osobowość prawną. U.d.l. (w art. 50a i 55) określa też obowiązkowe elementy, jakie powinien zawierać akt tworzący tego rodzaju podmiot oraz bezpośrednio źródła finansowania, zakładając możliwość pozyskiwania własnych środków finansowych.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że uchwała w sprawie nadania statutu (nadania mu nowego brzmienia) zakładowi opieki zdrowotnej, wydana na podstawie i w granicach upoważnienia ustawowego zawartego w art. 42 ust. 4 u.d.l., jest aktem prawa miejscowego.¹⁹⁷

Regulacje statutowe stanowią substrat norm adresowanych nie tylko do podmiotu leczniczego, któremu statut jest nadawany, ale również – zwłaszcza jeśli idzie o regulacje dotyczące rodzaju oferowanych przez dany podmiot świadczeń zdrowotnych, a także sposobu i warunków ich udzielania – do osób spoza struktury organizacyjnej tego podmiotu, w tym do aktualnych i, co tu szczególnie istotne, potencjalnych pacjentów. Regulacje statutowe mogą stać się źródłem pewnych uprawnień lub roszczeń dla tych osób, czego dowodzi choćby przepis art. 15 u.d.l., który stanowi, że podmiot leczniczy nie może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia. Chodzi w tym przypadku, rzecz jasna, o świadczenia zdrowotne, które mieszczą się w zakresie świadczeń udzielanych przez ów podmiot leczniczy. Zakres takich świadczeń określany jest zaś, w pierwszej kolejności, w statucie tego podmiotu. Postanowienia statutowe w tej materii powinny, oczywiście, znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści wpisu do rejestru działalności leczniczej, legitymującego w świetle art. 103 u.d.l. prowadzenie działalności leczniczej w zadeklarowanym w statucie (i „przepisanym” do rejestru) zakresie (treść wpisu do rejestru, a zwłaszcza ujawniony w rejestrze zakres udzielanych świadczeń zdrowotnych wyznacza przedmiot i granice działalności leczniczej dozwolonej do wykonywania przez dany podmiot).¹⁹⁸ W tym sensie zakres świadczeń zdrowotnych, jakich może udzielać – a w przypadkach objętych hipotezą przywołanego wyżej art. 15 u.d.l. jakich musi udzielić – dany podmiot leczniczy, jest pochodną unormowań statutowych tego podmiotu, co w szczególności oznacza, że w ww. przypadkach regulacja statutowa w tym zakresie w istocie dopełnia normę, której zrzęb zawiera art. 15 u.d.l.

197 Por. wyr. NSA z 11.09.2012 r., sygn. akt II OSK 1818/12 oraz wyrok WSA w Poznaniu z dnia 8.07.2015 r., sygn. akt IV SA/Po 337/15; wyr. WSA w Szczecinie z dnia 20.07.2017 r., sygn. II SA/Sz 620/17.

198 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 04.09.2014 r., sygn. IV SA/Po 637/14, dostępny na: CBOSA.

W moim przekonaniu wszystko to potwierdza tezę, że uchwała w sprawie nadania statutu s.p.z.o.z., podjęta na podstawie i w granicach upoważnienia ustawowego zawartego w przepisach art. 42 u.d.l., jest aktem prawa miejscowego. Zawiera ona bowiem normy o charakterze abstrakcyjnym, niekonsumującym się przez jednokrotne zastosowanie, a jej postanowienia kształtują w sposób bezpośredni prawa pewnej kategorii potencjalnych adresatów. Uchwała ta nie ma jedynie charakteru wewnętrznego, sprowadzającego się do określenia relacji pomiędzy organami s.p.z.o.z., gdyż jej postanowienia określają również uprawnienia podmiotów zewnętrznych, np. przez wskazanie rodzaju oferowanych przez ten zakład świadczeń zdrowotnych.¹⁹⁹

Oznacza to, że formalnie rzecz ujmując, podstawę prawną określającą formalnoprawny zakres działania zakładu opieki zdrowotnej stanowił będzie akt administracji, władczo narzucający sferę podejmowania działań., ale jednocześnie samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej działa jako odrębny podmiot wyposażony w osobowość prawną.

Zasadą jest, że samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej pokrywa z posiadanych środków i uzyskiwanych przychodów koszty działalności i reguluje zobowiązania.²⁰⁰

Jak podnosi A. Zemke-Górecka, status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej określony jest na miarę potrzeb administracji świadczącej. Konstrukcja prawna zakładu publicznego przystosowana jest bowiem do świadczenia niezbędnych usług dla społeczeństwa. Nadanie osobowości prawnej zakładom opieki zdrowotnej umożliwiło wyodrębnienie organizacyjne i względną swobodę funkcjonowania zakładu w systemie zabezpieczenia zdrowotnego i obrotu prawnego w stosunkach z osobami trzecimi. Autorka kwestionuje jednak zakaz udzielania świadczeń komercyjnych ubezpieczonym. W jej ocenie dalsze opieranie gospodarki finansowej na restrukturalizacji zobowiązań czy zaciągania kredytów jest rozwiązaniem tymczasowym, które może prowadzić do zapaści systemu.²⁰¹ Zgodnie z aktualnym stanem prawnym (art. 55 u.d.l.) samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej może uzyskiwać środki finansowe:

- 1) z odpłatnej działalności leczniczej, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej;
- 2) z wydzielonej działalności innej niż wymieniona w pkt 1, jeżeli statut przewiduje prowadzenie takiej działalności;
- 3) z odsetek od lokat;

199 Podobnie NSA w wyroku z dnia 11.09.2012 r., sygn. I OSK 1818/12, dostępny na: CBOSA.

200 Por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22.11.2017 r., sygn. I SA/Gd 802/17, dostępny na: CBOSA.

201 A. Zemke-Górecka, Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i jego prywatyzacja, Warszawa 2010, s. 286.

- 4) z darowizn, zapisów, spadków oraz ofiarności publicznej, także pochodzenia zagranicznego;
- 5) na cele i na zasadach określonych w przepisach art. 114-117²⁰²;
- 6) na realizację innych zadań określonych odrębnymi przepisami;
- 7) na pokrycie straty netto.

Zakład może więc pobierać opłaty za udzielanie świadczeń zdrowotnych, o ile szczególne przepisy nie przewidują, iż w danej sytuacji świadczenie zdrowotne powinno zostać udzielone nieodpłatnie. Zasadą jest więc prawo do pobierania opłat za udzielanie świadczeń zdrowotnych, a wyjątkiem – zakaz ich pobierania.²⁰³ Założyć w związku z tym można, że dopuszczono możliwość akcesoryjnego uzyskiwania dochodu z działalności komercyjnej prowadzonej obok podstawowego obowiązku, jakim jest zapewnienie wszystkim opieki zdrowotnej.

Obecnie obowiązująca u.d.l. zmieniona ustawą z dnia 30 czerwca 2016 r. ma prowadzić do zatrzymania zbywania przez państwo udziałów i akcji w szpitalach. Podmioty publiczne mogą zbyć część udziałów lub akcji, jednak warunkiem jest to, aby zachować pakiet większościowy, czyli kontrolę nad placówką („wartość nominalna udziałów albo akcji należących do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego nie może stanowić mniej niż 51% kapitału zakładowego spółki oraz Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego dysponuje bezpośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu.”). Po stronie j.s.t. wprowadzone zostały również zobowiązania pokrywania zadłużenia jednostek leczniczych.

W praktyce prowadzi to do ograniczenia komercjalizacji zadania użyteczności publicznej w zakresie ochrony zdrowia poprzez wykorzystanie formy spółki prawa handlowego. Jednocześnie możliwym jest uznanie, że prowadzi to do pewnego ujednolicania koncepcji podmiotów wewnętrznych świadczących usługi na rzecz j.s.t., gdzie istotne jest kryterium większościowe j.s.t. w prowadzącej działalność leczniczą spółce prawa handlowego.

Należy zauważyć, że w początkowej fazie przekształcenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej to działania organu jednostki samorządu terytorialnego determinowało będzie zakres realizowanych zadań. Organem dokonującym przekształcenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej w spółkę kapitałową jest organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego – w przypadku samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, dla których podmiotem tworzącym jest jednostka samorządu terytorialnego.²⁰⁴

202 W ramach przekazywania środków publicznych podmiotom wykonującym działalność leczniczą.

203 A. Dyląg, *Opłatne udzielanie świadczeń zdrowotnych*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 1, s. 78-92.

204 Art. 75 pkt 2 u.d.l.

W orzecznictwie i doktrynie brak jest jednolitości poglądów, czy akt organu wykonawczego co do przekształcenia w spółkę prawa handlowego poprzedzony być powinien uchwałą organu uchwałodawczego. Zgodnie z jednym ze stanowisk przepisem szczególnym przekazującym do kompetencji wójta, jako organu wykonawczego gminy, przekształcenie SPZOZ jest art. 75 pkt 2 u.d.l.²⁰⁵ Działania mające na celu dokonanie takiego przekształcenia mieszczą się w zadaniu przypisanym wójtowi, jakim jest gospodarowanie mieniem komunalnym (art. 30 ust. 2 pkt 3 u.s.g.). Równocześnie należy podkreślić, że wyliczenie w art. 30 ust. 2 zadań należących do wyłącznej kompetencji wójta nie jest wyliczeniem wyczerpującym. Gospodarowanie majątkiem, w tym wypadku majątkiem komunalnym, oznacza kierowanie gospodarką instytucji, przedsiębiorstwa, w tym wypadku gospodarką gminy, tj. dysponowanie czymś (aktywami i pasywami), decydowanie o sposobie wykorzystania tego, co się ma, rozporządzanie, zarządzanie czymś. Takiego właśnie zakresu decyzji wymaga decyzja o przekształceniu SPZOZ i czynności z przekształceniem związane, które określone zostały w art. 70-82 ustawy o działalności leczniczej. Chodzi przy tym zarówno o czynności faktyczne jak i czynności prawne. Wójt jest samodzielny w realizowaniu tej kompetencji, a rada nie ma w odniesieniu do tej kompetencji uprawnień dyrektywnych, skoro to wójt ponosi odpowiedzialność za gospodarowanie mieniem komunalnym. Zrozumiała jest przy tym oczywiście chęć uzyskania przez wójta akceptacji rady gminy dla takiego działania, jakim jest przekształcenie SPZOZ w spółkę kapitałową, niemniej – zgodnie z prezentowanym stanowiskiem – nie powinna ona przybierać formy władczej, gdyż w tym zakresie rada gminy kompetencji nie posiada.²⁰⁶

Z kolei w innym orzeczeniu wskazano, że w obowiązującym stanie prawnym nie może budzić wątpliwości, że organem dokonującym przekształcenia samorządowego SPZOZ-u jest organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego (wójt, burmistrz, prezydent miasta, zarząd powiatu albo zarząd województwa). Organ stanowiący województwa (sejmik) nie może więc przypisać sobie takich kompetencji, i to pomimo istnienia ogólnego uregulowania w przepisie art. 18 pkt 19 lit. f ustawy o samorządzie województwa. Zasady przekształcania SPZOZ w spółkę kapitałową, ściśle określone w przepisach art. 70-82 u.d.l., nie przewidują uprawnień do podjęcia przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego (radę gminy, powiatu albo sejmik) uchwały w przedmiocie przekształcenia SPZOZ w spółkę kapitałową. Uprawnień takich nie można domniemywać, gdyż prowadziłyby to do naruszenia zasady praworządności.²⁰⁷

205 Tamże.

206 Wyr. WSA w Łodzi z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. III SA/Łd 335/13; post. WSA we Wrocławiu z dnia 14 listopada 2012 r., sygn. IV SA/Wr 605/12, dostępne na: CBOSA.

207 Wyr. NSA z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. II OSK 1373/14; wyr. WSA w Olsztynie z dnia 10 marca 2016 r., sygn. II SA/Ol 62/16, dostępne na: CBOSA.

Podjęcie tego rodzaju uchwały, mającej charakter intencyjny i co należy podkreślić, niebędącej aktem prawa miejscowego, dopuszcza T. Rek, wskazując, że dokonanie przekształcenia SPZOZ-u w spółkę wymagać będzie wcześniejszej zgody rady albo sejmiku, wyrażonej w drodze uchwał. Uchwała taka nie będzie miała charakteru aktu prawa miejscowego – u.d.l. bowiem nie zawiera ku temu podstawy prawnej.²⁰⁸ Podstawą przekształcenia będzie tzw. akt przekształcenia zawierający akt założycielski spółki, imiona i nazwiska członków organów spółki pierwszej kadencji, pierwszy regulamin organizacyjny.

Odrębność regulacji u.d.l. względem tych przewidzianych w u.g.k. nakazuje uznać, że występuje w tym zakresie inne od przewidzianego w art. 3 u.g.k. powierzenie zadań.

Bez wątpienia szpital funkcjonujący w formie spółki kapitałowej prowadzony przez administrację publiczną pozostaje samorządową jednostką organizacyjną. Będąc wyodrębnionym prawnie podmiotem, zachowuje samodzielność organizacyjną i finansową. Z drugiej jednak strony istnieją płaszczyzny prawne, na poziomie których wstępuje uzależnienie szpitali od tworzącej szpital j.s.t., głównie jeśli jest to spółka ze 100% udziałem j.s.t. Szpital realizuje zadania publiczne poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych, co jest zadaniem j.s.t. Szczególny charakter świadczeń publicznych wyraża się w tym, że służą one realizacji interesu publicznego poprzez zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawę zdrowia. W porównaniu z innymi zadaniami publicznymi świadczenia szpitalne nie mają charakteru handlowego.²⁰⁹

Analiza prowadzonej przez j.s.t. działalności leczniczej pod kątem cech spełnianych przez podmiot wewnętrzny prowadzi do wniosku, że cechy będą występowały (pomimo wyraźnego wyłączenia możliwości zastosowania przepisów u.g.k.). Jak zostało wskazane, kładzie się nacisk na posiadanie przez j.s.t. kapitału większościowego w spółkach prawa handlowego realizujących zadania użyteczności publicznej. Bez wątpienia również działalność polegająca na świadczeniu opieki zdrowotnej (w ramach powszechnego ubezpieczenia, nie jako działalność komercyjna) stanowić powinna podstawowy obszar podejmowania działalności. Ustawa o działalności leczniczej wprowadza instrumenty prawne pozwalające na uznanie, że j.s.t. sprawuje nad podmiotami, którym powierzone zostają zadania, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje się nad własnymi podmiotami (regulacje w tym zakresie wprowadzają art. 121, 122 u.d.l.). Zlecenie zadań s.p.z.o.z. następuje aktem prawa miejscowego. W przypadku szpitala w formie spółki prawa handlowego następuje poprzez akt organu wykonawczego.

208 M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej..., *op. cit.*, Lex online.

209 A. Śniecikowski, W. Śniecikowski, Konstrukcja prawna..., *op. cit.*, s. 315.

4.4. Samorządowe instytucje kultury

Samorządowe instytucje kultury zaliczyć należy do prawnie wyodrębnionych samorządowych jednostek organizacyjnych.²¹⁰ Co do zasady działalność tego rodzaju jednostek reguluje ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. W przypadku niektórych rodzajów działalności występują jednak regulacje stanowiące *lex specialis*.²¹¹ W orzecznictwie wywodzi się, że instytucja kultury jest jednostką, za pośrednictwem której organy administracji rządowej i j.s.t. realizują (prowadzą) działalność kulturalną. Takiego pośrednictwa nie potrzebują podmioty z sektora prywatnego i społecznego, które działalność kulturalną mogą prowadzić bezpośrednio.²¹² Takie stanowisko zdaje się być jednak pewnym uproszczeniem. Sugeruje bowiem, że prowadzenie działalności kulturalnej jest zadaniem administracji rządowej i j.s.t. – przepisem prawa wyznaczającym takie zadanie j.s.t. jest art. 9.2. u.o.p.d.k. Przepisami tej ustawy oraz ustaw samorządowych w zakresie kultury podmiotom tym wyznaczono pewne zadania. Należą do nich „sprawy kultury” oraz „sprawy działalności kulturalnej”, ale nie sama działalność twórcza, odtwórcza czy upowszechnieniowa (należy natomiast działalność organizacyjna, ochronna, kontrolna itp.). Zatem omawiane instytucje są tymi, za pośrednictwem których realizowane są zadania państwa i j.s.t. w dziedzinie kultury. Omawiana tu ustawa wyznacza j.s.t. pewne zadania w zakresie organizowania i prowadzenia działalności kulturalnej, a definiując działalność kulturalną bardzo szeroko (w art. 1.1.), pozwala pisać, że państwo i j.s.t. prowadzą taką działalność.

Zgodnie z art. 2 u.o.p.d.k. formami organizacyjnymi działalności kulturalnej są w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury. Zgodnie zaś z art. 9 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej jednostki samorządu terytorialnego organizują działalność kulturalną, tworząc samorządowe instytucje kultury, dla których prowadzenie takiej działalności jest podstawowym celem statutowym. Prowadzenie działalności kulturalnej jest zadaniem własnym jednostek samorządu terytorialnego o charakterze obowiązkowym (art. 4 ust. 1 pkt 7 u.s.p., art. 7 ust. 1 pkt 9 u.s.g., art. 11 ust. 2 pkt 7 u.s.w.). Jest to więc zadanie użyteczności publicznej, konkretnie określone w ustawie prawa materialnego i przypisane do realizacji j.s.t. Zgodnie z u.o.p.d.k. instytucje kultury, dla których organizatorami są jednostki samorządu terytorialnego, mogą otrzymywać dotacje celowe na zadania objęte mecenatem państwa, w tym dotacje celowe na finansowanie lub dofinanso-

210 M. Augustyniak, T. Moll, Tworzenie, przekształcanie..., *op. cit.*, Lex 2015 r.

211 Chodzi w tym miejscu np. o ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 972), z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 642).

212 Wyr. NSA w Warszawie z dnia 01 września 2014 r., sygn. II FSK 2009/12, dostępny na: CBOSA.

wanie kosztów realizacji inwestycji, z budżetu państwa z części, której dysponentem jest minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego.

Samorządowe instytucje kultury należy odróżnić od innych jednostek organizacyjnych tworzonych przez samorządy, a w szczególności od jednostek budżetowych, o statusie określanym przede wszystkim przez przepisy u.f.p., z których wynika m.in., że: nie mają osobowości prawnej, nie posiadają własnego mienia (dysponują przekazaną w zarząd częścią majątku), pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu j.s.t., a swoje dochody odprowadzają na rachunek tej jednostki.²¹³ Ten typ podmiotów, jakimi są instytucje kultury, określa się w doktrynie prawa administracyjnego mianem zakładów publicznych (administracyjnych).²¹⁴

Instytucje kultury tworzone są poprzez wydanie aktu o utworzeniu instytucji kultury, który określa jej przedmiot działania, nazwę i siedzibę, a także określa, czy dana instytucja kultury jest instytucją artystyczną. WSA w Poznaniu wewnętrzny charakter aktu o utworzeniu instytucji kultury wiąże z brakiem norm prawnych o charakterze generalnym i abstrakcyjnym.²¹⁵ Zdaniem Sądu zarząd województwa, jako samorządowy organizator, wyposażony został w uprawnienie do jednostronnego, władczego, prawnie wiążącego wpływania na działalność własnych (powołanych przez niego i jemu podległych) jednostek kultury. Relacja na linii organizator – instytucja kultury ma charakter zależności kierowniczej, o czym ma świadczyć wprost art. 41 ust. 2 pkt 6 u.s.w.²¹⁶

Odmienne stanowisko przedstawia NSA w wyroku z dnia 8 listopada 2012 r., stwierdzając, że uchwała rady gminy regulująca organizację funkcjonowania instytucji kultury, w drodze nadania jej statutu i określenia jego treści, ma normatywny charakter jako akt prawa miejscowego, podlegający publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Adresatami norm ujętych w statucie jednostki kultury nie są bowiem wyłącznie podmioty wewnętrzne, usytuowane w ramach powołanej do życia struktury administracji publicznej, lecz również określona społeczność lokalna, co czyni z niego akt o charakterze prawa miejscowego.²¹⁷

Z zestawienia poglądów wyrażanych przez sądy w zakresie tworzenia SPZOZ i instytucji kultury wynika, że decydującym kryterium nie będzie sam fakt powołania określonego podmiotu, a rodzaj zadań przekazanych temu podmiotowi. Innymi słowy, chodzi o wskazanie, że podjęta uchwała oprócz powołania od życia podmiotu (instytucji kultury, SPZOZ) zawiera również regulacje prawne odnoszące się do

213 Wyr. WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 28.5.2014 r., II SA/Go 291/14, dostępny na: CBOSA.

214 A. Mituś Tworzenie i funkcjonowanie państwowych i samorządowych instytucji kultury, (w:) Vademecum dyrektora instytucji kultury, R. Barański, A. Gawrońska-Baran, A. Drabarczyk, M. Gnella, D. Hołuj, K. Kędzierska, L. Lipiec-Warzecha, S. Liżewski, M.A. Mędrala, A. Mituś, E. Ostapowicz, Warszawa 2016, s. 6.

215 Post. WSA w Poznaniu z dnia 10.10.2017 r., sygn. IV SA/Po 876/17, dostępny na: CBOSA.

216 Tamże.

217 Wyr. NSA z dnia 8.11. 2012 r., sygn. II OSK 2013/12; wyrok NSA z dnia 20.03.2009 r., sygn. II OSK 1526/08, dostępny na: CBOSA.

obywateli (określając ich prawa i obowiązki). To z kolei determinowało będzie normatywny charakter takiej uchwały jako aktu prawa miejscowego.

Instytucja kultury prowadząca działalność kulturalną może być utworzona w więcej niż jednej wymienionej powyżej formie organizacyjnej (art. 11 u.o.p.d.k.). Z kolei instytucjami artystycznymi są instytucje kultury powołane do prowadzenia działalności artystycznej w dziedzinie teatru, muzyki, tańca, z udziałem twórców i wykonawców, w szczególności: teatry, filharmonie, opery, operetki, orkiestry symfoniczne i kameralne, zespoły pieśni i tańca oraz zespoły chóralskie.²¹⁸

Działalność kulturalna nie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu odrębnych przepisów. Instytucje kultury posiadają osobowość prawną i mogą rozpocząć działalność z chwilą wpisu do rejestru (art. 3 ust. 2 u.o.p.d.k.). Organizator, co do zasady, nie odpowiada za zobowiązania instytucji kultury. Z kolei zgodnie z art. 12 u.o.p.d.k. organizator (czyli również j.s.t.) pokrywa koszty niezbędne do rozpoczęcia i prowadzenia działalności kulturalnej oraz do utrzymania obiektu, w którym ta działalność jest prowadzona. Jednocześnie statut takich instytucji określa ich źródło finansowania. Przychodami instytucji kultury są wpływy z prowadzonej działalności, z najmu i dzierżawy składników majątkowych, dotacje z budżetu, środki otrzymane od osób fizycznych i prawnych oraz z innych źródeł, przy czym wysokość rocznej dotacji na działalność instytucji ustala organizator (art. 13, art. 28 ust. 2, art. 28 ust. 3 u.o.d.k.).

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wskazuje się także, że finansowanie działalności samorządnych instytucji kultury może być ograniczone tylko do zakresu ustawowego i przyznawane w formie dotacji. W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 kwietnia 2007 r. NSA stwierdził, że z brzmienia regulacji prawnych dotyczących środków, z jakich pokrywane są koszty działalności instytucji kultury, wywieść należy, iż gdy źródłem uzyskiwanych środków jest budżet jednostki samorządu terytorialnego, to środki te instytucja kultury uzyskać może jedynie na zasadzie dotacji z budżetu.²¹⁹

Sąd w uzasadnieniu podkreślił, że zarówno jednostki samorządu terytorialnego, jak i instytucje kultury tworzą sektor finansów publicznych. Co istotne, w ocenie Sądu, z art. 12 u.o.p.d.k. nie wynika uprawnienie rady gminy do podjęcia uchwały o pokrywaniu strat poniesionych przez instytucje kultury.²²⁰ Istnienie ustawowego obowiązku zapewnienia instytucji kultury niezbędnych środków nie zwalnia samo

218 U.o.p.d.k art. 11.

219 Wyrok NSA w Warszawie, z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. II GSK 397/06, dostępny na: CBOSA.

220 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2077; por. też stanowisko wyrażone przez J.M. Salachnę, Glosa do wyroku WSA z dnia 28 lipca 2010 r., I SA/Bd 498/10, „Samorząd Terytorialny” 2011, nr 1-2, s. 146-155, dotyczące sposobu określenia wysokości dotacji dla instytucji kultury.

przez się podmiotów tworzących te instytucje od wymogu przestrzegania przedstawionych wyżej zasad gospodarki finansowej.

Z powyższego wynika, że o ile koniecznym i możliwym jest przyznanie przez j.s.t. środków finansowych na rozpoczęcie i prowadzenia działalności kulturalnej, to koszty działalności powinny być pokryte ze środków samodzielnie wygospodarowanych (uzyskanych) z prowadzanej działalności kulturalnej.

Zaakcentować więc należy względną samodzielność funkcjonowania samorządowych instytucji kultury jako podmiotów posiadających osobowość prawną i własne źródła finansowania. Samodzielność instytucji kultury jako osoby prawnej oznacza bowiem, że istnieje możliwość uzyskiwania własnych środków finansowych, a także pod względem prawnym stanowią one odrębne jednostki organizacyjne. Instytucja kultury nie ma przy tym prawnych instrumentów pozwalających na wymuszenie podniesienia poziomu dotowania.²²¹ O zakresie, formie realizacji zadań użyteczności publicznej decyduje bezsprzecznie organizator (czyli jednostka samorządu terytorialnego), a nałożenie wszelkich zadań ograniczone jest statutem, który zresztą również nadaje sam organizator.²²² Z drugiej strony w interesie samorządowej instytucji kultury jest optymalizacja finansowa podejmowania działalności, chociaż jej celem nie jest osiągnięcie zysku finansowego a realizacja usługi użyteczności publicznej.²²³ Od prowadzenia działalności kulturalnej należy odróżnić prowadzenie działalności związanej z kulturą, jako działalności gospodarczej w rozumieniu u.pr.p. Jeśli więc np. kino lub muzeum prowadzone jest w celach zarobkowych, w sposób zorganizowany i ciągły, to nie jest to działalność kulturalna, lecz działalność gospodarcza, nawet jeśli jakiś aspekt tej działalności wiąże się z kulturą.²²⁴ Przy tym, aby instytucja kulturalna mogła prowadzić działalność inną niż „kulturalna” – w tym również powiązana z kulturą – tego rodzaju zakres działalności musi być wskazany w statucie. Prowadzi to do wniosku, że granicę pomiędzy tym, co stanowi realizację usługi użyteczności publicznej, a tym, co – będąc nawet bezpośrednio z tą działalnością powiązaną – stanowi działalność gospodarczą, określa szeroko pojęty akt powierzenia, czyli w analizowanym przypadku będzie to statut. W przypadku niektórych instytucji kultury możliwość prowadzenia działalności gospodarczej budzi w orzecznictwie pewne spory (np. w przypadku bibliotek).²²⁵

Samorządowej instytucji kultury, nie można w mojej ocenie utożsamiać z prywatyzacją, bowiem zadanie nie jest realizowane przez podmiot całkowicie niezależ-

221 Por. wyroki Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 22.10.2014 r. I SA/Po 298/14 NSA z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II GSK 1374/11; WSA w Bydgoszczy z dnia 16.02.2011 r., sygn. I SA/Bd 1073/10, dostępne na: CBOSA.

222 Wyr. WSA w Warszawie z dnia 20.03.2008 r., sygn. I SA/Wa 134/08, dostępny na: CBOSA.

223 Wyr. WSA w Gliwicach z 22.06.2010 r., sygn. IV SA/Gl 25/10, dostępny na: CBOSA.

224 Wyr. WSA w Gdańsku z dnia 12.12.2012 r., sygn. I SA/Gd 1039/12, dostępny na: CBOSA.

225 Wyr. WSA we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. III SA/Wr 114/08; wyr. WSA we Wrocławiu z 5 grudnia 2012 r., sygn. IV SA/Wr 434/12; wyr. NSA w Warszawie z 3 września 2013 r., sygn. II OSK 1698/13, dostępne na: CBOSA.

ny względem j.s.t. W doktrynie prawa administracyjnego podkreśla się przy tym, że w sferze działalności kulturalnej (np. muzealniczej) nie można mówić o pełnej prywatyzacji, czyli bezpośredniej prywatyzacji zadań publicznych, polegającej na prywatyzacji zgromadzonego w nich majątku.²²⁶ Przed pełną prywatyzacją realizowanego zadania publicznego chroni podział odpowiedzialności za jego realizację.²²⁷ Państwo, zgodnie z art. 5 Konstytucji RP, nie może się tym samym wyżyć zadania strzeżenia dziedzictwa narodowego.²²⁸ Działanie oparte jest na substracie majątkowym jednostki samorządu terytorialnego. Podmiot realizujący jest zależny względem j.s.t., również w zakresie obsady personalnej stanowisk kierowniczych, decyduje o zakresie działania instytucji, a także o jej ewentualnej likwidacji. Prowadzenie działalności kulturalnej, stanowiącej realizację zadania publicznego, powinno być podstawowym celem instytucji kultury (nie zaś prowadzenie działalności dochodowej, co nie oznacza, że wyłącza się akcesoryjne prowadzenie takiej działalności).

Prowadzenie instytucji kultury stanowić może o komercjalizacji zadań. Instytucje te zbliżone są do podmiotów wewnętrznych. Prowadzone są przez j.s.t., jedynie marginalnie mogą prowadzić działalność o charakterze komercyjnym, zakres realizowanych zadań określony zostaje w akcie o charakterze prawa miejscowego. J.s.t. powołują organy instytucji kultury i poprzez określanie kierunków działań i zasad finansowania mogą wpływać na działalność tych podmiotów (co należy utożsamiać z wpływem analogicznym do tego, jaki posiada się nad własnymi jednostkami organizacyjnymi). Instytucje kultury zobowiązane są przy tym do efektywnego gospodarowania przyznanymi środkami finansowymi. Instytucja kultury traci status podmiotu wewnętrznego w sytuacji, kiedy współtworzona jest z podmiotem prywatnym (na podst. art. 21 u.o.p.d.k.). Wówczas zmienić się bowiem może podstawowy funkcjonowanie instytucji (będzie nim efekt ekonomiczny, nie realizacji zadań użyteczności publicznej).

4.5. Spółdzielnie

Przepisy art. 9 i 10 u.g.k. doprecyzowujące formy, jakimi może posłużyć się j.s.t. w zakresie prowadzenia działalności gospodarki komunalnej, nie wskazują na możliwość wykorzystania w tym celu fundacji i stowarzyszenia, a w przypadku gmin i powiatów także spółdzielni, mimo że ustawy ustrojowe wskazują na możliwość utworzenia przez: gminę spółdzielni (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g.), stowarzyszenia (art. 84 i 84a u.s.g.); powiat – spółdzielni, stowarzyszeń i fundacji (art. 12 pkt 8 lit. f u.s.p.); województwo samorządowe – stowarzyszeń i fundacji (art. 18 pkt 18 u.s.w.).

226 M. Żurawik-Szychowska, Działania administracji państwowej w procesie prywatyzacji bezpośredniej, (w:) Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia, Łódź 2000, s. 495-506.

227 K. Bandarzewski, Prywatyzacja zadań..., *op. cit.*, s. 342.

228 K. Zalańska, Muzea publiczne. Studium administracyjnoprawne, Lex 2013 r.

Tym niemniej w art. 9.3. u.s.g. stwierdza się, że formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa, tj. u.g.k. Z kolei art. 2 u.g.k. nie zawiera wyczerpującego określenia form prowadzenia działalności komunalnej (art. 2), zaś w art. 9 nie wskazano np. spółek jako wyłącznych form poza jednostkami i zakładami budżetowymi. Użyty zwrot „w szczególności” oznacza znaczną swobodę organizacyjną j.s.t., której nie należy bagatelizować. Możliwość tworzenia spółdzielni przez gminy wywodzić można z ogólnego upoważnienia gmin do wyboru formy organizacyjno-prawnej, w której mogą prowadzić działania.

Gminy nie mogą przystąpić ani utworzyć banku spółdzielczego, gdyż ustawa o gospodarce komunalnej nie przewiduje spółdzielni jako formy prowadzenia działalności gospodarczej dla gmin. Ponadto przepis art. 10 ust. 3 u.g.k. wyraźnie wskazuje na możliwość posiadania przez gminę akcji lub udziałów w spółkach, a nie w spółdzielniach.

Województwa samorządowe w sferze użyteczności publicznej mogą tworzyć i przystępować do spółdzielni (art. 13 u.s.w.). Zmiana wprowadzona do ustawy o samorządzie województwa przez ustawę o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wskazuje na możliwość tworzenia przez województwo samorządowe spółdzielni zajmujących się prowadzeniem działalności w sferze użyteczności publicznej.

Można wyróżnić kilka rodzajów spółdzielni: mieszkaniowe, europejskie, produkcji rolnej, socjalne, banki spółdzielcze, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz spółdzielnie prowadzące działalność inną niż wymienione. Przedmiot działalności spółdzielni, jaką może utworzyć lub do jakiej może przystąpić województwo samorządowe, musi być związany z prowadzeniem działalności w sferze użyteczności publicznej. Działalność w sferze użyteczności publicznej dotyczy m.in. gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi. Przedmiotowa działalność jest zbieżna z celem i zakresem działalności spółdzielni mieszkaniowych, określonych w art. 1 ust. 1, 2, 3 i 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych.²²⁹ Powołanie lub przystąpienie przez województwo samorządowe do spółdzielni mieszkaniowych będzie raczej rzadkością. Województwo samorządowe może tworzyć spółdzielnie na zasadach określonych w prawie spółdzielczym i ustawie z dnia 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej.²³⁰

Jednym z rodzajów spółdzielni są spółdzielnie socjalne, będące podmiotami szeroko rozumianej ekonomii społecznej.²³¹

229 Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 845.

230 Ustawa z dnia 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 7.

231 J. Blicharz, Komentarz do ustawy o spółdzielniach socjalnych, (w:) Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz. Warszawa 2012, s. 39; J. Herbst, Wstęp –

Status prawny spółdzielni socjalnych w polskim porządku prawnym regulowany jest ustawą z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych.²³² Zgodnie z art. 4 ust. 2 pkt 2 tej ustawy spółdzielnię socjalną mogą założyć także organizacje pozarządowe w rozumieniu przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie lub jednostki samorządu terytorialnego. Działalność spółdzielni socjalnej może zostać wsparta ze środków budżetu państwa lub środków budżetu jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności poprzez:

- 1) dotacje;
- 2) pożyczki;
- 3) poręczenia, o których mowa w art. 5a ust. 6;
- 4) usługi lub doradztwo w zakresie finansowym, księgowym, ekonomicznym, prawnym i marketingowym;
- 5) zrefundowanie kosztów lustracji.

Wsparcie finansowe udzielane jest w drodze uchwały przez właściwe organy jednostek samorządu terytorialnego lub w ramach programu ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego określonego w przepisach o pomocy społecznej na cele związane z rozwojem spółdzielni socjalnych.

Spółdzielnie socjalne zostały powołane w celu społecznej i zawodowej reintegracji jej członków, przez co należy rozumieć działania wymienione w art. 2 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych. Przedmiotem działalności spółdzielni socjalnych jest prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o pracę osobistą jej członków. Oznacza to, że spółdzielnie, co do zasady, nie powinny zlecać innym podmiotom zadań, które same wykonują.²³³

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych „Statutowa działalność spółdzielni socjalnej w części obejmującej działalność w zakresie społecznej i zawodowej reintegracji oraz działalność, o której mowa w art. 2 ust. 3 (działalność społeczna i oświatowo-kulturalna prowadzona na rzecz swoich członków oraz ich środowiska lokalnego), nie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów u.pr.p.” Spółdzielnie socjalne posiadają osobowość prawną (art. 1 ust. 2 ustawy o s.s.) z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.²³⁴

pole przedsiębiorczości społecznej, (w:) *Od trzeciego sektora do przedsiębiorczości społecznej – wyniki badań ekonomii społecznej w Polsce*, Warszawa 2008, s. 7.

232 Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1205.

233 R.P. Krawczyk, *Samodzielność samorządu terytorialnego – realizacja zadań publicznych a swoboda zawierania umów*, (w:) *Zagadnienia prawa konstytucyjnego Zasada suwerenności. Problemy wybrane*. Księga dedykowana Profesorowi Michałowi Domagale, (red.) A. Domańska, K. Skotnicki, Łódź 2017, s. 69.

234 Art. 6 ustawy o spółdzielniach socjalnych, w zw. z art. 11 § 1 ustawy z dnia 16 września 1988 r. Prawo spółdzielcze, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1443.

Zdaniem R.P. Krawczyka spółdzielni socjalnych nie można zaliczyć do własnych jednostek organizacyjnych j.s.t. (które powoływane są do wykonywania zadań komunalnych), pomimo że spółdzielnie mogą być tworzone (np. art. 4 ust. 2 pkt 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych) m.in. przez jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego czy też w niektórych przypadkach przez j.s.t. Autor ten wskazuje, że zadania, jakie wykonują na podstawie ustawy o spółdzielniach socjalnych, nie należą do kategorii zadań własnych gminy. Można rozważać, czy mieszczą się w zadaniach powiatu (art. 4 ust. 1 pkt 17 u.s.p.). W ocenie tego autora trudno przyjąć, że powierzenie zadań tym podmiotom może odbywać się bez stosowania u.p.z.p. Chodzi bowiem o to, że spółdzielnie socjalne nie wykonują swojej działalności statutowej w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki samorządu terytorialnego. Autor ten zaznacza, że celem uchwalenia ustawy o spółdzielniach socjalnych nie mogło być omijanie stosowania procedur określonych w u.p.z.p.²³⁵

Poglądy wyrażone przez R.P. Krawczyka nie mogą znaleźć pełnej akceptacji. Określić przede wszystkim należy zakres zadań, jakie mogą być realizowane przez spółdzielnie socjalne. Najprościej cel funkcjonowania spółdzielni można powiązać z zadaniami powiatu. Zadaniem powiatu jest przeciwdziałanie bezrobociu oraz aktywizacji lokalnego rynku pracy.²³⁶ Celem działalności spółdzielni jest zaś realizacja określonych celów w oparciu o osobistą pracę członków spółdzielni. Spółdzielnia działa na rzecz zawodowej reintegracji jej członków, przez co należy rozumieć działania mające na celu odbudowywanie i podtrzymywanie zdolności do samodzielnego świadczenia pracy na rynku pracy. Bezsprzecznie więc spółdzielnie socjalne, poprzez aktywizację bezrobotnych, realizować mogą zadania mieszczące się bezpośrednio w zakresie zadań powiatu. Spółdzielnie socjalne mogą również realizować zadania innych j.s.t. Ustawa o spółdzielniach socjalnych nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń, wskazując jedynie, jakie cele mają być realizowane działaniem spółdzielni. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych przedmiotem działalności spółdzielni socjalnej jest prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o osobistą pracę członków oraz pracowników spółdzielni socjalnej. Nie można więc stwierdzić, by ustawa zawężyła działania, jakie można realizować z wykorzystaniem spółdzielni socjalnych. Podstawowym celem spółdzielni nie jest niewątpliwie osiągnięcie zysku ekonomicznego i działania w celu korzyści finansowych. Ustawodawca wyraźnie podkreśla, że działania podejmowane w ramach spółdzielni socjalnych nie są podejmowane jako działalność gospodarcza. Spółdzielnie socjalne mogą być tworzone dla realizacji zadań publicznych. Nie muszą być przy tym tworzone w tym celu. Cel mogą mieć zasadniczo inny, ale realizują go, wykonując różną działalność, która może służyć wykonywaniu zadań j.s.t., a uczestnicząc w spółdzielni i ją wspierając, każda z tych jednostek może osiągnąć swoje cele. Należałoby

235 R.P. Krawczyk, *Samodzielność...*, s. 70.

236 Art. 4 ust. 1 pkt 17 u.s.p.

wskazać, że charakter więzi prawnej łączącej spółdzielnię socjalną z j.s.t. w znacznej mierze determinowany będzie przez cel, jaki realizuje spółdzielnia. Jeśli cel ten będzie mieścił się w zakresie zadań publicznych, wówczas ocenie należy poddać inne cechy charakteryzujące spółdzielnię socjalną.

Zauważyć należy, że w przypadku gdy organem założycielskim jest jednostka samorządu terytorialnego, wpis spółdzielni socjalnej do KRS poprzedza uchwała organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego o powołaniu spółdzielni socjalnej (art. 4 ust. 2 pkt 2, art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Uchwała taka niewątpliwie określała będzie cel, dla którego spółdzielnia została powołana, a także zasady finansowania spółdzielni. Oznacza to, że aktem powołującym spółdzielnię do życia będzie uchwała właściwego organu j.s.t.

Możliwość bezprzetargowego powierzenia realizacji zadania spółdzielni podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Trybunał orzekł, w odniesieniu do delegacji przez gminę usług publicznych spółdzielni międzygminnej mającej za wyłączny przedmiot działalności świadczenie usług gminom członkowskim, że mogło do niej dojść zgodnie z prawem bez zaproszenia do składania ofert. Uznano bowiem, że pomimo niezależnych aspektów zarządzania tą spółdzielnią przez jej zarząd, gminy członkowskie powinno się uważać za sprawujące razem kontrolę.²³⁷

Wybór spółdzielni socjalnej jako formy realizacji zadań publicznych mieści się w określonej art. 4 ust. 1 u.g.k. swobodzie j.s.t. co do sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej.²³⁸ Ustawa o spółdzielniach socjalnych, co do zasady, jako tryb powierzenia zadania przewiduje zastosowanie trybu przetargowego. Redakcja przepisów nie pozwala jednak na jednoznaczną odpowiedź, czy zamówienie publiczne konieczne jest również w przypadku powierzenia zadania własnej spółdzielni socjalnej. Zauważyć jednak należy, że sposób powierzenia do realizacji zadań na rzecz spółdzielni socjalnych, mieszczących się w sferze zadań publicznych realizowanych przez organizacje pożytku publicznego, określony został przepisami ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, gdzie co do zasady przy powierzeniu zadań zastrzega się tryb konkursowy, poza konkretnie przewidzianymi w ustawie przypadkami. Możliwym byłoby więc twierdzenie, że spółdzielnie socjalne powoływane przez j.s.t. w przypadku realizacji zadań publicznych spełniają cechy podmiotu wewnętrznego. Spółdzielnia może być utworzona przez j.s.t. Możliwe jest określenie zakresu zadań realizowanych przez spółdzielnię. Zakres kontroli nad spółdzielnią utworzoną przez j.s.t. może być analogiczny do tego sprawowanego nad własnymi jednostkami. Ustawodawca jako podstawowy tryb zlecania zadań takim spółdzielniom przyjął jednak tryb konkursowy

237 Wyrok ETS z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457.

238 Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2005 r., sygn. akt II SA/Wr 169/05, dostępny na: CBOSA.

związany z podpisywaniem określonych umów, co zbliża spółdzielnie socjalne do podmiotów realizujących swoje działania w oparciu o zasady ich prywatyzacji.

4.6. Stowarzyszenia

Według art. 172 ust. 1 Konstytucji RP jednostki samorządu terytorialnego mają prawo zrzeszania się, z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że jednostka samorządu terytorialnego ma prawo przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych oraz współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw. Samorząd terytorialny ma więc gwarantowane konstytucyjne prawo do zrzeszania się. Przy tym, zważywszy na art. 172 ust. 3, zasady, na jakich jednostki samorządu terytorialnego mogą korzystać z praw, o których mowa w ust. 1 i 2, określa ustawa. W stosunku do gmin takim aktem jest przede wszystkim u.s.g. (ale również prawo o stowarzyszeniach), normująca zagadnienie zrzeszania się w rozdziale 9 o tytule – „Stowarzyszenie gmin”. W art. 84 ust. 1 określone zostały w sposób bardzo szeroki cele, dla których gminy mogą tworzyć stowarzyszenia, a są to: wspieranie idei samorządu terytorialnego oraz obrona wspólnych interesów.²³⁹

Stowarzyszenia stanowią formę współdziałania jednostek samorządu terytorialnego. Mogą być utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego tych samych bądź różnych szczebli. Status prawny stowarzyszeń regulowany jest przez Prawo o stowarzyszeniach. Stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego stanowią specjalny typ stowarzyszenia posiadającego osobowość prawną – nie jest możliwe utworzenie w ten sposób stowarzyszenia zwykłego.²⁴⁰

Celem stowarzyszeń tworzonych przez j.s.t. jest wspieranie idei samorządu terytorialnego oraz obrona wspólnych interesów. Cel stowarzyszenia ulega rozszerzeniu, gdy stowarzyszenie staje się organizacją pożytku publicznego, wówczas zastosowanie znajdują przepisy odnoszące się do organizacji pożytku publicznego i wolontariacie. Stowarzyszenia podejmują współpracę z organami administracji publicznej w celu wykonywania różnych zadań publicznych, np. w zakresie pomocy społecznej, ochrony zdrowia, edukacji, ekologii, bezpieczeństwa publicznego i in.

Poszczególne ustawy samorządowe zawierają regulacje prawne odnoszące się do możliwości tworzenia stowarzyszeń i podejmowania w ten sposób określonej działalności. Na poziomie gminy do tej formy realizacji zadań publicznych odnosi się art. 84, zgodnie z którym w celu wspierania idei samorządu terytorialnego oraz obrony wspólnych interesów gminy mogą tworzyć stowarzyszenia, w tym również z powiatami i województwami. Organizację, zadania oraz tryb pracy stowarzyszenia określa jego statut. Do stowarzyszeń gmin stosuje się odpowiednio przepisy Pra-

239 Por. wyr. NSA z dnia 24 marca 2010 r., sygn. II OSK 60/10, dostępny na: CBOSA.

240 J. Zimmermann, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 266.

wa o stowarzyszeniach, z tym że dla założenia stowarzyszenia wymaganych jest co najmniej 3 założycieli. Podobnie kwestia ta regulowana jest na poziomie powiatu. Zdaniem P. Kryczko chodzi tu zarówno o pomoc finansową, jak i pomoc rzeczową, co wnioskować można do stosowanych w tym zakresie regulacji ustawy o finansach publicznych.²⁴¹ Analogicznie kwestie te normowane są w u.s.w., z tym że tam brak jest regulacji odnoszących się do możliwego udzielania pomocy finansowej.

Stowarzyszenia gmin mogą prowadzić działalność gospodarczą. Przepisy te dopuszczają możliwość prowadzenia przez stowarzyszenia działalności gospodarczej, z tym że uzyskany dochód powinien być przeznaczony na realizację celów statutowych.²⁴²

Co warte podkreślenia, regulacje w zakresie możliwego tworzenia stowarzyszeń należy odnieść do u.dz.p.p.w. Działalność pożytku publicznego może być prowadzona przez stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego. To z kolei oznacza, że zakres działalności prowadzonej przez stowarzyszenia j.s.t. należy rozszerzyć o obszary działalności enumeratywnie wymienione w art. 4 u.dz.p.p.w.

Zadania publiczne mogą być wykonywane za pomocą stowarzyszeń j.s.t. niebędących organizacjami pożytku publicznego. W doktrynie wyrażane jest stanowisko, że brak jest jakichkolwiek przeszkód natury prawnej, by zadania publiczne wykonywane były przez stowarzyszenia j.s.t., o ile wykonywanie tych zadań mieściło się będzie w ramach celów i zadań statutowych konkretnego stowarzyszenia.²⁴³ Twierdzi się także, że wykonywanie zadań publicznych za pomocą stowarzyszeń możliwe jest jedynie wówczas, gdy stowarzyszenie uzyska status organizacji pożytku publicznego.²⁴⁴ Realizacja zadań publicznych przez stowarzyszenia posiadające status organizacji pożytku publicznego prowadzi do analogicznych konkluzji jak w przypadku spółdzielni socjalnych, mianowicie powierzenie zadań następuje w trybie konkursowym, z zastosowaniem u.p.z.p. Zakładając możliwość realizacji przez stowarzyszenie zadań, dla którego zostało powołane odpowiednim aktem (który to akt określa cel funkcjonowania stowarzyszenia), możliwa byłaby analiza cech stowarzyszeń jako podmiotów wewnętrznych.

Problem ten był przedmiotem analizy TS. Trybunał stwierdził, że co od zasady okoliczność, iż wykonawca zamówienia posiada formę prawną stowarzyszenia prawa prywatnego i działa w celach niezarobkowych, jest pozbawiona znaczenia do celów stosowania zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, a w re-

241 P. Kryczko, (w:) P. Chmielnicki (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, Warszawa 2005, s. 110-111.

242 Por. Cz. Martysz, *Prawne formy prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 3, s. 20.

243 B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Kraków 2006, s. 259.

244 M. Małecka-Łyszczyk, *Jakość regulacji prawnych w zakresie podejmowania współdziałania w formie stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) *Kryzys prawa administracyjnego. Jakość prawa administracyjnego*, t. 1, (red.) D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko, Warszawa 2012, s. 328.

zultacie orzecznictwa Trybunału dotyczącego wyjątku w zakresie transakcji *in house* (odnoszących się do bezprzetargowego powierzenia zadania j.s.t. własnemu podmiotowi). Taka okoliczność nie wyklucza bowiem, że dany podmiot będący wykonawcą zamówienia może prowadzić działalność gospodarczą.²⁴⁵ Wyjątek dotyczący udzielenia zamówień *in house* jest oparty na podejściu, zgodnie z którym w takich przypadkach można uznać, iż będący instytucją zamawiającą organ publiczny korzysta z własnych środków w celu wypełnienia ciężących na nim zadań leżących w interesie publicznym. Możliwość powierzenia zadania (bądź też ograniczenie takiej możliwości) nie opiera się na formie prawnej podmiotów prywatnych wchodzących w skład podmiotu będącego wykonawcą zamówienia ani na celu gospodarczym tychże podmiotów, lecz na fakcie, że te podmioty prywatne podlegały szczególnym względem w zakresie ich prywatnych interesów, różniącym się od celów interesu publicznego, do których dąży instytucja zamawiająca.²⁴⁶ Trybunał podkreśla wręcz, że przeprowadzona analiza możliwości bezprzetargowego powierzenia zadania na rzecz przedsiębiorstw posiadających kapitał zakładowy nie oznacza, że tylko tego rodzaju podmioty mogą być adresatem powierzenia z pominięciem trybu konkursowego. Wręcz przeciwnie, również podmioty ekonomiki społecznej mogą być adresatem powierzenia, ale tylko takie, które działają z wykluczeniem podmiotów prywatnych. Konkludując, Trybunał stwierdził, że jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, to przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli”, ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję *in house*, nie jest spełniona, co oznacza, że dyrektywa 2004/18 znajduje zastosowanie.²⁴⁷

W polskim porządku prawnym, członkami stowarzyszenia obligatoryjnie są gminy, mogą nimi być także pozostałe jednostki samorządu terytorialnego. Dopuszczalne jednak są stowarzyszenia, w których członkami są jedynie gminy, oraz takie, w których oprócz gmin członkami są powiaty lub województwa bądź też inne podmioty. W wyroku z 17 października 2008 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że gmina może wstępować do stowarzyszeń, których wyłącznymi członkami nie są jednostki samorządu, pod warunkiem że ustawa wprost przewiduje taką możliwość.²⁴⁸ Przykładem jest ustawa z 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Tury-

245 Podobnie wyroki TS z 10.09.2009 r., C 573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa, pkt 41, EU:C:2009:532; wyr. z 23.12.2009 r., C 305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche, pkt 45, EU:C:2009:807.

246 Wyrok TS z 11.01.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, pkt 49, ECLI:EU:C:2005:5.

247 Wyrok TS z 19.06.2014 r., C 574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, w sprawie.

248 Wyrok NSA z dnia 17 października 2008 r., sygn. I OSK 483/2008, dostępny na: CBOSA.

stycznej, zgodnie art. 4 ust. 1 istnieje możliwość tworzenia regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych. Do ich tworzenia i działania stosuje się wprost przepisy prawa o stowarzyszeniach. Członkiem tych organizacji mogą być osoby fizyczne i prawne.²⁴⁹

W zasadzie cel funkcjonowania spotwarzeń ogranicza podejmowania przez nie działalności nastawionej tylko na zysk – poza realizacją określonych w akcie tworzącym stowarzyszenie celów użyteczności publicznej. Jeśli rozszerza się zakres działalności stowarzyszenia, to zastosowanie znajduje ustawa o organizacji pożytku publicznego i wolontariacie (przewidująca tryb konkursowy powierzenia) – to zbliża te formę realizacji zadań do jej prywatyzacji. Jednocześnie założyć można szeroki zakres kompetencji kontrolnych podmiotu tworzącego stowarzyszenie and samym stowarzyszeniem. W przypadku jeśli członkiem stowarzyszenia jest tylko j.s.t, przy założeniu możliwości powierzenia zadania z pominięciem trybu konkursowego, który musi zakładać pewną swobodę stowarzyszenia w tym, jakie zadanie będzie realizowane (swoboda przejawiać się może choćby sama wolą wystartowania w konkursie) – co wiąże się z kontrolą analogiczną do sprawowanej nad własnymi jednostkami – można założyć, że stowarzyszenie będzie spełniało cechy podmiotu wewnętrznego. Daje to możliwość wywiedzenia, że podmiotowo stowarzyszenia mogą wpisywać się w realizację zadań j.s.t. w formie ich komercjalizacji.

4.7. Fundacje

Jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć fundacje na mocy unormowań u.f. Zgodnie z u.f. fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami. Cele fundacji wpisują się więc w realizowane przez j.s.t. zadania użyteczności publicznej.

Pomimo że organizacje pozarządowe z definicji są podmiotami niedziałającymi w celu osiągnięcia zysku, to zarówno stowarzyszenia, jak i fundacje mogą prowadzić działalność gospodarczą. Jednakże ich podstawowym celem jest zawsze prowadzenie działalności statutowej. Działalność gospodarcza jest jedynie działalnością uboczną, służącą pozyskiwaniu środków finansowych na prowadzenie działalności statutowej.

Cel determinuje działalność fundacji. Określenie celu jest elementem konstytutywnym każdej fundacji. Formalnie następuje w akcie fundacyjnym i stanowi jego obligatoryjny element (w Polsce zgodnie z art. 3 ust. 2 u.f.). Sprecyzowanie celu

249 Ustawa z 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 156.

nadaje fundacji jej indywidualny charakter. Co do zasady nie może on być później zmieniony, po spełnieniu wielu wymogów może zostać poddany pewnym modyfikacjom. Oświadczenie woli o ustanowieniu fundacji (akt fundacyjny) powinno jedynie ogólnie wskazywać cel fundacji i składniki majątkowe przeznaczone na jego realizację. To właśnie statut doprecyzowuje cele fundacji, w tym zwłaszcza, gdy jednocześnie dopuszcza się prowadzenie przez fundację działalności gospodarczej. Przedmiot działalności gospodarczej nie musi być w statucie skonkretyzowany. Ustawowo zabezpieczona trwałość celu gwarantuje fundatorowi, że charakter i przeznaczenie majątku zostaną zachowane przez cały czas trwania fundacji.²⁵⁰

Ponownie byłoby możliwe twierdzenie, że realizacja zadań publicznych z wykorzystaniem fundacji mogłaby być oparta o cechy podmiotu wewnętrznego, szczególnie jeśli założyć możliwość powierzenia fundacji zadania poprzez podjęcie aktu tworzącego fundację. Jednocześnie realizacja zadań objętych ustawą o działalności pożytku publicznego odbywa się w oparciu o ustawę o działalności pożytku publicznego, czyli z zastosowaniem trybu konkursowego.

4.8. Przedsiębiorstwa

Dla kompletności rozważań nad charakterem prawnym jednostek samorządowych realizujących zadania publiczne pochylić się należy nad przedsiębiorstwami komunalnymi, o których jest mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych.²⁵¹ Przedsiębiorstwa państwowe, dla których funkcję organu założycielskiego pełniły rady narodowe i terenowe organy administracji państwowej stopnia podstawowego, rady narodowe miasta stołecznego Warszawy, miasta Krakowa i miasta Łodzi oraz terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego w tych województwach miejskich, a także rady narodowe i terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego, stały się – z chwilą wejścia powołanej ustawy w życie – przedsiębiorstwami komunalnymi i zachowały osobowość prawną. Następnie na skutek zaniedbania wielu gmin przedsiębiorstwa takie nie przekształciły się w jednoosobowe spółki gminy.²⁵²

Konsekwencją tego były wątpliwości co do reżimu prawnego, jakiemu poddane są te przedsiębiorstwa.²⁵³ Obecnie pod pojęciem przedsiębiorstw komunalnych należałoby rozumieć te były przedsiębiorstwa państwowe, które w 1990 r. (na podstawie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych) zostały przekazane gminom i odnośnie do któ-

250 J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Warszawa 2017, s. 90.

251 Dz.U. Nr 32, poz. 191 z późn. zm.

252 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce...*, *op. cit.*

253 C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej...*, s. 108.

rych rada gminy nie postanowiła do dnia 30 czerwca 1997 r. o wyborze organizacyjnoprawnej formy lub o ich prywatyzacji (na podstawie obowiązujących ówczesnie przepisów) ani też nie zostały one później przekształcone przez zarząd gminy (lub następnie przez wójta, burmistrza czy prezydenta miasta) w jednoosobowe spółki gminy w trybie art. 14 i n. u.g.k. Przedsiębiorstwami komunalnymi są także te były przedsiębiorstwa państwowe, które jednostkom samorządu terytorialnego zostały przekazane po dniu 1 lipca 1997 r. Wszystkie te przedsiębiorstwa komunalne mają działać – w myśl art. 2 powołanej wyżej ustawy nowelizującej – w oparciu o przepisy ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych²⁵⁴ (do czasu przekształcenia ich organizacyjnoprawnej formy lub prywatyzacji).

Przedsiębiorstwa komunalne mogą działać jedynie w zakresie tych zadań publicznych gminy (ewentualnie powiatu bądź województwa), które mają charakter zadań użyteczności publicznej. Należy jednak wskazać, że jest to forma realizacji zadań publicznych, która podlega stopniowemu wygaszeniu i przekształceniu w inne współczesne jednostki organizacyjnoprawne. Przedsiębiorstwa komunalne stanowią więc formę wygaszaną, w oparciu o którą w zasadzie nie przewiduje się obecnie prowadzenia działalności. Analiza rozwiązań normatywnych zawartych w ustawie z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych prowadzi do wniosku, że ta forma realizacji zadań publicznych nie powinna być wykorzystywana przez j.s.t., stąd też niecelowa jest analiza tego rodzaju podmiotów z punktu widzenia spełnienia przez nie cech podmiotów wewnętrznych.

5. Współpraca j.s.t. a powierzenie zadań podmiotowi wewnętrznemu

5.1. Współdziałanie

Nakładane na j.s.t. coraz to nowe zadania (czy też nowe zadania pojawiające się na skutek zmian cywilizacyjnych – rzeczywistości, otoczenia, społeczeństwa) powodują konieczność szerszego podejmowania współpracy ponad podziałami terytorialnymi. Większy terytorialne zasięg świadczenia określonych usług, a przez to poszerzony krąg odbiorców tych usług wpływać może na obniżenie jednostkowych kosztów świadczenia takich usług. Ustawodawca zakłada również konieczność świadczenia pewnych usług bez względu na wielkość j.s.t., jej potencjału ekonomicznego; konieczne jest więc szersze podejmowanie równych form współpracy. Mianem współdziałania samorządów określa się zespół czynności, za pomocą których osiąga się określoną sytuację.²⁵⁵ Przy tym w doktrynie wyróżnia się trzy podstawowe sfery, w których współdziałają jednostki samorządu terytorialnego, tj.:

254 Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz.: 2152.

255 L. Kieres, Związki i porozumienia komunalne, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 10, s. 4.

- 1) współdziałanie administracji oraz zaspokajanie zbiorowych potrzeb obywateli w dziedzinie administracji świadczącej usługi związane z gospodarką komunalną, służbą zdrowia, szkolnictwem, bezpieczeństwem publicznym, opieką społeczną, komunikacją, ochroną środowiska, kulturą, sportem, turystyką;
- 2) współdziałanie rozwoju gospodarczego, zwiększanie poziomu konkurencyjności gospodarki i osiąganie korzyści w skali związanej z lokalizacją inwestycji, opracowywania planów strategicznych, planowania przestrzennego;
- 3) współpraca związana z ochroną interesów społeczności lokalnej, ochroną praw jednostek samorządu terytorialnego, lobbieniem w regionie, kraju i na arenie międzynarodowej.²⁵⁶

Samorządy mają prawo do współdziałania w różnych formach publicznoprawnych – pośrednie to związki międzygminne, bezpośrednie to porozumienia międzygminne, powiatów i województw. J.s.t. współdziałają też w formach prawa prywatnego i to nie tylko za pomocą zakładanych spółek, spółdzielni, fundacji, stowarzyszeń etc. (bądź przystępowania do nich). Mogą też zlecać sobie wzajemnie wykonywanie różnych świadczeń na rzecz swych społeczności.

5.2. Porozumienia j.s.t.

Jedną z form współpracy j.s.t. przy wykonywaniu zadań publicznych jest zawieranie porozumień. Taka forma kooperacji wydaje się szczególnie interesująca w kontekście powierzania zadań prowadzonym przez j.s.t. spółkom komunalnym. Chodzi bowiem o ustalenie, w jaki sposób traktować spółkę komunalną wykonującą zadania na rzecz j.s.t., która na mocy porozumienia przekazała to zadanie j.s.t. właścicielskiej względem podmiotu wewnętrznego (realizującego zadanie). Z punktu widzenia komercjalizacji zadań chodzi bowiem o wykazanie, czy zadanie przekazane na mocy porozumienia realizowane jest przez podmiot wewnętrzny. Powstaje pytanie, czy przekazanie zadania na mocy porozumienia wpływa na charakter wykonywania tego zadania. Czy możliwa jest sytuacja, w której określone zadanie realizowane na rzecz własnej j.s.t. ma odmienny charakter, od tego samego zadania, ale przekazanego do realizacji na podstawie porozumienia międzygminnego.

Porozumienie międzygminne lub międzypowiatowe, w odróżnieniu od związku komunalnego, nie jest strukturą organizacyjną, a formą działania organów administracji samorządowej, reprezentujących j.s.t.²⁵⁷ Merytoryczną istotą porozumień jest to, że jedna gmina lub jeden powiat wykonuje działania kilku. Gmina przejm-

256 T. Kaczmarek, *Struktury terytorialno-administracyjne i ich reformy w krajach europejskich*, Poznań 2005, s. 235.

257 T. Moll, *Zlecanie jednostkom samorządu terytorialnego zadań w świetle art. 166 ust. 2 Konstytucji – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 2, s. 213-234.

je w tym zakresie prawa i obowiązki pozostałych gmin związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania. Podobne unormowanie nie znajduje się w ustawie powiatowej, ale nie sposób przyjąć, by taka sama zasada nie dotyczyła porozumień również na tym poziomie współdziałania j.s.t.²⁵⁸ Na skutek zawarcia porozumienia jedna z j.s.t. przejmuje określone zadania j.s.t. partnerskiej. J.s.t., która zadanie przekazała, traci w tym zakresie prawną legitymację podejmowania działań – poza ich finansowaniem.²⁵⁹ J.s.t. wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych jednostek związane z powierzonymi jej zadaniami, a pozostałe j.s.t. mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania. Porozumienie stanowi więc jedną z form współdziałania j.s.t. mającą na celu wspólne wykonywanie zadań publicznych. Istotą porozumienia jest przejście przez jedną j.s.t. obowiązku wykonywania zadań publicznych ciążącego na innych j.s.t.²⁶⁰

Analizując prawne możliwości przekazywania zadań publicznych na gruncie polskiego dorobku judykatury, zauważyć można po pierwsze brak ujednoliconego stanowiska w zakresie wykonywania zadań publicznych przy zastosowaniu omawianej w tym podrozdziale formy współdziałania j.s.t. Przez pewien czas w orzecznictwie raczej jednoznacznie wyrażane było stanowisko, iż stronami porozumień mogą być wyłącznie same j.s.t. (nie jest możliwym zawieranie porozumień ze związkami j.s.t.).²⁶¹ Pogląd ten został zweryfikowany w orzeczeniu NSA z dnia 20 stycznia 2015 r. Stwierdzono, że art. 5 ust. 1 u.s.p. dopuszcza zawieranie przez powiat porozumień z gminą w sprawie powierzenia jej prowadzenia zadań publicznych powiatu i jednocześnie ustawa o samorządzie gminnym przewiduje możliwość zawierania takich porozumień pomiędzy tymi jednostkami samorządowymi. Na podstawie art. 8 ust. 5 w związku z ust. 2a tej ustawy całkowicie uzasadnione wydaje się „zastąpienie” w tym przypadku gminy przez związek międzygminny. Sąd stwierdził, że możliwym jest więc zawieranie porozumień na linii związek międzygminny – powiat. Należy więc przyjąć, że płaszczyzna zawierania porozumień i przekazywania zadań dotyczy zarówno relacji pomiędzy j.s.t., jak i relacji na poziomie j.s.t. – związek j.s.t.

Sam fakt przekazania do realizacji zadania na inną j.s.t. na podstawie porozumienia trudno uznać za przejaw prywatyzacji zadań, czy też ich komercjalizacji. Zadanie dalej będzie wykonywał bowiem podmiot publiczny, nie zmieniają się również podstawowe priorytety podmiotu samorządowego wykonującego zadanie, tzn.

258 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 235.

259 R. Cybulska, art. 74, (w:) *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, (red.), B. Dolnicki, Lex/online.

260 M. Krawczyk, *Związki i porozumienia międzygminne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2011, nr 91, s. 176.

261 Taki pogląd wyrażany był m. in. w orzeczeniach NSA z dnia 27 września 1994 r., sygn. akt SA/Ld 1906/94, ONSA 1995, nr 4, poz. 161 oraz wyrok WSA w Krakowie z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt III SA/Kr 13/12 i wyrok WSA w Gliwicach z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt II S.A./GL 168/12, dostępne w: CBOSA.

podejmowane czynności mają na celu realizację zadań użyteczności publicznej, bez względu na ekonomiczną opłacalność. Podmiot przekazujący zadanie może nie być w stanie go sam realizować (ze względu na brak wiedzy, odpowiednich środków technicznych czy merytorycznych), podmiot przejmujący zaś zadanie będzie miał na względzie często fakt, iż określone zadania są bardziej opłacalne w realizacji, jeśli świadczone są dla odpowiednio dużej liczby odbiorców (co może zapewniać zawarte porozumienie). Można również założyć sytuację, w której ustawodawca nakłada na j.s.t. określony obowiązek, jednocześnie mając świadomość tego, że nie każda j.s.t. będzie w stanie ten obowiązek realizować. Jako przykład można podać opisane już wcześniej zadanie zagospodarowania odpadów komunalnych przy pomocy regionalnych instancji przetwarzania odpadów komunalnych. Tego rodzaju instalacje nie będą budowane przez każdą z gmin, ale każda gmina ma obowiązek zapewnienia zagospodarowania odebranych od właścicieli nieruchomości na jej terenie odpadów komunalnych. J.s.t. przejmująca zadanie na podstawie porozumienia wydaje się posiadać swobodę, w granicach prawem określonych, w wyborze formy realizacji zadania – powierzenia go do realizacji własnej jednostce organizacyjnej (głównie utworzonej przez siebie spółce prawa handlowego) bądź też wyboru innej formy (zamówienia publicznego, partnerstwa publiczno-prywatnego).

Charakter prawny porozumień międzygminnych, jako formy przekazywania zadań, analizowany był na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Analiza orzecznictwa pozwala na wysunięcie kilku istotnych wniosków. Generalnie orzecznictwo TS dało podstawę do wyłączenia spod reżimu zamówień publicznych niektórych umów pomiędzy podmiotami sektora publicznego, zawieranych w ramach tzw. współpracy publiczno-publicznej.

W jednym z orzeczeń TS stwierdzono, że prawo unijne w dziedzinie zamówień publicznych nie sprzeciwia się zawarciu umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, której przedmiotem jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów. Umowa ta jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie i zarazem nie prowadzi do uprzywilejowania żadnego prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów.²⁶² Trybunał podkreślił, że dla możliwości skorzystania z wyłączenia spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych niezbędne jest, by umowa ustanawiała współpracę mającą na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi.²⁶³ Takie umowy (do których niewątpliwie zaliczyć należy polskie

262 Wyrok TS z 19.12.2012 r. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., ECLI:EU:C:2012:817.

263 Wyrok TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, ECLI:EU:C:2013:385.

porozumienia) zostały również w pewien sposób uwzględnione na poziomie traktatowym.²⁶⁴

W świetle tych orzeczeń przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, jeśli chodzi o umowy, które ustanawiają współpracę między organami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej.

W tym miejscu można wskazać na kontrowersyjny wyrok TS z dnia 13 czerwca 2013 r.²⁶⁵ W tej sprawie związek gmin – Kreis Düren przekazał miastu Düren zadanie w postaci obowiązku utrzymywania w czystości swoich budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych oraz szkół położonych na terenie Stadt Düren. Przekazanie ww. obowiązku nastąpiło na podstawie przepisu, który można uznać za odpowiadający przepisowi art. 74 u.s.g. w niemieckim porządku prawnym, tj. paragrafu 23 Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen.²⁶⁶ Paragraf 23 GkG NRW ma następujące brzmienie: „1) Gminy i związki gmin mogą zawierać umowy, w myśl których jedna ze stron przejmuje w zakres swoich obowiązków poszczególne zadania spoczywające na pozostałych stronach albo zobowiązuje się do wykonywania takich zadań na rzecz pozostałych stron. 2) W przypadku przejęcia przez jedną ze stron w zakres swoich obowiązków zadań należących do pozostałych przechodzą na nią prawo i obowiązek wykonywania tego zadania. W przypadku zobowiązania się jednej ze stron do wykonywania zadania na rzecz pozostałych ich prawa i obowiązki jako podmiotów zobowiązanych z tytułu zadania pozostają niezmienione. 3) W umowie można przewidzieć odpowiednią opłatę za wykonywanie lub realizację zadań; dotyczy to również zatrudnionego personelu. 4) W umowie należy przewidzieć odpowiednie odszkodowanie, które z reguły należy obliczać w ten sposób, że przez przejęcie albo wykonywanie zadań pokryte zostaną powstałe koszty. 5) W przypadku gdy umowa została zawarta na czas nieokreślony albo jego obowiązywania zostało określone na okres ponad 20 lat, należy określić w umowie przy spełnieniu jakich przesłanek i w jakiej formie może ona zostać wypowiedziane przez jedną ze stron”.²⁶⁷

TS wskazuje, że GkG NRW dokonuje rozróżnienia między tzw. umowami „zlecenia”, mocą których dana jednostka zobowiązuje się wykonywać pewne zadania na

264 Traktat o Unii Europejskiej z dnia 07 lutego 1992 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30. W art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej podkreślono szczególną rolę samorządu regionalnego i lokalnego, zaś w art. 1 Protokołu nr 26 uznano zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrejonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców.

265 Wyrok TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, ECLI:EU:C:2013:385.

266 Ustawa landu Nadrenii Północnej Westfalii w sprawie współpracy międzygminnej, zwanej dalej „GkG NRW”, pobrane z wyroku TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, ECLI:EU:C:2013:385.

267 TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, ECLI:EU:C:2013:385.

rachunek innej jednostki i tzw. umowami „w sprawie o delegowaniu zadań” dokonującymi przekazania kompetencji, mocą których jednostka przejmuje zadanie spoczywające na innej jednostce. Jednocześnie orzecznictwo krajowe uznaje, że tzw. umowy „zlecenia” podlegają pod prawo zamówień publicznych, jeśli mają charakter odpłatny. Na podstawie § 23 GkG NRW Kreis Düren sporządził wraz ze Stadt Düren projekt umowy prawa publicznego, mocą którego przekazał on Stadt Düren obowiązek utrzymywania w czystości swoich budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych oraz szkół położonych na terenie Stadt Düren, na początek na okres próbny dwóch lat. Projekt umowy przewidywał rekompensatę finansową, zgodnie z § 23 ust. 4 GkG NRW. Z postanowienia odsyłającego wynika także, że rzeczzone zadania utrzymania w czystości były wykonane przez Dürener Reinigungs-gesellschaft mbH, spółkę należącą do Stadt Düren. Umowa pomiędzy Stadt Düren a Kreis Düren w art. 1 pkt 4 zawierała uprawnienie do skorzystania z podmiotów trzecich dla realizacji zadania, przewidywano w niej również obowiązek rekompensaty. Projekt zastrzegał na rzecz Kreis Düren prawo jednostronnego zakończenia umowy w przypadku nieodpowiedniego wykonania ze strony Stadt Düren. TS ocenił, że umowę należy uznać za umowę „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, nawet jeżeli przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów powstałych przy okazji dostarczania umówionej usługi.²⁶⁸

Trybunał uznał, że umowa nie zalicza się do dwóch rodzajów zamówień, które choć zawierane są przez podmioty publiczne, to nie są objęte zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (akapit 33). Trybunał wskazuje, iż zamówieniami takimi są:

- a) zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami (akapit 34),
- b) umowy, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mające za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej.

Mając na uwadze zmianę stanu prawnego, należy zaznaczyć, że ww. przesłanki obecnie są wprost wyrażone w dyrektywie 2014/24/UE.

268 Zob. podobnie ww. wyrok TS z 19.12.2012 r., C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 29, ECLI:EU:C:2012:817.

Powołując się na przytoczone powyżej orzeczenie TS, KIO w orzeczeniu z dnia 27 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2567/17)²⁶⁹ uznała, że porozumienie zawarte między dwiema gminami, którego konsekwencją miało być przekazanie na rzecz jednej z nich zadania w postaci odbierania i zagospodarowania odpadów, które to zadanie miało być przez gminę stroną porozumienia powierzone w trybie zamówienia „z wolnej ręki”, spółce komunalnej, w której gmina posiada 100% udziałów, stanowi obojętnie prawa zamówień publicznych. Abstrahując od kwestii samego przeprowadzenia zamówienia w trybie u.p.z.p., co pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania (u.c.p.g.²⁷⁰ wprowadza obowiązek przeprowadzenia przetargu na odbiór odpadów i nie jest możliwe uznanie, by zadanie to mogło być realizowane na drodze powierzenia na podstawie u.g.k.), to ciekawe są wywody KIO w zakresie charakteru prawnego samego porozumienia.

KIO zawierane na gruncie polskiego prawa porozumienia porównał do zawieranych w niemieckim porządku prawnym umów w sprawie delegacji. W ocenie KIO obowiązek pokrywania kosztów wykonywania zadania publicznego równoznaczny jest z odpłatnością za to zadanie. Porozumienie przewidywało również możliwość skorzystania z podmiotów trzecich (poprzez zlecenie jednej z gmin przeprowadzenia zamówienia publicznego na realizację powierzonego zadania zgodnie z przepisami u.p.z.p.). Element ten został uznany za jeden z kluczowych w sprawie i decydujący o zakwestionowaniu poprawności porozumienia. W porozumieniu przewidziano również rozwiązanie porozumienia w każdym czasie.

KIO stwierdziło, że porozumienie nie może być zakwalifikowane jako jedno z zamówień nieobjętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE – tj. wymienionych w jej art. 12 ust. 1 bądź 4. Nie stanowi również zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub 15 u.p.z.p. Na jego podstawie następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi. Następuje to za rekompensatą, a strona powierająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia – w tym wypadku niewłaściwej realizacji zadania. Podmiot trzeci zaś, za pomocą którego miałyby być wykonywane zadanie, jest aktywnym uczestnikiem rynku, co mogłoby prowadzić do uzyskania przezeń przewagi względem innych podmiotów prowadzących analogiczną działalność.

KIO podkreśla, że spółka, na rzecz której miano przekazać zadanie do realizacji, jest uczestnikiem rynku, a treść porozumienia stawia tę spółkę w korzystnej sytuacji. Dalej stwierdza się, że tego typu konstrukcja przekazania zadania powinna być kwalifikowana jako zamówienie udzielane przez więcej niż jeden podmiot bądź też jako

269 Wyrok z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2567/17, ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_2567.pdf, [online 26.02.2018 r.].

270 Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454.

zamówienie tzw. wertykalne (o którym mowa w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE). Istotnym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenie zamówienia *in house* pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot, któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez zamawiających wspólnie, czy wspólne muszą być cele współpracy zamawiających. Tymczasem spółka, która miała realizować zadanie, była spółką jednoosobową tylko tej gminy, która zadanie przejmowała do realizacji.

Zauważyć jednak należy, że doszło do nałożenia się na siebie dwóch odrębnych trybów powierzania zadań. Pierwszą czynnością było zawarcie porozumienia, na mocy którego jedna jednostka samorządu terytorialnego powierzyła drugiej wykonanie zadania. Wskazywanie, że tego typu działanie objęte powinno być prawem zamówień publicznych, jest niezasadne. Dopiero powierzenie zadania spółce komunalnej powinno być objęte reżimem u.p.z.p. (ze względu na ustawowy obowiązek dotyczący czynności odbioru odpadów). Podnoszone przez orzecznictwo TS warunki i okoliczności wyłączenia spod reżimu zamówień publicznych znalazły swoje odzwierciedlenie w postanowieniach dyrektyw zamówieniowych. Dyrektywy zamówieniowe wskazują na typy umów wyłączonych z reżimu zamówień publicznych. Wśród nich znajduje się również umowa o współpracy publiczno-publicznej (podejmowanej przez j.s.t.).

Jak podnoszono na mocy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, unijne przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do umów zawieranych wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi, o ile spełnione są łącznie następujące warunki:

- umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

Oznacza to, że do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania zasady określone w dyrektywach zamówieniowych, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi a prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci.

Koniecznym jest, aby kooperacja j.s.t. opierała się na współdziałaniu, co nie oznacza, że wszystkie uczestniczące w takiej współpracy instytucje muszą wziąć na siebie ciężar realizacji zadania. Również kwestiami finansowymi powinien kierować interes publiczny.²⁷¹

Złożyć należy, że jeśli jedna j.s.t. powierza drugiej określone zadanie publiczne (co zgodnie z przytoczonym orzecznictwem TS i postanowieniami dyrektyw zamówieniowych nie stanowi zamówienia publicznego i realizowane jest na gruncie prawa administracyjnego), to jednocześnie sama traci możliwość wykonywania określonego zadania. Z kolei j.s.t., przejmując zadanie (mając w porozumieniu zagwarantowane od j.s.t. partnerskiej pokrycie kosztów realizacji zadania, co nie stanowi wynagrodzenia²⁷²), wykonuje je samodzielnie na rzecz podmiotu partnerskiego. Co istotne, na skutek porozumienia zadanie takie nie zmienia swojego charakteru, u jego podstaw nie leży bowiem umowa pomiędzy j.s.t., zadanie nie jest realizowane dla chęci zysku ekonomicznego, a zawierane jest na gruncie prawa publicznego²⁷³ przy zachowaniu pierwszeństwa wykonania powierzonego zadania. Pamiętać bowiem należy, że j.s.t. wykonują zadania publiczne określone w przepisach prawa. Brak porozumienia stanowiącego podstawę przekazania zadania do realizacji na rzecz jednostki partnerskiej, powoduje, że działalność podejmowana przez podmiot wewnętrzny jednej j.s.t., na terytorium i na rzecz drugiej j.s.t., stanowiła będzie aktywność stricte komercyjną (przy założeniu możliwości jej prowadzenia). Można założyć, że porozumienie buduje publicznoprawną płaszczyznę współpracy, na mocy której przekazane zadanie publiczne nie będzie traciło swego charakteru (realizacja zadania będzie po stronie usług powierzonych). Wydaje się również, że to charakter zadania determinował szczególne podejście zaprezentowane na gruncie orzecznictwa TS. Odmienny jest bowiem charakter zadania w postaci utrzymania czystości w budynkach publicznych. Zadanie takie, nawet jeśli jest zadaniem własnym j.s.t., nie jest zadaniem użyteczności publicznej. Służy ono bowiem zaspokajaniu celów związanych z funkcjonowaniem instytucji publicznych i związane jest z obowiązkami właścicielskimi.

Można to przyrównać od nałożonego mocą u.c.p.g. obowiązku utrzymania czystości i porządku na chodniku. Jeśli chodnik położony jest wzdłuż budynków użyteczności publicznej, zadanie to będzie realizował właściwy podmiot zarządzający takimi budynkami. Nie można jednak utożsamiać tego zadania z zadaniem użyteczności publicznej. W przypadku zaś u.c.p.g. (w powiązaniu z właściwymi normami u.s.g.) zadania odbioru i zagospodarowania odpadów stanowią zadania użyteczności publicznej, które mogą stanowić przedmiot porozumień międzygminnych.

271 A. Kowalski, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, (red.) M. Olejarsz, Warszawa 2014, s. 38.

272 Nie ma tu zastosowania zasada swobody zawierania umów, por. wyrok NSA w Lublinie z dnia 27 września 1994 r., sygn. SA/Lu 1906/94, dostępny na: CBOSA.

273 Por. wyrok NSA w Łodzi z dnia 27 września 1994 r., sygn. SA/Łd 1906/94, dostępny na: CBOSA.

Zakładając, że w ramach porozumień dochodzi do przekazania realizacji zadania przez jedną j.s.t. na kolejną j.s.t., jednostka przejmująca zadanie dokonuje wyboru formy organizacyjnoprawnej, w jakiej zadanie będzie realizowane. Należy mieć na względzie, że do działalności powierzonej spółce komunalnej (w której gmina przejmująca zadanie posiada 100% udział) zaliczymy działalność prowadzoną zarówno na rzecz własnej gminy właścicielskiej, jak i gminy, która zadanie przekazała. Przekazanie określonych w porozumieniu zadań jest ideą i założeniem porozumień j.s.t. Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie powierzenia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.

Istotne znaczenie dla określenia zasad powierzenia podmiotom wewnętrznym realizacji usług użyteczności publicznej odgrywa orzeczenie w sprawie potocznie nazywanej sprawą Hamburg.²⁷⁴ W orzeczeniu Trybunał określił, że umowa mająca na celu powierzenie zadania powinna angażować tylko podmioty publiczne, bez udziału kapitału prywatnego. Celem umowy jest rzeczywista współpraca zmierzająca do realizacji zadania. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że Trybunał dokonał tu wyraźnego rozróżnienia pomiędzy sytuacją, w której organy administracji zawierają umowę, w której zobowiązują się do wspólnej realizacji określone kategorii zadań od przypadku, w którym na mocy umowy organy administracji zobowiązują się do utworzenia spółki komunalnej, której j.s.t. pozostają udziałowcami.

W polskim orzecznictwie analizuje się także możliwość realizacji zadań przez spółki komunalne, których udziałowcami jest kilka gmin, bez jednoczesnego zawarcie porozumienia międzygminnego. NSA stwierdza, że pojęcie „komunalnej spółki kapitałowej” obejmuje także spółkę utworzoną w formie uchwały rady gminy dla realizacji wyszczególnionych w niej zadań użyteczności publicznej w zakresie gospodarki komunalnej, jeżeli wszystkie udziały (akcje) stanowią mienie jednostki samorządu terytorialnego lub co najmniej 50% udziałów. Zdaniem Sądu ustawodawca zezwala także na współpracę i współdziałanie w tym zakresie przedmiotowym gmin oraz nawet innych jednostek samorządu terytorialnego. Sąd uznał, że jeżeli chociaż jedna z gmin ma w niej mniejszościowy udział, to mogła jednak bez procedury przetargowej powierzyć tej spółce komunalnej realizację tego zadaniu własnego, ponieważ spółka ta ma charakter regionalny. Oznacza to, że jej działanie obejmuje cały obszar jednostek samorządu gminnego (założycieli spółki) i ma na celu świadczenie usług publicznych z zakresu gospodarki odpadami na rzecz współników. Regional-

274 Wyrok TS z 9.06.2009 r., C-480/06, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2009:357.

ny charakter spółki wynika więc z obszaru, na którym zadanie jest realizowane, jak i z zakresu powierzonych przez gminy będące udziałowcami zadań.²⁷⁵

Odmienny pogląd w tym zakresie wyraził WSA w Gliwicach, stwierdzając, że nie może dojść do sytuacji, gdy współnikami tej samej spółki byłyby dwie różne gminy. Spółka realizowałaby w ten sposób zadania zaspokajające potrzeby zbiorowe mieszkańców obu gmin, a gminy – współnicy, pośrednio zaangażowane w działalność na rzecz zadań spoza swego terytorium, wykraczałyby poza przyznane im prawem zadania ograniczone do zaspokajania potrzeb mieszkańców z ich terytorium.²⁷⁶

W tym kontekście podkreślić należy kwestię konieczności sprawowania nad podmiotem prawnie niezależnym od j.s.t., wykonującym na jej rzecz określone zadania użyteczności publicznej, kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje się nad własnymi służbami. Kontroli takiej nie zapewnia mniejszościowy udział w spółce świadczącej usługi na rzecz gminy (co mogłoby mieć miejsce, gdyby dwie j.s.t. były udziałowcami takiej spółki w stosunku nierównym, i spółka ta miała świadczyć usługi na rzecz obu j.s.t.).²⁷⁷ W takim przypadku kontrola nad podmiotem świadczącym usługi sprawowana powinna być łącznie.²⁷⁸

Można wyodrębnić co najmniej dwie formy powierzenia zadania. W pierwszej z nich dochodzi do współpracy publiczno-publicznej i tego rodzaju umowa wyłączona będzie z zakresu zastosowania dyrektyw zamówieniowych, a także z zakresu u.p.z.p. Wynika to z charakteru prawnego samych porozumień j.s.t. Nie ma przy tym znaczenia, że j.s.t. określają w porozumieniu warunki pokrywania kosztów wykonywania określonego zadania – element ten jest charakterystyczny dla porozumień. J.s.t., która przejmuje zadanie, może powierzyć je własnej spółce komunalnej przy zachowaniu wymogów spełnianych przez podmiot wewnętrzny. Istotne jest tutaj również, czy przepis przewidujący powierzenie zadania spółce komunalnej wprowadza obowiązek przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Wątpliwości może budzić ta okoliczność, że w przypadku wykonywania przez spółkę komunalną zadania powierzonego gminie właścicielskiej na podstawie porozumienia spółka ta przestaje świadczyć działalność tylko na obszarze i na rzecz gminy właścicielskiej. Jeśli porozumień jest więcej, doprowadza to do sytuacji, kiedy podmiot przestaje wykonywać przeważającą część zadań na rzecz własnej jednostki macierzystej. Dla zachowania statusu podmiotu wewnętrznego należałoby wówczas zastanowić się, czy nie uznać zadania powierzonego na mocy porozumienia jako zadania tej j.s.t., której zostało ono powierzone, skoro j.s.t. powierzająca traci w tym zakresie możliwość podejmowania działań. Drugi ro-

275 Wyr. NSA z dnia 09 lipca 2015 r., sygn. II OSK 2974/13, dostępny na: CBOSA.

276 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. IV SA/GI 503/14, dostępny na: CBOSA, podobnie także M. Szydło, „Ustawa o gospodarce komunalnej”, Komentarz, Lex/online.

277 Wyrok z 06.04.2006 r., C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA, ECLI:EU:C:2006:237.

278 Wyrok z 10.09.2009 r., C-573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossia, ECLI:EU:C:2009:532.

dziej współpracy stanowi takie działanie, które polega na wykonywaniu zadań publicznych z wykorzystaniem spółki komunalnej, której współwłaścicielami są j.s.t. wykonujące określone zadanie. Taki rodzaj współdziałania nie wymaga uprzedniego zawierania porozumień międzygminnych. W tym jednak kontekście pojawia się problem spełnienia przesłanki związanej ze sprawowaniem kontroli analogicznej, jak spełnia się względem własnych jednostek organizacyjnych (w sytuacji np. udziałów mniejszościowych). W takim przypadku, w moim przekonaniu, ze względu na brak spełnienia cech podmiotu wewnętrznego przez spółkę względem j.s.t., która ma w spółce udział mniejszościowy, nie można mówić o komercjalizacji zadania. Powierzenie takiej spółce zadania przez j.s.t. z udziałem mniejszościowym stanowi obejście u.p.z.p. (powierzenie następuje na rzecz podmiotu niebędącego podmiotem wewnętrznym). Dla zapewnienia prawidłowości powierzenia istotne jest pierwotne przeniesienie zadania na podstawie porozumienia na rzecz j.s.t. posiadającej w spółce udział większościowy.

5.3. Związki j.s.t.

Związek komunalny stanowi odrębny podmiot prawa publicznego, posiadający osobowość prawną, powstały na podstawie uchwał rad tych jednostek samorządu terytorialnego, które chcą w danym związku uczestniczyć. Związek tworzony jest w celu wykonywania przez niego części zadań publicznych, realizowanych dotąd przez każdą jednostkę osobno po to, by zadania te były wykonywane skuteczniej i efektywniej. W zakresie tworzenia związku kluczową rolę odgrywa jego statut. Związki j.s.t. bardzo często zestawiane są ze spółkami komunalnymi jako organizacyjnoprawne formy realizacji zadań publicznych. Nie do końca zdaje się to usprawiedliwione. Związki j.s.t. niewątpliwie stanowią formę ustrojowo-organizacyjną współpracy j.s.t., tworząc związek tworzy się podmiot wyposażony w osobowość prawną, własne organy, które w zakresie spraw przeniesionych na związek, przejmują kompetencje organów j.s.t., w tym również jeśli chodzi o stanowienie prawa miejscowego. Niewątpliwie utworzenie związku nie powoduje utworzenia odrębnej jednostki samorządowej. Tymczasem spółka komunalna może być tworzona również przez związek i stanowi formę organizacyjnoprawną wykonywania zadań publicznych. Spółka jest instrumentem, jaki związki j.s.t. mogą wykorzystywać do wykonywania powierzonych im zadań.

Nie jest jednak do końca sprecyzowane, czy związki j.s.t. mogą faktycznie tworzyć spółki komunalne. Z analizy ustaw samorządowych, u.g.k. oraz u.f.p., można wysnuć wniosek, że spółki prawa handlowego mogą być tworzone wyłącznie przez jednostki samorządu terytorialnego działające przez swoje organy. W przypadku tworzenia spółek przez związki decyzje o dalszym gospodarowaniu majątkiem komunalnym podejmują tylko przedstawiciele gmin, a nie całe rady gmin. Utworzenie związku komunalnego staje się wtedy narzędziem transferu mienia komunalne-

go do spółek prawa handlowego i innych podmiotów. Należy jednak zauważyć, że co do zasady związek j.s.t. może być wyposażony w majątek. Mienie związku międzygminnego stanowi podstawę jego działalności.²⁷⁹

Mienie związków międzygminnych może pochodzić z: wydzielenia mienia z j.s.t. będących ich członkami, przekazanego na rzecz związku, które będzie służyć wykonywaniu zadań związku, generowanych przez majątek dochodów i działalności związku, pozyskanych darowizn, zapisów, innych źródeł określanych ustawowo. Przekazany przez j.s.t. majątek na rzecz związku staje się jego własnością, co skutkuje tym, iż nie podlega on zwrotowi dla j.s.t.²⁸⁰ Skoro związki wyposażone są w substrat majątkowy, brak jest przeciwskażeń, by mogły tworzyć spółki komunalne i za ich pośrednictwem świadczyć usługi użyteczności publicznej.

Przystąpienie przez j.s.t. do związku j.s.t. powoduje, że j.s.t. taci w tym zakresie możliwość wykonywania przekazanych na rzecz związku zadań, również w zakresie możliwości przystąpienia do spółki komunalnej realizującej powierzone zadania. Potwierdził to WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r.,²⁸¹ w ocenie którego przystąpienie gminy do związku komunalnego wyklucza prawo tej gminy do przystępowania do spółek prawa handlowego realizujących czynności mieszczące się w sferze użyteczności publicznej, a pokrywające się z zadaniem własnym przekazanym związkowi.²⁸² Oznacza to, że spółka komunalna utworzona przez związek międzygminny staje się podmiotem wewnętrznym dla tego związku i realizuje zadania powierzone na rzecz tego związku.

W mojej ocenie związki j.s.t. stanowią odrębny podmiot prawa publicznego stanowiący współpracę publiczno-publiczną. Dopiero sposób powierzenia zadania przez związek j.s.t. można analizować z punktu widzenia komercjalizacji bądź prywatyzacji zadań. Koncepcja podmiotu wewnętrznego – powiązanego z opisywanym zjawiskiem komercjalizacji – analizowana musi być względem związku j.s.t., nie zaś względem poszczególnych j.s.t. wchodzących w skład związku. To z kolei odróżnia sytuację podmiotu wewnętrznego względem związku j.s.t. i porozumień j.s.t. przekazujących sobie zadania (tu bowiem analizować należy pozycję podmiotu wewnętrznego względem każdej z j.s.t. stron porozumień).

6. Podsumowanie

Przyjmując typologię form organizacyjnoprawnych określoną przez M. Szydło, wyodrębniono podstawowe rodzaje form, w jakich j.s.t. mogą realizować powie-

279 A. Milewska, T. Czaban, Formalnoprawne aspekty funkcjonowania związków międzygminnych, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2014, nr 106, s. 127.

280 B. Dolnicki, Samorząd..., *op. cit.*, s. 265-266.

281 Wyr. WSA w Gliwicach z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt IV SA/GI 450/14, dostępny na: CBOSA.

282 Podobnie WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt IV SA/GL 503/14, dostępny na: CBOSA.

rzane zadania. Celowo nie odnoszono się przy tym do działalności prowadzonej na gruncie ustaw szczegółowych, gdzie również przewiduje się możliwość aktywnego udziału j.s.t., działalność taka prowadzona jest bowiem również w zakresie wyżej wskazanych form organizacyjnych.²⁸³

Jak wykazano, istnieją podstawy normatywne, by odróżnić powierzenie zadań dokonywane na gruncie u.p.z.p., od tego przeprowadzanego na gruncie u.g.k., co z kolei prowadzi do wniosku, że nie jest uzasadnionym stosowanie wskazanych w u.p.z.p. kryteriów do uznania danego podmiotu za wewnętrzny. Kryteria te określone są w orzecznictwie TS i w dyrektywach zamówieniowych. Przyjęte rozwiązania zostały inkorporowane do polskiego porządku prawnego przez przepisy u.p.z.p., ale w zakresie zamówień publicznych. Oznacza to, że dla określenia charakteru prawnego podmiotu, na rzecz którego powierzone ma zostać zadanie – poza u.p.z.p. – kryteria podmiotu wewnętrznego zawarte w dyrektywach zamówieniowych stosowane mogą być jedynie posiłkowo.

Dokonując komercjalizacji zadania poprzez powierzanie pomiotowi wewnętrznemu, j.s.t. powinna dokonać analizy spełnienia przesłanek określonych w dyrektywach zamówieniowych i orzecznictwie TS, czyli:

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami,
- 2) większość (przynajmniej 50% zgodnie z orzecznictwem TS bądź 80% zgodnie z posiłkowo stosowanymi dyrektywami zamówieniowymi) działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzona w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, oraz
- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie występuje bezpośredni udział kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.²⁸⁴

Na gruncie polskich unormowań prawnych, w zakresie kryteriów charakteryzujących podmiot wewnętrzny, największe kontrowersje budzi przesłanka spełniająca analogiczną kontrolę.

283 A. Gajda, *Jednostki organizacyjne powołane do prowadzenia działalności na rzecz sportu w wybranych miastach w Polsce*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 34, s. 2017-2018.

284 Tego rodzaju warunki wprowadza art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/14/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE L 2014.94.65), w taki sposób o powyższych warunkach pisał również M. Szydło, *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2, s. 110-132.

Przeprowadzona analiza kryterium kontroli na gruncie prawa polskiego w obszarze spółek komunalnych prowadzi do niejednoznacznych wniosków. Z jednej strony faktem jest, że organ wykonawczy dysponuje szeregiem uprawnień kontrolnych względem spółek komunalnych. W urzędach powoływane są komórki nadzoru właścicielskiego, realizujące bezpośredni nadzór nad działalnością spółek. Istnienie tego typu komórek organizacyjnych podnosi zakres sprawowanej kontroli. Prawdłowo prowadzony nadzór właścicielski wpływa na kwestie dysponowania przez spółkę finansami, ale przede wszystkim daje możliwość wpływania na zakres działania spółki. Z drugiej strony kontrolę spółek sprawują wewnętrzne organy tychże spółek, głównie w postaci rady nadzorczej. System polskiego prawa nie przewiduje tworzenia odrębnych i specjalnych regulacji dotyczących kontroli wykorzystania majątku przekazanego spółkom. Celem zapewnienia pełniejszej kontroli organy wykonawcze j.s.t. powinny wykorzystywać możliwości, jakie daje walne zgromadzenie akcjonariuszy lub zgromadzenie wspólników. J.s.t. są przecież dysponentem majątku przekazywanego spółkom, mają możliwość stworzenia mechanizmów kontroli właściwego wykorzystania tego majątku. Podkreślenia przy tym wymaga, że spółka komunalna nie jest w stanie samodzielnie określić sobie zakresu działania, tzn. to właściciel decyduje o zakresie zadań określonych w akcie założycielskim, czy w uchwale powierzającej zadania. Również ten instrument pozwala na uznanie, że zakres sprawowanej kontroli jest realny i szeroki. W przypadku tej cechy podmiotu wewnętrznego nie można jednak w sposób definitywny stwierdzić, że kontrola ta jest analogiczna do tej sprawowanej nad własnymi wewnętrznymi jednostkami organizacyjnymi.

Należy również podkreślić, że o ile kryteria związane ze sprawowaniem kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje się nad własnymi służbami, czy brak udziału kapitału prywatnego, podobnie wyrażone są zarówno w dyrektywach zamówieniowych, jak i w u.p.z.p., to najbardziej istotna i kluczowa różnica wprowadzona została w podziale procentowym działalności prowadzonej na rzecz własnej j.s.t. i działalności komercyjnej. Orzecznictwo TS odnosi się do kryterium przeważającej działalności (więcej niż 50%), dyrektywy wskazują na proporcję 80%-20%, zaś u.p.z.p. na proporcje 90% do 10%. Kryterium to nabiera szczególnego znaczenia w obszarze działalności, która daje możliwość aktywnego prowadzenia działalności o charakterze komercyjnym. Przy tym najbardziej racjonalne i zasadne wydaje się zastosowanie proporcji wynikającej z orzecznictwa TS jako odnoszącego się do powierzenia niebędącego zamówieniem publicznym.

Zestawienie cech podmiotu wewnętrznego z polskimi uwarunkowaniami prawnymi pozwala przyjąć, że cechy te mogą być spełnione przez spółki komunalne. Każdorazowo j.s.t., dokonując powierzenia, muszą jednak dokonać weryfikacji, czy na moment powierzenia zaistniały wymagane przesłanki podmiotowe. Ciągłej kontroli ze strony j.s.t. wymaga zachowanie wymaganych proporcji pomiędzy dzia-

łałością powierzoną i komercyjną, szczególnie w sytuacji, kiedy spółki komunalne wykazują się dużą aktywnością na polu działalności komercyjnej (co często związane jest z profilem prowadzonej działalności). Proponowanym rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie obowiązku raportowania przez spółki komunalne o stanie proporcji pomiędzy rodzajami prowadzonej działalności (poprzez wskazywanie źródeł przychodu), tak by możliwe było dokonywanie oceny zachowania wymaganego współczynnika proporcji pomiędzy działalnością komercyjną a związaną z realizacją powierzonych zadań użyteczności publicznej. Wskazanie okresów sprawozdawczych powinno być powiązane z określeniem czasookresów, w których spełnione powinno być kryterium procentowe. Przy podejmowaniu przez spółkę komunalną licznych aktywności trudno jest założyć, by było to możliwe w każdym momencie (by był to stan ciągły), ale kryterium to powinno być spełnione w danym okresie sprawozdawczym i na moment złożenia sprawozdania.

Proponowanym rozwiązaniem, zmierzającym ku ujednoliceniu stosowanych kryteriów pozwalających na wyodrębnienie podmiotu wewnętrznego, byłoby wprowadzenie opisanych powyżej cech do polskiego porządku prawnego, ale w zakresie powierzenia zadań, z pominięciem u.p.z.p., na gruncie u.g.k.

Odrębny od trybu określonego w u.g.k. sposób wykonywania zadań wskazuje się w ustawie o działalności leczniczej. Bezpośrednie wyłączenie u.g.k. w ustawie o działalności leczniczej pozwala na twierdzenie, że jeśli analogiczne wyłączenie nie zostało dokonane w przepisach u.p.z.p., to nie można takiego wyłączenia domniemywać poprzez sam fakt wprowadzenia rozwiązań określających warunki powierzenia zadań odmienne od tych wskazanych w u.g.k.

Prowadzenie działalności leczniczej z wykorzystaniem spółek prawa handlowego również powinno odbywać się przy uwzględnieniu cech charakteryzujących podmioty wewnętrzne, jednocześnie z zachowaniem szczególnej charakterystyki działalności leczniczej. Te szczególne cechy przejawiają się głównie w zakresie wyłączenia zastosowania u.g.k., a także innego rodzaju aktu powierzenia. Powierzenie zadania odbywa się przez akt organu wykonawczego, reprezentujący j.s.t. w stosunkach zewnętrznych (brak jest podstaw prawnych do podejmowania uchwały przez organ uchwałodawczy). Możliwość powierzenia wynika z relacji właścicielskich opartych na prawie cywilnym.

Szczególne więzi występujące w przypadku powierzenia zadań spółkom komunalnym na gruncie u.g.k. poddane zostaną badaniu w dalszej części rozważań.

Dokonując analizy innych form, w jakich j.s.t. realizować mogą zadania publiczne (posługując się kryterium jednostki organizacyjnej), wskazać należy, że prowadzenie instytucji kultury może zostać powierzone podmiotowi prywatnemu (na zasadach u.p.z.p., zgodnie z treścią art. 15 a ustawy o organizowaniu i prowadzeniu

działalności kulturalnej)), ustawodawca założył więc samodzielne prowadzenie tego podmiotu przez j.s.t.

Zakres działalności instytucji kultury determinowany jest aktem założycielskim i statutem nadawanym przez organ j.s.t., co może ograniczać prowadzenie działalności tylko do realizacji powierzonego zadania publicznego. Wykorzystanie środków publicznych musi być efektywne, ale jednocześnie założyć należy możliwość prowadzenia dochodowej działalności przez taki podmiot. Akt założycielski (statut), kreujący powstanie instytucji kultury, stanowi przejaw pewnej relacji właścicielskiej (władztwa kierowniczego) j.s.t. nad instytucją kultury. Z drugiej jednak strony treść statutu (nadanego przez organ administracji publicznej) określa zakres działalności instytucji kultury, co może prowadzić do wniosku, że ze względu na normatywny charakter zawartych tam regulacji odnoszący się do ogółu beneficjentów instytucji kultury, akt ten będzie uznany za akt prawa miejscowego. Znaczenie formy powierzenia zadań scharakteryzowane zostanie w dalszych rozważaniach. W przypadku tej formy działalności założyć należy spełnienie opisanych cech podmiotu wewnętrznego. Instytucje kultury realizują zadania publiczne i jedynie marginalnie mogą prowadzić działalność komercyjną (w ramach działań określonych aktem założycielskim). Ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej nie wprowadza żadnych szczególnych zasad sprawowania kontroli przez j.s.t. nad działalnością kulturalną, ale założyć należy, że szczególny charakter podległości wynika z faktu określenia zasad funkcjonowania w statucie (nadanym przez organ j.s.t.), a także w możliwości powoływania organów instytucji kultury.

W przypadku spółdzielni socjalnych dokonanie zasad ich funkcjonowania w oparciu o cechy charakteryzujące podmiot wewnętrzny prowadzi do wniosku, że spółdzielnia realizuje zadania publiczne. Spółdzielnia może być tworzona przez j.s.t., która posiadać może 100% udziałów. W spółdzielniach socjalnych tworzone są rady nadzorcze, co w pewien sposób, analogicznie do spółek komunalnych, ogranicza możliwość sprawowania kontroli w sposób tożsamy z tym, jaką sprawuje się nad własnymi służbami. Realizując zadania publiczne, ustawodawca założył możliwość powierzenia tych zadań w trybie konkursowym zgodnie z ustawą o spółdzielniach socjalnych i ustawą o działalności pożytku publicznego i wolontariacie – poza przewidzianymi w tej ustawie wyjątkami. Analiza rozwiązań prawnych zastosowanych w ustawie o spółdzielniach socjalnych nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy tryb przetargowy przewidziany jest również w przypadku spółdzielni socjalnych tworzonych przez j.s.t. Jeśli zakres działalności determinuje akt powołujący spółdzielnię, to założyć należy możliwość wykonywania zadań (w zakresie określonym w trakcie powołania) bez konieczności odrębnego trybu konkursowego.

W przypadku stowarzyszeń i fundacji założyć można, że powierzenie im zadań powinno następować w trybie konkursowym. Taki tryb przewiduje ustawa o dzia-

łałości pożytku publicznego i wolontariacie. Wówczas bez znaczenia jest kwestia spełnienia przesłanek pozwalających uznać dany podmiot za podmiot wewnętrzny. Dopiero w przypadku trybu bezkonkursowego istotne staje się spełnianie przez określony podmiot tych cech, które mogą charakteryzować go jako podmiot wewnętrzny. Do problematyki powierzenia zadań stowarzyszeniom odnosi się orzecznictwo TS, gdzie wskazuje się, co do zasady, na możliwość powierzenia zadania (bądź też ograniczenie takiej możliwości), co nie opiera się na formie prawnej podmiotów prywatnych wchodzących w skład podmiotu będącego wykonawcą zamówienia ani na celu gospodarczym tychże podmiotów, lecz na fakcie, że te podmioty prywatne podlegały szczególnym względem w zakresie ich prywatnych interesów, różniącym się od celów interesu publicznego, do których dąży instytucja zamawiająca.

Prowadzenie działalności na gruncie ustawy o finansach publicznych ogranicza możliwość podejmowania działalności komercyjnej i powoduje, że analiza spełnienia przesłanek przez podmiot wewnętrzny powinna odnosić się głównie do spółek komunalnych. Na gruncie orzecznictwa TS analiza cech podmiotów wewnętrznych jest szersza, wykracza poza spółki komunalne. Dodatkowo wprowadzenie wymogu powierzenia zadania w trybie u.d.z.p.p.w. wiąże się z zawarciem umowy, co jak wykazano we wcześniejszych rozważaniach, zbliża taką formę realizacji zadań do jej prywatyzacji i jednocześnie powoduje wyłączenie z dalszych szerszych rozważań sposób powierzenia zadań na rzecz tego rodzaju jednostek organizacyjnych.

W kontekście podmiotowym istotne są również prawne formy powierzenia zadań na rzecz określonych podmiotów w ramach współpracy publiczno-publicznej. Prowadzone rozważania dotyczyły głównie skutków współpracy między j.s.t. w zakresie powierzania zadań spółkom komunalnym (jako najszerszej stosowanej formie realizacji zadań publicznych), ale analogiczne wnioski można wysnuć dla innych form realizacji tych zadań.

Niewątpliwie elementem, jaki powinien być brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji, co do formy realizacji zadania publicznego, jest skala tego zadania i możliwości finansowe jednostek to zadanie realizujących. Jeśli j.s.t. zakłada, że głównym założeniem jest realizacja zadania i jednocześnie istnieje możliwość rezygnacji z wpływania na sposób realizacji tego zadania, wówczas zasadnym może być podpisane porozumienia, na mocy którego zadanie to będzie realizowała inna j.s.t. z wykorzystaniem własnego podmiotu wewnętrznego. Pamiętać bowiem należy, że to j.s.t., na rzecz której mocą porozumienia zadanie przekazano, decydowała będzie o wysokości cen za realizację zadania (dotyczyło to bowiem będzie cen za usługi użyteczności publicznej realizowane przez podmiot wewnętrzny, o czym rozstrzyga się w drodze stosownej uchwały bądź zarządzenia organu wykonawczego), a tak-

że w pośredni sposób o sposobie realizacji zadania – zadanie realizował będzie podmiot wewnętrzny tej j.s.t.

Samo zawarcie porozumienia nie stanowi niewątpliwie zamówienia publicznego. Kwestią problematyczną jest wykonywanie zadań przez podmiot wewnętrzny. Charakter zadania decydował będzie o tym, czy wykonywanie zadania podlega pod u.p.z.p., czy też może być realizowane na podstawie powierzenia z pominięciem u.p.z.p. Jednostka powierzająca traci określone zadanie w tym znaczeniu, że zadanie to realizowane będzie przez j.s.t., na rzecz której zostało ono powierzone i wykonywane będzie przez podmiot wewnętrzny na rachunek j.s.t. właścicielskiej. Prawidłowo rozwinięty system współpracy między j.s.t. jest bardzo istotny z punktu widzenia efektywnego wykonywania zadań, szczególnie kiedy nakładane na j.s.t. zadania często tylko pozornie mają charakter lokalny, a w rzeczywistości niezbędne jest ich wykonywanie z uwzględnieniem potrzeb całego regionu. Wyraźnego odróżnienia wymaga powierzanie zadania w ramach porozumienia od powierzenia zadania na rzecz podmiotu wewnętrznego.

W przypadku zawarcia przez j.s.t. związku określone zadanie staje się zadaniem związku. Realizacja takiego zadania z wykorzystaniem podmiotów wewnętrznych możliwa jest jedynie w sytuacji, kiedy podmiot taki utworzony będzie przez związek, nie zaś przez poszczególne j.s.t. wchodzące w jego skład.

PRAWNE FORMY KOMERCJALIZACJI ZADAŃ

1. Wprowadzenie

W poprzednich rozważaniach określono cechy podmiotów, na rzecz których, w ramach komercjalizacji zadań, można powierzyć zadania publiczne. Kolejnym krokiem będzie wskazanie form prawnych komercjalizacji. Konieczne jest bowiem wykazanie, czy prawną formą komercjalizacji zadań będzie czynność o charakterze cywilnoprawnym, czy też jest to działanie oparte o prawo publiczne, być może wykorzystane powinny być formy mieszane. Charakter prawny formy, w jakiej dochodzi od powierzenia zadania, może stanowić istotną różnicę pomiędzy prywatyzacją zadania a jego komercjalizacją. Akt powierzenia (również ze wskazaniem jego obligatoryjnych elementów) opisano ze szczególnym uwzględnieniem prawa unijnego. Pozwoliło to na scharakteryzowanie i sprecyzowanie wszystkich istotnych kryteriów, jakie ze względów formalnoprawnych akt powierzenia powinien spełniać.

Zbadano, czy w przypadku innych form powierzenia (w szczególności powierzenia zadań spółkom komunalnym) możliwym jest jednoznaczne określenie charakteru prawnego aktu powierzenia. Charakterystyce poddano uchwały podejmowane przez j.s.t. w zakresie tworzenia jednostek organizacyjnych (na podstawie art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. w zw. z art. 12 pkt 8 lit. f i g, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 pkt 18, 19 lit. e i f u.s.w.). Przywołane podstawy prawne odnoszą się do tworzenia jednostek organizacyjnych i podejmowania stosownych uchwał przez właściwe rady (sejmiki).

W niniejszym rozdziale przedstawiono wyniki badań elektronicznych bazy wszystkich 16 wojewódzkich dzienników urzędowych od 2011 r. do 2018 r. Objęto badaniem większość aktualnie realizowanych zadań z uwzględnieniem obowiązującego stanu prawnego, w tym również dyrektyw zamówieniowych. Dodatkowo badaniu poddano uchwały 16 rad miast (stanowiących miasta wojewódzkie), podejmowane jako akty wewnętrzne (również ograniczeniem czasowym od 2011 r.), przekazujące zadania na rzecz spółek komunalnych. Ograniczenie pola badawczego do 16 miast wojewódzkich wynika z faktu częstego powielania przez małe gminy (miasta) rozwiązań prawnych wprowadzanych w miastach wojewódzkich (odwrotna tendencja raczej nie występuje, mniejsze gminy ewentualnie przyjmują własną ścieżkę postępowania). Dwutorowość analizy podejmowanych uchwał wynika z założenia braku jednolitości co do charakteru tego rodzaju aktów (jako aktów prawa miejscowego bądź aktów o charakterze wewnętrznym). Prowadzone badania mają na celu udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. Jakie zadania stanowią przedmiot powierzenia?
2. Czy możliwe jest wskazanie zadań, które ze szczególną częstotliwością realizowane są za pomocą spółek komunalnych?
3. Czy w zakresie realizacji powierzonych zadań publicznych występuje specjalizacja, tzn. czy dla każdego zadania (grupy tożsamyh i powiązanych zadań) powoływane są odrębne spółki komunalne, czy też głównym kryterium jest sam fakt istnienia danej spółki, co skutkuje nałożeniem na nią określonych zadań?
4. Jakie są formalnoprawne elementy podejmowanych uchwał, tzn. czy z punktu widzenia unijnego spełnione są minimalne elementy wskazujące na powierzenie, czy uchwały odnoszą się do zasad finansowania powierzonej działalności i przewidują uzupełnienie aktu powierzania z inną formą prawną?
5. Czy podejmowane uchwały w sprawie powierzenia występują jako akty prawa miejscowego, czy też jako akty wewnętrzne (z jednoczesną próbą określania formy właściwej)?

Odpowiedź na ostatnie z pytań wiąże się z koniecznością określenia, czy powierzenie zadań spółkom komunalnym jest działaniem z zakresu prawa publicznego, czy też wynika z relacji właścicielskich względem podporządkowanej jednostki organizacyjnej. Założono bowiem, że bez względu na charakter prawny uchwały powierzającej zadania na rzecz jednostki organizacyjnej wyposażonej w osobowość prawną (w szczególności spółki prawa handlowego) podjęcie stosownego aktu przez organ uchwałodawczy – o ile wynika to z nomy prawa – stanowi element niezbędny dla późniejszego podejmowania czynności skutkujących na gruncie pra-

wa prywatnego. Jednocześnie sprecyzowano elementy formalnoprawne, jakie należy zawrzeć w akcie powierzającym.

W rozdziale dokonano charakterystyki aktu założycielskiego spółki (statutu) w procesie powierzenia zadań na rzecz spółki komunalnej.

W dalszych rozważaniach podjęto próbę wykazania, czy w realizacji powierzenia jest (bądź powinna występować) umowa zawarta pomiędzy powierzającymi a podmiotem, na rzecz którego powierzenie zostało dokonane. W tym celu odwołało się do regulacji ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (jako szczególnego rodzaju powierzenia zadań podmiotowi wewnętrznemu) i przewidzianego w niej sposobu powierzania realizacji zadań publicznych.

2. Powierzenie na gruncie prawa unijnego

Proces komercjalizacji zadania publicznego to w praktyce działania wielopłaszczyznowe. Podejmowane są bowiem zarówno działania o charakterze władczym, z wykorzystaniem jednostronnych form działania administracji, jak i wykorzystanie dwustronnych form działania administracji. Jak dowodzono wcześniej, art. 2 i 3 u.g.k. skłaniają do szerokiej interpretacji pojęcia powierzania zadań, obejmując nim zarówno umowę (w polskim porządku prawnym – umowę prawa cywilnego), jak i innego rodzaju formy działania (określone szczegółowo przez normy prawa materialnego).

Na poziomie unijnym akt powierzenia definiuje się jako dokument urzędowy, na mocy którego powierza się przedsiębiorstwu zadanie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym i który określa, na czym polega zadanie danego przedsiębiorstwa oraz zakres i warunki ogólne wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Akt powierzenia zadania polegającego na świadczeniu usług publicznych jest konieczny w celu określenia obowiązków przedsiębiorstwa i państwa.¹

Powierzenie w rozumieniu art. 106 ust. 2 TFUE² i w rozumieniu wyroku w sprawie Altmark³ wymaga jedynie, aby akt powierzenia miał formę co najmniej jednego wiążącego aktu prawnego zgodnie z przepisami prawa krajowego.

1 Zob. Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, Bruksela, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_pl.pdf, dnia 29 kwietnia 2013 r., data dostępu 07 sierpnia 2017 r., s. 50.

2 Art. 106 ust. 2 TFUE Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regulom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.

3 Wyrok TS z 24.07.2003 r., C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ECLI:EU:C:2003:415.

Na podstawie przewodnika dotyczącego stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, szczególna forma dokumentu (lub dokumentów) może zostać określona przez każde państwo członkowskie w zależności od jego organizacji politycznej lub administracyjnej. W przewodniku podkreśla się, że każdy organ publiczny na szczeblu lokalnym, regionalnym lub centralnym potrzebuje przy tym podstawy prawnej w celu określenia i finansowania danej usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym. Dlatego pojęcie aktu powierzenia uzależnia się od podstawy prawnej, jaką dany organ publiczny wybierze według własnego uznania w poszczególnych przypadkach. Nie jest konieczne, aby dokument ten nazywał się aktem powierzenia. Nie jest też konieczne, aby państwa członkowskie ustanawiały konkretne ramy normatywne w celu przyjmowania dokumentów zwanych aktami powierzenia.⁴

Z perspektywy unijnej, ale i krajowej nie istnieje zatem coś takiego, jak standardowy akt powierzenia; zależy to zarówno od organu publicznego powierzającego daną usługę, od rodzaju działalności, a także od normy prawnej upoważniającej do powierzenia zadania. Należy zauważyć, że zgodnie z zasadami pomocy państwa warunki wymagane w kwestii aktu powierzenia są warunkami dość podstawowymi: nie wyklucza to możliwości dodania przez organy państw członkowskich dodatkowych szczegółów do aktu powierzenia, na przykład wymogów, co do jakości.⁵

Przewodnik wskazuje, że w przypadku, gdy pomoc państwa przeznaczona na usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym jest przyznawana na podstawie decyzji lub zasad ramowych, wymogi dotyczące aktu powierzenia są wyraźnie określone z dodatkowymi szczegółami, takimi jak: nazwa przedsiębiorstwa oraz w stosownych przypadkach odpowiednie terytorium; rodzaj wszystkich wyłącznych praw przyznanych przedsiębiorstwu przez organ powierzający; opis mechanizmów rekompensaty; odniesienie do decyzji. Zezwolenie lub upoważnienie udzielone przez organ publiczny usługodawcy upoważniające do świadczenia pewnych usług nie jest tożsame z pojęciem aktu powierzenia. Przyczyną tego jest fakt, że zezwolenia nie nakładają obowiązku świadczenia danych usług, pozwalają mu jedynie prowadzić działalność gospodarczą polegającą na oferowaniu określonych usług na rynku.⁶ Wyprowadzić stąd można wniosek, że w przypadku aktu powierzenia po stronie podmiotu, na rzecz którego powierzenie zostało dokonane, powstaje obowiązek świadczenia pewnej usługi, niezależnie np. od ekonomicznej opłacalności. Wynika to z faktu istnienia zależności pomiędzy podmiotem powierzającym a tym, na rzecz którego powierzenie jest dokonywane. Zależność ta może wynikać z relacji

4 Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa..., *op. cit.*, s. 51.

5 Tamże, s. 50.

6 Tamże, s. 51.

właścicielskich, ale może też być konsekwencją realizowania przez określony podmiot zadań o charakterze użyteczności publicznej zleconych aktem normatywnym.

Zgodnie z treścią art. 4 decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym,⁷ powierzenie przedsiębiorstwu wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym następuje poprzez jeden akt lub kilka aktów, których forma może zostać określona przez każde państwo członkowskie. Akt lub akty powinny w szczególności określać:

- 1) przedmiot i czas trwania zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych;
- 2) nazwę przedsiębiorstwa oraz w stosownych przypadkach odpowiednie terytorium;
- 3) rodzaj wszystkich wyłącznych lub specjalnych praw przyznanych przedsiębiorstwu przez organ powierzający;
- 4) opis mechanizmu rekompensaty oraz wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty;
- 5) ustalenia na temat unikania i odzyskiwania nadwyżek rekompensaty; oraz
- 6) odniesienie do niniejszej decyzji.⁸

Powyższa decyzja wiąże mechanizm powierzenia świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym z przyznaniem rekompensaty. Jak zostało wykazane w części dotyczącej zasad jej przyznawania, orzecznictwo TS określa rekompensatę jako instrument powiązany z narzuceniem prowadzenia określonej działalności. Zakłada się bowiem, że jeśli dana usługa świadczona jest na gruncie umowy cywilnoprawnej, to wykonawca po pierwsze samodzielnie kalkuluje ryzyko ekonomiczne prowadzenia działalności, po drugie tylko władcze powierzenie realizacji określonego zadania może wiązać się z rekompensatą. Decyzja odnosi się również do maksymalnego 10-letniego okresu powierzenia, wskazując jednocześnie, że okres powierzenia może być przedłużony, potrzebą przeprowadzenia znacznych inwestycji, np. w dziedzinie mieszkalnictwa socjalnego. Powierzenie musi być precyzyjne i dokładnie określone.⁹

Podkreślenia wymaga, że ww. decyzja odnosi się do przypadków, w których powierzenie zadań nie następuje na mocy umowy cywilnej, z założeniem możliwości za-

7 Decyzja Komisji 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, Dz. Urz. UE L 2012/21/UE.

8 Tamże, art. 4.

9 Tamże, s. 4.

stosowania rekompensaty w ramach realizowanych zadań. O ile odnośnienie regulacji decyzji do wszystkich jednostek organizacyjnych świadczących usługi na rzecz j.s.t. jest utrudnione (głównie w zakresie rekompensaty), to można zastanowić się nad przeniesieniem tych uregulowań na sam akt powierzenia zadań w ramach ich komercjalizacji.

Jako przykłady aktów powierzenia analizowane na gruncie prawodawstwa unijnego można wskazać:

- 1) umowę udzielenia koncesji i zamówienie na świadczenie usługi publicznej¹⁰;
- 2) umowy programowe z ministerstwami;¹¹
- 3) polecenia ministerialne;¹²
- 4) ustawy;¹³
- 5) inne akty legislacyjne;¹⁴
- 6) roczne oraz wieloletnie umowy dotyczące wyników;¹⁵
- 7) dekrety ustawodawcze¹⁶ i wszelkiego rodzaju decyzje wykonawcze oraz decyzje lub dokumenty władz miejskich i gminnych.

Należy w tym miejscu podkreślić, że forma powierzenia zadań i sposób ich wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego z jednej strony determinowany jest przepisami prawa (prawo ogranicza wybór form powierzenia zadań),¹⁷ ale jednocześnie j.s.t. powinny zachować samodzielność swobody organizatorskiej.¹⁸

10 Wskazany w decyzji Komisji w sprawie N 562/05 – Włochy – Proroga della durata della concessione della Società Italiana del Traforo del Monte Bianco (SITMN), Dz.U. C 90 z 25.4.2007, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N562_2005.

11 Wskazany w decyzji Komisji w sprawie NN 51/06 – Włochy – Poste Italiane SpA: zwrot kosztów przekazany przez państwo w ramach świadczenia międzynarodowych usług pocztowych w latach 2000-2005, Dz.U. C 291 z 30.11.2006, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_NN51_2006.

12 Wskazany w decyzji Komisji w sprawie N 166/05 – Zjednoczone Królestwo – Fundusz państwa dla Poczty wspierający sieci na obszarach wiejskich, Dz.U. C 141 z 16.6.2006, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N166_2005.

13 Wskazany w wyroku TS z 12.02.2008 r., T-289/03, BUPA i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. 2008, pkt 182 i 183, ECLI:EU:T:2008:29, Decyzja Komisji w sprawie NN 8/07 – Hiszpania – Financiamiento de las medidas de reducción de plantilla de RTVE, Dz.U. C 109 z 15.5.2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/iii/doc/NN-8-2007-WLWL-7.3.2007.pdf.

14 Wskazany w decyzji Komisji w sprawie N 395/05 – Irlandia – Gwarancje pożyczkowe na rzecz programów infrastruktury społecznej przyznawane przez Housing Finance Agency, Dz.U. C 77 z 5.4.2007, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N395_2005.

15 Wskazany w decyzji Komisji w sprawie C 24/2005 – Francja – Laboratoire national de métrologie et d'essais, Dz.U. L 95 z 5.4.2007, s. 25.

16 Zob. wyrok TS w sprawie 30.06.2006 r., C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti przeciwko Giuseppe Calafiori, ECLI:EU:C:2006:208.

17 K. Strzyczkowski, Uwagi o zadaniach nauki o formach prawnych administracji gospodarczej, (w:) B. Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej, (red.) B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 50; pojęcia zlecania zadań i funkcji charakteryzują w doktrynie m.in. M. Stahl, Instytucje zlecania funkcji z zakresu administracji publicznej i prywatyzacji zadań publicznych, (w:) Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Z. Duniewska, B. Jaworska Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, Warszawa 2002, s. 215-220; J. Boć (red.), Prawo administracyjne, Warszawa 2001, s. 173; J. Zimmermann, Prawo administracyjne, Kraków 2005, s. 143; Z. Leoński, Materialne prawo administracyjne, Warszawa 2003, s. 156; C. Martysz, Właściwość organów samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym, Katowice 2000, s. 177-178.

18 K. Kokocińska, Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w organizowaniu usług publicznych, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, t. 989, s. 80 i n.

W zakresie formy powierzenia zadania świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym podkreśla się, że art. 106 ust. 2 TFUE nie wymaga, aby powierzenie zadania świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym zostało dokonane w drodze procedury przetargowej. Jak wskazała Komisja, art. 106 ust. 2 TFUE dopuszcza odstępstwo od „norm traktatów” obejmujących reguły dotyczące swobodnego przepływu i wynikające z nich zasady ogólne w zakresie, w jakim instytucja ta ma pewność, że kryteria przeszkody i wyważenia są spełnione i ocena tego może stać się przedmiotem kontroli sądów Unii.¹⁹

Z powyższego wynika, że rozumienie aktu powierzenia na gruncie prawa unijnego jest szerokie. Z jednej bowiem strony zakłada się, że akt powierzenia może być dokonany w formie władczej, z drugiej – dopuszcza się uznane za akt powierzenia w formie umowy udzielenia koncesji i zamówienia na świadczenie usługi publicznej. Niewątpliwie jeśli powierzenie dokonane zostaje w myśl zasad decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, konieczne jest wówczas odniesienie się do zawartych tam elementów. Powierzenie może przyjąć formę czynności władczej w zależności od modelu zastosowanego przez ustawodawcę krajowego.

3. Publicznoprawny i prywatnoprawny tryb powierzenia zadań

W doktrynie wyróżnia się różnorodne tryby przenoszenia realizowania zadań na podmioty niepubliczne. Może być to tryb prywatnoprawny (w drodze umów cywilnych i umów materialnoprawnych), jak i tryb publicznoprawny (administracyjnoprawny). Tryb cywilnoprawny to nie tylko umowy, ale także cywilnoprawne oświadczenia woli w postaci aktów erekcyjnych (np. o utworzeniu spółki, stowarzyszenia, fundacji). Uchwała nie jest jednorodną formą działania kolegialnych organów podmiotów publicznych. Takie organy wypowiadają swoją wolę wyłącznie w drodze uchwały, ale w przypadku organów administracji publicznej taka uchwała może mieć różnoraki charakter prawny; aktu normatywnego (zewnętrznego i wewnętrznego), aktu administracyjnego (indywidualnego, ale także generalnego lub ogólnego aktu stosowania prawa) i cywilnoprawnego oświadczenia (woli lub wiedzy). Jak wykazano wcześniej, każda z tych form przekazania zadań określona być może jako powierzenie.

19 Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla przedstawiona w dniu 10 listopada 2016 r., Sprawa C-660/15 P, Viasat Broadcasting UK Ltd przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522powierzenie%2Bzadania%2B%2522&docid=185259&pageIndex=0&doclang=pl&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=373281#ctx1>, data dostępu 07.08.2017 r.

Za podstawowe formy powierzenia zadań publicznych w sferze użyteczności publicznej (prywatyzacji zadań) L. Zacharko uznaje koncesjonowanie usług, powierzenie wykonywania zadań publicznych przedsiębiorstwu publicznemu, przedsiębiorstwu prywatnemu (tj. spółkom z o.o. i spółkom akcyjnym) oraz przedsiębiorstwu mieszanym.²⁰ Jak wywodzi M. Stahl, w Polsce obok zmiany formy organizacyjnoprawnej wykonywania działalności publicznej na cywilnoprawną, prywatyzowanie zadań związanych ze świadczeniem usług publicznych polega m. in. na przekazywaniu ich na rzecz podmiotów niepublicznych poprzez zezwolenia (usługi komunalne) i koncesje oraz umowy. Zdaniem tej autorki w takich sytuacjach dochodzi do przejścia zadania przez podmiot niepubliczny, dla którego może to być działalność wyłączna lub dodatkowa. Przekazanie zadania świadczenia usług publicznych może następować także poprzez zawieranie umów o partnerstwie publiczno-prywatnym (wówczas wykonywanie zadań publicznych przejmuje podmiot prywatny) oraz przez tworzenie spółek o charakterze mieszanym, w których państwo lub samorząd terytorialny posiadają część udziałów i akcji.²¹

Z kolei J. Posłuszny dowodzi, że w przypadku trybu publicznoprawnego dopuszczenie podmiotu niepublicznego do wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej może mieć postać upoważnienia już istniejących podmiotów niepublicznych do realizowania tych zadań albo wyrażenia zgody na powstanie podmiotu niepublicznego, którego podstawowym celem działania będzie wykonywanie świadczeń z zakresu administracji publicznej.²²

Wątpliwości doktryny budzi umowa jako forma przekazywania zadań publicznych podmiotom niepublicznym.

Dla przykładu A. Błaś stawia istotne pytanie o możliwość uwolnienia się przez administrację, w drodze umowy cywilnoprawnej, od obowiązków określonych w konstytucji lub jakimkolwiek innym akcie prawnym prawa powszechnie obowiązującego (ustawie, rozporządzeniu, akcie prawa miejscowego).²³ Należałoby wskazać, że w przypadku pewnych jednostek organizacyjnych j.s.t. następuje swoiste nałożenie się form prawnych, w jakich ma miejsce powierzenie zadań. Pierwotną formą jest akt organu administracji publicznej (uchwała określająca zakres zadań, statut danego podmiotu). W niektórych przypadkach powierzenie zadań stanowi wyraz uprawnień właścicielskich z pominięciem formy publicznoprawnej. W tym zakresie – w sposób wyraźny – wyłącza się kompetencje organów uchwałodawczych, wskazując, że wyłączną właściwość mają organy wykonawcze.

20 L. Zacharko, Prywatyzacja zadań publicznych..., *op. cit.*, s. 309.

21 M. Stahl, Formy przekazywania..., *op. cit.*, s. 543.

22 J. Posłuszny, Ewolucja administracji świadczącej, Rzeszów-Przemyśl 2004, s. 152 i n.

23 A. Błaś, Współczesne tendencje przeobrażeń zadań administracji publicznej, (w:) J. Boć, A. Błaś, J. Jeżewski, Administracja publiczna, Wrocław 2004, s. 153.

Pierwotna administracyjna płaszczyzna powierzenia zadania czyni z podmiotów spełniających cechy podmiotów wewnętrznych instrumenty w realizacji przez j.s.t. nałożonych ustawą zadań.

Pisząc o instrumentalizacji prawnej instytucji spółki komunalnej, M. Szydło podkreśla, że mamy do czynienia z pewnym zjawiskiem polegającym na posługiwaniu się przez różne kategorie podmiotów – takie jak ustawodawca, jednostki samorządu terytorialnego i ich organy (w tym również związki j.s.t.) – przepisami prawa (normami) tworzącymi (czy też składającymi się na) instytucję prawną spółki komunalnej w całej rozciągłości systemu prawa i hierarchii norm prawnych. Przy tym celem tychże podmiotów, działających poprzez przypisane prawem instrumenty i urzeczywistnienie abstrakcyjnych norm prawnych, jest realizacja pewnych zamierzonych przez te podmioty celów polegających na zaspokajaniu potrzeb społecznych (indywidualnych lub zbiorowych) i zdeterminowanych konkretnymi rolami społecznymi pełnionymi przez wspomnianie wyżej podmioty. Innymi słowy, utworzenie spółki komunalnej (czy też określenie jej zakresu działania) determinowane jest celem, jaki realizują organy ją tworzące.²⁴ Ponieważ organy administracji publicznej powołane są do realizacji zadań użyteczności publicznej, stwierdzić należy, że fundamentem działania spółki jest realizacja owego celu publicznego. Powyższe twierdzenie można odnieść do wszystkich podmiotów, z jednej strony tworzonych dla realizacji celów publicznych (wykonywania zadań), z drugiej działających w ramach przyznanej im osobowości prawnej z jednoczesnym powiązaniem własnościowym z podmiotami je tworzącymi, mieszczących się w ramach szeroko pojmowanych samorządowych jednostek organizacyjnych. Możliwym jest przy tym wprowadzenie podziału, przy zastosowaniu kryterium celu działalności, na podmioty tworzone dla realizacji ustawowo określonych zadań użyteczności publicznej (kiedy to ustawodawca determinuje cel, jaki ma być realizowany przez dany podmiot, wskazując jednocześnie formę organizacyjnoprawną, w jakiej dana działalność ma być realizowana, np. świadczenie usług opieki zdrowotnej, funkcjonowanie instytucji kultury) bądź też podmioty, których działalność jedynie ogólnie wyznaczona jest przez realizację zadań użyteczności publicznej (spółki komunalne, stowarzyszenia, fundacje, zakłady budżetowe). Wówczas od j.s.t. zależy, w jakiej formie organizacyjnoprawnej realizowane będzie określone zadanie – każda z tych form może być bowiem wybrana w zależności od zadania, jakie ma jej być powierzone. Tutaj istotna jest pierwotna administracyjna płaszczyzna powierzenia zadania, chodzi bowiem o wskazanie podmiotu świadczącego usługi użyteczności publicznej, co wywiera istotny wpływ na odbiorcę tych usług.

Do analizowanego wcześniej zagadnienia „pominięcia osobowości prawnej” można podejść szerzej – nie tylko przez pryzmat spółek komunalnych, ale również

24 M. Szydło, *Instrumentalizacja instytucji prawnej...*, *op. cit.*, s. 491.

wszystkich podmiotów spełniających cechy podmiotów wewnętrznych. Przy tym istotnym elementem będzie tu władczy akt powierzenia zadania oraz, jak podnoszono wcześniej, zamiar ustawodawcy. Jeśli bowiem pomimo spełnienia cech podmiotu wewnętrznego ustawodawca założył konieczność przeprowadzenia trybu konkursowego i zawarcia umowy, to umowa z podmiotem wyposażonym w osobowość prawną stanowiła będzie płaszczyznę powierzenia zadania. Przy tym wówczas nastąpi prywatyzacja tych zadań.

Według A. Agopszczywicza uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego, poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej, jest elementem czynności prawnej polegającej na złożeniu przez jednostkę samorządu terytorialnego oświadczenia woli. Chodzi o takie uchwały, które powodują powstanie, zmianę lub ustanie stosunku cywilnoprawnego. Skutki takie, zdaniem tego autora, powstają przeważnie w wyniku złożenia oświadczenia woli złożonego przez organ wykonawczy j.s.t. Jest to czynność wykonawcza, którą powinna poprzedzać czynność stanowiąca. Dopiero oba te akty łącznie wyrażają wolę jednostki samorządu terytorialnego jako osoby prawnej. Jeżeli więc w wyniku podjęcia tej woli i jej wyrażenia dochodzi do powstania ustania lub zmiany stosunku cywilnoprawnego, to żadna z tych czynności nie może być uznana za akt z zakresu administracji publicznej.²⁵ Z tak wyrażonym stanowiskiem można zgodzić się tylko warunkowo. Formy realizacji zadań publicznych nie są jednolite zarówno pod względem organizacyjnym, jak i pod względem form prawnych, w jakich powierzane są im zadania. W przypadku prowadzenia opieki zdrowotnej w formie spółki prawa handlowego brak jest podstaw prawnych do podejmowania stosownej uchwały przez organ uchwałodawczy. To organ wykonawczy jako upoważniony do reprezentowania interesów majątkowych j.s.t. określa zakres działania spółki prawa handlowego. W przypadku zaś innych spółek komunalnych, jak zostanie wykazane w dalszej części rozważań, dość powszechne jest stanowisko o powierzeniu zadań w drodze aktów prawa miejscowego. Wynika to z faktu, że w ten sposób j.s.t. określają sposób realizacji zadań publicznych. Powierzają nałożone na nie ustawy zadania na rzecz innych podmiotów. W przypadku zaś usług z zakresu ochrony zdrowia to ustawodawca określa jednoznacznie sposób świadczenia określonych usług, przez co pierwotną płaszczyzną powierzenia jest ustawa o działalności podmiotów leczniczych i umowa z NFZ.

Jednocześnie rozszerzając niejako wywody prowadzone przez J. Jagodę,²⁶ wywodzić można, że w przypadku uchwały poprzedzającej zawarcie umowy zewnętrzny akt administracyjny o charakterze władczym powinien być oparty na szczegółowym upoważnieniu ustawowym. Oznacza ono obowiązywanie kompletnej normy materialnej, determinującej wszystkie elementy stosunku administracyjnoprawne-

25 A. Agopszczywicz (w:) A. Agopszczywicz, Z. Gilowska, M. Taniewska-Peszko, *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 2001, s. 253.

26 J. Jagoda, *Uchwała organu jednostki samorządu...*, *op. cit.*, s. 560.

go, w tym określające zdolność organu do władczego zastosowania określonej normy prawa administracyjnego.²⁷

W tym przypadku bezpośrednia, jasno wskazana w przepisach podstawa prawna do podjęcia stosownych uchwał istnieje i stanowią ją: art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. w zw. z art. 12 pkt 8 lit. f i g, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 pkt 18, 19 lit. e i f u.s.w.). Na podstawie wskazanych norm dochodzi do tworzenia jednostek organizacyjnych, w tym przedsiębiorstw, i zawierania umów z innymi podmiotami w celu wykonywania zadań j.s.t. Nie stanowią one podstawy do przekazania przez j.s.t. środków finansowych innemu podmiotowi dla realizacji zadań należących do tego podmiotu.²⁸ Wyposażenie utworzonej jednostki organizacyjnej w majątek następuje na podstawie odrębnej uchwały.²⁹

Zdaniem J. Jagody pewna kategoria spraw należących do kompetencji administracji samorządowej załatwiana jest dwuetapowo, przy czym zasadnicze rozstrzygnięcie zostaje wydane w formie uchwał (najczęściej organu stanowiącego), a następnie zawierana jest umowa cywilnoprawna. Przy tym autorka za kluczową kwestię uznaje rozstrzygnięcie charakteru prawnego takiej uchwały, ponieważ determinuje ona możliwość wniesienia skargi na tego typu akt do sądu administracyjnego. Zasadniczo bowiem skarga taka przysługuje na uchwały z zakresu administracji publicznej. Kwalifikacja uchwały organu j.s.t. w kategoriach „uchwały z zakresu administracji publicznej” i „uchwały spoza zakresu administracji publicznej” ma istotne znaczenie dla dopuszczalności skargi na tę uchwałę.³⁰ Jeśli bowiem racjonalny ustawodawca wyodrębnił kategorię uchwał „z zakresu administracji publicznej”, to założyć należy, że jest też kategoria uchwał podejmowanych w sprawach spoza zakresu administracji publicznej, które to uchwały nie będą podlegały zaskarżeniu do sądu administracyjnego (chyba że będziemy ją kwalifikowali jako „czynność faktyczną z zakresu administracji”, co sugeruje M. Szubiakowski³¹).

Trudno więc przyjąć, że następuje tu jedynie domniemanie formy administracyjnoprawnej, skoro ustawodawca bezpośrednio założył podejmowanie tego typu uchwał. Jeśli przyjąć, że uchwała nie byłaby uchwałą z zakresu administracji publicznej, niemożliwym byłoby zastosowanie wobec niej zaskarżenia do sądu administracyjnego – skarga tak przysługuje bowiem tylko na uchwały z zakresu administracji publicznej. Tymczasem orzecznictwo sądowoadministracyjne nie kwestionuje możliwości zaskarżania tego rodzaju uchwał, w sposób dorozumiany przyjmując ich

27 Tamże.

28 Wyrok NSA z dnia 14 grudnia 1998 r., sygn. FSA 2/98, dostępny na: CBOSA.

29 A. Matan, Art. 9, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, B. Dolnicki (red.), Lex/online.

30 J. Jagoda, Uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego jako czynność poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej, (w:) Umowy w administracji (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 556.

31 M. Szubiakowski, Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów NSA z 29 marca 2006 r. (II GPS 1/2006), OSP 2006, nr 11, poz. 122.

administracyjnoprawny charakter.³² Można również wskazać, że w doktrynie opowiedziano się za szeroką interpretacją pojęcia uchwały z zakresu administracji publicznej, wskazując na konieczność powiązania tego pojęcia z przedmiotem uchwały organu j.s.t.³³

4. Uchwała jako źródło powierzenia zadań

W kontekście wyrażonych w poprzednim podrozdziale poglądów interesująca staje się analiza uchwał powierzających zadania administracji publicznej na rzecz podmiotów wewnętrznych (poprzedzających np. ustanowienie aktu założycielskiego).

Jak podnosi M. Szydło, o instrumentalizacji spółki komunalnej można mówić dopiero wtedy, gdy dokonywane przez dany podmiot akty stanowienia lub stosowania prawa odnoszące się do spółki komunalnej mają charakter aktów (działań) strategicznych. A więc po pierwsze są one nie tyle przejawem bezpośredniego realizowania (bezpośredniej konsumpcji) określonych celów, ile raczej dokonują wyznaczenia czy też ustalenia określonych celów, które powinny być następnie – w tym w oparciu o te właśnie akty – realizowane. Po drugie wyznaczone w ten sposób cele są zupełnie nowymi, których dotychczas podmiot wydający określone akty nie miał prawnego obowiązku realizować (w tym sensie, że taki obowiązek dotychczas nie był na dany podmiot nałożony bądź też nie był określony prawnie). Ten sam autor podkreśla konieczność pogłębionych badań nad celami funkcjonowania spółek komunalnych.³⁴ Jakkolwiek trudno odmówić zasadności poznawczej wartości badaniom w zakresie celów funkcjonowania spółek komunalnych (szczególnie w ich wymiarze empirycznym), to bezsprzecznie należy stwierdzić, że cele funkcjonowania spółek powinny być determinowane zakresem zadań publicznych.

Określenie obszaru działalności, poprzez dokonanie aktu powierzenia realizacji określonych zadań użyteczności publicznej w ramach ich komercjalizacji, dokonywane jest aktem jednostronnie władczym, wynika zarówno z charakteru prawnego powierzającego (który jest organem administracji publicznej), jak i faktu przekazania do realizacji zadania użyteczności publicznej, do którego zobowiązany jest organ administracji. Można analizować, czy ów akt wywodzony będzie z norm prawa publicznego i związanych tym sposobów realizacji zadań publicznych, czy też z relacji właścicielskich j.s.t. – podmiot wewnętrzny. Akt taki również determinuje obszary działalności podmiotu w ramach powierzonych zadań użyteczności publicznej poprzez określenie granicy pomiędzy tym, co stanowi prowadzoną przez taki pod-

32 Por. np. wyrok NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA.

33 M. Rzażewska, Zaskarżanie uchwał samorządu terytorialnego do Naczelnego Sądu Administracyjnego, Warszawa-Zielona Góra 1997, s. 20.

34 M. Szydło, Instrumentalizacja instytucji prawnej..., *op. cit.*, s. 492.

miot działalność komercyjną, a działalnością w ramach powierzonych zadań użyteczności publicznej.

Z orzecznictwa wyprowadzić można następujące – niejednoznaczne – wnioski. Powierzenie zadania użyteczności publicznej własnej spółce komunalnej, jako niepodlegające zamówieniom publicznym, dokonywane jest uchwałą właściwego organu.³⁵ Uchwała organu j.s.t. nie będzie przejawem relacji właścicielskich na linii j.s.t. – spółka komunalna, bowiem do wyrażania woli w sprawach majątkowych uprawniony jest organ wykonawczy. Tymczasem, jak wskazuje nienegowana przez sądy praktyka, uchwały powierzające pochodzą od organów uchwałodawczych.

W innym orzeczeniu NSA dowodzi, że spółka komunalna może zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania przez daną j.s.t. należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki będzie wykonywanie zadań publicznych (własnych bądź zleconych), należących do zakresu działania j.s.t., 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 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. W orzecznictwie nie kwestionuje się przy tym charakteru prawnego uchwały powierzającej, jako podjętej z zakresu działania administracji publicznej.³⁶

Wyborem sposobu prowadzenia gospodarki komunalnej będzie rozstrzygnięcie jednostki samorządu terytorialnego w kwestii utworzenia, jak i zmiany, jaka w zakresie przekazanych zadań i kompetencji prowadzić będzie do modyfikacji katalogu powierzonych uprzednio danemu podmiotowi zadań. Jeżeli nawet dany podmiot wykonywał już wcześniej na terenie jednostki samorządu terytorialnego określone zadanie własne tej jednostki, to kwestia dokonania zmian w tym zakresie wymaga podjęcia stosownej uchwały przez organ stanowiący danej jednostki.³⁷ Jeśli zaś podmiot taki jest tworzony, również właściwą formą będzie podjęcie stosownej uchwały.

Przeniesienie zadań na rzecz utworzenia jednostki organizacyjnej traktowane może być jako mieszczące się w wewnętrznej sferze możliwości j.s.t. samodzielnej organizacji sposobu wykonywania zadań publicznych. Co z kolei oznaczałoby, że podmioty spoza administracji uznawane są za nieposiadające interesu prawne-

35 Wyr. NSA z dnia 11.08.2005 r., sygn. II GSK 105/05, dostępny na: CBOSA.

36 Wyrok NSA z dnia 24 września 2014 r., sygn. II OSK 1314/14; wyrok NSA z dnia 03 grudnia 2015 r., sygn. II OSK 2590/15, dostępne na: CBOSA.

37 Wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA.

go w zaskarzeniu tego typu uchwały, nawet jeśli powierzone zostaje zadanie w obszarze, w którym normalnie mogłaby być prowadzona działalność gospodarcza.³⁸ Jednocześnie praktyką jest publikowanie tych uchwał w wojewódzkich dziennikach urzędowych.³⁹ Można bowiem zauważyć, że gospodarką komunalną jest wykonywanie przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Jak stanowi art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k., jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Oznacza to, że domniemanie kompetencji w tym zakresie przysługuje organom stanowiącym jednostek samorządu terytorialnego. NSA wywodzi więc, że uchwała taka, jako że przekazuje zadania ustawowo przypisane organowi jednostki samorządu terytorialnego na podmiot pozostający poza strukturą tych organów, stanowi akt prawa miejscowego.⁴⁰

Charakter prawny uchwał powierzających może być na tyle sporny, że nawet w ramach jednego województwa ten sam organ nadzoru, powołując się na stanowisko wyrażone w orzeczeniu NSA,⁴¹ w jednym przypadku stwierdza nieważność uchwały powierzającej ze względu na podjęcie jej jako akt wewnętrzny, bez jednoczesnego obowiązku publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym,⁴² by w innym przypadku (miasta wojewódzkiego) dopuścić taki akt jako akt wewnętrzny publikowany jedynie w BIP.⁴³

W moim przekonaniu wydaje się zasadnym, by uchwały powierzające traktować jako akty z zakresu administracji publicznej. Nie przenoszą one automatycznie kompetencji (dla tego celu konieczna jest uchwała podejmowana na podstawie art. 39 ust. 4 u.s.g.), ale zmieniają niewątpliwie podmiot, który faktycznie świadczyć będzie określone usługi użyteczności publicznej – następuje przeniesienie zadania użyteczności publicznej. Nie chodzi tylko o wewnątrzorganizacyjny podział zadań w ramach j.s.t., ale również, z punktu widzenia odbiorcy tych usług, jasne wskazanie tego, kto będzie umocowanym realizatorem powierzonych zadań. Jeśli do tego dodamy fakt, że powierzone zadania dotyczyć mogą sfery, która normalnie mieści się w ramach działalności gospodarczej, a przez to możliwym jest wpływanie w pewnym stopniu na konkurencję na rynku, to jasne określenie powierzonego za-

38 Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. II SA/Bk 96/13, dostępny na: CBOSA.

39 Por. wyr. NSA z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. II OSK 2590/15, dostępny na: CBOSA.

40 Wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA.

41 Tamże.

42 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr NK-N.4131.127.42.2015.MS6 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 3 listopada 2015 r. stwierdzające nieważność uchwały Rady Miejskiej w Strzelinie Nr XII/167/15 z dnia 29 września 2015 r. w sprawie powierzenia Strzeleńskiemu Centrum Sportowo-Edukacyjnemu Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelinie wykonywania zadań własnych Gminy Strzelin w zakresie prowadzenia kultury fizycznej, turystyki, terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych., Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016, poz. 4614.

43 Uchwała Nr XXVI/584/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie utworzenia spółki Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, https://ekosystem.wroc.pl/content/uploads/2013/08/Uchwała-nr-XXVI_584_12-utworzenie-spolki.pdf, data pobrania 14.07.2018 r.

dania jest istotne nie tylko dla odbiorcy usług, ale dla podmiotów również działających na rynku. W ten sposób akt powierzenia zyskuje walor powszechności (dotyczy on bowiem wszystkich mieszkańców j.s.t., podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało powierzone, ew. podmiotów konkurencyjnych).

Z wykonywaniem zadań powiązane jest wykonywanie funkcji i kompetencji. Nie jest możliwym przeniesienie na organ jednostki organizacyjnej kompetencji organu bez wcześniejszego powierzenia zadań. Funkcje i kompetencje służą bowiem wykonywaniu zadań. Jeśli zadanie nałożone jest na organ j.s.t. drogą ustawową, to wydaje się niemożliwym przeniesienie tego zadania na inny podmiot przez zawarcie umowy cywilnej, szczególnie jeśli z tym zadaniem powiązane jest wykonywanie funkcji i kompetencji.

Mając na względzie istotną rolę uchwały organu stanowiącego j.s.t. jako źródła powierzenia zadań, a także spory co do ich charakteru, analizie poddano uchwały powierzające zadania spółkom komunalnym. Ograniczenie pola badawczego do spółek komunalnych związane jest z tym, że wykonują one najszerszy zakres zadań użyteczności publicznej. W przypadku tych podmiotów istnieją kontrowersje co do formy powierzenia zadań i to te podmioty najlepiej wpisują się w koncepcję „podmiotów wewnętrznych” oraz analizowaną w niniejszej pracy koncepcją komercjalizacji zadań j.s.t.

Zaznaczyć przy tym należy, że przyjęto w pracy cechy prawa miejscowego opisane i scharakteryzowane w doktrynie prawa administracyjnego, czyli:

- 1) istnienie kompetencji i delegacji ustawowej do stanowienia prawa miejscowego,
- 2) normatywny charakter aktów prawa miejscowego,
- 3) abstrakcyjny i generalny charakter aktów prawa miejscowego,
- 4) powszechny charakter aktów prawa miejscowego,
- 5) ograniczony terytorialnie zasięg działania aktów prawa miejscowego,
- 6) lokalny charakter spraw regulowany aktem prawa miejscowego,
- 7) wykonawczy charakter spraw regulowany aktem prawa miejscowego,
- 8) brak samodzielności regulowania aktem prawa miejscowego spraw należących do materii ustawowej,
- 9) związanie aktów prawa miejscowego ramami stworzonymi przez ustawy.⁴⁴

Ponieważ przeprowadzone badania mają charakter empiryczny (dotyczą sfery faktów w zakresie podjętych uchwał), dla potrzeb badania uznaję, że prawem miejscowym jest ten akt, który za taki uznała właściwa rada gminy (czyli akty opubliko-

44 D. Dąbek, *Prawo miejscowe* (wyd. 2), Warszawa 2015, s. 65-79.

wane w wojewódzkich dziennikach urzędowych i zawierające stosowne podstawy prawne). Dopiero w konsekwencji przeprowadzonej analizy możliwa będzie ocena zgromadzonego materiału badawczego z punktu widzenia prawidłowo określonych cech aktów prawa miejscowego i wyciągnięcie wniosków co do charakteru prawnych typów aktów.

Badaniem objęto elektroniczne bazy wojewódzkich dzienników urzędowych w okresie od stycznia 2011 r. do marca 2018 r., a także bazy uchwał o charakterze wewnętrznym 16 miast wojewódzkich. Przeprowadzone badania skupiły się na kilku podstawowych aspektach. W pierwszym etapie ustalono, jakiego rodzaju zadania powierzono na rzecz spółek komunalnych. Wykazano, jakiego rodzaju ograniczenia (nakazy, zakazy) związane z prowadzeniem powierzonej działalności nakładano na spółki komunalne oraz w jaki sposób traktuje się uchwały powierzające. Czy zakładano konieczność (bądź fakultatywną możliwość) podejmowania odrębnej obok uchwały umowy wykonawczej? Jednocześnie wyodrębniono i opisano interesujące przypadki indywidualne. Przeanalizowane uchwały pogrupowano ze względu na województwa, na których obszarze były podejmowane, by w końcowej fazie wprowadzić wnioski o charakterze ogólnym.

Ustalono, że w województwie dolnośląskim w latach 2011-2018, dla powierzenia zadań spółkom komunalnym przyjęto w większości przypadków formę aktów prawa miejscowego (21 uchwał). We Wrocławiu uchwała powierzająca miejskiej spółce komunalnej zadania miała charakter aktu prawa wewnętrznego obowiązującego i dotyczyła zadań z zakresu utrzymania czystości i porządku.⁴⁵

Uchwały będące prawem miejscowym dotyczyły powierzenia następujących zadań:

- 1) zarządzanie mieszkaniowym zasobem gminy oraz gminnymi lokalami użytkowymi;⁴⁶
- 2) realizacje remontów, modernizacje obejmujące mieszkaniowy zasób gminy oraz gminne lokale użytkowe;⁴⁷
- 3) obsługa strefy płatnego parkowania;⁴⁸

45 Uchwała Nr XXVI/584/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie utworzenia spółki Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, https://ekosystem.wroc.pl/content/uploads/2013/08/Uchwała-nr-XXVI_584_12-utworzenie-spolki.pdf, data pobrania 14.07.2018 r.

46 Uchwała Nr XXXVIII/237/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych z zakresu gospodarki nieruchomościami Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016, poz. 5899.

47 Tamże.

48 Uchwała Nr XXXVIII/235/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z zakresu strefy płatnego parkowania; Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016, poz. 5897.

- 4) zadanie z zakresu cmentarzy gminnych polegające na zarządzaniu i administrowaniu cmentarzem gminnym;⁴⁹
- 5) zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie⁵⁰ (w tym np. likwidacja nielegalnych składowisk, zagospodarowanie odpadów,⁵¹ sprzątanie ulic, nadzorowanie systemu), inne powiązane zadania (np. utrzymanie i eksploatacja fontann miejskich, dekorowanie okolicznościowe miasta),⁵² prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów⁵³;

- 49 Uchwała Nr XXXVIII/234/2016 Rady Miejskiej Żąbkowice Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Żąbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkowicach Śląskich z zakresu cmentarzy gminnych; Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5896.
- 50 Uchwała Nr XXXVIII/233/2016 Rady Miejskiej Żąbkowice Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Żąbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkowicach Śląskich z zakresu utrzymania czystości i porządku, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5895; uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubania z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Luban, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829; uchwała Nr XXX/210/16 Rady Miejskiej W Nowogrodzcu z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Nowogrodziec Spółce Hydro-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogrodzcu, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5595; uchwała Nr XXIV-153/2016 Rady Gminy Dobroszyce z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie wyboru formy organizacyjno-prawnej dla prowadzenia działalności w zakresie zadań własnych Gminy Dobroszyce i powierzenia tych zadań gminnej spółce, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5514, Uchwała Nr VII/XXXVI/286/17 Rady Gminy Wisznia Mała z dnia 28 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia wykonywania niektórych zadań własnych Gminy Wisznia Mała z zakresu gospodarki komunalnej Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Wiszni Małej, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 5380.
- 51 Uchwała Nr XXXVIII/232/2016 Rady Miejskiej Żąbkowice Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Żąbkowicach Śląskich wykonywania zadania własnego Gminy Żąbkowice Śląskie, dotyczącego likwidacji wysypisk, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5894; uchwała Nr XXIII/214/16 Rady Miejskiej Legnicy z dnia 25 lipca 2016 r. w sprawie powierzenia Legnickiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy wykonywania zadań własnych Gminy Legnica, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 3751; uchwała Nr XVI/143/16 Rady Gminy w Warcie Bolesławieckiej z dnia 21 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Warta Bolesławiecka Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Lubkowie Sp. z o.o., Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 3020; uchwała Nr XXX.144.2017 Rady Miasta Wojcieszów z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce zadań własnych Gminy Wojcieszów, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 2253; uchwała Nr XL/244/2016 Rady Miejskiej Żąbkowice Śląskich z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Żąbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkowicach Śląskich z zakresu utrzymania czystości i porządku na przystankach komunikacyjnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 86; uchwała Nr XXX/227/12 Rady Miejskiej w Lubinie z dnia 20 listopada 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Lubinie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Lubin, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2013 r. poz. 1404.
- 52 Uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubania z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Luban, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829.
- 53 Uchwała Nr XXXIII/271/16 Rady Miejskiej W Bystrzycy Kłodzkiej z dnia 13 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Usług Komunalnych sp. z o.o. w Bystrzycy Kłodzkiej obowiązkowego zadania własnego Gminy Bystrzyca Kłodzka, dotyczącego prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5890; uchwała Nr 259.XXXV.2016 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 13 grudnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Jeleniej Górze obowiązkowego zadania własnego Miasta Jelenia Góra, dotyczącego prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5856; uchwała Nr 491.LIV.2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Jeleniej Górze obowiązkowego zadania własnego Miasta Jelenia Góra, dotyczącego prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 2334.

6) administrowanie zespołem basenów odkrytych⁵⁴.

Ciekawym przykładem może być uchwała, w której obok zadań związanych z szeroko pojętym utrzymaniem czystości i porządku powierzono na rzecz spółki komunalnej zadanie w postaci pozyskiwania drewna – jest to bowiem zadanie niemieszczące się kategorii zadań objętych u.c.p.g.⁵⁵

W niektórych przypadkach uchwały stanowiły instrument ograniczający aktywność spółek na innym polu niż realizacja powierzonego zadania, a przez to pośrednio kontrolujący zachowanie cech podmiotu wewnętrznego przez cały okres realizacji zadania użyteczności publicznej.⁵⁶ W innym zaś przypadku dopuszczono wprost prowadzenie przez spółkę innej działalności bez odniesienia się co do tego, czy ma to być działalność uboczna względem powierzonej.⁵⁷

Tylko niektóre spośród badanych uchwał powierzających, stanowiących akty prawa miejscowego, odnosiły się do konieczności zawarcia odrębnej umowy wykonawczej pomiędzy spółką a j.s.t., określającej zasady finansowania wykonywanych zadań użyteczności publicznej.⁵⁸

W województwie lubelskim w okresie od 2011 r. do 2018 r. nie znaleziono żadnych uchwał powierzających, uznanych akty prawa miejscowego. Miasto Lublin powierzenia zadania swojej jednoosobowej spółce dokonało aktem wewnętrznym z dnia 27 kwietnia 2017 r. (zmieniając podjętą wcześniej uchwałę). Co warte podkreślenia, ta sama spółka realizuje zadanie w postaci budowy mieszkań komu-

54 Uchwała Nr XXV/282/16 Rady Miejskiej w Świdnicy z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia Świdnickiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w Świdnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy zadania własnego gminy polegającego na przebudowie i administrowaniu zespołem basenów odkrytych wraz z infrastrukturą, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5627.

55 Uchwała Nr 562.LX.2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 30 września 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze zadań własnych Miasta Jelenia Góra, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 4262, § 2 ust. 1 pkt 15.

56 Uchwała Nr XXX/227/12 Rady Miejskiej w Lubinie z dnia 20 listopada 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Lubinie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Lubin, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2013 r. poz. 1404 – gdzie w § 5 zastrzeżono, iż Spółka nie będzie świadczyć na rzecz innych gmin usług o charakterze tożsamym z usługami świadczonymi, usługi wykonywane w ramach powierzonych zadań wraz z dotychczas powierzonymi zadaniami własnymi gminy stanowić będą podstawowy przedmiot działalności Spółki, przedmiot działalności Spółki nie ulegnie istotnemu rozszerzeniu o inne rodzaje działalności, a Gmina Miejska Lubin zachowa wszystkie udziały w kapitale zakładowym Spółki.

57 Uchwała Nr 562.LX.2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 30 września 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze zadań własnych Miasta Jelenia Góra, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 4262.

58 Uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubań z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Lubań, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829; uchwała Nr XXX/210/16 Rady Miejskiej w Nowogrodzcu z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Nowogrodziec Spółce Hydro-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogrodzcu, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5595; uchwała Nr 562.LX.2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 30 września 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze zadań własnych Miasta Jelenia Góra, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 4262.

nalnych w ramach gminnego budownictwa mieszkaniowego, renowacji kamienic będących własnością spółki, cmentarzy gminnych, zieleni gminnej i zadrzewień, utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Lublin przez zapewnienie utrzymania i eksploatacji szaleatów publicznych oraz prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych.⁵⁹

Tego rodzaju działanie podaje w wątpliwość fachowość i specjalizację spółki w wykonaniu zadania. Oczywiście zasób kadrowy zawsze może być dostosowany odpowiednio do prowadzonej działalności, tym niemniej np. zarząd spółki jest jeden. Powierzenie zbyt wielu zadań na rzecz jednej spółki rodzi jeszcze ten skutek, że utrudnione jest kontrolowanie zachowania odpowiednich proporcji pomiędzy działalnością komercyjną i realizacją zadań użyteczności publicznej – tego rodzaju proporcje mierzone są bowiem na całej działalności spółki.

W przypadku województwa małopolskiego w latach 2011-2018 podjęto 9 uchwał (uznanych za akty prawa miejscowego) w sprawie powierzenia zadań, w tym również uchwał zmieniających zakres powierzenia. Powierzano zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku,⁶⁰ w tym również tylko prowadzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów.⁶¹

W niektórych przypadkach przewidziano konieczność doprecyzowania powierzenia w formie zawierania odrębnie umowy wykonawczej (przewidującej uszczegółowienie obowiązków i uprawnień spółki).⁶²

59 Uchwała Nr 734/XXIX/2017 Rady Miasta Lublin z dnia 27 kwietnia 2017 r. zmieniająca uchwałę nr 388/XVII/2004 Rady Miasta Lublin z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie utworzenia przez Gminę Miasto Lublin jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i objęcia w niej udziałów pokrytych wkładem niepieniężnym, <https://mamprowiedziec.pl/file/22044>, data pobrania 14.05.2018 r.

60 Uchwała Nr XXVIII-250-12 Rady Miejskiej w Andrychowie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Andrychowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Andrychów, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6759; uchwała Nr XXXIV/435/2012 Rady Miasta Zakopane z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Spółce „TESKO” Tatrzńska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. w Zakopanem obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium gminy Miasto Zakopane, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6846; uchwała Nr LII/697/12 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 3883; uchwała Nr XXXIII/286/2013 Rady Miejskiej w Chelmieku z dnia 7 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Chelmieku Sp. z o.o. zadań własnych Gminy Chelmek, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 6663.

61 Uchwała Nr XXXVII/451/13 Rady Miejskiej w Skawinie z dnia 27 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Usługowemu Sp. z o.o. w Skawinie obowiązkowego zadania własnego Gminy Skawina, dotyczącego prowadzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 7572.

62 Uchwała Nr XXVIII-250-12 Rady Miejskiej w Andrychowie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Andrychowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Andrychów, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6759; uchwała Nr XXXIV/435/2012 Rady Miasta Zakopane z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Spółce „TESKO” Tatrzńska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. w Zakopanem obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium gminy Miasto Zakopane, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6846; uchwała Nr LII/697/12 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kra-

Zastosowano również wprowadzenie ograniczeń w podejmowaniu przez spółkę innej aktywności w ten sposób, że spółka nie będzie świadczyć na rzecz innych gmin usług o charakterze tożsamym z usługami świadczonymi w ramach powierzonego zadania. Usługi wykonywane w ramach powierzonego zadania własnego stanowić mają podstawowy przedmiot działalności spółki. Przedmiot działalności spółki nie ulegnie zaś istotnemu rozszerzeniu o inne rodzaje działalności, a gmina zachowa wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki.⁶³ Kraków dokonał powierzenia zadań w formie aktu prawa miejscowego.⁶⁴

Analiza uchwał podejmowanych przez gminy woj. mazowieckiego pozwala stwierdzić, że podjęte zostały dwie takie uchwały – uznane za prawo miejscowe. Dotyczyły takich zadań, jak:

- 1) utrzymanie gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych;
- 2) edukacja publiczna;
- 3) kultura, w tym biblioteki gminne i inne instytucje kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami;
- 4) wspieranie i upowszechnianie idei samorządowej, w tym tworzenie warunków do działania i rozwoju jednostek pomocniczych i wdrażania programów pobudzania aktywności obywatelskiej;
- 5) promocja gminy;
- 6) współpraca i działalność na rzecz organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536 z późn. zm.);⁶⁵
- 7) prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów.⁶⁶

ków, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 3883; uchwała Nr XXXIII/286/2013 Rady Miejskiej w Chełmku z dnia 7 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o. zadań własnych Gminy Chełmek, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 6663.

63 Uchwała Nr XXVIII-250-12 Rady Miejskiej w Andrychowie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Andrychowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Andrychów, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6759; uchwała Nr XXXIV/435/2012 Rady Miasta Zakopane z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Spółce „TESKO” Tatrzańska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. w Zakopanem obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium gminy Miasto Zakopane, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6846; uchwała Nr XXXIII/286/2013 Rady Miejskiej w Chełmku z dnia 7 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o. zadań własnych Gminy Chełmek, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 6663.

64 Uchwała Nr LII/697/12 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 3883.

65 Uchwała Nr XXI/157/16 Rady Miasta Żyrardowa z dnia 31 marca 2016 r. w sprawie utworzenia Spółki pod nazwą Centrum Obsługi Mieszkańców Kantor „Żyrardów” Sp. z o.o. oraz powierzenia Spółce obowiązkowych zadań własnych gminy na terytorium Miasta Żyrardowa, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2016 r. poz. 3308.

66 Uchwała Nr 545/XLV/2014 Rady Miasta Ciechanów z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie zadania własnego gminy w zakresie utworzenia i pro-

Przewidziano także obowiązek zawarcia stosownej umowy wykonawczej.⁶⁷

W jednej uchwale powierzenie zadań ograniczone było czasowo (np. na okres 20 lat),⁶⁸ w drugiej zaś nie zawarto ograniczenia czasowego powierzenia zadań.⁶⁹

W województwie opolskim spółce komunalnej w formie aktu wewnętrznego powierzono zadanie w postaci organizacji punktów selektywnej zbiórki odpadów, a także obsługi miejskich punktów elektroodpadów. Uchwała nie odnosi się do okresu powierzenia ani nie odsyła do uregulowania szczegółowych kwestii w umowie wykonawczej.⁷⁰

W województwie podlaskim Miasto Białystok powierzyło swojej istniejącej spółce komunalnej zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku. Powierzenie dokonane zostało aktem wewnętrznym, ograniczone czasowo, z jednoczesnym odesłaniem do przepisów umowy wykonawczej (w zakresie doprecyzowania spraw finansowych i wzajemnych relacji pomiędzy spółką a miastem).⁷¹ Uchwałą o charakterze wewnętrznym (o bardzo podobnej treści do tej dotyczącej utrzymania czystości i porządku) tej samej spółce powierzono również prowadzenie targowiska miejskiego.⁷²

W okresie objętym badaniem w pozostałych miastach województwa podlaskiego nie dokonano powierzeń w formie aktów prawa miejscowego.

W województwie pomorskim Gdańsk w formie aktu wewnętrznego powierzył spółce komunalnej zadania w postaci:

1) świadczenia usługi zarządzania infrastrukturą polegającej na:

- wadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Ciechanów, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2014 r. poz. 8116.
- 67 Uchwała Nr XXI/157/16 Rady Miasta Żyrardowa z dnia 31 marca 2016 r. w sprawie utworzenia Spółki pod nazwą Centrum Obsługi Mieszkańców Kantor „Żyrardów” Sp. z o.o. oraz powierzenia Spółce obowiązkowych zadań własnych gminy na terytorium Miasta Żyrardowa, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2016 r. poz. 3308.
- 68 Uchwała Nr XXI/157/16 Rady Miasta Żyrardowa z dnia 31 marca 2016 r. w sprawie utworzenia Spółki pod nazwą Centrum Obsługi Mieszkańców Kantor „Żyrardów” Sp. z o.o. oraz powierzenia Spółce obowiązkowych zadań własnych gminy na terytorium Miasta Żyrardowa, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2016 r. poz. 3308.
- 69 Uchwała Nr 545/XLV/2014 Rady Miasta Ciechanów z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie zadania własnego gminy w zakresie utworzenia i prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Ciechanów, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2014 r. poz. 8116.
- 70 Uchwała Nr XL/806/17 Rady Miasta Opola z dnia 20 kwietnia 2017 r. w sprawie powierzenia spółce Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą ul. Podmiejska 69, 45-574 Opole zadania własnego Gminy Opole z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych, <http://prawomiejscowe.um.opole.pl/institution/18386/legact/5658/18386/pdfpreview>, data pobrania 16.05.2018 r.
- 71 Uchwała Nr LI/603/13 Rady Miasta Białystok z dnia 25 listopada 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, file:///C:/Users/user/Downloads/LI-603-13%20(2).pdf, data pobrania 16.05.2018 r.
- 72 Uchwała Nr XXVII/429/16 Rady Miasta Białystok z dnia 28 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo – Handlowo – Produkcyjnemu „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok obejmujących sprawy targowisk i hal targowych w zakresie Targowiska Miejskiego zlokalizowanego przy ul. Kawalerskiej w Białymstoku, file:///C:/Users/user/Downloads/XXVII_429_16%20(1).pdf, data pobrania 17.05.2018 r.

- a) utrzymywaniu infrastruktury obejmującym eksploatację, konserwację oraz remonty w celu zachowania jej funkcji i sprawności oraz utrzymanie czystości, porządku i bezpieczeństwa jej użytkowania w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne,
 - b) bieżącym administrowaniu infrastrukturą.
- 2) prowadzenia na infrastrukturze inwestycji koniecznych do prawidłowego jej utrzymania,
 - 3) podejmowania działań zapewniających bezpieczeństwo przeciwpowodziowe Gminy Miasta Gdańska.

Uchwała odsyła do przepisów umowy wykonawczej, która ma regulować następujące kwestie:

- 1) przedmiot powierzenia,
- 2) prawa i obowiązki spółki,
- 3) prawa i obowiązki miasta,
- 4) zasady i tryb ustalania wysokości rekompensaty z tytułu wykonywania przez spółkę zadań powierzonych,
- 5) zasady weryfikacji i kontroli rekompensaty z tytułu wykonywania przez spółkę zadań powierzonych,
- 6) sposób postępowania w przypadku wystąpienia nadwyżek i niedoborów rekompensaty,
- 7) zasady ubezpieczenia wykonania przedmiotu umowy,
- 8) warunki zmiany i rozwiązania umowy,
- 9) sposób rozstrzygania sporów.

Jednocześnie w uchwale nie zastrzeżono dodatkowych ograniczeń w postaci zakazu podejmowania działalności innej niż powierzona.⁷³

Miasto Gdańsk dokonało również powierzenia innej spółce komunalnej realizacji zadania świadczenia usług przewozowych o charakterze użyteczności publicznej w transporcie autobusowym na terenie Gminy Miasta Gdańska w latach 2017-2026. Zadanie powierzono aktem wewnętrznym, powierzenie ograniczono czasowo, a szczegóły powierzenia miały zostać określone w umowie wykonawczej.⁷⁴

73 Uchwała Nr XVI/487/15 Rady Miasta Gdańska z dnia 26 listopada 2015 roku w sprawie powierzenia „Gdańskim Melioracjom” Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie gospodarki wodnej, kanalizacji odprowadzającej wody opadowe i roztopowe, ochrony przeciwpowodziowej oraz utrzymywania fontann i studni publicznych. http://bip.gdansk.pl/subpages/akty_prawne/pliki/2015/URM_2015_7_487.pdf, data pobrania 16.05.2018 r.

74 Uchwała Nr XVI/490/15 Rady Miasta Gdańska z dnia 26 listopada 2015 roku w sprawie powierzenia Zakładowi Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku zadań własnych Gminy Miasta Gdań-

W analogicznej formie kolejnej spółce, powierzono zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie. Zadanie to w poszczególnych punktach zostało różnie opisane czasowo, tzn. w niektórych punktach określa się jedynie datę początkową wykonania zadania, w niektórych zaś przyjmuje bardzo krótki okres jego realizacji, np. zapewnienie warunków selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych z ogólnodostępnych gniazd segregacyjnych, stanowiących uzupełnienie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, składających się z zestawów pojemników ustawionych na terenach gminy przeznaczonych do użytku publicznego, obejmującego następujące frakcje odpadów: papier, szkło oraz tworzywa sztuczne – od dnia 15 września 2017 r. do dnia 31 marca 2018 r. Uchwała nie odsyła do umowy wykonawczej.⁷⁵ W okresie objętym badaniem w pozostałych miastach województwa nie dokonano powierzeń w formie aktów prawa miejscowego.

W województwie śląskim – w Katowicach – spółce komunalnej powierzono zadanie na podstawie aktu o charakterze wewnętrznym. Powierzone zadanie dotyczyło całorocznego utrzymania miejskich przepompowni wód deszczowych i urządzeń podczyszczających wody deszczowe. Uchwała nie odsyła do umowy wykonawczej, nie przewiduje również ograniczenia czasowego wykonywanego zadania.⁷⁶ Co ciekawe, w Katowicach spółce komunalnej powierzono również zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku (w zakresie gospodarowania odpadami, w tym także ich zagospodarowania) w formie aktu prawa miejscowego, z odesłaniem do umowy wykonawczej. Jednocześnie dopuszczono możliwość podejmowania innych aktywności, o ile nie spowoduje to uszczerbku dla realizacji podstawowego zadania.⁷⁷

W województwie śląskim wystąpiły przypadki powierzenia zadań w formie aktów uznanych za prawo miejscowe, dotyczących utrzymania czystości i porządku w gminie w zakresie związanym z odprowadzaniem nieczystości ciekłych, opróżnianiem zbiorników bezodpływowych. W przypadku Sosnowca zadanie to nie zostało powierzone na określony czas, zakres powierzenia miał być doprecyzowany

ska w zakresie autobusowego lokalnego transportu zbiorowego, http://bip.gdansk.pl/subpages/akty_prawne/pliki/2015/URM_2015_7_490.pdf, data pobrania 16.05.2018 r.

75 Uchwała Nr XLII/1174/17 Rady Miasta Gdańska z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie powierzenia Gdańskim Usługom Komunalnym Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku wykonywania zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie utrzymania czystości i porządku; uchwała Nr XLVIII/1451/18 Rady Miasta Gdańska z dnia 22 lutego 2018 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Gdańskim Usługom Komunalnym Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku wykonywania zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie utrzymania czystości i porządku, https://czystemiasto.gdansk.pl/chapter_76350.asp, data pobrania 16.05.2018 r.

76 Uchwała Nr XXVI/589/12 Rady Miasta Katowice z dnia 12 września 2012 r. w sprawie powierzenia Katowickim Wodociągom S.A. wykonywania zadań własnych gminy Katowice w zakresie eksploatacji miejskich przepompowni wód deszczowych i urządzeń podczyszczających wody deszczowe na terenie miasta Katowice; uchwała Nr XXXIV/674/16 Rady Miasta Katowice z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Katowickim Wodociągom S.A. wykonywania zadań własnych gminy Katowice w zakresie eksploatacji miejskiej kanalizacji deszczowej na terenie miasta Katowice, <http://bip.katowice.eu/Lists/Dokumenty/Attachments/100832/sesja%20XXXIV-674-16.pdf>, data pobrania 06.08.2018 r.

77 Uchwała Nr XXXIV/672/16 Rady Miasta Katowice z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zadań własnych Miasta Katowice, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2016 r. poz. 7049.

w umowie wykonawczej, a jednocześnie w tej samej uchwale dokonano „upoważnienia” zarządu spółki do wydawania decyzji.⁷⁸ Chorzów powierzył zadanie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, bez szczegółowego wyliczenia, co wchodzi w zakres tego zadania (bez odesłania do umowy wykonawczej i okresu realizacji zadania).⁷⁹

W województwie świętokrzyskim powierzano zadania dotyczące zieleni miejskiej. Uchwałę Rady Miasta Kielce uznano za prawo miejscowe, jednocześnie przewidując zasady rozliczania kosztów realizacji zadania, przez akceptację tych kosztów na koniec każdego miesiąca i pokrywanie ich z budżetu j.s.t.⁸⁰ Zakres powierzenia rozszerzony został o prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów,⁸¹ a także o budowę i remonty dróg, placów i chodników.⁸² Dopiero po pewnym czasie zadanie prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów powierzone zostało odrębnie stworzonej do tego celu spółce komunalnej,⁸³ a powierzenie ograniczono czasowo.⁸⁴

Inne podejmowane na terenie województwa świętokrzyskiego uchwały prowadziły do powierzenia: zimowego utrzymania ulic i chodników oraz innych terenów (uchwałą bez odesłania do odrębnej umowy i ograniczenia czasowego).⁸⁵ Tej samej spółce powierzono zadanie zarządzania i administrowania budynkami i lokalami,⁸⁶

- 78 Uchwała Nr 353/XXX/2016 Rady Miejskiej w Sosnowcu z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w Sosnowcu Spółka Akcyjna obowiązkowego zadania własnego gminy i upoważnienia Zarządu Spółki Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Sosnowcu Spółka Akcyjna do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2016 r. poz. 2615.
- 79 Uchwała Nr IV/27/15 Rady Miasta Chorzów z dnia 22 stycznia 2015 r. w sprawie powierzenia jednoosobowej spółce gminy ADM „Chorzów” Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie obowiązkowego zadania własnego gminy polegającego na utrzymaniu czystości i porządku na terenie gminy Chorzów, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2015 r. poz. 452.
- 80 Uchwała Nr XVIII/410/2011 Rady Miasta Kielce z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, z późn. zm. <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- 81 Uchwała Nr XLII/742/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 14 marca 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- 82 Uchwała Nr XLIV/806/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 16 maja 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, a także selektywnego zagospodarowania odpadów komunalnych, <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- 83 Uchwała Nr XLIV/811/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 16 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Odpadami Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- 84 Uchwała Nr XXXIV/716/2016 Rady Miasta Kielce z dnia 8 grudnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- 85 Uchwała Nr XXII/235/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 24 października 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sandomierzu Spółka z o.o. wykonywania usług na terenie miasta Sandomierza w zakresie: zimowego utrzymania dróg i chodników, oczyszczania ręcznego placów, chodników, schodów i parkingów, utrzymania zieleni miejskiej, wywozu nie segregowanych odpadów komunalnych w m. Sandomierz, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2012 r. poz. 3250.
- 86 Uchwała Nr XVII/164/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 21 marca 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o.o. zarządzania i admini-

prowadzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów,⁸⁷ zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych,⁸⁸ administrowanie cmentarzem.⁸⁹ Zakres powierzenia zmieniono prawem miejscowym ze wskazaniem obowiązku zawarcia umowy wykonawczej.⁹⁰ Zamiana formy powierzenia zadań świadczyć może o braku jednolitości rozwiązań i braku konsekwencji w działaniu organów uchwałodawczych.

Starachowice – aktem uznanym za prawo miejscowe – powierzyły spółce komunalnej zadanie w postaci zagospodarowania odpadów. Określono obowiązek zawarcia umowy wykonawczej i ograniczono czasowo świadczenie usługi przez spółkę.⁹¹

W województwie kujawsko-pomorskim, w Toruniu, aktem wewnętrznym, spółce komunalnej powierzono zadanie w postaci zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych; poddawania odzyskowi i unieszkodliwieniu odpadów komunalnych we własnej instalacji RIPOK lub w instalacjach będących własnością innych podmiotów. Powierzenie nie odnosi się do zasad finansowania ani do konieczności zawarcia odrębnej umowy.⁹² Podobnie, aktem wewnętrznym, Bydgoszcz powierzyła spółce komunalnej zadanie z zakresu zarządzania zasobem nieruchomości Miasta Bydgoszcz.⁹³

strowania budynkami i lokalami będącymi własnością Gminy Sandomierz, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2012 r. poz. 1593.

- 87 Uchwała Nr XXVIII/314/2013 Rady Miasta Sandomierza z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Sandomierzu prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 2566.
- 88 Uchwała Nr XXVIII/315/2013 Rady Miasta Sandomierza z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Sandomierzu wykonywania usług w zakresie zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Mieście Sandomierzu, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 2567.
- 89 Uchwała Nr XXIV/265/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o.o. wykonywania usług w zakresie administrowania Cmentarzem Komunalnym w Sandomierzu, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 898.
- 90 Uchwała Nr XLIX/659/2017 Rady Miasta Sandomierza z dnia 29 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o.o. zadań własnych Gminy Sandomierz w zakresie: zimowego utrzymania dróg i chodników, utrzymania czystości i porządku, utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz utrzymania zieleni miejskiej i zadrzewień, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2017 r. poz. 3872.
- 91 Uchwała Nr VI/4/2013 Rady Miejskiej w Starachowicach z dnia 8 lutego 2013 r. w sprawie: powierzenia Spółce: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów „Janik” Sp. z o.o. z siedzibą w Janiku zadania własnego Gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę umowy wykonawczej niezbędnej dla realizacji projektu pn.: Rozbudowa Instalacji Regionalnej wraz z wyposażeniem w niezbędny sprzęt ZUO „Janik” Sp. z o.o., dofinansowanego ze środków wspólnotowych UE, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 1176.
- 92 Uchwała Nr 178/15 Rady Miasta Torunia z dnia 29 października 2015 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu zadań własnych Gminy Miasta Toruń z zakresu prowadzenia gospodarki odpadami komunalnymi, w tym odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, http://www.bip.torun.pl/files/doc/178_15_01.pdf, data dostępu 22.05.2018 r.
- 93 Uchwała Nr XLVII/1011/13 Rady Miasta Bydgoszczy z dnia 20 października 2013 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych z zakresu zarządzania zasobem nieruchomości Miasta Bydgoszczy Administracji Domów Miejskich ADM Sp z o.o., http://www.bip.um.bydgoszcz.pl/binary/1011_tcm30-155730.pdf, dostęp 22.05.2018 r.

W przypadku Solca Kujawskiego – aktem uznanym za prawo miejscowe – powierzono zadanie z zakresu utrzymania czystości i porządku. Wprowadzono maksymalny poziom zysków w wysokości nieprzekraczającej 5%, bez jednoczesnego określenia sposobu finansowania podejmowanej działalności i konieczności zawierania odrębnej umowy wykonawczej.⁹⁴

W Żninie spółce komunalnej powierzono (aktem uznanym za prawo miejscowe) zadania obejmujące:

- 1) oczyszczanie miasta i wsi;
- 2) utrzymanie zieleni;
- 3) obsługę targowiska miejskiego i szaleków miejskich;
- 4) obsługę i prowadzenie biura Strefy Płatnego Parkowania,
- 5) przyjmowanie zgłoszeń i wyłapywanie bezdomnych zwierząt,⁹⁵
- 6) napraw nawierzchni drogowych i chodników⁹⁶.

W powierzeniu odesłano do umowy wykonawczej, wskazując, że spółka może podejmować inną działalność, o ile nie spowoduje to uszczerbku dla podstawowego zadania spółki.⁹⁷

W Kowalewie Pomorskim (w formie prawa miejscowego) spółce komunalnej powierzono zadanie w zakresie prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Powierzenie ograniczono czasowo, odsyłając do uszczegółowienia zasad powierzenia w umowie wykonawczej.⁹⁸

Dokonując analizy uchwał powierzających podejmowanych na terenie województwa zachodniopomorskiego, wskazać należy na uchwałę podjętą przez radę miasta Szczecina (podjęta jako akt wewnętrzny), powierzającą zadania spółce komunalnej obejmujące sprawy:

94 Uchwała Nr VIII/70/15 Rady Miejskiej w Solcu Kujawskim z dnia 28 sierpnia 2015 r. w sprawie powierzenia zadań z zakresu użyteczności publicznej Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Solcu Kujawskim, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2015 r. poz. 2641.

95 Uchwała Nr XIX/209/2016 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 27 kwietnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Mieszkaniowej „PGM” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin oraz zmiany firmy Spółki, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2016 r. poz. 1605.

96 Uchwała Nr XXII/237/2016 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 29 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji „WiK” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2016 r. poz. 2490.

97 Uchwała Nr XIV/143/2015 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 2 grudnia 2015 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Mieszkaniowej „PGM” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin oraz zmiany firmy Spółki, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2015 r. poz. 4272.

98 Uchwała Nr XXV/218/17 Rady Miejskiej w Kowalewie Pomorskim z dnia 21 września 2017 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Kowalewie Pomorskim prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2017 r. poz. 2676.

- 1) gospodarki nieruchomościami, w tym gospodarowanie nabrzeżami oraz przystaniami, wodnymi,
- 2) ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej,
- 3) lokalnego transportu zbiorowego poprzez tworzenie oraz utrzymanie infrastruktury dla zbiorowego transportu wodnego i śródlądowego,
- 4) kultury fizycznej i turystyki, w tym terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych, poprzez świadczenie usług turystyczno-rekreacyjnych i kulturalnych oraz usług portowych dla jednostek turystycznych i pasażerskich,
- 5) porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, w tym usuwanie statków i innych jednostek pływających oraz prowadzenie strzeżonej przystani wodnej,
- 6) gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej,
- 7) promocji gminy poprzez działalność wydawniczą oraz organizację imprez, targów i wystaw o charakterze promocyjnym.⁹⁹

Uchwała ta powierzała zadania na czas nieokreślony, zakładając jednocześnie konieczność zawarcia umowy wykonawczej.

Aktem uznany za prawo miejscowe Gmina Police powierzyła spółce komunalnej zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku (na okres 20 lat), z jednoczesnym ograniczeniem, iż świadczenie przez spółkę usług polegających na wykonywaniu zadań własnych gminy będzie podstawowym przedmiotem działalności, przedmiot działalności spółki nie ulegnie istotnemu rozszerzeniu o inne rodzaje działalności, gmina zachowa wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki, a strony zawrą stosowną umowę wykonawczą.¹⁰⁰ Podobnie zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku powierzono spółce w Czaplinku, czyniąc analogiczne zastrzeżenia jak w przypadku Polic, nie ograniczono zadania czasowo i nie odesłano do umowy wykonawczej.¹⁰¹

99 Uchwała Nr XIII/292/15 Rady Miasta Szczecin z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie powierzenia Spółce Żegluga Szczecińska Sp. z o.o. w Szczecinie zadań własnych gminy, <http://bip.um.szczecin.pl/files/8447314EFD-D94569BB636E0A336B73ED/292.pdf>, dostęp 22.05.2018 r.

100 Uchwała Nr XXXVI/265/2013 Rady Miejskiej w Policach z dnia 29 października 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej TRANS – NET S.A. w Policach obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Police, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2013 r. poz. 4235; uchwała Nr XXXVI/265/2013 Rady Miejskiej w Policach z dnia 29 października 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej TRANS – NET S.A. w Policach obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Police, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2013 r. poz. 4235; uchwała Nr XIX/193/2016 Rady Miejskiej w Policach z dnia 31 maja 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej TRANS-NET S.A. w Policach obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Police, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2016 r. poz. 2773.

101 Uchwała Nr XXXVIII/350/17 Rady Miejskiej w Czaplinku z dnia 30 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych gminy Czaplinek Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółce w Czaplinku z ograniczoną odpowiedzialnością, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2017 r. poz. 5335.

W województwie łódzkim od 2011 r. podjęto dwie uchwały powierzające zadania spółkom komunalnym. Uchwały te podjęto dla miasta Łodzi, obie były aktami wewnętrznymi. Jedna odnosiła się do zadania już wcześniej powierzonego, zmieniając zasady wynagradzania za realizację zadań powierzonych i określając środki prognozowane w budżecie miasta.¹⁰² Druga dotyczyła powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu – Łódź Sp. z o.o. zadania w postaci organizacji lokalnego transportu zbiorowego, ograniczając powierzone zadanie czasowo.¹⁰³

Ostatnim województwem poddanym badaniu było województwo warmińsko-mazurskie. W Olsztynie spółce komunalnej aktem wewnętrznym powierzono zadania w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, polegającego na zagospodarowaniu i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych z terytorium gminy poprzez: a) eksploatację instalacji Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Olsztynie, w tym stacji przeładunkowych odpadów komunalnych w Medynach (gm. Lidzbark Warmiński), Polskiej Wsi (gm. Mrągowo) oraz Trelkowie (gm. Szczytno), b) przeprowadzenie rekultywacji składowiska w miejscowości.¹⁰⁴ Powierzenie było ograniczone czasowo z jednoczesnym upoważnieniem organu wykonawczego do zawarcia umowy wykonawczej niezbędnej do realizacji projektu finansowanego ze środków UE.¹⁰⁵ Zakres powierzenia dotyczył także zagospodarowania odpadów komunalnych, polegającego na przetwarzaniu odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów zielonych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych oraz domków letniskowych lub innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe.¹⁰⁶

102 Uchwała Nr XXXVIII/1006/16 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 07 grudnia 2016 r., zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wykonywania zadań własnych gminy i powiatu z zakresu gospodarki komunalnej, http://bip.um.lodz.pl/files/bip/public/akty_prawne/1006.pdf, dostęp 23.05.2018 r.

103 Uchwała NR XVI/343115 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 26 sierpnia 2015 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu – Łódź Sp. z o.o. wykonywania zadania własnego Miasta Łodzi z zakresu lokalnego transportu zbiorowego, http://bip.um.lodz.pl/wladze/rada-miejska-w-lodzi/wyszukiwarka-uchwal/?tx_edgelegalacts_legalacts%5BlegalAct%5D=1467&tx_edgelegalacts_legalacts%5Baction%5D=show&tx_edgelegalacts_legalacts%5Bcontroller%5D=LegalAct, dostęp 23.05.2018 r.

104 Uchwała Nr XL/701/13 Rady Miasta Olsztyna z dnia 31 lipca 2013 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umowy wykonawczej niezbędnej do realizacji w/w zadania, [file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20(2).pdf), dostęp 23.05.2018 r.; uchwała Nr LIII/868/14 Rady Miasta Olsztyna z dnia 28 maja 2014 r. zmieniająca uchwałę nr IX/117/11 Rady Miasta Olsztyna z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę umowy wykonawczej niezbędnej dla realizacji projektu pn.: „System zagospodarowania odpadów komunalnych w Olsztynie. Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów”, dofinansowanego ze środków wspólnotowych UE, [file:///C:/Users/user/Downloads/LIII%20868%2014%20ZGOK%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/LIII%20868%2014%20ZGOK%20(1).pdf), dostęp 23.05.2018 r.

105 Tamże.

106 Uchwała Nr VII/70/15 Rady Miasta Olsztyna z dnia 25 marca 2015 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umów wykonawczych niezbędnych do realizacji w/w zadania, [file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20(1).pdf), dostęp 23.05.2018 r.

Innej spółce olsztyńskiej powierzono aktem wewnętrznym zadanie w postaci usuwania pojazdów z dróg. Tu również realizację zadania ograniczono czasowo, upoważniając do zawarcia umowy wykonawczej.¹⁰⁷

Intersująca jest przy tym analiza uzasadnienia projektu uchwały (uzasadnienia co do zasady nie były objęte zakresem badania ze względu na ich ograniczoną dostępność). Uchwała dotyczyła powierzenia spółce komunalnej zadania w postaci usuwania i przechowywania pojazdów. W uzasadnieniu stwierdzono, że „w świetle stanowiska Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonego w pismach z dnia 14.07.2015 roku, znak: DDO-52-212/2/15/MP oraz z dnia 15.12.2016 r., znak: DDO-0854-1/69/16/MP powierzenie realizacji zadania usuwania i przechowywania pojazdów na parkingu strzeżonym nie stanowi usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Usługi te nie są bowiem działalnością nierentowną. Są powszechnie dostępne i realizowane skutecznie w oparciu o kryterium cenowe, przez wykonawcę wybranego w drodze przetargu”. Nie wydaje się, by tego typu twierdzenie było trafne, trudno bowiem uznać, że tylko nierentowne zadania uznać należy za usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Jak zostało wskazane, organy administracji publicznej realizują zadania użyteczności publicznej. Kryterium zadania publicznego decydowało będzie o sposobie jego powierzenia, nie zaś to, czy zadanie jest samo w sobie rentowne.

Wreszcie w uzasadnieniu, o którym wyżej mowa, jest również o tym, że zgodnie z przekazanymi przez spółkę danymi udział przychodów z Gminy Olsztyn w latach 2013-2015 był niższy od wymaganych 80% i wynosił odpowiednio: rok 2013 – 38,05%, rok 2014 – 73,62%, rok 2015 – 73,02%. Wyjaśnia się jednocześnie, iż zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych od 01.01.2017 roku podmiot, któremu zostanie udzielone zamówienie *in house*, musi wykonywać 90% swojej działalności na rzecz zamawiającego. O ile zasadnym i jak najbardziej pożądanym jest kontrola przez gminę współczynnika zadań realizowanych na rzecz własnej j.s.t. i zadań realizowanych komercyjnie, to w niniejszym uzasadnieniu dokonano pomieszczenia dwóch trybów powierzenia i dwóch wartości ustanowionych innymi aktami. Analiza uzasadnienia jednostkowego przykładu uchwały nie może prowadzić do wniosków generalnych, ale przypadek ten wskazuje na pewne problemy interpretacyjne.

107 Uchwała Nr LV/883/14 Rady Miasta Olsztyna z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn w zakresie usuwania pojazdów z dróg Gminy Olsztyn w trybie art. 50a i art. 130a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym i ich przechowywania na parkingu strzeżonym oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umowy wykonawczej do realizacji w/w zadań, http://bip.olsztyn.eu/bip/dokument/303104/lv_883_14_w_sprawie_powierzenia_spolce_olszynski_zaklad_komunalny_sp_z_o_o_z_siedziba_w_olsztynie_zadania_wlasnego_gminy_olsztyn_w_zakresie_usuwania_pojazdow_z_drog_gminy_olsztyn_w_trybie_art_50a_i_art_130a_ustawy_z_dnia_20_czerwca_1997_roku_prawo_o_ruchu_drogowym_i_ich_przechowywania_na_parkingu_strzezonym_oraz_wyrazenia_zgody_na_zawarcie_przez_gmine_olsztyn_umowy_wykonawczej_do_realizacji_w_w_zadan_/, dostęp 23.05.2018 r.

Krańcowo można wskazać na wybrane rozstrzygnięcia nadzorcze. W województwie wielkopolskim zwraca uwagę rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego, stwierdzające nieważność uchwały Rady Miejskiej w Turku, powierzającej własnej spółce komunalnej zadanie w postaci odbierania odpadów, które to zadanie zgodnie z u.c.p.g. może być powierzone tylko w drodze przetargu.¹⁰⁸

W innym z rozstrzygnięć nadzorczych Wojewoda Wielkopolski zarzucił, że Rada Miejska w Kole, podając podstawę prawną uchwały powierzającej, nie wskazała przepisu, który upoważniałby ją do nałożenia na burmistrza obowiązku wprowadzenia zmian do aktu założycielskiego spółki. Ograniczyła się jedynie do art. 2 u.g.k., określającego formy prowadzenia przez jednostki samorządu terytorialnego gospodarki komunalnej oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, na mocy którego organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego postanawia o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Mając na względzie powyższe, wojewoda stwierdził, iż tego rodzaju regulacja, powierzająca określone zadanie spółce komunalnej, nie znajduje podstawy prawnej w obowiązujących przepisach. W ocenie wojewody nie istnieje norma uprawniająca radę gminy do dokonywania zmian w akcie założycielskim gminnej spółki, jak również norma pozwalająca na nałożenie na wójta obowiązku dokonania takich zmian. Stwierdzono, że podjęta uchwała w sposób niedopuszczalny narusza kompetencje organu wykonawczego, zastrzeżone na jego rzecz na mocy ustaw. Ograniczanie swobody organu wykonawczego w tym zakresie poprzez nakładanie obowiązku dokonywania konkretnych działań lub chociażby w postaci przedstawienia mu wiążących wytycznych narusza prawo.¹⁰⁹

Ten sam wojewoda nie kwestionował zaś uchwały Rady Miasta Gniezno, powierzającej spółce komunalnej zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie (odsyłającej do umowy wykonawczej),¹¹⁰ czy też ogólnie skonstruowanej uchwały Rady Miejskiej w Krotoszynie, powierzającej spółce komunalnej „sprawy z zakresu administracji publicznej”.¹¹¹

Powyżej dokonana charakterystyka uchwał powierzających w podejmowanych w latach 2011-2018 r. prowadzi do następujących wniosków, szerzej opisanych w podsumowaniu niniejszego rozdziału.

108 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr KN-I.4131.1.131.2013.15 Wojewody Wielkopolskiego z dnia 14 marca 2013 r., Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2013 r. poz. 2250.

109 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr KN-I.4131.1.254.2014.15 Wojewody Wielkopolskiego z dnia 14 lipca 2014 r., Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. Poz. 4037.

110 Uchwała Nr XLIII/522/2014 Rady Miasta Gniezno z dnia 26 marca 2014 r. w sprawie powierzenia „URBIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gnieźnie wykonywania obowiązkowego zadania własnego gminy z zakresu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Gniezno, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. poz. 2637.

111 Uchwała Nr XLIV/374/2013 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 30 grudnia 2013 r. uchylająca Uchwałę Nr VI/49/2003 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 27 marca 2003 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Krotoszynie spraw z zakresu administracji publicznej, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. poz. 703.

Przed wszystkim następuje znaczne zróżnicowanie aktów powierzających co do charakteru, ich treści i sposobu dokonania powierzenia zadań. Część gmin dokonuje powierzenia aktem uznanym za prawo miejscowe, część zaś dokonuje powierzenia aktem uznanym za prawo wewnętrzne. Występowały przypadki, w których w ogóle kwestionowano możliwość podejmowania przez j.s.t. uchwał powierzających, wskazując, że określenie zasad wykonywania poszczególnych zadań przez j.s.t. pozostaje w kompetencji organu upoważnionego do reprezentowania j.s.t. w sprawach majątkowych. Przy tym również organy nadzoru prezentują chwiejne stanowisko w tym zakresie (stwierdzając nieważność uchwał bądź też dopuszczając do funkcjonowania takich uchwał na swoim terenie). O ile można usprawiedliwić różnice interpretacyjne wojewodów w różnych województwach, to brak konsekwencji w ramach jednego województwa jest bardzo niepokojący.

Analizując zgromadzone uchwały z punktu widzenia cech aktów prawa miejscowego, zauważyć należy, że o charakterze uznania uchwały przez określoną radę za prawo miejscowe bądź wewnętrzne nie decyduje rodzaj powierzonego zadania. Te same bowiem zadania raz uznaje się za powierzane aktem wewnętrznym, raz aktem prawa miejscowego.

Niewątpliwie istnieje podstawa prawna i delegacja ustawowa do podjęcia tych uchwał. W większości przypadków były to ogólnie skonstruowane przepisy u.s.g. (uchwały stanowiące były głównie na poziomie gminy) odnoszące się do katalogu powierzanych zadań (spośród wskazanych w art. 7 u.s.g.) oraz art. 18 ust. 2 pkt 15 (bądź pkt 9 lit. f ew. lit. h) u.s.g., a także art. 2 i art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k. Normy te nie pozwalają jednak na rozstrzygnięcie co do charakteru podejmowanego aktu.

Istotne wydaje się określenie, czy akty te mają normatywny, abstrakcyjny, generalny charakter oraz powszechny charakter. Akty prawa miejscowego, czyli przepisy powszechnie obowiązujące na obszarze działania organów, które je ustanowiły, są źródłami prawa, a więc muszą posiadać cechy ogólności oraz abstrakcyjności. Należy również podkreślić, że akt prawa miejscowego nie musi być adresowany do wszystkich osób zamieszkujących lub przebywających na określonym terytorium; wystarczy wskazać adresatów (co najmniej grupowo), o ile wyodrębnienie dokonywane jest na podstawie określonego kryterium.¹¹² W moim przekonaniu można pokusić się o twierdzenie, że uchwały te mają właśnie taki charakter. Określają one bowiem formę organizacyjnoprawną wykonywania zadań użyteczności publicznej. Od momentu powierzenia zadania na rzecz spółki obywatel wszelkie swoje roszczenia w zakresie prawidłowości wykonywania zadań będzie najpierw kierował względem spółki (j.s.t. nie zwalnia się poprzez powierzenie zadania z odpowiedzialności za jego realizację). Jeśli dodatkowo uchwała zawiera jakiegokolwiek przepisy odnoszące się do sposobu świadczenia tych usług – w tym np. ograniczenia w dostępie do

112 Wyr. WSA w Gdańsku z dnia 19.12.2018 r., sygn. II SA/Gd 697/18, dostępny na: CBOSA.

nich – to niewątpliwie bezpośrednio dotyczyć może obywatela. Dodatkowo, jak już sygnalizowano, powierzenie zadania określonej spółce komunalnej będzie co do zasady wpływało na konkurencję na rynku, od tego bowiem momentu podmiot prywatny chcący prowadzić analogiczną działalność musi mieć świadomość, że zadanie to realizowane jest również przez spółkę komunalną. Jak stanowi art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k., jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Oznacza to, że domniemanie kompetencji w tym zakresie przysługuje organom stanowiącym jednostek samorządu terytorialnego. Uchwała taka, jako że zadania ustawowo przypisane organowi jednostki samorządu terytorialnego przekazuje podmiotowi pozostającemu poza strukturą tych organów, stanowi akt prawa miejscowego. Brak jest podstaw do cedowania kompetencji wynikającej z art. 9 u.s.g. (oraz analogicznych podstaw prawnych z u.s.p. i u.s.w.) na organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Powyższe nie pozbawia jednak organu wykonawczego kompetencji do podejmowania czynności w ramach spoczywających na nim obowiązków z racji sprawowanej funkcji jako organu właściwego do reprezentowania j.s.t. w zakresie np. zmiany aktu założycielskiego spółki.

Uchwalone akty mają niewątpliwie ograniczony zasięg terytorialny i dotyczą spraw lokalnych – powierzone aktem zadanie jest zadaniem użyteczności publicznej jedynie względem j.s.t., która to zadanie powierzyła, podmiot wewnętrzny powinien zaś przeważającą część swojej działalności prowadzić na rzecz macierzystej j.s.t. Akty powierzenia mają charakter wykonawczy, dotyczą bowiem zasad wykonywania zadań użyteczność publicznej. Występuje przy tym brak samodzielności regulowania aktem prawa miejscowego spraw należących do materii ustawowej oraz związanie aktów prawa miejscowego ramami stworzonymi przez ustawy. Zdając sobie sprawę z kontrowersji w omawianym zakresie (czego wyrazem jest przytaczane w opracowaniu orzecznictwo), sugerować można przyjęcie jednolitej ścieżki interpretacyjnej przy założeniu każdorazowej analizy planowanego aktu i charakteru powierzanego zadania.

Najczęściej powierzanym zadaniem były zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku, co w latach 2011-2018 r. można tłumaczyć nowelizacją u.c.p.g. i zmianą systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, w tym nałożonymi na j.s.t. nowymi obowiązkami. Przy tym część uchwał wskazuje, że prowadzenie działalności innej niż powierzona powinno mieć charakter marginalny bądź też jest całkowicie zabronione.

Częstą praktyką było powierzanie różnorodnych zadań jednej spółce komunalnej, która pierwotnie utworzona była dla całkowicie innego celu.

Dokonując analizy uchwał powierzających, zauważyć należy, że nie zawierają one wszystkich elementów koniecznych dla dokonania powierzenia. Jak wskazano wcześniej, akt powierzenia powinien zawierać:

- 1) przedmiot i czas trwania zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych (przy tym usługi te powinny być precyzyjnie określone);
- 2) nazwę przedsiębiorstwa oraz w stosownych przypadkach odpowiednie terytorium;
- 3) rodzaj wszystkich wyłącznych lub specjalnych praw przyznanych przedsiębiorstwu przez organ powierzający;
- 4) opis mechanizmu rekompensaty oraz wskaźniki służące do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty;
- 5) ustalenia na temat unikania i odzyskiwania nadwyżek rekompensaty; oraz
- 6) odniesienie do niniejszej decyzji.¹¹³

Przedmiot powierzenia w większości przypadków był jasno i precyzyjnie określony, chociaż występowały przypadki powierzenia ogólnie spraw z zakresu administracji publicznej.¹¹⁴ Bardzo różnorodnie podchodzono do wskazania okresu powierzenia – częstą praktyką było powierzenie zadania na czas nieokreślony lub brak odniesienia do okresu powierzenia. Również różna praktyka była w zakresie określenia zasad finansowania powierzonej działalności. Tam, gdzie zakładano możliwość wypłaty rekompensaty, jednocześnie przewidywano podpisanie odrębnej umowy wykonawczej, zobowiązując do jej podpisania organ wykonawczy j.s.t.

Prowadzone rozważania prowadzą do wniosków, że możliwym jest oparcie powierzenia jednostkom organizacyjnym o akty podejmowane przez uchwałodawcze organy administracji. Sporny jest przy tym charakter tych aktów. Akty te w przypadku zakładów budżetowych stanowią statuty tych jednostek, w przypadku innych podmiotów mogą być uznane za akty wewnętrznego kierownictwa, mogą mieć wprost charakter aktów prawa miejscowego (powierzenie SPZOZ zadania) bądź też sporny jest ich charakter, tak jak w przypadku powierzenia zadań spółkom komunalnym. Biorąc pod uwagę specyfikę powierzenia zadań spółkom komunalnym i ich instrumentalizację, dokonano analizy aktów powierzenia tej właśnie formie realizacji zadań publicznych. Szersze wnioski przedstawiono w podsumowaniu podrozdziału.

113 Decyzja Komisji 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, Dz. Urz. UE z 11 stycznia 2012 r., 2012/21/UE.

114 Uchwała Nr XLIV/374/2013 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 30 grudnia 2013 r. uchylająca Uchwałę Nr VI/49/2003 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 27 marca 2003 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Krotoszynie spraw z zakresu administracji publicznej, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. poz. 703.

5. Akt założycielski, statut spółki

Wyposażenie określonych jednostek organizacyjnych w osobowość prawną i ich podmiotowość na gruncie prawa cywilnego powoduje, że powierzenie zadania odbywa się również poprzez akt kreujący powstanie (zamianę zakresu działania) takiej jednostki. Uchwała powierzająca stanowi wyraz woli organu uchwałodawczego (na podstawie jasno określonych norm prawnych – na podst. art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. w zw. z art. 12 pkt 8 lit. f i g, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 pkt 18, 19 lit. e i f u.s.w.). Kolejnym zaś elementem powierzenia powinno być podjęcie działań na gruncie prawa prywatnego w kierunku zmiany (stworzenia) aktu założycielskiego.

Jak podkreśla A. Kidyba, statut spółki (akcyjnej) odgrywa podwójną rolę. Z jednej strony bowiem spełnia rolę regulującą wewnętrzne funkcjonowanie spółki, z drugiej – statut to warunek utworzenia spółki. Podobną rolę odgrywa na przykład umowa spółki komandytowej.¹¹⁵ Można więc twierdzić, że to umowa spółki determinuje na gruncie prawa prywatnego zakres działania spółki. Możliwość kształtowania zakresu działania spółki przez właściciela (j.s.t.) – czyli wykonywanie uprawnień właścicielskich – uzewnętrznia się właśnie przez treść umowy spółki.

W świetle przepisów k.s.h. spółka uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru. W momencie zawiązania spółki (zawarcia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pod pojęciem której rozumie się również akt założycielski – art. 4 § 2 k.s.h.), powstaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji (art. 161 § 1 k.s.h.), która z chwilą wpisu do rejestru ulega z mocy prawa przekształceniu w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (właściwą) i uzyskuje osobowość prawną (art. 163 pkt 5 k.s.h.). Wpis do rejestru ma zatem charakter konstytutywny.¹¹⁶ Umowa spółki jest więc elementem koniecznym do tego, by spółka rozpoczęła swój byt prawny.

Charakter prawny umowy spółki na gruncie powierzenia zadań j.s.t. analizował WSA we Wrocławiu, gdzie wskazano, że rada gminy nie została wyposażona w kompetencje do podejmowania uchwał powierzających spółkom komunalnym określone zadania do realizacji. Sąd uzasadniał, że art. 157 § 1 k.s.h. odnosi się do elementów umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.¹¹⁷ Zgodnie z art. 4 § 2 k.s.h., ilekroć w ustawie mowa jest o „umowie spółki”, należy przez to rozumieć także akt założycielski sporządzony przez jedynego wspólnika albo akcjonariusza spółki kapitałowej. Skoro zatem przedmiot działalności spółki ma być określony w akcie założycielskim spółki, zdaniem sądu, trzeba stwierdzić, że w przypadku spółki gminnej jedynym wspólnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a zatem osobą skła-

115 A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2006, s. 282.

116 Por. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 163 Kodeksu spółek handlowych*, Lex/el., 2016.

117 Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. II SA/Wr 210/13, dostępny na: CBOSA.

dającą oświadczenie woli o założeniu spółki, jest gmina. Sąd wskazał, że nie wnika-
jąc w to, czy w tym wypadku gmina działa jako osoba prawna, czy jako wspólno-
ta samorządowa, trzeba tu zwrócić uwagę na treść art. 30 ust. 2 pkt 3 u.s.g., który
stanowi, że gospodarowanie mieniem komunalnym należy do zadań wójta (burmi-
strza, prezydenta miasta) oraz art. 46 ust. 1 u.s.g., zgodnie z którym oświadczenie
woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo
działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz
z inną upoważnioną przez wójta osobą.

Z przytoczonych przepisów ma wynikać, że jedyną właściwą formą dla określe-
nia (zmiany) przedmiotu działalności spółki jest akt założycielski spółki (lub ewen-
tualnie jego zmiana). Podobny pogląd wyrażony został w orzeczeniu WSA we Wro-
cławiu z dnia 03 lipca 2013 r.¹¹⁸

Z kolei NSA zanegował stanowisko WSA we Wrocławiu wyrażone w wyroku
z dnia 24 czerwca 2013 r. Podniesiono bowiem, że stosownie do art. 9 ust. 1 u.s.g.,
w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także
zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym organizacjami pozarządowymi.¹¹⁹
Zgodnie z ust. 3 tego artykułu – formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym
wykonywanie przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa od-
rębna ustawa, co – w powiązaniu z art. 1, art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k. – prowadzi do
konstatacji, że domniemanie kompetencji w zakresie wyboru formy organizacyj-
noprawnej, w jakiej realizowane będą zadania użyteczności publicznej, przysługu-
je organom stanowiącym jednostek samorządu terytorialnego. Uchwała taka, jako że
przekazuje kompetencje i zadania ustawowo przypisane organowi jednostki samo-
rządu terytorialnego na podmiot pozostający poza strukturą tych organów, stanowi
akt prawa miejscowego. W świetle powyższego stwierdzić należy, że brak jest pod-
staw do cedowania kompetencji wynikającej z art. 9 ustawy o samorządzie gmin-
nym na organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego.

Przytaczane orzeczenie jest interesujące z kilku względów. Otóż zakłada się
w nim automatyczne powierzenie zadań i kompetencji, co jak wywodzono wcze-
śniej, niekoniecznie musi występować łącznie. Dodatkowo dla powierzenia kom-
petencji podejmowana powinna być odrębna uchwała na podst. art. 39 ust. 4 u.s.g.
(przy ograniczonym zakresie upoważnień z art. 39 ust. 4, których na szczeblu po-
wiatowym i wojewódzkim organy stanowiące udzielać nie mogą). Zauważyć tak-

118 Por. wyr. WSA we Wrocławiu z dnia 03 lipca 2013 r., sygn. III SA/Wr 299/13, dostępny na: CBOSA. Tutaj WSA jednoznacznie opowiedział się za tym, że uchwała powierzająca zadania nie ma charakteru aktu powszechnie obowiązującego – „Nie istnieje żaden przepis szczególny, który nakazywałby publikację tego typu uchwał w Dzienniku Urzędowym Województwa, uchwała ta nie jest również aktem prawa miejscowego, bowiem nie zawiera norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, nie nakłada na podmioty zewnętrzne obowiązków, nie daje im też żadnych uprawnień, nie jest podstawą do wydania decyzji w sprawach indywidualnych z zakresu administracji publicznej, nie dotyczy również kwestii ustrojowych gminy”.

119 Wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA.

że należy, że Sąd wskazuje, jakoby powierzenie miało odbywać się na podmiot spoza administracji, co determinuje charakter prawny uchwały powierzającej jako aktu prawa miejscowego. NSA pomija kwestię instrumentalizacji spółki prawa handlowego i zatarcia jej odrębności względem j.s.t. Gdyby bowiem zastosować proste przełożenie, iż powierzenie następuje na rzecz podmiotu zewnętrznego od j.s.t., to formą powierzenia faktycznie powinna być tylko umowa zawarta w trybie u.z.p.z. bądź też wystarczającym byłoby zawarcie stosownych regulacji w akcie założycielskim spółki. Tymczasem dopiero szersze spojrzenie na powierzenie zadań i możliwe powiązanie tych zadań z kompetencjami (niekoniecznie zawsze występującymi łącznie) daje możliwość uzasadnienia dla konieczności podjęcia stosownej uchwały, będącej aktem powszechnie obowiązującym, stanowiącym podstawę do powierzenia zadań i określenia obszaru działalności spółki w akcie założycielskim.

W ocenie NSA wyborem sposobu prowadzenia gospodarki komunalnej będzie również rozstrzygnięcie jednostki samorządu terytorialnego w kwestii zmiany, jaka w zakresie przekazanych zadań i kompetencji prowadzić będzie do modyfikacji katalogu powierzonych uprzednio danemu podmiotowi zadań. Jeżeli nawet dany podmiot wykonywał już wcześniej na terenie j.s.t. określone zadanie własne tej jednostki, to kwestia dokonania zmian w tym zakresie wymaga podjęcia stosownej uchwały przez organ stanowiący danej jednostki. Co warto podkreślić, Sąd w konkluzji orzeczenia zakwestionował zbyt rozbudowany opis powierzonych do realizacji zadań.¹²⁰

Jeśli zadanie powierzone zostaje własnej spółce komunalnej to decyzja o powierzeniu wykonania zadań materializuje się w stosownej uchwale organu uchwałodawczego j.s.t. oraz akcie erekcyjnym spółki (będącym aktem założycielskim spółki z o.o., statuten spółki akcyjnej). Wraz z utworzeniem takiej spółki następuje wyposażenie jej w majątek (kapitał zakładowy) niezbędny do prowadzenia działalności. Taka uchwała nie stanowi przy tym udzielenia zamówienia publicznego.¹²¹ Przyjmując założenie, że stanowi ona podstawę powierzenia zadania użyteczności publicznej do realizacji przez spółkę komunalną, wówczas nie można mówić, by podstawą realizacji zadania była odpłatna umowa, co jest wymagane zgodnie z definicją u.p.z.p. Przy tym uchwała taka bez wątpienia ma charakter jednostronnie władczy (związana jest bowiem z uprawnieniami właścicielskimi j.s.t. względem spółki komunalnej), ze swej natury nie stanowi więc umowy. To z kolei pozwala twierdzić, że przy spełnieniu szeregu innych warunków (również o charakterze podmiotowym) tego rodzaju działanie wyłączone będzie z obszaru u.p.z.p.

120 Por. wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA.

121 Tamże, s. 143 oraz Opinia prawna: Zlecenie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych, dostępna na: www.uzp.gov.pl, data pobrania 21 sierpnia 2017 r.

Akt założycielski spółki stanowi pochodną podjętej uchwały. Po pierwsze niewątpliwie akt ten pełni rolę erekcyjną poprzez kreowanie charakteru danego podmiotu, zmierzając do jego zaistnienia. Po drugie niezwykle doniosłą funkcją jest jego rola podmiototwórcza jako aktu ustrojowego regulującego zasady i funkcjonowanie tworzonego podmiotu w granicach prawem przewidzianych.¹²² Trudno jednak stwierdzić, by zadaniem aktu założycielskiego było regulowanie wzajemnych relacji pomiędzy podmiotami. Akt ten jako konsekwencja podjętej uchwały nie powinien nakładać innych zadań niż też z uchwały wynikające, jego zadaniem jest głównie kreowanie nowego podmiotu w sferze prywatnoprawnej.

Można rzec, że pierwszym stadium powstania spółki następującym po podjęciu uchwały przez organ j.s.t., a także następującym po zawarciu umowy spółki z o.o. bądź złożeniu oświadczenia aktu założycielskiego spółki jednoosobowej, będzie spółka z o.o. w organizacji.¹²³ W moim przekonaniu akt założycielski ma charakter prywatnoprawny, powiązany jest bowiem z kształtowaniem zasad działania spółki na gruncie prawa prywatnego. Stanowi przejaw uprawnień właścicielskich j.s.t. względem należącej do nich spółki. Moment powstania spółki z o.o. w organizacji jest tożsamy z momentem powstania stosunku prawnego spółki. Jednocześnie z powstaniem spółki z o.o. w organizacji zostaje wyposażona w podmiotowość prawną.¹²⁴ Jest już ona spółką, i to spółką handlową, stanowi wyodrębniony od współników podmiot prawa.¹²⁵ W procesie komercjalizacji zadań istotna jest rola podmiototwórcza tego aktu, stanowi on bowiem jeden z elementów kreujących nowy, wyposażony w osobowość prawną podmiot, który w ramach swej samodzielności prowadził będzie powierzone zadanie.

6. Umowa jako forma powierzenia zadań

Przyjmując zaproponowany podział form, w jakich można dokonać przenoszenia realizowania zadań na podmioty niepubliczne na tryb prywatnoprawny (w drodze umów) i tryb publicznoprawny (administracyjnoprawny), rozważyć należy, kiedy i w jakich sytuacjach powierzenie zadań oparte może być tylko i wyłącznie o umowę.

Istotne jest wyraźne rozróżnienie relacji powierzenia wynikającej z władczej relacji pomiędzy powierzającym i podmiotem, na rzecz którego zadanie powierzono, a relacji umownej opartej o swobodę kształtowania wzajemnych zobowiązań i uprawnień.

122 R. Wrzecień, Czynności notarialne w prawie spółek, Lex/el.

123 Art. 161 § 1 k.s.h. oraz art. 4 § 2 k.s.h.

124 M. Tarska, Podmiotowość prawna spółki kapitałowej w organizacji, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 5, s. 2.

125 A. Kidyba, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Lex/el.

W przypadku powierzenia zadań podmiotom niezależnym od administracji (prywatnym) bądź też w przypadku powierzenia zadań jednostkom organizacyjnym, kiedy wynika to wprost z ustaw szczegółowych, podstawową formą powierzenia jest umowa. Nie można przy tym stwierdzić, by umowa ta był jednorodną konstrukcją prawną. W niektórych bowiem konstrukcjach prawnych stanowi ona uzupełnienie formy władczej powierzenia zadań.

Analizując pojęcie umowy, J. Starościak odwoływał się do umów cywilnoprawnych, dostosowanych do potrzeb funkcjonowania administracji. Autor ten, charakteryzując umowy, wyszedł z założenia, że powinna być ona przedmiotem zainteresowania teorii prawa administracyjnego w takim zakresie, w jakim jest ona instrumentem realizacji zadań przez administrację w obszarze jej funkcji organizatorskich.¹²⁶ Wskazywał, na podstawowe cechy umowy: po pierwsze – jakkolwiek umowa jest bezpośrednio formą działania administracji w sferze stosunków majątkowych Państwa (zarządu własnością państwową), to pośrednio pełni również funkcję organizowania życia społecznego. Istotną cechą umowy jest również to, że jest formą działania przynajmniej względnie samodzielnych podmiotów, innymi słowy – dochodzi do skutku w wyniku pojawienia się zgodnej woli dwóch stron. Możliwość zawierania umów na podstawie zarówno prawa cywilnego, jak i administracyjnego sprawia że autor posługiwał się pojęciem „umowa” bez rozróżnienia na rodzaj umowy. Jednocześnie J. Starościak podkreślał „niesamodzielnosc” jako cechę umowy. Jego zdaniem umowa zawierana przez administrację związana była z aktem administracyjnym. Związanie to miało miejsce bądź przez uwarunkowanie dopuszczenia zawarcia umowy od istnienia aktu administracyjnego, którego to postanowienia umowa miała rozwijać, bądź też przez stworzenie obowiązku poddawania umów zatwierdzeniu, bądź rejestrowaniu przez inny organ administracyjny.¹²⁷ Charakterystyczne jest to, że autor ten, dokonując charakterystyki umowy jako formy działania administracji, nie wprowadzał rozróżnienia na umowę administracyjną czy publiczną. Związane to jednak było z tym, że jego zdaniem tego rodzaju konstrukcja nie mogła istnieć w państwie socjalistycznym.¹²⁸

W polskim systemie prawnym brak jest ogólnej regulacji zawierania przez administrację publiczną umów przekazujących zadania publiczne do realizacji przez podmioty niepubliczne. Treścią takich umów może być bowiem rezygnacja państwa lub samorządu terytorialnego z bezpośredniego wykonywania zadania publicznego i przekazanie go podmiotowi niepublicznemu na warunkach wynikających

126 J. Starościak, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 251.

127 Tamże, s. 256; a także B. Dolnicki, *Ewolucja pojęcia umowy publicznoprawnej*, (w:) *Prawo a wartości*. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego, Kraków 2003, s. 36.

128 Por. także J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji* (w:) *System prawa administracyjnego*, t. III, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, Warszawa 1978, s. 43.

wprost z ustaw lub przepisów wykonawczych i ustalonych przez strony umowy.¹²⁹ Oczywiście nie musi być to zasadą, partner administracji może jedynie wspierać administrację w realizacji zadań pozostających nadal jej zadaniami. Zawarcie umowy przenoszącej zadanie nie zdejmuje z podmiotu publicznego odpowiedzialności za wykonywanie powierzonych zadań. Prywatyzacja funkcjonalna skutkuje warunkowym uwolnieniem się państwa (lub innego podmiotu publicznego) od odpowiedzialności za określony wynik i przeniesienie tej odpowiedzialności na te struktury społeczne, które dobrowolnie podjęły się wykonywania danego zadania publicznego, a odpowiedzialność państwa za wynik może być reaktywowana, gdy proces samoregulacji społecznej nie wygeneruje zakładanego w normach prawa wyniku.¹³⁰

Stosowanie umów cywilnoprawnych jako formy powierzenia zadań jest konsekwencją urynkwienia usług komunalnych. Umowa cywilnoprawna w szerokim stopniu jest wykorzystywana jako forma prywatyzacji zadań publicznych również o charakterze niegospodarczym (pomoc społeczna, ochrona zdrowia, kultura, promocja zatrudnienia). Zatem klasyczna umowa cywilnoprawna stała się w okresie transformacji ustrojowej jednym z ważnych instrumentów realizacji zadań publicznych. Zmiany ustroju politycznego i gospodarczego po 1990 r. przyniosły silne tendencje decentralizacyjne w administracji, których wynikiem jest wzrost swobody działania administracji publicznej i wykorzystanie dwustronnych form jej działania. Odnosi się to zarówno do wspomnianych umów cywilnych, jak i umów o charakterze publicznoprawnym.¹³¹ Przy tym, ze względu na brak wyraźnych podstaw normatywnych dla umów publicznoprawnych, nauka prawa administracyjnego stoi przed alternatywą albo uznania umów zawieranych przez administrację za umowy cywilne, albo poszukiwania w nich elementów administracyjnych. Procesy prze-

129 R. Stasiowski, *Umowa cywilna jako instrument działania administracji regulacyjnej*, „Samorząd Terytorialny”, 2009, nr 11, s. 9.

130 Tamże, s. 9-10.

131 L. Zacharko, *Przekształcenie prawnych form działania administracji w okresie transformacji ustrojowej*, (w:) Zbiór publikacji naukowych. Część I. Prawo administracyjne, z. 7, Bielsko-Biała 2005, s. 81-92; A. Błaś, *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, (w:) A. Błaś (red.) *Studia nad samorządem terytorialnym*, Wrocław 2002, s. 382-397; A. Habuda, *Prywatyzacja usług komunalnych*, (w:) *Studia nad samorządem terytorialnym, op. cit.*, s. 382-397; E. Knosala, L. Zacharko, R. Stasiowski, *Nowe zjawiska organizacyjnoprawne we współczesnej administracji publicznej*, (w:) *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*. Księga dedykowana prof. E. Ochendowskiemu, Toruń 2005, s. 315-337; B. Dolnicki, R. Cybulska, *Nowe dwustronne formy działania administracji publicznej – zagadnienia wybrane*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego*, Zakopane 24-27 września 2006 r., Warszawa 2007, s. 453-473; D.R. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej stosowania form alternatywnych wobec aktu administracyjnego*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 427-441. 8 Szerzej S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa-Kraków 1994; A. Matan, *Działalność gospodarcza gmin*, (w:) *Vademecum pracowników administracji publicznej (samorządowej oraz rządowej)*, wyd. 2, Katowice 1998; L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000; A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych. Materiały konferencji naukowej, Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, Łódź 2000; K. Byjoch, S. Redeł, *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000, s. 83 i n. 9; L. Zacharko, S. Nitecki, *Umowa jako forma prywatyzacji zadań publicznych w świetle ustawy o pomocy społecznej*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 443-453.

kształceń własnościowych i zmiany w modelu administracji publicznej sprzyjają powstaniu nowych form prawnych i typów kontraktów.

Nie jest kwestionowany fakt, że umowne kształtowanie relacji pomiędzy podmiotami pozwala na lepsze organizowanie gospodarki, niż ma to miejsce w przypadku posługiwania się aktami jednostronnymi. Szeroko o zastosowaniu umowy w działaniach administracji pisał D. R. Kijowski. Określa on trzy podstawowe płaszczyzny wykorzystania umów przez administrację publiczną. Pierwsza z nich stanowi bezpośrednie wykonywanie zadań administracji zarówno świadczącej, jak i reglamentacyjnej. Umowa, zdaniem tego autora, występuje tu jako forma prywatyzacji zarówno zadań o charakterze gospodarczym, jak i niegospodarczym. Druga płaszczyznę stanowi tworzenie (nabywanie) i utrzymywanie urządzeń użyteczności publicznej bądź urządzeń i przedmiotów niezbędnych do funkcjonowania urzędów i instytucji administracyjnych. Wykorzystuje się tu różnego rodzaju umowy, w tym zamówienia, umowy o pracę, umowy cywilnoprawne, które pośrednio również służą realizacji zadań administracji publicznej. Trzecia płaszczyzna dotyczy działalności fiskalnej podmiotów prawa publicznego, gdzie występują liczne umowy związane z przekształceniami własnościowymi.¹³²

W kontekście wykonywania zadań publicznych zastosowanie znaleźć co do zasady powinna pierwsza z kategorii umów, odnosząca się do prywatyzacji zadań publicznych.

Przytaczając pogląd L. Zacharko – regulacja cywilnoprawna powinna być stosowana przede wszystkim jako najwłaściwszy sposób kształtowania stosunków gospodarczych oraz społecznych. Regulacja cywilnoprawna odpowiada założeniom reformy gospodarczej, pozostawia jednostkom szeroki zakres swobody w wyborze zachowania się i pozwala na elastyczność działania. Regulacja administracyjnoprawna powinna być uzasadniona szczególnymi względami: potrzebą ustanowienia nadzoru państwowego ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa, ochroną pracy, zdrowia czy ochroną środowiska, realizacją funkcji opiekuńczej państwa, na przykład w zakresie pomocy społecznej.¹³³

Stąd też można wywodzić, że przy dokonywaniu powierzenia zadań na rzecz innych podmiotów należy uwzględniać charakter tego zadania. Jeśli konieczne jest sprawowanie szczególnego nadzoru na realizacją określonego zadania, mając na względzie charakterystyczną dla umów cywilnych większą swobodę kształtowania stosunku oraz publicznoprawną podstawę powierzenia zadań, umowę należy traktować jako formę posiłkową, doprecyzowującą zakres powierzenia.

132 D.R. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, (w:) *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 2005, s. 283.

133 L. Zacharko, *Prywatyzacja sektora publicznego a przekształcenia w sferze prawnych form działania administracji*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, (red.) J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 91.

Jak twierdzi A. Matan, pomimo rozbieżności między zakresem przedmiotowym ustawy o zamówieniach publicznych a realizacją zadań w ramach gospodarki komunalnej, należy stwierdzić, że przepisy o zamówieniach publicznych mają zastosowanie w każdym przypadku zawierania umowy przez gminę.¹³⁴ To z kolei prowadzi do wniosku, że bez względu na charakter zadania formą jego powierzenia będzie zawarcie umowy – ta bowiem forma wiąże się z zastosowaniem procedury zamówień publicznych. Powstaje jednak pytanie, czy w takim przypadku istnieją podstawy prawne do wyboru spółki komunalnej w drodze zamówienia publicznego, w jaki sposób traktować sygnalizowane wcześniej rozbieżności w regulacjach przyjętych w ustawach szczegółowych (w kontekście powierzeni zadań), a także opisywaną już wcześniej koncepcję braku podstaw prawnych do podpisywania umowy z własną jednostką organizacyjną.

Umowa cywilna wskazywana jest przez doktrynę jako jedna z form zlecenia zadań z zakresu administracji publicznej (określanej czasem jako prywatyzacja funkcjonalna) w powiązaniu z przepisami prawa administracyjnego. M. Stahl wyjaśnia, że zastosowanie umowy w procesach zlecenia zadań i funkcji administracji publicznej na podmioty niepubliczne ma szeroki zakres, przede wszystkim przy przekazywaniu zadań z zakresu administracji świadczącej (z zakresu pomocy społecznej, ochrony zdrowia, kultury, rynku pracy), ale także w sferze gospodarczej administracji regulacyjnej, jest też konsekwencją urynkwienia usług komunalnych.¹³⁵

Regulacje ustawowe dotyczące umownego przekazywania zadań publicznych w sferze pozagospodarczej uległy znacznym zmianom. Obecnie ich zawieranie jest podporządkowane (poza regułami wynikającymi z przepisów k.c., mającego zastosowanie na zasadach ogólnych bądź w kwestiach nieuregulowanych) regułom wynikającym z ustaw odrębnych.

W doktrynie wskazuje się na główne obszary podejmowania współpracy na podstawie umów, zaliczając do nich działania podejmowane na gruncie: ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawy z 09 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi i u.p.z.p.¹³⁶

Podobny podział umów prezentuje M. Stahl. Zalicza do nich:

- 1) umowy zawierane na podstawie ustawy o działalności pożytku publicznego (jeśli spółki nie prowadzą działalności nastawionej na zysk),

134 A. Matan, *Działalność gospodarcza*, (w:) *Vademecum pracowników administracji publicznej (samorządowej)*, wyd. 2, Katowice 1998, s. 232.

135 M. Stahl, *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym zadań administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, *Podmioty administrujące*, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 546.

136 M. Baran, *Przekształcenia w systemie prawnych form działania administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 3, *Europeizacja prawa administracyjnego*, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 647.

- 2) umowy zalecające zadania niebędące zadaniami pożytku publicznego na zasadach ogólnych w oparciu o ustawę o finansach publicznych,
- 3) umowy zawierane na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prawnym,
- 4) umowy zlecające zadania w trybie ustawy o zamówieniach publicznych.¹³⁷

Przy tym autorka ta podnosi, że umowy tego rodzaju zawierane są przez jednostki samorządu terytorialnego z utworzonymi przez nie spółkami kapitałowymi na każdym etapie ich działalności.

Odnosząc się do podziału zaproponowanego przez M. Stahl, wyjaśnić należy, że w doktrynie powierzenie zadań na podstawie art. 3 ust. 1 u.g.k. ogranicza się co do zasady do zastosowania formy umowy cywilnoprawnej.¹³⁸

Niewątpliwie nie jest to pogląd jednolity, np. w zakresie charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako umowy administracyjnej bądź cywilnej.¹³⁹ Bardziej ugruntowane jest stanowisko odnośnie do umowy zawieranej na gruncie u.p.z.p.,¹⁴⁰ o czym przesądza art. 139 ust. 1 u.p.z.p. Z kolei w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi brzemienne art. 5 u.k.b. zdaje się sugerować, że umowa ta jest rodzajem umowy cywilnoprawnej.¹⁴¹ Umowy te stanowią źródło prywatyzacji zadań administracji. Jedną z podstaw ich zawierania jest określona prawem swoboda zawierania umów.¹⁴²

137 M. Stahl, *Formy przekazywania...*, *op. cit.*, s. 548.

138 B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2009, s. 382; B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, (w:) *Umowy w administracji*, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 19; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Komentarz, Warszawa 2008, s. 184.

139 Z. Gordon, *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, (w:) *Kontrola zamówień publicznych*, (red.) T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 232; J. Nicyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, (w:) *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Warszawa 2012, s. 33.

140 A. Miruć, *Umowy w działaniach administracji pomocy społecznej*, (w:) *Umowy w administracji* (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 233; A. Fermus-Bobowiec, *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 1, „Radca Prawny” 2012, nr 131, s. 8-11.

141 M. Baran, *Przekształcenia...*, *op. cit.*, s. 650; pogląd o cywilnoprawnym charakterze tej umowy koncesji wyraziła np. K. Solecka, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym i umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako prawne formy działania administracji publicznej*, *maszynopis rozprawy doktorskiej*, niepubl.

142 Por. M. Kisała, *Stosowanie formy umowy cywilnoprawnej przez jednostki samorządu terytorialnego w powierzeniu wykonywania zadań publicznych*, (w:) *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*, red. A. Doliwa, S. Prutis, Warszawa 2012, s. 243-244; por. także W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 109. Zasada swobody umów doznaje ograniczeń zarówno w zakresie treści, jak i celu umowy. Treść art. 3531 k.c. wprowadza trzy granice tej wolności. Są to: 1) ustawa, 2) zasady współżycia społecznego i 3) właściwość (natura) stosunku prawnego – por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., I CKN 1144/2000, publ. „Monitor Prawniczy” 2004, nr 5, s. 233 oraz Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, 9. wyd., Warszawa 2010, s. 130 i n. W celu uzasadnienia sensu ograniczeń zasady swobody umów w piśmiennictwie wskazuje się, że są one podyktowane przede wszystkim koniecznością zakreślenia właściwych ram przysługującej stronom autonomii woli. System prawny nie może bowiem udzielać stronom nieograniczonej kompetencji w zakresie tworzenia stosunków zobowiązaniowych o doniosłości prawnej, a w konsekwencji pozostawić tę kwestię poza kontrolą prawa. Jednocześnie wskazane w treści art. 3531 k.c. ograniczenia zapewniają występującym w obrocie podmiotom najpełniejszą realizację zasady swobody umów – K. Bączny, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 lutego 2001 r.*, IV CKN 244/2000, OSP 2002, z. 3, poz. 39. Ponadto w piśmiennictwie podniesiono, że z art. 3531 k.c. wynika nie tylko akceptowanie od strony pozytywnej samej zasady swobody umów, ale również przepis ten zakreśla ograniczenia tej zasady – W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. 10, Warszawa 2007,

Organy administracji publicznej, wykorzystując umowę (bez względu na toczące się ewentualne spory co do ich charakteru), dokonują powierzenia zadań podmiotom spoza administracji, działając w ramach określonej prawem swobody umów. Formę umowy wiązać więc należy z prywatyzacją zadań. Przy tym bezsprzecznie to umowa stanowi akt, na podstawie którego podmioty niewchodzące w skład administracji publicznej (niezależne od administracji) mają powierzone do realizacji zadania. Na tym tle wskazać należy na dwa odrębne przypadki. Pierwszy związany z kryterium podmiotowym, kiedy to norma prawna nakazuje przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia publicznego, nawet wówczas, gdy podmiot spełnia kryteria podmiotu wewnętrznego – wówczas umowa będzie również istotnym elementem powierzenia realizacji zadania (np. w przypadku „zamówienia z wolnej ręki” dotyczącego odbioru odpadów na gruncie u.c.p.g.). W przypadku prywatyzacji zadania powierzenie zadania użyteczności publicznej odbywało się będzie poprzez samodzielne zastosowanie umowy. Drugim zaś przypadkiem będzie szczególnie rodzaj umowy związanej z powierzaniem zadania organizacji publicznego transportu zbiorowego. W dalszych rozważaniach podejmę próbę wykazania, że w przypadku komercjalizacji zadań umowa powinna stanowić istotny element powierzenia zadania.

7. Umowa o świadczenie usług publicznych a umowa wykonawcza

7.1. Organizacja publicznego transportu zbiorowego

Na odrębną analizę w zakresie powierzenia zadań zasługuje konstrukcja prawna powierzania zadania w postaci organizacji publicznego transportu zbiorowego. Przepisy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym stosuje się z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia b(WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego.¹⁴³

W punkcie 26 motywów rozporządzenia WE nr 1370/2007 zauważono, że: „w odniesieniu do usług publicznych rozporządzenie pozwala wszystkim właściwym organom na wybór operatora świadczącego usługi publiczne w sektorze transportu pasażerskiego na podstawie umów o świadczenie usług publicznych. Z uwagi na różnice w zakresie organizacji terytorialnej państw członkowskich w tym względzie, uzasadnione jest zezwolenie właściwym organom na bezpośrednie udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego.” Z pkt 29 i 30 wynika, że przed udzieleniem zamówień prowadzących do zawarcia umów, z wyjątkiem środków nadzwyczajnych

s. 166 i n. Por. także wyr. WSA w Warszawie z dnia 09 września 2015 r., sygn. VI SA/Wa 974/15, dostępny na: CBOSA.

143 Dz. Urz. UE L 315 z 03 grudnia 2007, s. 1, (dalej jako: rozporządzenie WE nr 1370/2007).

i umów związanych ze świadczeniem usług na niewielką odległość, właściwe organy winny podjąć kroki, by ogłosić swój zamiar udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia takich umów w określonym terminie przynajmniej z rocznym wyprzedzeniem, tak aby potencjalne podmioty świadczące usługi mogły podjąć odpowiednie działania. Zamówienia prowadzące do zawarcia umów udzielane bezpośrednio powinny przy tym podlegać zwiększonej przejrzystości.

Z art. 5 ust. 1-5 rozporządzenia WE nr 1370/2007 wywieść można, że właściwy organ (organizator publicznego transportu zbiorowego) może samodzielnie wykonywać zadania z zakresu lokalnego transportu zbiorowego (np. poprzez swoją samorządową jednostkę organizacyjną) albo może powierzyć wykonywanie tych zadań na trzy sposoby:

- 1) w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) w drodze koncesji na świadczenie usług w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, albo
- 3) w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia.

Powierzenie zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, która musi być stosowana zawsze wtedy, gdy nie zachodzą określone prawem wyjątki (odnoszące się do spełniania cech podmiotu wewnętrznego i innych).¹⁴⁴ Z powierzeniem zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w drodze koncesji na świadczenie usług w zakresie lokalnego transportu zbiorowego mamy do czynienia, kiedy gdy podmiot publiczny zakłada, że przedsiębiorca będący operatorem będzie emitował bilety i ponosił wyłącznie ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia. W takim przypadku przewoźnik ponosi ryzyko ekonomiczne organizacji przewozu na danej linii.

Powierzenie zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w drodze tzw. bezpośredniego zawarcia umowy jest możliwe:

- 1) w przypadku zakłócenia w świadczeniu usług lub bezpośredniego ryzyka powstania takiej sytuacji (art. 5 ust. 5 rozporządzenia WE nr 1370/2007),
- 2) z tzw. podmiotem wewnętrznym (art. 5 ust. 2 rozporządzenia WE nr 1370/2007),
- 3) na „małe przewozy”, to jest przewozy, których średnia wartość roczna szacowana jest na mniej niż 1 mln euro lub które dotyczą świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300 tys. kilometrów rocznie (art. 5 ust. 4 rozporządzenia WE nr 1370/2007), a także

144 Art. 5 ust. 2 rozporządzenia WE nr 1370/2007.

- 4) z „małym przewoźnikiem”, czyli takim, który eksploatuje nie więcej niż 23 pojazdy (art. 5 ust. 4 ust. 4 rozporządzenia WE nr 1370/2007).

W art. 2 rozporządzenia 1370/2007 zdefiniowano m.in. pojęcie „bezpośredniego udzielenia zamówienia” jako udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych danemu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne z pominięciem procedury przetargowej (lit. h). Zdefiniowano także pojęcie „umowy o świadczenie usług publicznych”, co oznacza jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług. W zależności od prawa państw członkowskich umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która: stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy albo zawiera warunki, zgodnie z którymi właściwy organ samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu (art. 2 pkt i rozporządzenia 1370/2007). Pojęcie „umowa o świadczenie usług publicznych”, zgodnie z definicją w rozporządzeniu WE nr 1370/2007, obejmuje również koncesje na świadczenie usług publicznych.¹⁴⁵ Ograniczenia w zakresie stosowania trybu przetargowego uzależnione są od rozwiązań wprowadzanych w poszczególnych państwach członkowskich.¹⁴⁶

Podkreślenia wymaga, że udzielenie przez właściwy organ zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych zawsze poprzedzać winna odpowiednia procedura zmierzająca do zawarcia samej umowy o świadczenie usług publicznych, czy to w formie procedury przetargowej, czy samodzielnego świadczenia usług, czy też w formie bezpośredniego udzielenia zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy.

Powyższe rozwiązania przeniesiono na grunt polskiego porządku prawnego. Zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 i 2 polskiej ustawy o publicznym transporcie zbiorowym¹⁴⁷ organizator (czyli j.s.t.) dokonuje wyboru operatora w trybie: ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych albo ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi albo zawarcia umowy o świadczenie usług. Organizator może także realizować przewo-

¹⁴⁵ Komunikaty instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii Europejskiej, Komisja Europejska, Komunikat Komisji w sprawie wytycznych interpretacyjnych..., *op. cit.*

¹⁴⁶ Analogicznie powołując się na treść rozporządzenia WE 1370/2007 E. Wągiel, *Formy realizacji zadań samorządu terytorialnego w zakresie kolejowego transportu publicznego*, (w:) Samorząd terytorialny w Polsce a sądownictwo administracyjne, (red.) B. Dolnicki, J.P. Tarno, Warszawa 2012, s. 393 i nast.

¹⁴⁷ Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1867 ze zm., dalej jako: „u.p.t.z.”).

zy w ramach publicznego transportu zbiorowego w formie samorządowego zakładu budżetowego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 u.p.t.z. organizator może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku gdy:

- 1) średnia wartość roczna przedmiotu umowy jest mniejsza niż 1 000 000 euro lub świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego dotyczy świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie albo
- 2) świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma być wykonywane przez podmiot wewnętrzny, w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, powołany do świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, albo
- 3) świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma być wykonywane w transporcie kolejowym, albo
- 4) wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.t.z.

W przypadku gdy przedmiotem umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zawartej w trybie bezpośredniego zawarcia umowy, ma być świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej, umowa powinna przyjąć formę koncesji na usługi. Przepisu nie stosuje się w przypadku bezpośredniego zawarcia umowy z podmiotem wewnętrznym, w którym jednostka samorządu terytorialnego samodzielnie lub wspólnie z inną jednostką samorządu terytorialnego posiada 100% udziałów lub akcji tego podmiotu wewnętrznego.

Na podstawie art. 22 u.p.t.z. umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego powinna odpowiadać warunkom określonym w art. 5 ust. 6 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Mając na względzie powyższe, w doktrynie wywodzi się, że do podstawowych form realizacji zadań w zakresie publicznego transportu zbiorowego należy zatem zaliczyć:

- 1) powierzenie tych zadań własnej jednostce organizacyjnej (samorządowemu zakładowi budżetowemu);

- 2) zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego z tzw. operatorem publicznego transportu zbiorowego będącym przedsiębiorcą uprawnionym do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób;
- 3) zawarcie porozumienia między sąsiadującymi j.s.t., na mocy którego powiat przejmujący od pozostałych j.s.t. zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego wykonuje to zadanie na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w obszarze j.s.t, które zawarły porozumienie.¹⁴⁸

Zwraca się przy tym uwagę, że u.f.p. przewiduje możliwość wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego m.in. w zakresie lokalnego transportu zbiorowego przez samorządowe zakłady budżetowe (art. 14). Z tych względów w definicji operatora publicznego transportu zbiorowego wskazano, że jest nim również samorządowy zakład budżetowy. W art. 4 ust. 2 pkt 4 u.p.t.z. przewidziano natomiast, że ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, należy przez to rozumieć również akt wewnętrzny, określający warunki wykonywania usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego przez samorządowy zakład budżetowy. Zasady wykonywania tych usług przez operatora, będącego takim zakładem, są bowiem tożsame z tymi, na podstawie których realizuje przewozy operator będący przedsiębiorcą.¹⁴⁹

O ile realizacja zadania organizacji lokalnego transportu zbiorowego przez własny zakład budżetowy nie budzi żadnych zastrzeżeń, to mając na względzie zaprezentowany powyżej podział, zaznaczyć należy, że przez przedsiębiorcę uprawnionego do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób rozumieć będziemy zarówno podmiot działający komercyjnie w obszarze transportu zbiorowego, jak również tzw. podmiot wewnętrzny (którego charakterystyka znalazła się we wcześniejszej części prowadzonej analizy).

Można stwierdzić, że w przypadku powierzenia zadania podmiotowi wewnętrznemu zawierana umowa ma charakter uzupełniający względem aktu powierzenia, który stanowiła będzie odpowiednia uchwała organu j.s.t. – stanowiona na gruncie ustaw samorządowych i u.g.k. Konieczne jest bowiem najpierw powołanie do życia podmiotu wewnętrznego i określenie jego przedmiotu działalności, co kreowane jest stosowną uchwałą determinującą treść czy zmianę aktu założycielskiego. Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zawierana bezpośrednio z podmiotem wewnętrznym (art. 22 ust. 1 pkt 4 u.p.t.z.), wska-

148 J. Jagoda, *Sposoby realizacji zadań w zakresie powiatowego publicznego transportu zbiorowego*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, (red.) B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 280.

149 Tamże, s. 281.

zuje warunki prowadzenia konkretnej działalności na określonej linii komunikacyjnej (linii komunikacyjnych) czy sieci komunikacyjnej.

Zasadą jest jawność i przejrzystość procedur, co realizowane jest m. in. przez praktykę publikacji, dotyczącą zarówno procedur przetargowych, jak i bezpośredniego udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia umów.¹⁵⁰

7.2. Umowa o świadczenie usług publicznych na gruncie u.p.t.z.

Jak wywodzący powyżej, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 24 u.p.t.z., umowa o świadczenie usług publicznych zdefiniowana została jako umowa między organizatorem publicznego transportu zbiorowego a operatorem publicznego transportu zbiorowego (będącym podmiotem wewnętrznym), która przyznaje temu operatorowi prawo i zobowiązuje go do wykonywania określonych usług związanych z wykonywaniem przewozu o charakterze użyteczności publicznej.¹⁵¹ Umowę tę poddaje analizie jako formę komercjalizacji wykonywania zadań j.s.t. przez jednostki wewnętrzne (zależne od j.s.t.).

Ustawodawca założył możliwość powierzenia podmiotowi wewnętrznemu realizacji zadania użyteczności publicznej, przy spełnieniu przesłanek ustawowych, w postaci organizacji transportu zbiorowego. Przy tym powierzenie zadania nastąpić ma w formie umowy. Jednocześnie dla tego typu powierzenia dla podmiotu wewnętrznego wyłączone zostaje zastosowanie prawa zamówień publicznych. Umowa o świadczenie usług publicznych uregulowana jest na gruncie art. 25 ust. 3 u.p.t.z., gdzie określa elementy, jakie zawierać musi umowa o świadczenie usług publicznych. Katalog tych elementów określony został przez ustawodawcę i – o ile organ uchwałodawczy j.s.t. ma możliwość ogólnego określenia w uchwale powierzającej zakres działania podmiotu wewnętrznego – to nie jest uprawniony do samodzielnego określania w drodze uchwały elementów, jakie zawierała będzie umowa, np. co do warunków zamiany i rozwiązania umowy.¹⁵² Te bowiem elementy wyznaczone zostały przez akt rangi ustawowej, ich modyfikacja (przez określenie np. wzorca umowy) aktem podjętym na poziomie j.s.t. może być uznana za naruszenie hierarchii źródeł prawa i zasad techniki prawodawczej.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wyrażony został pogląd o preferencyjnym traktowaniu podmiotów wykonujących zadania powierzone mocą umowy o świadczenia usług publicznych. NSA zwrócił uwagę, że przewóz o charakterze użyteczności publicznej to powszechnie dostępna usługa w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywana przez operatora publicznego transportu zbiorowego.

150 Por. wyr. WSA w Bydgoszczy z 04 listopada 2015 r., sygn. II SA/Bd 992/15, dostępny na: CBOSA.

151 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1867 ze zm., art. 4 ust. 1 pkt 24.

152 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Lubuskiego z dnia 6 grudnia 2012 r. NK-I.4131.371.2012.AHor, Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z dnia 13 stycznia 2017 r., LEX-S.4131.15.2016.DG.

rowego w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na danym obszarze (art. 4 ust. 1 pkt 12 u.p.t.z.). Wykonywanie tego rodzaju przewozów mieści się w zakresie gospodarki komunalnej.¹⁵³

Z uwagi na to, że operator ma zaspokoić nieprzerwane i bieżące potrzeby przewozowe społeczności na danym obszarze, to jego działalność na tym obszarze jest priorytetowa w stosunku do działalności przewoźnika. Co warto podkreślić, umowa musi wskazywać na sposób obliczania rekompensaty, który powinien odpowiadać wymaganiom określonym w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Bezpośrednio zawierana umowa o świadczenie usług publicznych, na gruncie u.p.t.z., jest formą powierzenia określonemu podmiotowi wewnętrznemu realizacji zadania w postaci organizacji przewozów na linii komunikacyjnej albo linii komunikacyjnych, albo sieci komunikacyjnej. Powierzenie zadania wpływa zarówno na użytkowników transportu zbiorowego, jak i na sam podmiot świadczący usługę, stawiając go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych podmiotów. Bezpośrednio zawarta umowa o świadczenie usług publicznych wywiera więc skutek szerszy niż tylko określenie relacji pomiędzy powierzającą j.s.t. a podmiotem wewnętrznym. Z opisanych wcześniej zasad funkcjonowania podmiotu wewnętrznego wyprowadzić można wniosek, że podmiot wewnętrzny, z którym umowa ma być bezpośrednio zawarta, nie ma możliwości odmowy świadczenia usługi – powierzono mu bowiem zadanie organizacji przewozu, a następnie na podstawie umowy o świadczenie usług wskazano konkretne warunki prowadzenia działalności wraz z mechanizmem rekompensaty. Podporządkowanie j.s.t. wynika z relacji właścicielskiej, jak i ze stosunku łączącego organizatora publicznego transportu zbiorowego i operatora jako podmiotu wewnętrznego. Działanie operatora determinowane jest koniecznością realizacji zadania publicznego, dla której został powołany. Bezpośrednio zawarta umowa o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym stanowi odmienny rodzaj umowy od umów zawieranych na gruncie u.f.p., p.p.p., u.p.z.p. czy u.k.b.

Istnieje obowiązek po stronie wykonawcy będącym podmiotem wewnętrznym przystąpienia do takiej umowy i realizacji nałożonego na nią obowiązku. Również sama treść umowy określana jest przez organizatora publicznego transportu zbiorowego. Zasada swobody umów podlega tutaj ograniczeniu w zakresie swobody podmiotów zawierających umowę w podjęciu decyzji dotyczącej powstania stosunku prawnego – podmiot wewnętrzny musi podporządkować się woli właściciela j.s.t. Ograniczenie swobody zawierania umów ma swoje źródło w ustawie. Podmiot wewnętrzny, jako powołany do realizacji określonej usługi, nie może odmówić wykonania zadania powierzonego umową o świadczenie usług publicznych. Można również wyrazić wątpliwość w zakresie istnienia pełnej swobody wyboru kontrahenta.

153 Wyrok NSA z dnia 20 maja 2014 r., sygn. II GSK 518/13, dostępny na: CBOSA.

Nie istnieje również pełna swoboda co do kształtu tej umowy. Jej elementy określone są prawnie, a zakres negocjacji treści umowy jest praktycznie uniemożliwiony poprzez fakt, że to organizator decyduje o zakresie świadczonej usługi.

7.3. Umowa o świadczenie usług publicznych w gospodarce odpadami – umowa wykonawcza

Przyjmując opisane powyżej założenie, że podstawą powierzenia jest podjęcie uchwały, której konsekwencją jest akt założycielski (umowa spółki), zastanowić się można, czy w procedurze powierzenia określonych zadań jest miejsce na umowę zawartą pomiędzy organem j.s.t. a podmiotem, na rzecz którego powierzenie następuje, skoro np. tego rodzaju umowę przewiduje się w przypadku powierzenia zadania na gruncie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Jak wykazało badanie przeprowadzone na grupie uchwał powierzających, część z nich odnosi się do umowy, określanej jako umowa wykonawcza. Zakładając, że uchwała powierzająca ma charakter władczy i jednostronnie określa zakres powierzonych zadań, akt założycielski również jest formą kreującą spółkę, czyli brak jest możliwości dwustronnego określania zasad wykonywanych zadań użyteczności publicznej, a jednocześnie jak zostało wykazane – uchwały powierzające nie zawierają wszystkich niezbędnych elementów, by można było mówić o dokonaniu powierzenia. Dla określenia pewnych zasad współdziałania zasadnym jest dopuszczenie możliwości wspólnego uzgodnienia szczegółów powierzenia, być może zasadnym jest rozważanie wprowadzenia tego rodzaju umów do relacji pomiędzy powierzającym a podmiotem, na rzecz którego zadanie zostało powierzone.

O ile na gruncie u.p.t.z. umowa o świadczenie usług publicznych znajduje bezpośrednie umocowanie prawem pozytywnym, przy tym bardzo często stosuje się tu bezpośrednie odesłanie do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, to interesujące na tym tle wydają się „Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami”¹⁵⁴

Zgodnie z pkt 5 lit. p Wytycznych z 2010 r. umową o świadczenie usług jest umowa zawierana pomiędzy gminą albo związkiem międzygminnym a podmiotem zobowiązanym do wykonywania zadań własnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi.

154 Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko Regionalne Programy Operacyjne. Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami, opublikowane 02 marca 2010 r., http://rpo2007-2013.opolskie.pl/docs/20100302_wytyczne_pp_odpa.pdf

Wytyczne poddane zostały pewnym modyfikacjom i od 2015 r. posługują się pojęciem „umowy o świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym”, która rozumiana jest jako „umowa, której przedmiotem jest świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w gospodarce odpadami”. Umowa ma regulować szczegółowy zakres obowiązku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz warunki świadczenia tych usług i może przybrać formę:

- 1) umowy zawartej przez gminę z przedsiębiorcą wybranym w procedurze konkurencyjnej, albo
- 2) uchwały organu stanowiącego gminy, umowy wykonawczej (umowy regulującej szczegółowe kwestie związane z realizacją zobowiązania do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym określonego w innym dokumencie, np. uchwały organu stanowiącego gminy), umowy spółki (statutu spółki) lub aktu wewnętrznego (planu, regulaminu itp.) w odniesieniu do spółki komunalnej posiadającej status podmiotu wewnętrznego, która została wybrana bezpośrednio do świadczenia usług (z pominięciem procedury konkurencyjnej), uchwały organu stanowiącego gminy, statutu albo aktu wewnętrznego (planu, regulaminu itp.) w odniesieniu do samorządowego zakładu budżetowego lub jednostki budżetowej. Umowę o świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym może stanowić kilka z aktów przywołanych powyżej łącznie.¹⁵⁵

Szerokie rozumienie pojęcia umowy o świadczenie usług, występujące w przytaczanych Wytycznych z 2010 i 2015, jako wszelkiego rodzaju aktów powierzających, stanowi niejako powtórzenie treści Komunikatu Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym – w przedmiocie tego, co uznane może być za akt powierzenia.¹⁵⁶

Celem tej umowy (tzw. „umowy wykonawczej”) jest uregulowanie wszystkich albo wybranych kwestii związanych ze świadczeniem usług publicznych z zakresu gospodarki odpadami. W przypadku realizacji zadań własnych gminy przez należącą do j.s.t. spółkę komunalną, posiadającą status podmiotu wewnętrznego, umową o świadczenie usług będzie umowa wykonawcza regulująca głównie kwestie związane z wypłatą rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Wówczas szereg istotnych kwestii związanych z powierzeniem zobowiązania do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym będzie

155 Minister Infrastruktury i Rozwoju, Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach zadań własnych samorządu gminy w gospodarce odpadami komunalnymi, Warszawa, 22 września 2015 r., s. 10 i 11.

156 Komunikat Komisji z dnia 11 stycznia 2012 w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, 2012/C 8/02.

uregulowany w innych dokumentach (np. uchwale o utworzeniu spółki czy umowie spółki).¹⁵⁷

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że umowa o świadczenie usług publicznych – zgodnie z Wytycznymi z 2010 i 2015 r. – rozumiana może być jako czynność o charakterze dwustronnym, ale jednocześnie ze względu na charakter podmiotu, na rzecz którego następuje powierzenie i charakter zadania, umowa ta wyłączona jest z procedury zamówień publicznych. Przyjmując interpretację zawartą w wytycznych ministerialnych, może być to każdy akt powierzenia – uchwała organu stanowiącego bądź też umowa dwustronna. W przypadku uchwały organu uchwałodawczego powierzenie nastąpi na podstawie czynności jednostronnej organu uchwałodawczego. Obok tego w relacjach wewnętrznych pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem, na rzecz którego dokonywane jest powierzenie, zawarta może być umowa precyzująca warunki prowadzenia działalności powierzonej. Oba bowiem akty stanowią element procesu powierzenia (uchwała i zawarta umowa). W obu aktach precyzowany jest zakres dokonanego powierzenia. Oczywiście wytyczne nie mają mocy prawotwórczej, ale opisany w nich mechanizm powierzenia z zastosowaniem umowy można wywieść w pewnych sytuacjach z polskich regulacji prawnych. Przykładem mogą być przepisy art. 2 u.g.k., przytaczane wcześniej normy stanowiące podstawę do podejmowania uchwał powierzających przez organy uchwałodawcze j.s.t. Kwestią otwartą jest możliwość zawierania odrębnej umowy z podmiotem wewnętrznym.

7.4. Umowa o świadczenie usług publicznych (umowa wykonawcza) jako element powierzenia

W kontekście umowy o świadczenie usług publicznych¹⁵⁸ mogą pojawić się pewne pytania. Po pierwsze, czy umowa taka zastrzeżona jest tylko do zlecenia podmiotom wewnętrznym określonych usług o charakterze użyteczności publicznej (np. związanych z gospodarką odpadami)? Czy też jest to umowa, która powinna być stosowana w przypadku każdego powierzenia, jako forma o charakterze obligatoryjnym bądź też należy postulować jej zastosowanie. Po drugie, jakie jest miejsce umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie tworzenia prawnych podstaw powierzenia zadania? Po trzecie, jakiego rodzaju aktem jest umowa – zarówno jeśli chodzi o jej charakter prawny, jak i skutki zawartych tam postanowień. Jeśli umowa ma charakter cywilnoprawny, to czy wywiera również skutki administracyjnoprawne?

¹⁵⁷ Analogicznie kwestie to opisane zostały z Wytycznych z 2015 r.

¹⁵⁸ Umowy o świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, przy tym raczej zasadnym jest używanie nazwy „umowy o świadczenie usług publicznych”, jako znajdującej umocowanie prawne i odnoszącej się do funkcjonującego w polskim porządku prawnym określenia usług publicznych, nie zaś wywodzonego z prawa UE pojęcia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

Zauważyć więc należy, że Wytyczne z 2015 r., w przeciwieństwie do u.p.t.z., stanowią jedynie dokument o charakterze niewiążącym w sensie źródeł prawa, ale niewątpliwie odgrywają znaczną rolę przy konstrukcji powierzenia i uzyskiwania dofinansowania programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami, co z kolei oznacza, że podmioty i j.s.t. realizujące tego typu zadania niewątpliwie kierują się zawartymi tam wskazówkami postępowania. Można stwierdzić, że wytyczne przenoszą na grunt praktyki administracyjnej wiedzę prawniczą, czyli, że to, co z nich wynika, to konsekwencja obowiązującego prawa (jego praktyczna wykładnia). Można byłoby przyjąć, że nie są one źródłem prawa, lecz źródłem wiedzy o prawie, którą warto wykorzystywać w szerszym zakresie niż działalność, której te wytyczne dotyczą.

Co warte w tym miejscu podkreślenia, w orzecznictwie sądowoadministracyjnym neguje się konieczność zawierania przez j.s.t. dodatkowej umowy z własnym podmiotem wewnętrznym (abstrahując od samej formy powierzenia zadań – z zastosowaniem uchwały czy jedynie zmiany aktu założycielskiego).

W jednym z orzeczeń NSA stwierdza, że powierzenie wykonywania zadań gminy może nastąpić jedynie w drodze powołania spółki, zaś modyfikacja tych zadań (ich uzupełnienie) nie może nastąpić w trybie umowy wykonawczej zawartej pomiędzy j.s.t. a spółką.¹⁵⁹

W innym orzeczeniu NSA odnosi się w uzasadnieniu do sposobów realizacji zadań przez j.s.t., podnosząc, że jest to możliwe przez tworzenie przez gminę własnych jednostek organizacyjnych (w tym spółek) albo przez powierzanie realizacji zadań gminy innym podmiotom w drodze umów. Organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego decydują o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k.), co oznacza, że przysługuje im domniemanie kompetencji w tym zakresie. Natomiast brak jest podstaw do cedowania kompetencji wynikającej z art. 9 u.s.g. na organ wykonawczy do zawierania umowy wykonawczej.¹⁶⁰ Zdaniem NSA wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2013 r. przepisy art. 2 i 3 ust. 1 u.g.k. dotyczą niewątpliwie dwóch różnych sytuacji, zasygnalizowanych w art. 9 ust. 1 u.s.g. 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. Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną, nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywa-

159 Wyr. NSA z 03 grudnia 2015 r., sygn. II OSK 2590/15, dostępny w: CBOSA.

160 Wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny w: CBOSA.

nia tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania.

Z powyższego wyprowadzić można wniosek, że j.s.t. 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 j.s.t. należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki jest zatem wykonywanie powierzonych 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. W takim przypadku nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych, a ponadto nie jest konieczne zawarcie przez gminę z własną jednostką organizacyjną odrębnej umowy – przy tym np. WSA w Szczecinie podkreśla cywilnoprawny charakter tej umowy.¹⁶¹

Kwestionowanie konieczności zawierania umów wykonawczych – jako uzupełnienia formy powierzenia zadania – wynika z faktu, że formalnie rzecz ujmując, umowa wykonawcza – odmienne od umowy o świadczenie usług publicznych – nie znajduje bezpośrednio normatywnych podstaw. Celem umowy o świadczenie usług publicznych na podstawie u.p.t.z. jest powierzenie operatorowi konkretnego zadania, gdy tymczasem umowa wykonawcza – w pewnym stopniu wzorowana na umowie o świadczenie usług publicznych – stanowić ma jedynie wewnętrzny dokument precyzujący wzajemne relacje pomiędzy j.s.t. a podmiotem wewnętrznym. Na etapie doprecyzowania zasad wykonywania zadania powierzonego może istnieć miejsce na konsensualne uzgadnianie warunków jego prowadzenia i w tym miejscu można dopuścić instytucję umowy, np. w przypadku określania mechanizmu rekompensaty, który wiąże się przecież z określeniem zasad finansowania i przepływu środków finansowych, wskaźników służących do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości rekompensaty, ustalenia na temat unikania i odzyskiwania nadwyżek rekompensaty.¹⁶²

Zauważyć należy, że o ile zasadnym jest wykorzystanie umowy wykonawczej jako formy doprecyzowującej powierzenie zadań, to sam zakres powierzenia powinien być określony w uchwale powierzającej. Wskazanie bowiem, że sposób wykonania powierzonego zadania określi umowa wykonawcza, powoduje, że po-

161 Wyr. WSA w Szczecinie z 28 listopada 2012 r. sygn. II SA/Sz 568/12, dostępny w: CBOSA.

162 Do rekompensaty odnosi się Dokument Roboczy Służb Komisji, Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, dnia 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2".

wierzenie zadań spółce następuje *pro futuro*, tj. gdy jeszcze nie są one przedmiotem działalności spółki.¹⁶³ To z kolei może podawać w wątpliwość nie tylko samą konstrukcję umowy wykonawczej, ale również umocowanie spółki do realizacji zadań.

Zastanowić się należy, czy nie zasadnym byłoby przyjęcie, iż powierzenie zadania nastąpiło mocą uchwały odpowiedniego organu, umowa wykonawcza jest zaś instrumentem pozwalającym na określenie elementów niezbędnych dla realizacji określonego zadania, np. w zakresie obowiązków sprawozdawczych, wypłaty rekompensaty, szczegółów przepływu dokumentów itp.

Relacja łącząca gminę z podmiotem wewnętrznym ma charakter złożony. J.s.t. wykonując swe zadania własne poprzez spółkę prawa handlowego, którą utworzyła stosownie do art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, mogłaby, co jest prawnie niewykluczone, regulować stosunki prawne ze spółką uchwałami organów samorządowych i uchwałami zgromadzeń wspólników spółki, uchwałami, które nakazują organowi wykonawczemu spółki podjęcie określonych działań.¹⁶⁴

Pojęcie udziału j.s.t. w przedsięwzięciu samorządowym będzie tożsame w takim przypadku z podejmowaniem uchwał przez organy spółki, jako że wspólnikami spółki są gminy, reprezentowane w spółkach, w sposób wskazany w przepisach. Skoro więc j.s.t. powierzy spółce, stosowną uchwałą, wykonywanie określonych zadań użyteczności publicznej, na określonych warunkach ekonomicznych, wydaje się być zbędna umowa cywilnoprawna, tym bardziej że jej stronami, chociaż reprezentowanymi przez różne osoby fizyczne, jest ta sama osoba prawna – gmina. 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. Jednocześnie w stosunkach między gminą i jej spółką jest również miejsce na umowy o zamówienia publiczne, pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zadaniach, dla których gmina powołała tę jednostkę organizacyjną.¹⁶⁵

Być może pożądanym rozwiązaniem byłoby doprecyzowanie w polskich realiach prawnych formalnej strony powierzenia poprzez wskazanie, że samo przekazanie do realizacji zadań odbywa się na podstawie uchwały właściwego organu j.s.t., a sposób realizacji zadania (w tym również sposób finansowania w zakresie szczegółowych zasad współpracy), określone powinny być właśnie w umowie wykonawczej.

163 Wyr. NSA z 03 grudnia 2015 r., sygn. II OSK 2590/15, dostępny w: CBOSA, w tym orzeczeniu Sąd neguje możliwość władczego określania zakresu działania spółki nie tylko poprzez fakt zawierania umowy wykonawczej, ale również jako władczego powierzenia zadań.

164 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. III SA/Wa 2445/05, dostępny w: „CBOSA”.

165 Tamże.

W doktrynie wyrażane jest stanowisko, że powierzenie realizacji zadania dokonywane jest na podstawie uchwały bez konieczności zawierania odrębnej umowy.¹⁶⁶ Podnosi się jednocześnie, że umowa taka może wystąpić celem doregulowania wzajemnych uprawnień i obowiązków pomiędzy j.s.t. a podmiotem wewnętrznym.¹⁶⁷ Należy podzielić w tym miejscu pogląd J. Ostalowskiego, który wskazuje, że „szczegółowa treść obowiązku świadczenia usługi publicznej może być określona także w innych aktach przyjętych przez władze j.s.t. Mogą to być akty jednostronne przyjęte w drodze uchwały przez organy stanowiące albo odpowiednio upoważnione organy wykonawcze j.s.t. (w drodze zarządzenia, określające, także w perspektywie wieloletniej, zasady dotyczące sposobu świadczenia usługi i zasady jej finansowania – strategie, plany, regulaminy, algorytmy itp. [...]) Mogą to być również akty dwustronne pomiędzy władzami j.s.t. a władzami spółki (porozumienia).”¹⁶⁸

Jeśli zadania publiczne realizowane są w interesie ogólnym przez podmioty formalnie znajdujące się poza aparatem administracyjnym, wówczas zadania te przekazywane są do realizacji na podstawie umów cywilnoprawnych. To z kolei wpływa to na określenie charakteru uprawnień w stosunkach prawnych między osobami korzystającymi z usług o charakterze powszechnym a podmiotami świadczącymi te usługi. Są one oparte na umowach, a nie aktach o charakterze władczym. Jednak często państwo nadal narzuca stronom istotne ograniczenia, poddając świadczenie usług dodatkowej regulacji w ustawach szczególnych. Co do możliwości automatycznego uznania (potraktowania) tych umów jako mieszczących się w sferze prawa cywilnego można mieć natomiast uzasadnione wątpliwości.

Dopuszczając możliwość zawarcia stosownej umowy o świadczenie usług publicznych (zarówno tej umocowanej na gruncie u.t.z.p., jak i tej precyzującej zakres powierzenia – umowy wykonawczej), jako doprecyzowujących dokonane powierzenie, można podjąć próbę określenia charakteru prawnego tych umów.

7.5. Charakter prawny umowy o świadczenie usług publicznych (umowy wykonawczej)

Trudnym jest jednoznaczne określenie charakteru prawnego umowy o świadczenie usług publicznych.¹⁶⁹

Jak wykazano we wcześniejszych rozważaniach, istnieją podstawy do odróżnienia zagadnienia prywatyzacji od komercjalizacji. Umowa może spełniać różne funk-

166 Z. Górka, T. Wołowicz, Zlecenie wykonywania zadań własnych gminy w komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2011, nr 3, s. 38.

167 J. Zięty, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Warszawa 2012, s. 50.

168 J. Ostalowski, Organizacja i finansowanie transportu zbiorowego w Polsce a wspólnotowe zasady udzielania pomocy publicznej, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 1-2, s. 116.

169 Z. Leoński, Zarys prawa administracyjnego, Warszawa 2006, s. 307; P. Lissowski, Ustrojowe konsekwencje umów w administracji – wybrane zagadnienia, (w:) Umowy w administracji, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 91.

cje w realizacji zadań administracji publicznej,¹⁷⁰ jej szczególny charakter wiąże się nie tylko z nierównoważną rolą podmiotów będących stronami umowy, ale także jej skutkami prawnymi (w zależności od komercjalizowanego zadania) i elementami składowymi.

Tego typu umowa pomiędzy j.s.t. a spółką komunalną nie stanowi umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takiej kategorii aktu prawnego nie znajdziemy uregulowanej wprost w obowiązujących przepisach ustrojowych samorządu, co nie zmienia faktu, że w praktyce taka forma współdziałania pomiędzy gminami a spółkami komunalnymi występuje. Brak jednolitości poglądów co do podstaw zawierania tych umów i ich charakteru prawnego dowodzi nieprzejrzystości procedur w zakresie organizacji zadań publicznych w Polsce.

Stawiając hipotezę, że umowa o świadczenie usług publicznych (czy też umowa wykonawcza), zaliczona może być do umów administracyjnych, ewentualnie mających charakter hybrydowy, należy wskazać, jaki elementy identyfikują umowę o charakterze publicznoprawnym.

Zdaniem J. Bocia można zidentyfikować następujące kryteria, pozwalające wprowadzić odróżnienie pomiędzy umową cywilną a umową administracyjną; zalicza się do nich:

- 1) charakter norm prawnych regulujących motywy, warunki, zawieranie, realizację i skutki umowy,
- 2) wyróżnienie przedmiotu takiej umowy czy takich umów,
- 3) wyróżnienie związane ze szczególną pozycją jednej czy obu stron umowy uwzględniającą zasięg przydanego jej imperium, wynikającą stąd osobowość publicznoprawną, zakres władczości rozciągniętej na formę, treść i trwałość postanowień umownych.¹⁷¹

Jak wykazano, samo powierzenie nie zawsze musi mieć tylko charakter cywilnoprawny, może również nastąpić poprzez użycie administracyjnoprawnej formy działania administracji. Powierzenie do realizacji zadania spółce komunalnej następuje mocą władczego aktu administracji (stosowna uchwała) i aktem utworzenia spółki (ewentualnie później zmiana tego aktu). Wykonywanie przez nią świadczeń na rzecz gminy macierzystej stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa, a pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego, reprezentowaną przez ten organ, a podmiotem wewnętrznym dla powierzenia zadania pierwotna jest uchwała określająca zakres tego powierzenia. Konsekwencją uchwały powierzającej zadanie jest zmiana aktu założycielskiego spółki. Uchwała powie-

170 D. R. Kijowski, *Umowy w administracji...*, *op. cit.*, s. 283.

171 J. Boć, *O umowie administracyjnoprawnej*, (w:) *Umowy w administracji*, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 39.

rzająca wiąże co prawda organ wykonawczy co do zakresu aktu założycielskiego, ale nie można twierdzić, by to organ wykonawczy był adresatem takiej uchwały. Uchwały nie dotyczą zgody organu uchwałodawczego na zmianę aktu założycielskiego, a określają zakres działania podmiotu wewnętrznego. Pierwotnie pomiędzy j.s.t. a spółką nie następuje stosunek cywilnoprawny – nie jest zawierana umowa cywilna, co zresztą leży u podstaw braku konieczności przeprowadzania postępowania w sprawie zamówienia publicznego (zgodnie z art. 139 ust. 1 u.p.z.p.).

Należy zwrócić uwagę na definicję zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 2 pkt 13 u.p.z.p. zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Krąg podmiotów mających status zamawiającego określa art. 3 ust. 1 u.p.z.p. Pojęcie wykonawcy zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 11 u.p.z.p. – wskazane zostały więc podmiotowe elementy zamówienia publicznego. Istotnym i kluczowym elementem zamówienia publicznego jest odpłatny charakter umowy. W literaturze przedmiotu uzasadnia się, że zamówieniem publicznym są umowy odpłatne, co powoduje, że nie były kwalifikowane jako zamówienia publiczne, często występujące w praktyce zlecenia udzielane gospodarstwom pomocniczym przez jednostki budżetowe lub zakładom budżetowym przez podmioty, które zakłady tworzyły. W świetle definicji nie są bowiem zamówieniem zlecenia udzielane wewnątrz danego podmiotu przez jednostkę organizacyjną innej jednostce organizacyjnej.¹⁷² Tego rodzaju mechanizm należałoby stosować również wobec podmiotów formalnie niezależnych do j.s.t – posiadających własną osobowość prawną – spełniających cechy podmiotu wewnętrznego. Założeniem byłby bowiem brak odpłatności za realizację powierzonego zadania przy uwzględnieniu uwag zgłoszonych w rozdziale pierwszym opracowania, a przez to zawarta umowa nie powinna być traktowana jako bezpośrednio funkcjonująca na gruncie prawa cywilnego.

Podkreślenia wymaga, że powierzenie przez j.s.t. podmiotowi wewnętrznemu realizacji zadania użyteczności publicznej nie stanowi zamówienia publicznego. Definicja zamówienia publicznego z jednej strony określa krąg podmiotów mogących być stroną umowy (czyli zamawiającego i wykonawcę), z drugiej zaś określa przedmiot i charakter umowy.¹⁷³

Niewątpliwie spółki komunalne posiadają osobowość prawną i w sensie cywilistycznym są odrębnym podmiotem od jednostki samorządu terytorialnego. Nie są jednak dla j.s.t. „kontrahentem”.¹⁷⁴ Wykonywanie przez spółkę spełniającą warunki

172 W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2017, s. 19.

173 M. Krzemień, *Zlecenie przez gminy...*, *op. cit.*, s. 141.

174 C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafrński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz i przepisy towarzyszące*, Warszawa 1997, s. 25. Opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych*,

do uznania za podmiot wewnętrzny świadczeń na rzecz gminy macierzystej stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa.¹⁷⁵

Brak miejsca na umowę (cywilną) w relacjach pomiędzy podmiotem wewnętrznym a j.s.t. potwierdza orzecznictwo sądowoadministracyjne.¹⁷⁶

Odórny tryb powierzenia zadania przewiduje się na gruncie u.p.t.z. Zawarta umowa jest tutaj elementem dodatkowym – koniecznym – ze względu na bezpośrednie uregulowania prawne. Przy tym, jako mające administracyjny charakter, zalicza się tylko czynności poprzedzające zawarcie umowy, nie zaś samą umowę. Z mocy bowiem art. 59 ust. 1 u.p.t.z. w przypadku ogłoszenia zamiaru bezpośredniego zawarcia umowy, o którym mowa w art. 23 ust. 1, podmiotowi, który jest lub był zainteresowany zawarciem danej umowy i któremu grozi powstanie szkody w wyniku zarzucanego naruszenia przepisów prawa Unii Europejskiej lub ustawy, przysługuje prawo wniesienia skargi do sądu administracyjnego. W świetle art. 60 ust. 1 u.p.t.z. skargę wnosi się w terminie 30 dni od dnia, w którym skarżący powziął lub przy dochowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez organizatora w sprawie. Administracyjny charakter mają te czynności, które poprzedzają zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych i to one podlegają kontroli sądów administracyjnych. Nie wyklucza się również podejmowania uchwał o zamiarze zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych.¹⁷⁷

Umowa o świadczenie usług publicznych może mieć różną formę prawną i dochodzić do skutku w różnym trybie. Jednak w ocenie WSA w Gliwicach nie można negocjować dwustronnego charakteru umowy o świadczenie usług publicznych. W uzasadnieniu Sąd podkreślał, że art. 61 ust. 2 u.p.t.z. przewiduje możliwość uchylenia przez sąd wyłącznie czynności organizatora, nie dotyczy zaś możliwości uchylenia czynności drugiej strony umowy. Nie jest wobec tego możliwe zakwalifikowanie umowy zawartej przez dwie strony jako czynności organizatora i jej uchylenie przez sąd administracyjny. W przypadku zaś zakwalifikowania jako czynności jedy-

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0022/28651/wykonywanie20zadan20w142asnnych.pdf, dostęp 28.08.2019 r.

175 Por. A. Szewc, O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 3, s. 105-106; L. Kieres, Formy organizacyjno-prawne gospodarki komunalnej, (w:) System Prawa Administracyjnego, t. 8B, Publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2013, s. 97-117; Por. wyr. NSA z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. II OSK 2283/13, dostępny na: CBOSA. Taki pogląd wyrażany był również w wytycznych Ministra Infrastruktury i Rozwoju, Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązki świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach zadań własnych samorządu gminy w gospodarce odpadami komunalnymi, Warszawa 2015, https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/10377/wytyczne_odpady_221015.pdf, s. 30, 32.

176 Np. wyr. NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. II GSK 105/05, powołane orzeczenie NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., stało się przedmiotem szerokiej dyskusji, Z. Czarnik, Glosa do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, *op. cit.*, s. 74; R. Szostak, Glosa do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 1-2, s. 139, analogiczne stanowisko do tego wyrażanego przez NSA przedstawiano również w orzeczeniach: wyr. WSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. SA/WA 2445/05; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 października 2015 r., sygn. II SAB/Po 81/15; wyrok NSA z dnia 02 lipca 2015 r., sygn. II GSK 1188/14, dostępny na CBOSA.

177 Wyr. WSA w Gliwicach z dnia 21 grudnia 2012 r., sygn. II SA/GI 1268/12, dostępny w: CBOSA.

nie oświadczenia woli złożonego przez jedną stronę (organizatora) orzeczenie sądu o jego uchyleniu nie mogłoby wywołać skutku wobec zawartej umowy. Założenie dopuszczenia kontroli sądowoadministracyjnej umowy prowadziłoby do dualizmu kontroli administracyjnej i prowadzonej przez sąd powszechny.¹⁷⁸

W mojej ocenie można więc wyodrębnić czynności poprzedzające zawarcie umowy, polegające na dokonaniu wyboru podmiotu, który będzie operatorem publicznego transportu oraz samą umowę mającą charakter pochodny względem aktu powierzenia zadania, ale pierwotny w zakresie kształtowania obowiązku spółki komunalnej w zakresie organizowania świadczenia usług przewozowych. Bez takiej bowiem umowy spółka nie miałaby obowiązku świadczenia usług na rzecz osób trzecich. Sam zaś akt powierzenia mógłby być dla sądu rozpatrującego pozew przeciwko spółce o realizację powszechnie dostępnych, na równych zasadach i trwale świadczonych usług przewozowych, dokumentem niewywierającym skutków prawnych wobec spółki. Natomiast w sprawie pozwu przeciwko gminie uchwała powierzająca świadczenie takich usług spółce komunalnej w żaden sposób nie zwalniałaby gminy z odpowiedzialności za np. pozbawienie części mieszkańców dostępu do zbiorowego transportu drogowego.

Uniknięcie wskazanych konsekwencji i perturbacji prawnych jest możliwe poprzez przyjęcie, że zakres stosowania przepisów o postępowaniu skargowym uregulowanym w ustawie jest ograniczony do etapu poprzedzającego samo zawarcie umowy i zawiera regulację mającą służyć ochronie podmiotów zainteresowanych wykonywaniem transportu zbiorowego w przypadku wyboru przez organizatora trybu bezpośredniego zawarcia umowy, bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Sąd administracyjny nie może badać oświadczenia woli, bo – po pierwsze – kryteria jego skuteczności określają przepisy kodeksu cywilnego, a po drugie kontrola oświadczenia woli skutkowałaby weryfikacją samej czynności cywilnoprawnej. Sąd nie ma możliwości uchylenia czynności innej niż dokonana wyłącznie przez organizatora (organ administracji publicznej), zatem nie może uchylić czynności prawnej dwustronnej, o charakterze cywilnoprawnym, z ingerencją w sferę uprawnień podmiotu trzeciego, przy równoczesnym pominięciu udziału tego podmiotu w postępowaniu.¹⁷⁹

Oznacza to, że sama wola zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych ma charakter jednostronnie władczy i tylko tego rodzaju czynności zaliczane są bezpośrednio do czynności administracyjnych. Jednocześnie, zważywszy na przedmiot umowy, dopuścić należy, że jej zakres odnosi się do szczegółowych kwestii powierzenia zadania bądź też precyzuje na tyle samo powierzenie, że dopiero obie czynności w powiązaniu – administracyjna i umowna – skutkują realną możliwością

178 Tamże.

179 Wyrok NSA z dnia 08 listopada 2013 r., sygn. II GSK 1726/13, dostępny w: CBOSA.

precyzyjnego wykazania, co było przedmiotem powierzenia. Rozdzielenie trybów sądowoadministracyjnej i cywilnej kontroli, o ile na gruncie obecnie funkcjonujących rozwiązań prawnych jest w pełni uzasadnione, w praktyce może powodować brak spójnych mechanizmów weryfikacyjnych. Podkreślam jednak, że taki charakter tych czynności wynika z u.p.t.z. Natomiast poza obszarem nią regulowanym takie same wnioski wymagałyby umiejętnego wywiedzenia z ogólniejszych regulacji.

Analogicznie może kształtować się sprawa zawarcia umowy wykonawczej na gruncie innych ustaw szczegółowych, gdzie tego rodzaju instytucja nie została wprost wskazana, która poprzedzona będzie uchwałą powierzającą. Czynność powierzenia podlegałaby kognicji sądu administracyjnego, ale już umowa zawarta na skutek powierzenia takiej kontroli – nie.

W tym miejscu należałoby się zastanowić nad modyfikacją spojrzenia na umowę o świadczenia usług publicznych (również na umowę wykonawczą). Podstawą powierzenia realizacji zadania publicznego jest uchwała powierzająca i akt założycielski. Umowa dotyczy konkretnego zadania, ale w rzeczywistości trudno wyobrazić sobie sytuację, w której spółka komunalna, stanowiąca wprawdzie odrębny (od j.s.t.) byt prawny, kwestionuje zawartą pomiędzy nią samą a j.s.t. umowę przed sądem powszechnym. Nie chodzi tutaj o brak podstaw prawnych, bo takie będą istniały, ale fakt, iż podstawą powierzenia są relacje właścicielskie wynikające choćby z faktu funkcjonowania jako podmiot wewnętrzny. W tym przypadku kontrola sądu powszechnego staje się fikcją. Jeśli dodatkowo wskazać na administracyjne podstawy nadzoru nad działalnością spółek komunalnych, to okaże się, że zasadnym byłoby włączenie sądowoadministracyjnej kontroli nad umowami o świadczenie usług publicznych.

Komercjalizacja realizacji zadania użyteczności publicznej, opierająca się w głównej mierze na konstrukcji administracyjnoprawnej, w sferze odpowiedzialności za realizację zadania tworzy wielopłaszczyznową strukturę. Ekonomicznie za wynik odpowiedzialny jest podmiot, który zadanie realizuje, ale jednocześnie ograniczony jest on mechanizmami regulacyjnymi, które stosować mogą organy administracji publicznej (np. możliwość określania w drodze uchwały cen za świadczone usługi, czy te zakresem powierzenia zadań). Oczywiście polityczną lub społeczną odpowiedzialność ponoszą organy j.s.t. – brak realizacji zadania na określonym poziomie, akceptowalnym społecznie, może przekładać się na brak mandatu społecznego do wykonywania funkcji. Z drugiej strony podmiot wewnętrzny, wykonujący zadanie, również ponosi swego rodzaju odpowiedzialność społeczną i polityczną. Jeśli bowiem cofnięte zostanie powierzone zadanie, wówczas może stracić rację bytu funkcjonowanie podmiotu do tej pory to zadanie realizującego. Podkreślić bowiem należy, że podmiot ten funkcjonalnie i majątkowo powiązany jest z j.s.t.

O ile w przypadku regulacji u.p.t.z. umowa o świadczenie usług publicznych znajduje prawne umocowanie, to wychodząc z założenia, że w przypadku innych powierzeń nie jest wymagana, tego rodzaju umowa nie musi przybierać formy stricte „umownej”, tzn. czerpiącej z prawa cywilnego konsensualnej formy uzgadniania warunków dokonania powierzenia, ale może również przybierać inną formę, w tym również władczego rozstrzygnięcia organu narzucającego warunki prowadzenia działalności powierzonej. Umowa potwierdza powierzenie (doprecyzowuje jego warunki) pomiędzy właściwym organem a podmiotem, któremu powierzono realizację zadania. Trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi co do charakteru prawnego takich umów. Kwalifikacja ich jako cywilnych wynikać może z braku uregulowania w rodzimym ustawodawstwie umów administracyjnych. Niewątpliwie jednak charakter norm prawnych regulujących motyw, warunki, zawieranie, realizację i skutki umowy wywodzone są z prawa publicznego. Jeśli przyjmiemy koncepcję powierzenia zadania w formie aktu prawa miejscowego, wówczas samo zadanie, którego umowa dotyczy, tak naprawdę powierzane zostaje aktem władczym – umowa stanowi tu instrument wtórny. Ustawowo wyróżniony jest również przedmiot takich umów stanowiący powierzone zadanie publiczne.

8. Podsumowanie

Charakter prawny działań podejmowanych w celu powierzenia zadań w ramach ich komercjalizacji nie jest oczywisty i budzi liczne kontrowersje. Możliwym jest przyjęcie, że na czynność powierzenia składała się będzie uchwała właściwego organu j.s.t. wraz z czynnością podejmowaną na gruncie prawa prywatnego, np. zmiana aktu założycielskiego spółki prawa handlowego. Podstawę prawną podjęcia uchwały stanowiły będą art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. w zw. z art. 12 pkt 8 lit. f i g, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 pkt 18, 19 lit. e i f u.s.w. – przy tym w przypadku utworzenia jednostek ochrony zdrowia w formie spółek negowana jest możliwość podjęcia takiej uchwały, w przypadku jednostek kultury, stowarzyszeń itp. uchwała taka określana bywa aktem kierownictwa, czasem zaś aktem prawa miejscowego, w przypadku zaś spółek prawa handlowego uchwała tak raz określana jest aktem prawa miejscowego, w innych zaś przypadkach jako przejaw wewnętrznego właścicielskiego działania j.s.t.

Po przedstawieniu obowiązującego prawa, poglądów judykatury i doktryny, a także wyników badania praktyki administracyjnej wypada zauważyć, że brak jest tutaj jednolitości rozwiązań prawnych oraz poglądów. Podejmowanie przez organy uchwałodawcze uchwał może być uznane za przejaw sprawowania uprawnień właścicielskich, co nie powinno pozwalać na kwalifikowanie tych uchwał jako podejmowanych na gruncie prawa publicznego. Z drugiej jednak strony do składania oświadczeń woli w imieniu j.s.t. (w zakresie spraw majątkowych) uprawnio-

ne są organy wykonawcze. Co z kolei prowadzić może do wniosku, że to te właśnie organy powinny być wyrazicielami cywilnoprawnych relacji łączących j.s.t. z podmiotami wewnętrznymi. Jak zostało wykazane, w przypadku jednostek leczniczych prowadzonych w formach spółek prawa handlowego neguje się konieczność i możliwość podejmowania odrębnych uchwał przez organy uchwałodawcze, upoważniających organ wykonawczy do utworzenia jednostki leczniczej. W przypadku uchwalania statutów pisze się zaś o uchwałach podejmowanych w ramach relacji kierowniczych. W przypadku zaś spółek komunalnych istnieje spór co do powszechnego bądź wewnętrznego powiązywania takich uchwał, a wręcz co do tego, że są one podejmowane w ramach prawa publicznego. Podkreślenia jednak wymaga, że jeżeli powierzenie zadań publicznych wiąże się z przyznaniem mechanizmu rekompensaty, to akt powierzenia powinien mieć charakter władczy.

W moim przekonaniu możliwym jest wywiedzenie, że uchwała powierzająca powinna zostać uznana za akt prawa miejscowego, w szczególności jeśli obok samego powierzenia zadania użyteczności publicznej zawiera ona odniesienia do sposobu wykonywania tych zadań i świadczenia usług. W prowadzonych rozważaniach, na podstawie przeprowadzonych badań, stwierdziłem, że akty powierzenia mają normatywny, abstrakcyjny, generalny oraz powszechny charakter.

Realizacja zadania publicznego wynikająca z prawa publicznego i powierzona do wykonywania innemu podmiotowi, spełniającemu cechy podmiotu wewnętrznego (przy uwzględnieniu szczególnych rozwiązań, gdzie wprost odsyła się do zamówienia publicznego, np. na gruncie zadania odbioru odpadów na podstawie u.c.p.g.), powinna mieć umocowanie w akcie prawa publicznego. Jeśli dodatkowo dodać do tego tę okoliczność, że w ramach realizacji niektórych zadań przyznawane są organowi podmiotu wewnętrznego kompetencje władcze, to zastanowić się można, czy uchwała w sprawie powierzenia (utworzenia, zmiany zasad) nie powinna być traktowana jako instrument publicznoprawny. Dokonując komercjalizacji zadania (poprzez powierzenie go podmiotowi wewnętrznemu), można rozważyć konieczność uprzedniego podjęcia uchwały przez organ stanowiący. Uzasadnienia dla przyjęcia, że powierzenie zadań spółce komunalnej przybrać powinno formę aktu prawa miejscowego, poszukiwać można w tym, że spółki te tworzone są na gruncie ogólnych uregulowań prawnych i mogą być powoływane dla celu każdorazowo określanego przez j.s.t., co prowadzić może do wpływu na rynek a jednocześnie niezbędnym jest, by obywatele posiadali wiedzę co do podmiotów realizujących zadanie. Wewnętrzny charakter uchwały powierzającej może prowadzić także do ograniczenia zaskarżania tego rodzaju uchwał przez podmioty zewnętrzne, których sytuacja ulega zmianie przez powierzenie zadania na rzecz podmiotu wewnętrznego, np. jeśli są one zainteresowane prowadzeniem określonego rodzaju działalności stanowiącej przedmiot powierzenia, a podjęta uchwała powierzająca jednocześnie ogranicza możliwość podjęcia takiej działalności.

Empiryczna analiza uchwał powierzających pozwala stwierdzić, że najczęściej powierzenie zadania dotyczyło kwestii utrzymania czystości i porządku w gminie. Może to być spowodowane tym, że w 2011 r. doszło do diametralnej zmiany sposobu funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi w gminach, co spowodowało konieczność nałożenia na j.s.t. nowych zadań. Nieprzygotowana kadra urzędnicza, specyficzny charakter działalności związanej z gospodarką odpadami komunalnymi, ale także względy polityczne (nowy system wymagał nałożenia nowych opłat publicznoprawnych, poniesienia nakładów finansowych, pojawiają się komplikacje organizacyjne, co jest zdecydowanie negatywnie odbierane przez społeczeństwo), wpłynęły na konieczność poszukiwania innych form realizacji zadań.

Analiza zgromadzonych uchwał powierzających dotyczących powierzenia zadań spółkom komunalnym – jako najbardziej reprezentatywnym przykładom podmiotów wewnętrznych – prowadzi do wniosków:

1. Podejmując decyzję o komercjalizacji zadań, należy rozważyć charakter prawny uchwały powierzającej. Na gruncie regulacji szczegółowych neguje się konieczność podejmowania odrębnych tego typu uchwał przy tworzeniu jednostek opieki zdrowotnej w formie NZOZ. Jednocześnie liczne są przypadki powierzeń zadań spółkom komunalnym dokonane drogą aktów prawa miejscowego.
2. Powierzając zadanie określone podmiotowi, pożądanym jest dbanie o jego specjalizację. Występują przypadki powierzania różnych rodzajowo zadań jednej spółce komunalnej.¹⁸⁰ W takim przypadku bardzo trudno jest kontrolować zachowania odpowiedniej proporcji pomiędzy działalnością powierzoną a komercyjną, dokonując przeliczenia na całą działalność spółki, nie zaś w ramach poszczególnych zadań, a także utrudnione jest zachowanie określonych standardów świadczenia usług. Zadania realizują oczywiście ludzie, w ramach spółek komunalnych wykonujących wiele różnorodnych zadań nie można wykluczyć sytuacji, w której spółka – na wzór urzędu – podzielona jest na wewnętrzne wyspecjalizowane komórki organizacyjne, realizujące poszczególne zadania. Komercjalizacja zadań nie powinna jednak polegać jedynie na pozbyciu się zadania, a racjonalizacji jego wykonywania, co z kolei powinno być powiązane ze specjalizacją podmiotu realizującego zadanie. Postulowanym rozwiązaniem jest powiązanie tożsamo rodzajowych zadań z jednym podmiotem je wykonującym, z ograniczeniem powierzania zadań niepowiązanych.

180 Uchwała Nr XXII/237/2016 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 29 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji „WiK” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2016 r. poz. 2490.

3. Powierzenie powinno być dokonane na gruncie art. 2 u.g.k., w innym bowiem przypadku konieczne jest przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego. Przykład miasta Turek¹⁸¹ i podjętego w tej sprawie rozstrzygnięcia nadzorczego dowodzi, że gminy nie do końca dostrzegają rozróżnienie pomiędzy trybami powierzenia zadania na podstawie u.p.z.p. i na podstawie u.g.k.
4. Powierzone zadanie powinno być dokładnie opisane w uchwale powierzającej. Powierzone zadania na ogół są dość dokładnie charakteryzowane przez szczegółowe opisanie zakresu powierzenia, zbyt ogólna charakterystyka powierzanych zadań budzić może wątpliwości co do zakresu powierzenia. Przesłankę tę można wiązać również z koniecznością precyzyjnego wskazywania przez ustawodawcę kategorii zadań użyteczności publicznej – takich, które realizowane muszą być przez j.s.t.
5. Następnym elementem, który powinien być brany pod uwagę przy powierzeniu zadań, wiąże się z wprowadzeniem konieczności zachowania przez spółkę komunalną wszystkich cech podmiotu wewnętrznego przez cały okres powierzenia zadań. Tego rodzaju warunek powinien być ugruntowany prawnie w polskim ustawodawstwie na gruncie przepisów u.g.k., konieczne jest bowiem zachowanie stabilności powierzenia zarówno poprzez działanie organów j.s.t., które nie powinny w sposób nieprzewidziany i gwałtowny cofać powierzonych zadań, jak i przez podmiot realizujący zadanie, który nie powinien swoim działaniem doprowadzać do utraty statusu podmiotu wewnętrznego. Szczególnego znaczenia nabiera wprowadzenie ograniczonej działalności komercyjnej. Bezpośrednie zastrzeżenie, że świadczenie przez spółkę usług polegających na wykonywaniu zadań własnych j.s.t. będzie podstawowym przedmiotem działalności, przedmiot działalności spółki nie ulegnie istotnemu rozszerzeniu o inne rodzaje działalności, a j.s.t. zachowa wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki, nie znajduje bezpośredniej podstawy prawnej i wynikać może z faktu, że j.s.t. wykonują względem podległej sobie spółki uprawnienia właścicielskie; w ten sposób j.s.t. ogranicza możliwość podejmowania szerszej komercyjnej aktywności. Zastrzeżenie to odnosi się do cech podmiotu wewnętrznego.
6. Kolejnym istotnym elementem jest rozważenie okresu, na jaki powierzenie powinno zostać dokonane. Na poziomie unijnym wprowadza się zasadę 10-letniego okresu powierzenia, wskazując jednocześnie, że okres powierzenia może być przedłużony, np. potrzebą przeprowadzenia znacznych inwestycji. Pamiętać przy tym należy, że prawidłowa realizacja zadań wymaga stabilności i pewności co do tego, kto to zadanie realizuje i w jakiej

181 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr KN-I.4131.1.131.2013.15 Wojewody Wielkopolskiego z dnia 14 marca 2013 r., Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2013 r. poz. 2250.

perspektywie czasowej będzie to zadanie realizował. Wiąże się to również z koniecznością ponoszenia nakładów na realizację zadania. Przy tym jeżeli wykonywanie zadania wiąże się z koniecznością posiadania kompetencji organu administracji publicznej, to zarówno dla wykonującego, organu powierzającego, jak i dla społeczeństwa istotne jest, by istniała stabilność określenia podmiotów wykonujących zadanie i posiadających kompetencje orzecznicze.

7. Elementem nieznanym umocowania w prawie powszechnie obowiązującym jest określenie w uchwale maksymalnego poziomu zysków podmiotu wewnętrznego, bez jednoczesnego określenia zasad finansowania działalności spółki komunalnej. W procedurze powierzenia powinno się mieć na względzie konieczność określenia zasad finansowania prowadzonej działalności, przy założeniu, iż podmiot wewnętrzny nie otrzymuje za taką działalność wynagrodzenia.
8. Polski system prawny nie przewiduje na chwilę obecną (poza pewnymi wyjątkami dotyczącymi organizacji przewozów pasażerskich), by obok uchwały powierzającej zawierana była tzw. umowa wykonawcza. W tym zakresie istnieje rozbieżność w praktyce powierzenia zadań – z wykorzystaniem umowy bądź też z jej pominięciem. Przykładem braku konsekwencji co do formy powierzenia zadań i co do określenia szczegółowych zasad powierzenia (z zastosowaniem odrębnej umowy bądź bez zastosowania takiej umowy) są Katowice.¹⁸²

Sugestią w kierunku ustawodawcy może być wprowadzenie do polskiego porządku prawnego odpowiednich regulacji prawnych określających cechy podmiotu wewnętrznego, również w zakresie powierzenia na gruncie u.g.k. Próby wprowadzania pewnych ograniczeń przez j.s.t. mocą aktów prawa miejscowego świadczą mogą o potrzebie doregulowania takich kwestii na poziomie ustawodawczym. Wprowadzone ograniczenia (dotyczące m. in. okresu powierzenia, braku podejmowania działalności komercyjnej, konieczności zachowania cech podmiotu wewnętrznego przez cały okres powierzenia zadań) sugerują, że mają one moc wiążącą tylko w przypadku tych j.s.t., gdzie zostało to wprost zwerybalizowane. Tymczasem pożądanym stanem byłaby powszechność tego typu rozwiązań na poziomie ustawowym.

Obok uchwały formą powierzenia zadań może być bezsprzecznie umowa. Jednak również ta forma powierzenia zadania nie stanowi instrumentu jednorodnego. O ile bowiem umowy zawierane na gruncie u.f.p., u.p.p., ustawy o koncesji na

182 Uchwała Nr XXXIV/672/16 Rady Miasta Katowice z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zadań własnych Miasta Katowice, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2016 r. poz. 7049.

roboty budowlane, czy na podstawie przepisów u.p.z.p. zaliczyć można raczej do umów cywilnoprawnych, to umowa o świadczenie usług na gruncie u.p.t.z. odwołuje się do konstrukcji podmiotu wewnętrznego.

Umowa o świadczenie usług publicznych stanowi odmienny rodzaj umowy od opisanych wcześniej umów zawieranych na gruncie u.f.p., p.p.p., u.p.z.p. czy u.k.b. Podstawowa różnica polega na wynikającym z relacji właścicielskich (art. 22 ust. 4 u.p.t.z.) obowiązku wykonawcy przystąpienia do takiej umowy i realizacji nałożonego na nią obowiązku. Również sama treść umowy określana jest przez organizatora publicznego transportu zbiorowego. Zasada swobody umów podlega tutaj ograniczeniu w zakresie swobody podmiotów zawierających umowę. W podjęciu decyzji dotyczącej powstania stosunku prawnego podmiot wewnętrzny musi podporządkować się woli właściciela j.s.t.

Jak już wcześniej wskazano, j.s.t. podejmuje decyzję o wyborze świadczenia usługi publicznej w formie podmiotu wewnętrznego. Znajduje to wyraz w uchwałach rady gminy oraz postanowieniach umowy spółki komunalnej. Z tego wynika, że w przypadku władczego powierzenia świadczenia usług publicznych przez podmiot wewnętrzny obowiązek świadczenia wynika z uchwały organów właściwej j.s.t. Nie oznacza to jednak, że w stosunkach pomiędzy j.s.t. a podmiotem wewnętrznym nie ma miejsca na swoiste uzgodnienia, które w szczegółowy sposób powinny określać podział zadań pomiędzy j.s.t. a spółką w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi.

Powierzenie zadań w ramach ich prywatyzacji dokonywane jest w drodze umowy cywilnoprawnej. Odmienny charakter ma umowa zawierana na gruncie u.p.t.z. – umowa o świadczenie usług publicznych. Podobne rozwiązanie w zakresie gospodarowania odpadami wprowadzają Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów. Umowa ta zawierana jest w ramach ustawowo ograniczonej swobody zawierania umów, zarówno co do wyboru podmiotu realizującego zadanie, jak i możliwości wyboru samego zadania. Możliwym jest analiza tego rodzaju umowy jako istotnego składnika w prawidłowym powierzeniu wszystkich zadań użyteczności publicznej. Jest to postulat dla ustawodawcy, by rozważył zastosowanie takiej umowy w powierzeniu. Umowa pozwalała będzie bowiem na pełniejsze i lepsze określenie zasad wykonywania zadań niż samodzielny władczy akt powierzenia.

VI

NADZÓR I KONTROLA NAD PROCESEM POWIERZENIA ZADAŃ W RAMACH KOMERCJALIZACJI

1. Wprowadzenie

Analizę rozwiązań w zakresie komercjalizacji zadań uzupełnia kwestia sprawowania kontroli i nadzoru nad tego rodzaju działalnością. Kontrola sprawowana przez powierzające j.s.t. (kontrola wewnętrzna) opisana została wcześniej, w ramach rozważań dotyczących spełnienia cech podmiotu wewnętrznego. W tym obszarze można stwierdzić, że zakres tej kontroli sukcesywnie ulega powiększeniu. Niniejszy rozdział dotyczy kontroli sprawowanej przez upoważnione do tego podmioty. Konieczne jest bowiem wykazanie, czy istnieją skuteczne mechanizmy prawne pozwalające kontrolować zarówno spełnienie przez samorządową jednostkę organizacyjną cech podmiotu wewnętrznego (przed powierzeniem, w trakcie realizacji zadań, jak i w przypadku zmiany zakresu powierzenia), a także zakresu realizacji zadań przekazanych do realizacji samorządowym jednostkom organizacyjnym. Postawić można hipotezę, że o ile system kontroli i nadzoru sprawowany nad organami j.s.t. jest systemowo rozwinięty i ugruntowany, to brak jest prawnych regulacji zapewniających właściwą kontrolę nad procesem powierzenia zadań w ramach prowadzonej komercjalizacji.

Pojęcie „nadzór” przyjmuję za J. Zimmermannem jako wyciąganie konsekwencji z zachowania organu podporządkowanego, które obserwowane jest przez organ nadzorczy z punktu widzenia określonego, wybranego kryterium nadzoru, czyli wzorca, z którym porównuje się dane zachowanie. Kryterium tym jest na ogół le-

galność, ale także celowość, gospodarność, rzetelność, słuszność itd. Organ nadzorczy wyprowadza te konsekwencje, stosując środki nadzoru, którymi są możliwości władczego i jednostronnego oddziaływania na czynności organu nadzorowanego. Z kolei przez kontrolę rozumiem składową nadzoru (ale również i samodzielny instrument) polegającą na badaniu istniejącego stanu, porównywaniu go ze stanem pożądanym lub postulowanym oraz ustaleniu zakresu i przyczyn rozbieżności.¹

Podkreślić należy, iż instytucji nadzoru nie można ograniczać do możliwości podejmowania władczej ingerencji uprawnionych organów w sferę działalności podmiotów podlegających nadzorowi.² Nadzór, w istocie rzeczy, mieści w sobie uprawnienia do sprawdzania (kontroli) działalności podmiotu nadzorowanego z możliwością władczego korygowania stwierdzonych uchybień. Nadzór oznacza badanie działalności danego podmiotu administrującego (kontrola) połączone z możliwością pomocy, wpływu, a także modyfikacji tej działalności, dokonywane organizacyjnie bądź funkcjonalnie, w celu zapewnienia zgodności tej działalności z prawem, a w określonych przypadkach z pewnymi wartościami szczegółowymi (także określonymi w prawie).³

2. Nadzór wojewody

Problem nadzoru wojewody nad komercjalizacją zadań jednostek samorządu terytorialnego należałoby analizować w kilku płaszczyznach. Pierwsza z nich dotyczy zakresu aktów, nad którymi sprawowany jest nadzór, biorąc pod uwagę kryterium zgodności z prawem. Druga dotyczy jednostek, nad którymi ów nadzór się rozciąga. Wojewodowie nie posiadają instrumentów prawnych pozwalających na ingerencję w wewnętrzne sprawy podmiotów wykonujących zadania użyteczności publicznej (nie mogą np. ingerować w zakres działalności rad nadzorczych tych spółek, zarządów, zgromadzeń). W związku z tym, nadzór ten sprawowany jest wobec aktów powierzenia – uchwał stanowiących podstawę powierzenia określonych zadań oraz uchwał organów wykonawczych powiatu i województwa, a także zarządzeń wójta/burmistrza/prezydenta, wykonujących funkcje zgromadzeń wspólników. Nadzór nad zgodnością uchwał organów stanowiących j.s.t. w sprawach przystąpienia do spółek wojewodowie sprawują na podstawie art. 86 u.s.g. oraz art. 76 u.s.p., art. 78 u.s.w.

Sprawowanie nadzoru określone jest przez normy ustawowe. Użyty w art. 87 u.s.g. zwrot „przypadki określone ustawami” należy rozumieć w ten sposób, iż „ingerencja nadzorcza uzależniona jest od istnienia przepisu ustawowego, który wy-

1 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd.5, Warszawa 2012, s. 149, 150.

2 A. Matan, *Nadzór nad związkami międzygminnymi (zagadnienia wybrane)*, (w:) *Formy współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, (red.) B. Dolnicki, Lex/el 2012r.

3 J. Boć, (w:) *Prawo administracyjne*, (red.) J. Boć, Wrocław 2005, s. 243.

znacza zarówno obszar działań organu nadzoru, jak i ich formę (rodzaj środków nadzoru)”.⁴ Założenie to ściśle koresponduje z postanowieniami EKSL z 1985 r.,⁵ która zawiera m.in. unormowanie stwierdzające, że nadzór nad komunalnymi korporacjami terytorialnymi może być realizowany tylko w sposób ustalony w konstytucji lub ustawach zwykłych i w przypadkach tam przewidzianych.

Wyodrębniając kryteria charakteryzujące podmiot wewnętrzny, wskazuje się w doktrynie również nadzór państwowy nad tym wykonawstwem zadań przez te podmioty realizowanych,⁶ ale w tym przypadku wojewodowie nie posiadają instrumentów prawnych pozwalających na nadzorowanie sposobów realizacji zadań przez samorządowe jednostki organizacyjne, posiadają zaś kompetencje pozwalające na nadzorowanie procesu powierzenia. Można oczywiście zauważyć, że podstawą zastosowania jednego ze środków nadzoru jest brak skuteczności w wykonywaniu zadań publicznych przez organy j.s.t., ale problem jest z jasnym określeniem kryterium skuteczności realizacji tych zadań przez jednostkę organizacyjną. J.s.t. poprzez powierzenie zadań wskazać zawsze może, że zadanie jest realizowane, a ocena realizacji tego zadania wiąże się już z działalnością samorządowej jednostki organizacyjnej, gdzie kończą się kompetencje nadzorcze wojewodów.

Nadzór wojewody nad aktami powierzenia dotyczyć powinien niewątpliwie zakresu merytorycznego aktu powierzenia, czyli tego, jakiego rodzaju zadania powierzane zostają do realizacji podmiotom wewnętrznym. Nie chodzi przy tym o to, czy zasadne (również z punktu widzenia ekonomicznego) jest wyposażenie określonej kategorii zadania, ale głównie o to, czy powierzane zadanie mieści się w kategorii zadania publicznego. Sprawowany w ten sposób nadzór ściśle powiązany jest z kryterium legalności, jak bowiem wykazywano we wcześniejszych rozważaniach, kategoria zadań publicznych powinna znajdować zakorzenienie legislacyjne. Tak określony nadzór przeciwdziałałby sytuacjom, w których na rzecz spółek podmiotów wewnętrznych (głównie spółek komunalnych) powierzane są zadania stricte komercyjne niemieszczące się w zakresie działania jednostek samorządu terytorialnego, ale również dotyczy on sytuacji, w której organy j.s.t., bez umocowania prawnego, nadmiernie chcą ingerować w sprawy podmiotów wewnętrznych. Przykładem może być rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Lubuskiego z dnia 16 października 2017 r.,⁷ w którym stwierdzono nieważność zarządzenia burmistrza Sulęcina, odnoszącego się do ustalania organizacji i zasad działania organów spółki.

4 Z. Kmieciak, Ustawowe założenia systemu nadzoru nad działalnością komunalną, „Samorząd Terytorialny”, 1994, nr 6, s. 13-22.

5 Europejska Karta Samorządu Terytorialnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607.

6 S. Fundowicz, Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 2, s. 84.

7 Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Lubuskiego z dnia 16 października 2017 r. Nr NK-I.4131.229.2017. TDOM.

Nadzór wojewody w zakresie aktów powierzenia powinien dotyczyć również spełnienia przez podmiot wewnętrzny kryteriów pozwalających uznać go za taki – przede wszystkim w momencie powierzenia, ale również w przypadku zmiany zakresu powierzenia. Tu powstaje jednak wątpliwość co do posiadania przez organ nadzoru odpowiednich danych związanych z oceną spełnienia przesłanek pozwalających na dokonanie powierzenia. Możliwe jest badanie pod kątem legalności uchwał powierzających np. w zakresie wprowadzenia w nich ograniczenia podejmowania przez podmiot wewnętrzny prowadzenia działalności komercyjnej, czy konieczności zachowania statusu podmiotu wewnętrznego przez cały okres powierzenia.

Nadzór wojewodów dotyczyć może nie tylko możliwości powierzenia na rzecz podmiotu wewnętrznego określonej kategorii zadania, czy też wymogu spełnienia warunków uznania podmiotu za „wewnętrzny”, ale również kwestii wykonywania przeważającej działalności na rzecz własnej jednostki samorządu terytorialnego.

Skoro ustawodawca daje w art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. g) u.s.g. radzie gminy podstawę do podjęcia aktu o charakterze generalnym, to przewiduje, że wyłączną kompetencją rady gminy jest określenie, w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu, zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów i akcji przez wójta. Na podstawie tej normy rada gminy może zatem ustalać ogólne zasady, na których takie wnoszenie lub zbywanie udziałów bądź akcji miałyby się odbywać. Natomiast podjęcie uchwały w sprawie wyrażenia indywidualnej zgody dotyczącej konkretnego podmiotu naruszałoby ten przepis.⁸ Nadzór wojewody dotyczący uchwał organów uchwałodawczych obejmuje więc akty o charakterze normatywnym określające ogólne zasady funkcjonowania spółek.

Nadzór wojewody dotyczy aktów powierzenia (bez względu na ich charakter jako aktów wewnętrznych bądź aktów prawa miejscowego), może również obejmować uchwały organów j.s.t. działających jako organy właścicielskie. Praktyczny nadzór nad jednostkami organizacyjnymi jest jednak ograniczony ze względu na brak prawnych instrumentów pozwalających np. żądać przedłożenia przez jednostkę organizacyjną określonych dokumentów, potwierdzających zachowanie statusu podmiotu wewnętrznego. Kwestie zadań, kompetencji i obowiązków organów spółki, ich składu, sposobu powoływania i odwoływania, organizacji, zwoływania i przebiegu posiedzeń są w sposób szczegółowo uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących oraz w umowach i statutach spółek, a także regulaminach wewnętrznych działania tych organów. Nie odnoszą się one w żadnym zakresie do kompetencji nadzorczych wojewodów.

Jednocześnie brak jednolitych rozwiązań prawnych i różnorodna interpretacja obowiązującego prawa prowadzi do braku jednolitości w nadzorze wojewody,

8 Rozstrzygnięcie Nadzorcze wojewody małopolskiego z 15 czerwca 2010 r., znak PN.II.0911-80-10, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2010, nr 6, s. 116.

co wykazały prowadzone badania. W ramach tego samego województwa (zgodnie z danymi przedstawionymi w rozdziale poświęconym uchwałom powierzającym) tożsame rozwiązania prawne czasem podlegały stwierdzeniu nieważności, a czasami pozostawały w mocy.

3. Kontrola i nadzór sprawowane przez RIO

Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 6 u.r.i.o., izby sprawują nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych określonych w art. 11 ust. 1 oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych, m.in.: samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych. Przepis ten wyróżnia dwie kategorie jednostek organizacyjnych – wyposażone w osobowość prawną (samorządowe osoby prawne) i pozbawione tej cechy.

W art. 1 ust. 2 pkt 1 u.r.i.o.⁹ wyliczono podmioty podlegające kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych, organy wykonawcze samorządu, urzędy oraz pozostałe samorządowe jednostki organizacyjne (art. 1 ust. 2 pkt 6 u.r.i.o.).

Nadzór sprawowany przez RIO nad jednostkami samorządowymi nieposiadającymi osobowości prawnej (w powiązaniu z przepisami u.f.p.) w zasadzie nie budzi żadnych kontrowersji. Ustawodawca wyodrębnił kategorię samorządowych osób prawnych, zaliczając do nich m.in. zakłady opieki zdrowotnej oraz instytucje kultury. Ponieważ podmioty te zaliczone są do sektora finansów publicznych i działają w oparciu o plan finansowy, co pozwala zaliczyć je do sektora finansów publicznych, podlegają kontroli RIO.

Należy jednak zastanowić się, czy utworzone przez j.s.t. spółki kapitałowe lub spółki z ich udziałem są takimi osobami prawnymi i mogą być tym samym kontrolowane przez izby. Wątpliwości te wiązać należy z rozbieżnymi poglądami co do charakteru takich podmiotów – zarówno co do ich statusu, jak i tego, jaki zakres udziałów musi posiadać j.s.t. w spółce, by można ją było uznać za samorządową jednostkę organizacyjną. M. Stec, rozważając możliwość kontrolowania przez RIO działalności spółek komunalnych, wskazuje, że kompetencje organu zgodnie z zasadą legalizmu – powinny wynikać bezpośrednio z normy prawnej i nie mogą być dorozumiewane. Zdaniem tego autora wprawdzie uprawnienia kontrolne izb obrachunkowych nie są co do zasady uprawnieniami do działań władczych, to jednak należy mieć na względzie, że kontrola, wnikać w sferę zastrzeżoną dla samorządu, jest dolegliwością, a ewentualne stwierdzenie przez izbę naruszeń prawa, które mają znamiona wykroczenia lub przestępstwa przez organ państwa działający z przekroczeniem jego kompetencji, może być kwestionowane, przynajmniej jako dowód w sprawie.

9 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 561 ze zm.

Z tego względu M. Stec opowiada się za ścisłym stosowaniem przy wyznaczaniu zakresu uprawnień kontrolnych izb art. 47 ust. 2 u.s.w. i art. 46 ust. 2 u.s.p., zgodnie z którymi wojewódzką (powiatową) osobą są te samorządowe jednostki organizacyjne, którym ustawy przyznają wprost taki status oraz te osoby prawne, które mogą być tworzone na podstawie odrębnych ustaw wyłącznie przez województwo lub powiat. Przyjmuje on, że jedynie jednoosobowe spółki kapitałowe spełniają ten warunek, są bowiem tworzone „wyłącznie” przez województwo (powiat) bez udziału innych podmiotów. Ustawa o samorządzie gminnym nie zawiera jednak przepisu odpowiadającego treścią art. 47 ust. 2 u.s.w. i art. 46 ust. 2 u.s.p., choć wielokrotnie używa określenia „gminna osoba prawna”. W tej sytuacji dopatrywanie się kompetencji kontrolnych izb w stosunku do jednoosobowych spółek gminy jest zabiegiem wysoce ryzykownym, bowiem opartym tylko na poglądach doktryny lub na analogii do przepisów o wojewódzkich i powiatowych osobach prawnych, co nie jest dopuszczalne.¹⁰

Podobnie zakres podmiotowy kompetencji kontrolnych RIO opisuje S. Srocki, wskazując na różnice doktrynalne poglądów dotyczących samorządowych osób prawnych i stwierdzając że nie mogą one decydować o kompetencjach kontrolnych RIO. Z tego względu autor ten opowiada się za ścisłym stosowaniem przy wyznaczaniu zakresu uprawnień kontrolnych RIO art. 47 ust. 2 u.s.w. i art. 46 ust. 2 u.s.p., przyjmując, że jedynie jednoosobowe spółki kapitałowe powiatu (województwa) spełniają ten warunek, są bowiem tworzone „wyłącznie” przez powiat (województwo) bez udziału innych podmiotów. W ocenie S. Srockiego uzasadnione wątpliwości rodzi więc dopuszczenie kompetencji nadzorczych RIO względem gminnych spółek komunalnych.¹¹

Odnosząc się do prezentowanych stanowisk, podnieść należy, że tylko taką osobę prawną można nazwać gminną osobą prawną, która została utworzona wyłącznie przez gminę. Tylko wtedy gmina w sposób wyłączny ma możliwość decydowania o losach gminnej osoby prawnej, wraz z przejęciem mienia pozostałego po jej likwidacji do majątku gminy, gdy wszystkie udziały (akcje) spółki stanowią mienie komunalne. Samorządową osobą prawną można nazwać podmiot utworzony wyłącznie przez gminę albo powiat, albo województwo, a w przypadku spółek prawa handlowego – taką, w której całość kapitału należy do jednej j.s.t. W przypadku gdy struktura własnościowa w spółce jest rozproszona, to mamy do czynienia ze spółką kapitałową z udziałem gminy, powiatu lub województwa. Oznacza to, że kontrola RIO może dotyczyć również spółek komunalnych tworzonych przez j.s.t., ale tylko tych ze 100% udziałem j.s.t. Faktem jest, że kompetencji organów nie można

10 M. Stec, *Regionalne...*, *op. cit.*

11 S. Srocki, (w:) *Komentarz do art. 1 u.r.i.o.*, (w:) M. Stec (red.), A. Babczuk, P. Ciszewski, B. Cybulski, L. Etel, W. Miemiec, Z. Mykowska, M. Paczocha, S. Płazek, D. Renczyński, J.M. Salachna, S. Srocki, R. Trykozko, W. Witalec, Z. K. Wójcik, W. Wróbel, *Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy*, Lex/el. 2010.

domniemywać, ale zauważyć należy, że gminy również mogą tworzyć jednoosobowe spółki kapitałowe i tylko w przypadku tego rodzaju podmiotów można dopuścić kompetencje nadzorcze RIO. Brak jest również uzasadnionych podstaw, by odmienne traktować kompetencje przypisane izbom względem jednostek organizacyjnych województwa, powiatu i gminy.

Innymi słowy, wydaje się, iż zasadnym byłoby przyjęcie, że kompetencje kontrolne RIO dotyczyły będą również spółek komunalnych (ale tylko tych ze 100% udziałem j.s.t.). Zauważyć należy, że art. 1 ust. 2 pkt. 6 u.r.i.o. mówi wyraźnie o kontroli sprawowanej względem jednostek organizacyjnych samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych, co oznacza, że celem ustawodawcy było szerokie określenie uprawnień kontrolnych RIO względem podmiotów, za pomocą których j.s.t. wykonują zadania publiczne. Nieuzasadnionym byłoby pozostawianie poza zakresem kontroli tylko gminnych jednostek organizacyjnych (gminnych osób prawnych) w sytuacji, kiedy za pomocą tych właśnie podmiotów wykonywana jest największa liczba zadań publicznych (ze względu na zakres zadań nałożonych ustawą na gminę, co potwierdzono na podstawie przeprowadzonych badań baz wojewódzkich dzienników urzędowych). RIO prowadzić mogą więc kontrolę w zakresie procesu komercjalizacji zadań w ramach przekazywania tych zadań spółkom komunalnym.

Odrębną kwestią jest kontrola wykonywana względem spółek prawa handlowego utworzonych przez kilka jednostek samorządu terytorialnego bądź też w ramach związku tych jednostek. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez C. Banasińskiego i M. Kuleszę, aby mówić o komunalnej osobie prawnej, kapitał spółki powinien być skupiony w jednej j.s.t.¹² Nie można więc mówić o komunalnej osobie prawnej, jeśli udziałowcami jest kilka różnych j.s.t., co z kolei prowadzić może do konkluzji, że w takim przypadku niemożliwe jest sprawowanie kontroli przez RIO.

Zakres uprawnień RIO względem jednostek organizacyjnych, w tym osób prawnych, będzie różnił się w zależności od tego, czy prowadzona będzie przez nie działalność w oparciu o ustawę o finansach publicznych, czy też z wyłączeniem tej regulacji. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 pkt. 1 i 2 u.r.i.o., izby przeprowadzają co najmniej raz na cztery lata kompleksową kontrolę gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego. Izby mogą również przeprowadzać kontrolę:

- 1) podmiotów, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 6 i 7 – na wniosek jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków;

12 C. Banasiński, M. Kulesza, Komentarz do art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej, (w:) C. Banasiński, M. Kulesza, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Lex/el. 2002.

- 2) podmiotów, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 1-6 – na wniosek organów administracji rządowej, agencji lub funduszy celowych w przypadku przekazania środków publicznych na rzecz tych podmiotów.¹³

Zadaniem RIO jest więc jest kontrola gospodarki finansowej i zamówień publicznych podmiotów objętych kognicją izb na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym, a w zakresie zadań administracji rządowej, wykonywanych przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie ustaw lub zawieranych porozumień. Kontrola dokonywana jest także z uwzględnieniem kryterium celowości, rzetelności i gospodarności.

Kontrola prowadzona przez RIO obejmuje – na podstawie u.r.i.o. – w szczególności zagadnienia pobierania dochodów, przychodów, wydatkowania środków publicznych, zaciągania zobowiązań, zarządzania długiem publicznym, sprawozdawczości finansowej, kontroli wewnętrznej. Zadania kontrolne zasadniczo podejmowane są na podstawie planu kontroli przyjmowanego przez kolegium regionalnej izby obrachunkowej, a czynności kontrolne realizowane są przez inspektorów kontroli w siedzibie kontrolowanej jednostki, dokumentowane protokołem, który stanowi z kolei podstawę sporządzenia wystąpienia pokontrolnego. Wystąpienie powinno wskazywać źródła i przyczyny ujawnionych nieprawidłowości, ich rozmiary oraz osoby odpowiedzialne. Istotnym elementem wystąpienia pokontrolnego są wnioski zmierzające do usunięcia nieprawidłowości i usprawnienia badanej działalności. Uzupełnieniem kontroli o charakterze kompleksowym są kontrole doraźne i problemowe, które cechuje precyzyjne określenie obszaru kontroli oparte na analizie prawdopodobieństwa występowania nieprawidłowości. Kontrola koncentruje się na ściśle określonych zagadnieniach – zdefiniowanych obszarach ryzyka.¹⁴ Kontrola ta w przypadku samorządowych osób prawych dotyczyła będzie niewątpliwie planów finansowych, w oparciu o które określa się”:

- 1) przychody z prowadzonej działalności;
- 2) dotacje z budżetu państwa lub budżetów jednostek samorządu terytorialnego;
- 3) koszty, w tym:
- 4) wynagrodzenia i składki od nich naliczane,
- 5) płatności odsetkowe wynikające z zaciągniętych zobowiązań,
- 6) zakup towarów i usług;
- 7) środki na wydatki majątkowe;
- 8) środki przyznane innym podmiotom;

13 Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 561.

14 Zadania te opisuje R. P. Krawczyk, Funkcja kontrolna regionalnych izb obrachunkowych – stan obecny i perspektywy przekształceń, R. P. Krawczyk (red.), M. Stec (red.), Samorząd – Finanse – Nadzór i kontrola. XX-lecie Regionalnych Izb Obrachunkowych, Warszawa 2013, s. 247.

- 9) stan należności i zobowiązań na początek i koniec roku;
- 10) stan środków pieniężnych na początek i koniec roku (art. 21 u.f.p.).

Przy tym istotne jest to, czy RIO posiadają konkretne kompetencje kontrolne pozwalające weryfikować zachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy działalnością powierzoną a niepowierzoną, biorąc pod uwagę tę okoliczność, że same uchwały powierzające mieszczą się w kompetencjach nadzorczych wojewodów.

Z przytoczonych uregulowań prawnych można wywieść kompetencje kontrolne i nadzorcze RIO również względem podmiotów wewnętrznych. Brak jest jednak rozwiązań prawnych, które pozwalałyby ingerować w zakres działalności spółek komunalnych.

4. Kontrola NIK

Kontrola NIK względem spółek prawa handlowego ze 100% udziałem j.s.t. prowadzona jest w oparciu o art. 2 ust. 2 oraz art. 5 ust. 2 ustawy o NIK¹⁵ przy uwzględnieniu kryteriów legalności, gospodarności i rzetelności, a pozostałych spółek z udziałem j.s.t., przy zastosowaniu kryteriów legalności i gospodarności (art. 2 ust. 3 oraz art. 5 ust. 3 ustawy o NIK¹⁶). W tym miejscu można wskazać na wyniki kontroli obejmującej lata 2009-2014, a dotyczącej realizacji zadań publicznych przez spółki komunalne.¹⁷ Jest to przykład praktyczny wykonywania uprawnień kontrolnych w zakresie powierzania zadań i ich komercjalizacji.

Przeprowadzona kontrola wykazała szereg nieprawidłowości w działaniu spółek komunalnych. Do podstawowych błędów zaliczono brak podawania informacji o wysokości majątku j.s.t. zaangażowanego w funkcjonowanie spółek komunalnych, prowadzenie działalności niezgodnej z celem określonym w uchwale powierzającej zadania, prowadzenie działalności poza sferą użyteczności publicznej, prowadzenie działalności poza terytorium tworzącej spółkę j.s.t., prowadzenie działalności bez uprzedniej analizy ekonomicznej przeprowadzonej przez tworzącą jednostkę samorządową.¹⁸

W większości przypadków negatywnie oceniono również procedurę przystępowania przez j.s.t. do spółek komunalnych. Przede wszystkim rola spółek komunalnych nie była uwzględniana w strategii rozwoju j.s.t., brak było analiz i prognoz dotyczących potrzeb kapitałowych niezbędnych spółkom w kolejnych latach

15 Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 524.

16 Tamże.

17 Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego. Informacja o wynikach kontroli, z dnia 18 grudnia 2015 r., Nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP, file:///H:/ważne/Komercjalizacja%20(Prywatyzacja)%20zadań%20publicznych%20/NIK-p-14-019-zadania-publiczne.pdf, online 06 czerwca 2018 r.

18 Tamże, s. 19-21.

ich funkcjonowania wraz ze sprecyzowaniem źródeł ich sfinansowania. Negatywnie oceniono również sposób powierzenia zadań. Tu jednak NIK skupiła się na prawidłowym przytoczeniu podstaw prawnych, w przypadku kiedy spółkom komunalnym powierzano zadania wykraczające poza sferę użyteczności publicznej i uzasadnieniu prowadzenia działalności poza tą sferą.

Zgodnie z raportem NIK uchwały rad miast oraz sejmików dotyczące utworzenia 14 spółek (21%) nie zawierały podstawy prawnej utworzenia spółki, która miała prowadzić działalność poza sferą użyteczności publicznej, a w ośmiu kolejnych (12%) podano niewłaściwą podstawę prawną. W 19 uchwałach określono przedmiot działalności powoływanych spółek jako niemieszczący się w sferze użyteczności publicznej (dotyczyło to 15 uchwał rad miast i czterech uchwał sejmików). Jako przesłanki przystąpienia j.s.t. do spółki podawano: ważna dla rozwoju gminy, działalność klubu sportowego (po 5 spółek), niezaspokojone potrzeby i bezrobocie (1 spółka), czynności promocyjne służących rozwojowi województwa (1 spółka), czynności edukacyjne służące rozwojowi województwa (1 spółka).¹⁹

Podkreślono również brak wykonywania przez wojewodę należytego nadzoru nad działalnością spółek komunalnych, podnosząc, że żadna z uchwał powierzających zadania tym spółkom nie została przez wojewodę zakwestionowana.²⁰

Nieprawidłowości dotyczyły również wykorzystania majątku gminnego i sposobu monitorowania wykorzystania tego majątku. Negatywnie oceniono również realizację powierzonych spółkom komunalnym przedsięwzięć. Połowę przedsięwzięć realizowano niezgodnie z przyjętymi założeniami. Nastąpiło przekroczenie wyznaczonego terminu oraz zakładanych kosztów. W porównaniu do założeń koszty zostały zwiększone o 223,8 mln zł. Skala wydłużenia terminu realizacji wyniosła średnio 14,5 miesięcy. Przedsięwzięcia charakteryzowały się innym niż planowano zakresem rzeczowym. Spółki nieskutecznie realizowały powierzone im zadania. Część przedsięwzięć w ogóle nie zostało zrealizowanych, następowało zjawisko przekazania zadań, dla których powołano spółkę, podmiotowi trzeciemu. Jedno ze zrealizowanych przedsięwzięć nie spełniało celu, jakie wyznaczyła spółce j.s.t. W kilku przypadkach ustalono mierniki realizacji przedsięwzięcia, przy czym przyjęte mierniki osiągnięto zaledwie w przypadku trzech przedsięwzięć. Tylko dwie spółki prowadziły monitoring efektywności przedsięwzięcia. Symptomatyczne było również to, że w spółkach wzrastały koszty zarządu ogólnego – relatywnie niskie w początkowych okresach działalności sukcesywnie wzrastały, im dłużej spółka funkcjonowała.²¹

W ocenie NIK sposób badania skuteczności i efektywności wykonywania zadań publicznych za pośrednictwem spółek nie był rzetelny. Na ogół jedynym narzę-

19 Tamże, s. 23.

20 Tamże.

21 Tamże, s. 36.

dziem stosowanym przez j.s.t. w celu monitoringu stopnia realizacji zadań publicznych był nadzór właścicielski. Jednak sposób sprawowania uprawnień nadzorczych wobec spółek z większościovym udziałem j.s.t. nie zapewniał wystarczającej kontroli nad realizacją zadań publicznych powierzanych tym spółkom pod względem ich skuteczności oraz efektywności.²² Jako dobrą praktykę podano nałożony na spółkę obowiązek okresowego składania sprawozdań z realizacji powierzonych zadań.²³

W mojej ocenie kontrola prowadzona przez NIK wskazuje na szereg nieprawidłowości i problemów związanych z powierzaniem zadań spółkom komunalnym. Nie można jednoznacznie stwierdzić, by ta forma realizacji zadań była bardziej efektywna, ekonomicznie uzasadniona, względem innych. Zauważalny był bowiem – wraz z trwaniem okresu powierzenia zadań – wzrost kosztów działalności tego rodzaju podmiotów. Jednocześnie zauważyć można pewną prawidłowość. Brak strategii finansowych i planowanego i nastawionego na długofalową realizację zadań powierzenia (tworzenie spółek bez należytego uzasadnienia – jako potrzeba chwili) prowadziły do tego, że spółki te musiały poszukiwać aktywności poza sferą użyteczności publicznej, próbując zwiększyć efektywność ekonomiczną. To w powiązaniu z niedostatecznymi mechanizmami kontroli prowadziło do szeregu nieprawidłowości i działania na granicy prawa bądź też poza prawem.

NIK posiada jak najbardziej instrumenty kontrolne względem działalności spółek komunalnych. Przytaczany raport dowodzi szeregu nieprawidłowości w procesie komercjalizacji zadań. Sama jednak kontrola NIK – pozbawiona instrumentów władczych – nie może w sposób bezpośredni wpłynąć na zmianę mechanizmów powierzenia zadań na rzecz samorządowych jednostek organizacyjnych.

5. Podsumowanie

Analiza rozwiązań prawnych w zakresie kompetencji do sprawowania kontroli nad procesem powierzenia zadań publicznym podmiotowi wewnętrznemu prowadzi do wniosku, że w tym zakresie brak jest wystarczających regulacji prawnych pozwalających na skuteczną i efektywną kontrolę powierzonych zadań, bądź też, że kontrola ta wykonywana jest w sposób nieefektywny. Zestawienie podejmowanych uchwał (których analiza przeprowadzona została we wcześniejszych rozważaniach) z kompetencjami wojewodów prowadzi do wniosku, że nadzór nad uchwałami powierzającymi jest niewystarczający i w praktyce nie jest skutecznie wykonywany. Uchwały są różnorodnie konstruowane, różnorodnie podejmowane, a jednocześnie – jak wskazuje kontrola przeprowadzona przez NIK – nie jest na bieżąco kontrolowany sposób wykonywania powierzonych zadań, od czego zależy np. możliwość powierzenia spółkom komunalnym kolejnych zadań do realizacji, szczególnie je-

22 Tamże, s. 37.

23 Tamże, s. 38.

śli chodzi o zachowanie statusu podmiotu wewnętrznego przez cały okres realizacji zadań. To z kolei wiąże się z tym, że RIO mogą kontrolować gospodarkę finansową j.s.t. i zamówienia publiczne, zaś nadzór nad uchwałami (stanowiącymi podstawę powierzenia zadań) sprawowany jest przez wojewodów. Procesu kontroli nie ułatwia brak jednolitych i jasnych regulacji prawnych. Jeśli bowiem np. w przypadku RIO istnieją spory co do zakresu podmiotowego, względem którego kontrola może być prowadzona (np. co do kwestii samorządowej osoby prawnej), a cechy podmiotu wewnętrznego wywodzone mogą być jedynie z orzecznictwa TS oraz pomocniczo z dyrektyw, to brak jest wystarczających kryteriów prawnych z punktu widzenia, których kontrola ta miałaby być wykonywana.

Jednocześnie kontrola NIK w zakresie efektywności realizacji zadań publicznych za pomocą spółek komunalnych prowadzi do zgoda odmiennych wniosków niż te, które można wyprowadzić z doświadczeń angielskich. Realizacja zadań przez spółki komunalne nie zawsze musi być ekonomicznie uzasadniona i efektywna, a koszty realizacji powierzonych zadań mogą sukcesywnie rosnąć.

ZAKOŃCZENIE

Prowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że możliwe jest wyodrębnienie komercjalizacji z szeroko pojmowanej prywatyzacji. Świadczy o tym zarówno sposób powierzenia zadania, zależność podmiotu realizującego zadanie od j.s.t., jak i sposób finansowania zadania.

W ramach komercjalizacji zadania dochodzi do przekazania go do realizacji podmiotowi spełniającemu cechy podmiotu wewnętrznego, który wykonuje zadanie użyteczności publicznej na zasadach rynkowych. Komercjalizację traktować należy przy tym jako urynkowienie, rozumiane jako zmiany mające na celu oparcie działań na zasadach komercyjnych – handlowych.

W mojej ocenie komercjalizacja jest to zmiana formy organizacyjnoprawnej podmiotu publicznego na podmiot działający w oparciu o normy prawa prywatnego, ale sam proces powierzenia zadania ma silne ugruntowanie publicznoprawne. Komercjalizacja może być postrzegana jako etap zmierzający do prywatyzacji zadań w przypadku zmiany kontrolującego działalność takiego podmiotu (jeśli zmienia się forma właścicielska i dochodzi do uzyskania wpływu na działalność podmiotu wewnętrznego podmiotu prywatnego). Zmiana formy organizacyjnoprawnej wiąże się również ze zmianą sposobu realizacji określonych zadań, co w całości odnieść należy do pojęcia komercjalizacji.

W oparciu o analizę aktów prawnych, literatury i orzecznictwa wyodrębniono kryteria, na jakich komercjalizacja powinna się opierać, jednocześnie w zakresie takiej formy realizacji zadań publicznych występuje brak jednolitości i systemowości rozwiązań prawnych.

Określając kryteria prawne determinujące komercjalizację zadań, koniecznym jest wskazanie zakresu przedmiotowego spraw, mogących stanowić przedmiot komercjalizacji. Punktem wyjścia są tu zadania publiczne (mogące mieć charakter za-

dań własnych i zleconych). Kategorię zadań użyteczności publicznej odnieść należy do zadań wykonywanych przez j.s.t., które mogą być powierzone na rzecz jednostek organizacyjnych. Wykonywanie zadań jest swego rodzaju refleksem prawnym – można stwierdzić, iż jakość świadczonych usług użyteczności publicznej zależy od dysponowania środkami finansowymi i możliwości organizacyjnych j.s.t. Samo zadanie powinno być określone bezpośrednio w treści aktu prawnego. Przekazanie zadania do realizacji podmiotowi posiadającemu odrębną osobowość prawną nie powoduje, że zadanie traci charakter zadania publicznego. O tym, jakie zadania wykonywane są przez jednostki organizacyjne na rzecz j.s.t., decydują organy samorządu terytorialnego przez fakt powierzenia zadania.

Zakres tego, co uznane jest za zadanie publiczne, determinowany jest treścią normy prawnej. Szczególnie w sferze, w której może być prowadzona również działalność gospodarcza, nie jest zasadnym opieranie się na domniemaniu właściwości jakiegokolwiek organu administracji publicznej.

Komercjalizacja co do zasady opiera się na powierzeniu zadań publicznych w formie władczej jednostronnej czynności dokonanej przez organy j.s.t. na rzecz tzw. podmiotów wewnętrznych, uzupełnionej formami wynikającymi z realizacji właścicielskich pomiędzy podmiotem powierzającym zadanie a tym, na rzecz którego zadanie zostało powierzone. W sferze świadczenia usług użyteczności publicznej granicę działalności o charakterze komercyjnym (gospodarczym) stanowi akt powierzenia, który powinien co do zasady dotyczyć tylko zadań mieszczących się w sferze użyteczności publicznej. Możliwość prowadzenia działalności komercyjnej (poza tą sferą) ograniczona jest przez art. 10 u.g.k.

Istotne jest określenie kategorii zadań, które mogą być przez j.s.t. powierzane własnym jednostkom organizacyjnym, ewentualnie które muszą być poddane zasadom wolnego rynku. Przyjąć należy koncepcję, zgodnie z którą pierwotny determinant zakresu przedmiotowego zadań komercjalizowanych stanowi jasno i precyzyjnie określone ustawowo zadanie użyteczności publicznej. Rolą ustawodawcy jest weryfikacja tych zadań, które z biegiem czasu (zgodnie z prawami rynku) stają się atrakcyjne dla podmiotów prywatnych, przez co wypierana jest z tego obszaru działalność administracji publicznej. Również ustawodawca, na zasadzie wyjątku wskazuje, które zadania muszą być powierzane z zachowaniem reguł konkurencyjności poprzez relacje umowne. Wyjątkiem jest np. zadanie w postaci odbierania odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi, które musi być powierzone w drodze u.p.z.p.

Element komercjalizacji zadania stanowi, że powierzone do realizacji zadania użyteczności publicznej stanowią priorytet działania podmiotu, na rzecz którego zostało to zadanie powierzone. W przypadku prywatyzacji zadań realizacja zadania prowadzona jest jako element działalności gospodarczej. To z kolei prowadzić

może do wykluczenia z grona odbiorców tych, którzy nie są w stanie ponieść kosztów świadczenia usługi, co znajduje potwierdzenie w doświadczeniach brytyjskich i związek ma z zasadą równości dostępu do tego rodzaju usług. Obowiązek realizacji zadań skomercjalizowanych znajduje umocowanie prawne (np. poprzez zapisy rangi konstytucyjnej czy ustawowej), to znaczy zadania te muszą być realizowane przez j.s.t., dla których jednostki organizacyjne stanowią instrument realizacji zadania. Z kolei dla tych jednostek realizacja zadania staje się obowiązkiem w momencie dokonania powierzenia zadania na ich rzecz. Realizacja zadań w ramach ich komercjalizacji wykonywana jest z poszanowaniem zasady równego dostępu, bez względu na możliwości finansowe odbiorców usługi.

Zakres komercjalizacji zadania określać powinien akt powierzenia. Oznacza to, że realizacja zadania publicznego przez podmiot wewnętrzny (jednostkę organizacyjną), bez jednoczesnego powierzenia tego zadania właściwemu podmiotowi, będzie działalnością o charakterze komercyjnym. Odróżnienia przy tym wymaga prowadzenie przez j.s.t. działalności gospodarczej w zakresie wykraczającym poza zadania publiczne, dopuszczalne jedynie pod prawnie określonymi warunkami. Z uwagi na brzmienie obowiązującego prawa (art. 9 ust. 2. u.s.g. i odpowiednich przepisów u.s.p. i u.s.w.) podejmowanie działalności gospodarczej przez j.s.t., wykraczającej poza realizację zadań użyteczności publicznych, powinno mieć charakter marginalny. Również realizacja zadań publicznych niepowierzonych w akcie powierzenia, ale pozostających zdaniami publicznymi, powinna mieć charakter akcesoryjny. Wynika to z m.in. faktu, iż o statusie podmiotu realizującego zadanie publiczne jako podmiotu wewnętrznego decydowała będzie również (obok innych cech) wzajemna proporcja pomiędzy działalnością powierzoną i tą, która powierzona nie została.

Komercjalizacja zadań, odmienienie niż prywatyzacja, nie musi wiązać się z ryzykiem naruszenia zasad równości czy sprawiedliwości społecznej, szczególnie w kontekście dostępu do usług komunalnych świadczonych przez takie podmioty. Istotny jest bowiem czynnik celu, dla którego działa określony podmiot. Prywatyzacji zakłada przekazanie zadania na rzecz podmiotu, dla którego istotnym elementem będzie zysk ekonomiczny, przez co może on dążyć do wykluczenia z grona usługobiorców tych, których nie stać na zapłatę za zadanie. Zakładając, że zadanie będzie realizowane przez podmiot zależny od j.s.t. (w warstwie majątkowej, organizacyjnej), ale jednocześnie wyposażony w odrębną osobowość prawną, to przede wszystkim realizował on będzie powierzone zadanie publiczne bez względu na to, czy odbiorcę stać na zapłacenie za usługę. Komercjalizacja zadania oparta będzie o mechanizm rekompensaty, czyli założenie, że dana działalność nie jest nastawiona na ekonomiczny zysk, a ewentualny deficyt finansowy rekompensowany powinien być przez organ administracji. Nie powoduje to marginalizacji osób, których nie stać na korzystanie z określonej usługi. Dostęp do skomercjalizowanej usługi może być płat-

ny, ale odpłatność ta nie musi z założenia pokrywać kosztów świadczenia tej usługi – wnoszona odpłatność może być niższa niż rzeczywiste koszty. Przy tym, odmienne od realizacji zadania samodzielnie przez j.s.t., podmiot, na rzecz którego powierzono zadanie, powinien w ramach swoich możliwości dążyć do wyrównania bilansu ekonomicznego poprzez podejmowanie działalności komercyjnej.

Kwestia poszanowania zasad równości i sprawiedliwości społecznej jest kolejnym z czynników, jakie należy rozważyć przy podejmowaniu decyzji o skomercjalizowaniu zadania. Jeśli istnieje ryzyko ograniczeniu dostępu do określonych usług użyteczności publicznej przez ich sprywatyzowanie, a usługi te są szczególnie istotne ze względu na interes społeczny, wówczas rozważona powinna być komercjalizacja zadań.

Prawidłowo zorganizowany mechanizm komercjalizacji powinien opierać się na wykorzystaniu prawnych instrumentów określania wysokości cen i opłat związanych z realizacją tego zadania. Organy uchwałodawcze j.s.t. wyposażone są w kompetencje pozwalające na określanie w drodze uchwały wysokości opłat za świadczone usługi użyteczności publicznej. Kompetencję tę mogą powierzyć na rzecz organów wykonawczych, przy tym rozważyć należy możliwość określania w aktach prawnych nie bezpośrednio wysokości opłat, a mechanizmów ich określenia, sama zaś opłata powinna być wynikiem kalkulacji finansowej i decyzji podmiotu realizującego usługę. Określając wysokość opłat, powinno się mieć na względzie nie tylko koszty realizacji zadania, ale również konieczność zapewnienia powszechności dostępności określonej usługi i zapewnienie równości dostępu do niej. Wprowadzenie mechanizmu rekompensaty – niebędącej wynagrodzeniem za świadczenie usług – pozwala na zapewnienie ciągłości świadczenia danej usługi. Z drugiej strony koszty realizacji zadań użyteczności publicznej powinny być pokrywane również przez podejmowanie działalności komercyjnej (która powinna mieć jednak charakter uboczny). W sferze realizacji zadań publicznych ograniczone (akcesoryjne) prowadzenie działalności gospodarczej jest pożądane i uzasadniane (może bowiem wpływać na obniżenie kosztów realizacji zadań, które mają charakter deficytowy). Istotne jest jednak, by osiągnięcie zysku nie przysłańiało podstawowego celu aktywności j.s.t., jakim jest właśnie zaspokajanie potrzeb społecznych.

W zakresie zastosowania mechanizmu rekompensaty, jeśli dany podmiot, otrzymuje powierzone do realizacji zadania publiczne, a jednocześnie zadanie to nie jest rentowne, wówczas możliwym jest określenie mechanizmów prawnych dofinansowania tego rodzaju działalności ze strony organów administracji publicznej. Pokrywa się wówczas koszty świadczenia określonej usługi i uwzględnia rozsądny zysk podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało powierzone, przy czym pokrywanie kosztów realizacji zadania nie może być utożsamiane z zapłatą za takie zadanie. Z drugiej strony, ustalając mechanizm obliczenia rekompensaty, można założyć,

że będzie ona uzależniona od ewentualnych zysków związanych z prowadzeniem określonej działalności bądź też działalności o charakterze ubocznym. Rekompensata nie stanowi wynagrodzenia za świadczenie określonej usługi, nie jest to bowiem forma odpłatności, co jest istotne w kontekście rozważań dotyczących formy, w jakiej zadania publiczne zostają powierzone przez j.s.t. innym podmiotom. Przy ustalaniu zasad przyznawania rekompensaty konieczne jest uwzględnienie zasad określonych orzecznictwem TS. Po pierwsze przedsiębiorstwo będące beneficjentem powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te powinny być jasno określone. Powierzenie zadania nie może wynikać z relacji umownej pomiędzy organem administracji publicznej a podmiotem, który oto zadanie realizuje. Wówczas bowiem obie strony mają możliwość negocjacji warunków finansowych świadczenia usługi użyteczności publicznej, a wykonujący zadania może zrezygnować z zawarcia kontraktu. Rekompensata powinna być więc powiązana z władczym, jednostronnym aktem nałożenia obowiązku świadczenia usługi.

Parametry stanowiące podstawę do naliczania rekompensaty muszą być ustalone z góry w sposób obiektywny i przejrzysty w celu uniknięcia zapewnienia przewagi ekonomicznej, która może faworyzować przedsięwzięcie beneficjenta w stosunku do innych konkurujących przedsiębiorstw.

Wysokość rekompensaty nie może przekraczać wysokości kosztów poniesionych w związku z wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, uwzględniając przychody z tego tytułu oraz godziwy zysk.

Poziom rekompensaty należy określić w oparciu o analizę kosztów typowego, prawidłowo zarządzanego i dysponującego wystarczającymi środkami przedsiębiorstwa, które to koszty zostałyby poniesione, gdyby przedsiębiorstwo nie zostało wybrane w drodze postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Reguły przyznawania rekompensaty określone są na poziomie ustawowym na gruncie u.p.t.z. *De lege ferenda* wnioskować można o wprowadzenie analogicznych rozwiązań przy każdym powierzeniu zadania użyteczności publicznej spółkom komunalnym na podstawie przepisów u.g.k.

De lege ferenda zaproponować można wprowadzenie obowiązku załączenia do uchwały, określającej ceny za usługi użyteczności publicznej, kalkulacji wskazującej na sposób obliczenia jej wysokości, wyliczenia, czy pokrywa ona koszty świadczenia usługi użyteczności publicznej wraz ze wskazaniem ewentualnych innych źródeł przychodu kompensujących koszty świadczenia usługi. Zakładając, że ceny określone są już po utworzeniu jednostki organizacyjnej świadczącej określone usługi użyteczności publicznej, to właśnie ta jednostka powinna być odpowiedzialna za przygotowanie kalkulacji. Analogicznie – tego typu plan wydatków i dochodów (również uwzględniający dochody pochodzące z ewentualnej działalności komer-

cyjnej, prowadzonej jako działalność akcesoryjna względem realizacji powierzonych zadań publicznych) powinien być przygotowywany przy każdorazowej zmianie cennika. Rolą tego typu kalkulacji będzie uświadomienie organom podejmującym rozstrzygnięcia co do określania wysokości cen rzeczywistych kosztów realizacji zadań. Pozwoli także na uwzględnienie w działalności jednostki organizacyjnej zachowania właściwych proporcji (choćby w kwestii przychodów) pomiędzy działalnością powierzoną i komercyjną.

Komercjalizacja zadań polega na wykonywaniu zadania na zasadach komercyjnych przez powierzenie tego zadania do realizacji podmiotowi u rynkowionemu. Doktryna w różny sposób odnosi się do tego, co należy rozumieć przez komercjalizację. Przeważa jednak stanowisko, iż jest to zmiana formy organizacyjnoprawnej podmiotu publicznego na podmiot działający w oparciu o normy prawa prywatnego. Komercjalizacja może być postrzegana jako etap zmierzający do prywatyzacji zadań w przypadku zmiany kontrolującego działalność takiego podmiotu.

Istotna jest przy tym czynność, na mocy której takie zadanie zostaje przekazane do realizacji. Przyjąłem, że należałoby tu posługiwać się jednolitą formą „powierzenia” (bez względu na to, czy chodzi tu o przekazanie takiego zadania następuje w ramach prywatyzacji, czy też właśnie w ramach komercjalizacji zadań).

Powierzenie zadania może nastąpić w różnych formach organizacyjnych poprzez utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zakładu budżetowego, spółki prawa handlowego lub też innych samorządowych jednostek organizacyjnych. Można również takie zadanie powierzyć jednostce już działającej. Przy tym powierzenie może mieć różną formę, zarówno może być dokonane w formie umowy (prywatyzacja odnosi się do powierzenia zadań w formie czynności, co do zasady, cywilnoprawnych – taki wniosek płynie z wykładni literalnej art. 3 ust. 1 u.g.k., a także z przeprowadzonej w pracy analizy charakteru prawnego form realizacji zadań), jak też aktu władczego. Zakres powierzenia określony treścią normy prawnej (kwalifikującej powierzone zadanie jako zadanie użyteczności publicznej) oraz aktem powierzenia determinuje to, czy dana działalność realizowana jest na rzecz podmiotu powierzającego, czy też stanowi działalność o charakterze komercyjnym.

Analiza rozwiązań normatywnych przeprowadzona w pracy doprowadziła do wniosku, że należy odróżnić powierzenie zadań dokonane na gruncie u.p.z.p. od przeprowadzanego na gruncie u.g.k. (oba te działania mieszczą się w ramach szeroko pojętego powierzenia). Przy tym wydaje się uzasadnionym doprecyzowanie wymagań formalnych związanych z wykonywaniem zadań na gruncie u.g.k. – ta właśnie forma powierzenia zadań jednostkom organizacyjnym (przede wszystkim spółkom komunalnym) związana powinna być z komercjalizacją zadań. Ustawodawca wprowadził tzw. „zamówienia in house” do u.p.z.p., co nie oznacza, że wyłączono zastosowanie możliwości powierzenia zadania przewidzianego w u.g.k. Podstawowa

różnica polega na swobodzie wyboru tego, przez kogo zadanie będzie realizowane i w jakiej formie ustawodawca zakłada powierzenie zadania. W przypadku powierzenia zadania w ramach *in house* na gruncie u.p.z.p. występuje konstrukcja kontraktowa, w której co do zasady jedna ze stron (podmiot, na rzecz którego powierzono zadanie) może nie wyrazić woli na świadczenia usługi. W przypadku zaś powierzenia na gruncie u.g.k. powierzenie zadania następuje w formie władczej (którą można zaliczyć do aktów prawa miejscowego), co oznacza, że jednostka organizacyjna spełnia rolę instrumentu wykonującego zadanie. Dualizm form powierzenia zadań nie jest jednak oczywisty, co implikuje liczne trudności interpretacyjne. Rolą ustawodawcy powinno być wprowadzenie takich regulacji prawnych, które pozwoliłyby na odróżnienie obu instytucji prawnych wraz z kryteriami, jakie należałoby uwzględnić, dokonując powierzenia na gruncie u.g.k., a także zadań, jakie powinny być powierzane z wykorzystaniem każdego z trybów (np. tak jak to ma miejsce w przypadku zadania odbierania odpadów komunalnych na gruncie u.c.p.g., które wyraźnie zastrzeżone jest do powierzenia na podstawie u.p.z.p.).

W ramach rozumianej horyzontalnie zasady subsydiarności możliwym jest dokonanie wyboru co do formy, w jakiej zadania publiczne będą realizowane. W obszarze realizacji zadań publicznych powiązanych z działalnością gospodarczą (komercyjną) priorytetem staje się realizacja zadania publicznego, nawet do granicy kolizji z interesem prywatnym podmiotów realizujących to samo zadanie. Przez to szczególnego znaczenia nabiera opisywana swoboda wyboru formy realizacji tych zadań (poszukiwanie optymalnego rozwiązania można traktować w kategorii obowiązku j.s.t.). Przy tym decydującym kryterium w przedmiocie formy realizacji tych zadań nie może być jedynie efektywność. W tym kontekście znaczenia nabiera kwestia poszanowania zasad równości i sprawiedliwości społecznej jako element, który należy rozważyć przy podejmowaniu decyzji o skomercjalizowaniu zadania. Istotne jest również zaliczenie danej działalności do kategorii użyteczności publicznej (przy uwzględnieniu art. 1 ust. 2 u.g.k. w powiązaniu z art. 9 ust. 4 u.s.g.). Jeśli istnieje ryzyko ograniczenia dostępu do określonych usług użyteczności publicznej przez ich sprywatyzowanie, a usługi te są szczególnie istotne ze względu na interes społeczny, wówczas rozważona powinna być komercjalizacja zadań. Przy tym istotne jest działanie organów nadzorczych (wojewodów), które w ramach przyznanych im kompetencji powinny kontrolować akty powierzające zadania na rzecz podmiotów wewnętrznych i ewentualnie stwierdzać ich nieważność w przypadku powierzenia zadań wymkających się z kategorii zadań użyteczności publicznej.

Przy powierzeniu określonej kategorii zadań konieczne jest dokonanie analizy powiązania tych zadań funkcjami (kompetencjami). W doktrynie podaje się w wątpliwość sens istnienia ogólnej instytucji pozwalającej na przeniesienie kompetencji na rzecz innego podmiotu (określonej w art. 39 ust. 4 u.s.g.), głównie ze względu na niejednolitość rozwiązań na gruncie wszystkich ustaw samorządowych i pojawia-

jące się wątpliwości w kontekście art. 143 o.p. i art. 268 a k.p.a. (odnoszących się do działania w imieniu organu administracji publicznej i upoważnienia do wydawania decyzji w imieniu i na rachunek tegoż organu). Na zastosowanie tej instytucji można jednak patrzeć przez pryzmat samodzielności jednostek samorządu terytorialnego w kontekście określania sposobu realizacji powierzonych j.s.t. zadań. J.s.t., w granicach określonych prawem, decydują o tym, w jaki sposób powierzone zadania mogą być wykonywane. Bardzo często poprawne wykonywanie zadań wiąże się z koniecznością zastosowania instrumentów władczych, a jednocześnie to wykonujący zadania posiada wiedzę w jaki sposób najbardziej efektywnie zastosować przyznane instrumenty władcze. Przy dokonaniu powierzenia zidentyfikować należy zadania, które wymagają jednoczesnego przeniesienia kompetencji i te, które mogą być świadczone bez podejmowania działań władczych. Powierzenie funkcji (kompetencji) określnemu podmiotowi może być niezbędne do realizacji powierzonych zadań. Zaznaczyć również należy, że powierzenie funkcji (kompetencji) odbywać musi się na podstawie aktu o charakterze powszechnie obowiązującym, co z kolei może prowadzić do wniosku, że również realizacja zadania związanego z wykonywaniem funkcji (kompetencji) powinna mieć oparcie w akcie o charakterze publicznoprawnym. Prowadzi to również do wniosku, że dopuszczenie powierzenia kompetencji powinno być również każdorazowo analizować w oparciu o realizowane zadanie i formę powierzenia tych zadań (art. 9 ust.1 u.s.g. stanowi bowiem o jednostkach organizacyjnych i o podmiotach, którym umownie przekazano do realizacji określone zadanie).

Możliwym jest przy tym wyprowadzenie przesłanek, którymi j.s.t. powinny kierować się, dokonując przeniesienia funkcji (kompetencji).

Po pierwsze przekazanie kompetencji powinno być rzeczywiste. Konieczne jest, by miało ono charakter całościowy – w następstwie przekazania organ przekazujący powinien natomiast wyzbyć się całkowicie kompetencji odnoszących się do rozpatrywanego zadania z zakresu usług publicznych.

Po drugie zwrot kompetencji organowi przekazującemu nie może zależeć od wykonania uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy, przyznanej temu organowi na wypadek nienależytego wykonywania zadań. Taka możliwość jest typowa dla logiki kontraktowej, której obce jest przekazywanie uprawnień. Zwrot kompetencji może natomiast być wynikiem nowej reorganizacji rozpatrywanych zadań publicznych. Kluczowa jest więc rola działania planowanego, z uwzględnieniem czynności o charakterze strategicznym, tzn. organy, dokonując przekazania kompetencji, powinny rozważyć, czy ma być to działanie krótkotrwałe, czy długoterminowa organizacja realizacji określonych zadań ustawowych. Ten element powiązany jest z charakterem zadania powierzonego do realizacji. Konieczne jest uwzględnienie w akcie powierzenia terminów realizacji zadań nie tylko ze względu np. na ewentu-

alne koszty związane z wykonywaniem zadania, ale również właśnie ze względu na konieczność wykonywania określonych prawem funkcji (kompetencji).

Organ powierzający kompetencje traci możliwość ingerowania w realizację zadań, które należą odtąd w pełni do kompetencji jednostki, na rzecz której kompetencje zostały przekazane.

Powyższe cechy powierzenia funkcji (kompetencji) na chwilę obecną odnoszą się tylko o zastosowania tej instytucji na gruncie u.s.g.

Należy również mieć na względzie konieczność zapewnienia samodzielności finansowej niezbędnej dla prawidłowej realizacji powierzonych zadań i sprawowania określonych funkcji (kompetencji).

Aktualnie zróżnicowanie regulacji w ustawach samorządowych ma swoje uzasadnienie. To bowiem na szczeblu gminnym pojawiają się kompetencje orzecznicze w najszerszym zakresie, powodując, że personel urzędu obsługującego organy administracji publicznej j.s.t. może być niewystarczający, a realizowane zadania i kompetencje mają najbardziej zróżnicowany charakter. Odmienność ogólnej regulacji w k.p.a. i o.p. potwierdza zasadność wprowadzania do ustaw samorządowych szczególnych regulacji proceduralnych właśnie po to, aby rozszerzyć ramy wyznaczone art. 268a k.p.a. i art. 143 o.p.

De lege ferenda postuluję wprowadzenie analogicznych rozwiązań we wszystkich ustawach samorządowych dających organom możliwość przenoszenia funkcji (kompetencji) i powiązanych z nimi kompetencji na rzecz organów samorządowych jednostek organizacyjnych, spełniających cechy pozwalające uznać je za podmioty wewnętrzne. Zapewni to swobodę w wyborze najbardziej efektywnej formuły realizacji zadań publicznych w powiązaniu z wykonywaniem funkcji (kompetencji). Ochronę interesów jednostki gwarantować powinien system nadzoru nad aktami prawa miejscowego, na podstawie których nastąpić miałyby przeniesienie funkcji (kompetencji), a także sądowa kontrola tychże aktów prawa miejscowego, w zakresie zaś wydawanych decyzji indywidualnych sprawowana kontrola instancyjna i kontrola sądowa. Zagrożenie, z punktu widzenia konieczności zachowania stabilności prawa, stanowić może rozbieżność w zakresie rozumienia prawnych podstaw do powierzenia określonych kategorii zadań, co najdobitniej pokazuje przykład regulacji z zakresu u.c.p.g. (wraz z najnowszą nowelizacją tej ustawy) oraz rozbieżne orzecznictwo sądów administracyjnych.

Wykazane zostało, że zakres zadań przekazanych do realizacji wyznaczany jest jednostkom organizacyjnym w formie władczej czynności organu administracji, ewentualnie wspartej umową (której zadaniem jest doprecyzowanie formy i sposobu realizacji powierzonych zadań). Pierwotnym aktem powierzenia będzie uchwała właściwego organu j.s.t. Zauważyć należy rozbieżne stanowiska, co do charakte-

ru prawnego tej uchwał. Zakres powierzenia wyznacza podmiotom wewnętrznym (w szczególności spółkom prawa handlowego) granicę pomiędzy tym, co stanowi wykonywanie działalności na rzecz j.s.t., czyli jest świadczeniem usług użyteczności publicznej, a tym, co stanowi działalność komercyjną. Charakterystyczną cechą takich podmiotów będzie, co od zasady, możliwość prowadzenia działalności nastawionej na zysk, ale działalność ta powinna mieć charakter marginalny. Z drugiej strony prowadzenie działalności gospodarczej niewątpliwie wpływa pozytywnie na obniżenie kosztów świadczenia usługi publicznej (niekomercyjnej).

Przeprowadzona analiza rozwiązań angielskich doprowadziła do wniosku, że wykonywanie zadań przez własne jednostki organizacyjne w tym przypadku okazało się tam bardziej efektywne niż przekazywanie zadań do realizacji na rzecz podmiotów prywatnych. Element ekonomiczny nie jest więc decydujący, ale powinien być rozważany jako istniejący obok podstawowego celu, jakim jest realizacja powierzonego zadania.

Przekazanie zadania do realizacji podmiotowi działającemu na zasadach komercyjnych oparte jest na pewnym oczekiwaniu zapewnienia wyższych standardów świadczenia określonej usługi przy jednoczesnym zachowaniu przez j.s.t. kontroli nad sposobem świadczenia tych usług. Wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem podmiotów wyposażonych w odrębną od j.s.t. osobowość prawną pozwala na zastosowanie wobec nich wyższego miernika lojalności wobec odbiorców usługi – poszczególnych członków wspólnoty samorządowej – niż w przypadku relacji z innymi przedsiębiorcami (co wynika z opisanych cech podmiotów wewnętrznych, zależności względem właścicielskiej j.s.t.). W takiej sytuacji obywatel działa bowiem w zaufaniu do władzy publicznej, nawet jeżeli władza ta wykonuje swoje uprawnienia za pośrednictwem podmiotów komercyjnych, co oznacza, że ma on prawo oczekiwać wyższych standardów obsługi interesanta niż w przypadku relacji wyłącznie handlowych.

Dokonując komercjalizacji zadania przez powierzanie podmiotowi mogącemu podejmować działalność komercyjną, j.s.t. powinna dokonać analizy spełnienia przesłanek określonych w dyrektywach zamówieniowych, przy tym w zakresie powierzenia na gruncie u.g.k. przesłanki te nie są wprost wyrażone w polskim porządku prawnym, co powinno zostać doregulowane. Konieczne jest bowiem jasne określenie cech podmiotowych. I tak:

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami,
- 2) przeważająca część działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzona w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, oraz

- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie występuje bezpośredni udział kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Jak zostało wykazane, istnieją podstawy normatywne, by odróżnić powierzenie zadań dokonywane na gruncie u.p.z.p. od tego przeprowadzanego na gruncie u.g.k., co z kolei prowadzi do wniosku, że nie jest uzasadnionym bezpośrednie stosowanie kryteriów u.p.z.p. do uznania danego podmiotu za wewnętrzny. Kryteria te określone są w orzecznictwie TS i dyrektywach zamówieniowych. Przyjęte tam rozwiązania zostały inkorporowane do polskiego porządku prawnego przez przepisy u.p.z.p., ale w zakresie zamówień publicznych. Oznacza to, że kryteria podmiotu wewnętrznego zawarte w dyrektywach stosowane mogą być jedynie posiłkowo, dla określenia charakteru prawnego podmiotu, na rzecz którego powierzone ma zostać zadanie – poza u.p.z.p. Odwołać się przy tym należy również do orzecznictwa trybunału unijnego.

Należy również podkreślić, że o ile kryteria związane ze sprawowaniem kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje się nad własnymi służbami, czy brak udziału kapitału prywatnego, podobnie wyrażone są zarówno w dyrektywach zamówieniowych, jak i w u.p.z.p., to najbardziej istotna i kluczowa różnica wprowadzona została w podziale procentowym działalności prowadzonej na rzecz własnej j.s.t. i działalności komercyjnej. Orzecznictwo TS podnosi kryterium przeważającej działalności. Dyrektywy wskazują na proporcję 80%-20%, zaś u.p.z.p. na proporcje 90% do 10%. Kryterium to nabiera szczególnego znaczenia w obszarze działalności, która daje możliwość aktywnego prowadzenia działalności o charakterze komercyjnym.

Zestawienie cech podmiotu wewnętrznego z polskimi uwarunkowaniami prawnymi prowadzi do wniosku, że cechy te mogą być spełnione przez spółki komunalne. Każdorazowo j.s.t., dokonując powierzenia, muszą jednak dokonać weryfikacji, czy na moment powierzenia zaistniały wymagane przesłanki podmiotowe. Proponowanym rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie obowiązku raportowania przez spółki komunalne o stanie proporcji pomiędzy rodzajami prowadzonej działalności (poprzez określenie źródeł przychodu), tak by możliwe było dokonywanie oceny zachowania wymaganego współczynnika proporcji pomiędzy działalnością komercyjną a tą związaną z realizacją powierzonych zadań użyteczności publicznej. Okresy sprawozdawcze powinny być powiązane z określeniem czasookresów, w których spełnione powinno być kryterium procentowe. Przy podejmowaniu przez spółkę komunalną licznych aktywności trudno jest założyć, by było to możliwe w każdym momencie (by był to stan ciągły), ale kryterium to powinno być spełnione w danym okresie sprawozdawczym i na moment złożenia sprawozdania. Niespełnienie powyższych kryteriów nie oznacza, że spółka utworzona przez j.s.t. przestanie być podmiotem rynkowym – wręcz odwrotnie, jej większa niezależność od j.s.t. może

być jej „plusem” w efektywnym zarządzaniu działalnością, ale wówczas spółka, tracąc cechy podmiotu wewnętrznego, nie powinna mieć możliwości wykonywania zadań powierzonych, a j.s.t. nie powinna powierzać do wykonywania zadań użyteczności publicznej.

Proponowanym rozwiązaniem, zmierzającym ku ujednoliceniu stosowanych kryteriów pozwalających na wyodrębnienie podmiotu wewnętrznego, byłoby wprowadzenie opisanych powyżej cech do polskiego porządku prawnego, ale w zakresie powierzenia zadań z pominięciem u.p.z.p. – na gruncie u.g.k. Prowadzenie wszelkiego rodzaju działalności, z wykorzystaniem spółek prawa handlowego, również powinno odbywać się przy uwzględnieniu cech charakteryzujących podmioty wewnętrzne, jednocześnie z zachowaniem szczególnej charakterystyki działalności leczniczej.

Analiza podmiotów, na rzecz których można powierzyć zadania w ramach ich komercjalizacji, prowadzi do wniosku, że nie stanowią one grupy jednolitej, a wybór określonej formy organizacyjnoprawnej determinowany jest rodzajem wykonywanych zadań, przy tym wykorzystanie formy spółki komunalnej dopuszczalne jest dla realizacji większości zadań użyteczności publicznej poza tymi, które określone są ustawowo.

Prowadzenie działalności na gruncie ustawy o finansach publicznych ogranicza możliwość podejmowania działalności komercyjnej i powoduje, że analiza spełnienia przesłanek przez podmiot wewnętrzny powinna odnosić się głównie do spółek komunalnych. Na gruncie orzecznictwa TS analiza cech podmiotów wewnętrznych jest szersza – wykracza poza spółki komunalne. W polskim systemie prawnym cechy podmiotu wewnętrznego można odnieść do spółek komunalnych, zakładów leczniczych, instytucji kultury, spółdzielni.

W kontekście podmiotowym istotne są również prawne formy powierzenia zadań na rzecz określonych podmiotów w ramach współpracy publicznonpublicznej. Prowadzone rozważania dotyczyły głównie skutków współpracy między j.s.t. w zakresie powierzania zadań spółkom komunalnym (jako najszerszej stosowanej formie realizacji zadań publicznych).

Niewątpliwie elementem, jaki powinien być brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji co do formy realizacji zadania publicznego, jest skala tego zadania i możliwości finansowe jednostek to zadanie realizujących. Jeśli j.s.t. zakłada, że głównym założeniem jest realizacja zadania i jednocześnie zaistnieje możliwość rezygnacji z wpływania na sposób realizacji tego zadania, wówczas zasadnym może być zawarcie porozumienia, na mocy którego zadanie to będzie realizowała inna j.s.t. z wykorzystaniem własnego podmiotu wewnętrznego. Pamiętać bowiem należy, że to j.s.t., na rzecz której mocą porozumienia zadanie przekazano, decydowała będzie o wysokości cen za realizację zadania (dotyczyło to bowiem będzie cen za

usługi użyteczności publicznej realizowane przez podmiot wewnętrzny, o czym rozstrzyga się w drodze stosownej uchwały bądź zarządzenia organu wykonawczego), a także w pośredni sposób o sposobie realizacji zadania – zadanie realizował będzie podmiot wewnętrzny tej j.s.t.

Samo zawarcie porozumienia nie stanowi zamówienia publicznego. Kwestią problematyczną jest wykonywanie zadań przez podmiot wewnętrzny. Jednostka powierzająca traci określone zadanie w tym znaczeniu, że zadanie to realizowane będzie przez j.s.t., na rzecz której zostało ono powierzone i wykonywane będzie przez podmiot wewnętrzny na rachunek j.s.t. właścicielskiej. Prawidłowo rozwinięty system współpracy między j.s.t. jest bardzo istotny z punktu widzenia efektywnego wykonywania zadań, szczególnie kiedy nakładane na j.s.t. zadania często tylko pozornie mają charakter lokalny, a w rzeczywistości niezbędne jest ich wykonywanie z uwzględnieniem potrzeb całego regionu. Wyrażnego odróżnienia wymaga powierzenie zadania w ramach porozumienia, od powierzenia zadania na rzecz podmiotu wewnętrznego.

W przypadku zawarcia przez j.s.t. związku określone zadanie staje się zadaniem związku. Realizacja takiego zadania z wykorzystaniem podmiotów wewnętrznych możliwa jest jedynie w sytuacji, kiedy podmiot taki utworzony będzie przez związek, nie zaś przez poszczególne j.s.t. wchodzące w jego skład.

Wykazano, że charakter prawny działań podejmowanych w celu powierzenia zadań w ramach ich komercjalizacji nie jest oczywisty i budzi liczne kontrowersje. Możliwym jest przyjęcie, że na czynność powierzenia składała się będzie uchwała właściwego organu j.s.t. wraz z czynnością podejmowaną na gruncie prawa prywatnego, np. zmiana aktu założycielskiego spółki prawa handlowego. Podstawę prawną podjęcia uchwały stanowiły będą art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. w zw. z art. 12 pkt 8 lit. f i g, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 18 pkt 18, 19 lit. e i f u.s.w.

Akt powierzenia mieści się w ramach czynności z zakresu administracji publicznej, co daje możliwość zaskarżenia go do sądu administracyjnego. Mocą tych aktów rozstrzyga się o sposobie realizacji zadań publicznych, co z kolei daje podstawę do uznania ich z akty prawa miejscowego.

Podejmowanie przez organy uchwałodawcze aktów powierzenia uznane jest za przejaw sprawowania uprawnień właścicielskich, co z kolei może prowadzić do wniosku, że nie powinny być one kwalifikowane jako podejmowane na gruncie prawa publicznego. Z drugiej jednak strony do składania oświadczeń woli w imieniu j.s.t. (w zakresie spraw majątkowych) uprawnione są organy wykonawcze. Z tego wnioskować można, że to te właśnie organy powinny być wyrazicielami cywilnoprawnych relacji łączących j.s.t. z podmiotami wewnętrznymi. Jak zostało wykazane, w przypadku jednostek leczniczych neguje się konieczność i możliwość po-

dejmowania odrębnych uchwał przez organy uchwałodawcze upoważniające organ wykonawczy do utworzenia jednostki leczniczej. W przypadku uchwalania statutów mówi się zaś o uchwałach podejmowanych w ramach relacji kierowniczych. W sytuacji zaś spółek komunalnych istnieje spór co do powszechnego bądź wewnętrznego powiązywania takich uchwał, a wręcz co do tego, że są one podejmowane w ramach prawa publicznego. Podkreślenia jednak wymaga, że po pierwsze, jak dowiodłem w pracy, możliwe jest przyporządkowanie aktom powierzającym cech prawa miejscowego (bez względu na podmiot wewnętrzny, któremu to zadanie zostało przyporządkowane).

Po drugie, jeżeli powierzenie zadań publicznych wiąże się z przyznaniem mechanizmu rekompensaty, to akt powierzenia powinien mieć charakter władczy. Jeśli określenie zasad finansowania odbywało się będzie na gruncie prawa prywatnego, to rekompensata staje się wynagrodzeniem za realizację zadań użyteczności publicznej.

Realizacja zadania publicznego powierzona do wykonywania innemu podmiotowi powinna mieć umocowanie w akcie prawa publicznego. Jeśli dodatkowo dodać do tego tę okoliczność, że w ramach realizacji niektórych zadań przyznawane są organowi podmiotu wewnętrznego kompetencje władcze, to zastanowić się można, czy uchwała w sprawie powierzenia zadań (utworzenia, zmiany zasad funkcjonowania) nie powinna być traktowana jako instrument publicznoprawny. Dokonując komercjalizacji zadania, koniecznym jest uprzednie podjęcie uchwały przez organ stanowiący, przy tym zasadnym jest przyjęcie jednolitych wzorców postępowań bez względu na jednostkę organizacyjną, na rzecz której zadanie zostało powierzone. Nie można negować odrębnej podmiotowości spółek komunalnych, ale postulować należy odwrócenie proporcji. Rozumieć przez to należy racjonalne i precyzyjne dobieranie zadań przez ustawodawcę, które mogą być przez j.s.t. wykonywane w ramach ich komercjalizacji i z wykorzystaniem spółek komunalnych. Każda tego typu działalność jest na swój sposób ingerencją w wolny rynek. Wzmocnienie postrzegania instrumentów publicznoprawnych (przy ograniczonej możliwości zadań, w których będą mogły być one zastosowane) pozwoli na bardziej efektywne wykonywanie zadań publicznych.

W toku przeprowadzonych badań dokonano analizy uchwał powierzających w latach 2011-2018. (do maja włącznie). Badaniu poddano elektroniczne bazy wojewódzkich dzienników urzędowych oraz biuletyny informacji publicznej miast wojewódzkich (jako miejsce publikacji aktów wewnętrznych).

Analiza zgromadzonych uchwał powierzających prowadzi do następujących wniosków, pozwalających na potwierdzenie przyjętych we wstępie hipotez.

Podjmując decyzję o komercjalizacji zadań, należy rozważyć charakter prawny uchwały powierzającej. Traktowanie uchwał powierzających jako aktów prawa miejscowego jest częstą praktyką, niekwestionowaną przez sądy i organy nadzoru.

Powierzając zadanie określone podmiotowi, pożądane jest dbanie o jego specjalizację. Występują liczne przypadki powierzania różnych rodzajowo zadań jednej spółce komunalnej. W takim przypadku bardzo trudno jest kontrolować zachowania odpowiedniej proporcji pomiędzy działalnością powierzoną a komercyjną, dokonując przeliczenia na całej działalności spółki, nie zaś na poszczególnych jej zadaniach. Utrudnione jest także zachowanie określonych standardów świadczenia usług. Komercjalizacja zadań nie powinna polegać jedynie na „pozbyciu” się zadania, a racjonalizacji jego wykonywania, co z kolei powinno być powiązane ze specjalizacją podmiotu realizującego zadanie. Postulowanym rozwiązaniem jest powiązanie tożsamo rodzajowych zadań z jednym podmiotem je wykonującym, z ograniczeniem powierzania zadań niepowiązanych. Wydaje się, iż sprzyjać to będzie większej rozwadze przy powierzeniu zadań i wpłynie na specjalizację podmiotów wykonujących zadania, co doprowadzi do podniesienia poziomu świadczonych usług.

Powierzenie powinno być dokonane na gruncie u.g.k. W innym bowiem przypadku konieczne jest przeprowadzenie odrębnej procedury zamówienia publicznego. Konieczne jest przy tym odniesienie do sposobu realizacji zadań określonego przez normy szczegółowe (czego przykładem może być zagospodarowanie i odbieranie odpadów na gruncie u.c.p.g.).

Powierzone zadanie powinno być dokładnie opisane w uchwale powierzającej. Jednostce organizacyjnej powierza się bowiem określony rodzajowo charakter zadań. Nie może być przy tym wątpliwości, który podmiot odpowiedzialny jest za realizację określonych zadań.

Element, który powinien być brany pod uwagę przy powierzeniu zadań, wiąże się z wprowadzeniem konieczności zachowania przez spółkę komunalną wszystkich cech podmiotu wewnętrznego przez cały okres powierzenia zadań. Istotne jest rozważenie okresu, na jaki powierzenie powinno zostać dokonane. Na poziomie unijnym wprowadza się zasadę 10-letniego okresu powierzenia.

De lega ferenda postuluję wprowadzenie stosownych rozwiązań prawnych odnoszących się zarówno do konieczności zachowania cech podmiotu wewnętrznego przez cały okres powierzenia, jak i terminu maksymalnego powierzenia zadania. W procedurze powierzenia powinno się mieć na względzie konieczność określenia zasad finansowania prowadzonej działalności, przy założeniu, iż podmiot wewnętrzny nie otrzymuje za taką działalność wynagrodzenia.

Polski system prawny nie przewiduje na chwilę obecną (poza pewnymi wyjątkami dotyczącymi organizacji przewozów pasażerskich), by obok uchwały po-

wierzącej zawierana była tzw. umowa wykonawcza. W tym zakresie istnieje również w praktyce powierzenia zadań – z wykorzystaniem umowy bądź też z jej pominięciem.

Przeprowadzona analiza uchwał powierzających prowadzi do wniosku, że *de lege ferenda* można postulować wprowadzenie do polskiego porządku prawnego odpowiednich regulacji prawnych określających cechy podmiotu wewnętrznego również w zakresie powierzenia na gruncie u.g.k. Próby wprowadzania pewnych ograniczeń przez j.s.t. mocą aktów prawa miejscowego świadczyć mogą o potrzebie doregulowania takich kwestii na poziomie ustawodawczym.

Obok uchwały formą powierzenia zadań może być umowa. Jednak również ta forma powierzenia zadania nie stanowi instrumentu jednorodnego. O ile bowiem umowy zawierane na gruncie u.f.p., u.p.p., ustawy o koncesji na roboty budowlane, czy na podstawie przepisów u.p.z.p. zaliczyć można do umów cywilnoprawnych, to umowa o świadczenie usług na gruncie u.p.t.z. odwołuje się do konstrukcji podmiotu wewnętrznego.

Umowa o świadczenie usług publicznych stanowi odmienny rodzaj umowy od umów zawieranych na gruncie u.f.p., p.p.p., u.p.z.p. czy u.k.b. Podstawowa różnica polega na obowiązku po stronie wykonawcy do przystąpienia do takiej umowy i realizacji nałożonego na nią obowiązku. Również sama treść umowy określana jest przez organizatora publicznego transportu zbiorowego. Zasada swobody umów podlega tutaj ustawowemu ograniczeniu w zakresie swobody podmiotów zawierających umowę w podjęciu decyzji dotyczącej powstania stosunku prawnego – podmiot wewnętrzny musi podporządkować się woli właściciela j.s.t.

J.s.t. podejmuje decyzję o wyborze świadczenia usługi publicznej w formie podmiotu wewnętrznego. Znajduje to wyraz w uchwale rady gminy oraz postanowieniach umowy spółki. Z tego wynika, że w przypadku władczego powierzenia świadczenia usług publicznych przez podmiot wewnętrzny obowiązek świadczenia wynika z uchwały organów właściwej j.s.t. Nie oznacza to jednak, że w stosunkach pomiędzy j.s.t. a podmiotem wewnętrznym nie ma miejsca na swoiste uzgodnienia, które w szczegółowy sposób powinny określać podział zadań pomiędzy j.s.t. a spółką w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi. Szczegółowa treść obowiązku świadczenia usługi publicznej może być określona także w innych aktach przyjętych przez organy j.s.t. Mogą to być akty jednostronne przyjęte w drodze uchwały przez organy stanowiące albo odpowiednio upoważnione organy wykonawcze j.s.t. (w drodze zarządzenia, określające także w perspektywie wieloletniej zasady dotyczące sposobu świadczenia usługi i zasad jej finansowania (strategie, plany, regulaminy, algorytmy itp.). Mogą to być również akty dwustronne pomiędzy władzami j.s.t. a władzami spółki (porozumienia).

O ile powierzenie zadania w postaci organizacji publicznego transportu zbiorowego wprost powiązane jest z koniecznością zawarcia umowy, to w przypadku innych zadań brak jest bezpośredniego umocowania prawnego do zawierania umowy. Możliwym jest analiza tego rodzaju umowy jako istotnego składnika w prawidłowym powierzeniu zadań (jako swego rodzaju postulat dla ustawodawcy, by rozważył zastosowanie takiej umowy w powierzeniu). Umowa pozwala bowiem na pełniejsze i lepsze określenie zasad wykonywania zadań niż samodzielny władczy akt powierzenia.

Analiza rozwiązań prawnych w zakresie kompetencji do sprawowania kontroli nad procesem powierzenia zadań publicznym podmiotowi wewnętrznemu prowadzi do wniosku, że brak jest wystarczających regulacji prawnych pozwalających na skuteczną i efektywną kontrolę powierzonych zadań bądź też kontrola ta wykonywana jest w sposób nieefektywny. Nadzór nad uchwałami powierzającymi jest niewystarczający i w praktyce nie jest skutecznie wykonywany. Uchwały są różnorodnie konstruowane, różnorodnie podejmowane, a jednocześnie nie jest na bieżąco kontrolowany sposób wykonywania powierzonych zadań, od czego zależy np. możliwość powierzenia spółkom komunalnym kolejnych zadań do realizacji. Szczególnie jeśli chodzi o zachowanie statusu podmiotu wewnętrznego przez cały okres realizacji zadań. To z kolei wiąże się z tym, że kontrolę bieżącej działalności spółek komunalnych prowadzić mogą RIO, zaś nadzór nad uchwałami (stanowiącymi podstawę powierzenia zadań) sprawowany jest przez wojewodów. Procesu kontroli nie ułatwia brak jednolitych i jasnych regulacji prawnych. Jeśli bowiem np. w przypadku RIO istnieją spory co do zakresu podmiotowego, względem którego kontrola może być prowadzona (np. co do kwestii samorządowej osoby prawnej), a cechy podmiotu wewnętrznego wywodzone mogą być jedynie z orzecznictwa TS oraz posiłkowo dyrektyw, to brak jest kryteriów prawnych, z punktu widzenia których kontrola ta miałaby być wykonywana.

Przy narastającej tendencji związanej ze zwiększeniem zadań realizowanych przez j.s.t. oraz pojawiających się kontrowersjach co do form realizacji zadań publicznych wydaje się niezbędnym doregulowanie zasad powierzania jednostkom organizacyjnym j.s.t. zadań i powiązanych z nimi kompetencji w ramach komercjalizacji wykonywania zadań.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

- Adamiak B., *Tok instancji przed organami samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 9
- Adamiak B., *Właściwość terenowych organów administracji publicznej do prowadzenia orzecznictwa administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 6
- Agopszowicz A., *Zarys prawa samorządu terytorialnego*, Katowice 1994
- Agopszowicz A., Gilowska Z., Taniewska–Peszek M., *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 1999, 2001
- Augustyniak M., Moll T., *Tworzenie, przekształcanie i likwidacja jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego. Wzory pism i dokumentów. Schematy działań*, Lex 2015
- Bagińska E., *Węzłowe problemy odpowiedzialności deliktowej jednostek samorządu terytorialnego w świetle najnowszego orzecznictwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 34
- Bagińska E., Parchomiuk J., *Przesłanki odpowiedzialności deliktowej za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 12, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, (red.) red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadowski, Warszawa 2016
- Banasiński C., (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, pod. red. M. Wierzbowskiego, M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2003
- Banasiński C., (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, wyd. 4, red. M. Wierzbowski, H. Gronkiewicz-Waltz, Warszawa 2015
- Banasiński C., *Prywatyzacja zadań publicznych w sferze gospodarki*, (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, (red.) H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2009
- Banasiński C., Jaroszyński K. M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Lex 2017

- Banasiński C., Kulesza M., *Komentarz do art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej*, (w:) C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Lex/el. 2002
- Banasiński C., Kulesza M., Szafrński D., *Ustawa o gospodarce komunalnej i przepisy towarzyszące. Komentarz*, Warszawa 1997
- Bandarzewski K., (w:) K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006
- Bandarzewski K., *Gospodarka komunalna i działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, (red.) M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016
- Bandarzewski K., *Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych*, Lex/el. 2018
- Bandarzewski K., *Prywatyzacja zadań publicznych*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
- Bandarzewski K. i in., *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2004
- Baran M., *Przekształcenia w systemie prawnych form działania administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 3, *Europeizacja prawa administracyjnego*, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014
- Barczak A., *Zadania samorządu terytorialnego w ochronie środowiska*, Warszawa 2006
- Bączny K., *Glosa do wyroku SN z dnia 16 lutego 2001 r., IV CKN 244/2000, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, z. 3, poz. 39*
- Bąkowski T., *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007
- Bednarek M., *Mienie. Komentarz do art. 44–55(3) kodeksu cywilnego*, Kraków 1997
- Bel G., Gradus R., *Privatisation, contracting-out and inter-municipal cooperation: new developments in local public service delivery*, „*Local Government Studies*” 2017, <https://doi.org/10.1080/03003930.2017.1403904>
- Bel G., Fageda X., Warner M., *Is Private Production of Public Services Cheaper than Public Production? A Meta-Regression Analysis of Solid Waste and Water Services*, „*Journal of Policy Analysis and Management*” 2010, 29 (3)
- Bieniek G., *Mienie państwowych osób prawnych na przykładzie przedsiębiorstwa państwowego*, Bydgoszcz 1997
- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa-Kraków 1994
- Blair P., *Tendencje w funkcjonowaniu samorządów lokalnych i procesach demokratyzacji (wnioski i refleksje w świetle przemian zachodzących w krajach Europy)*, „*Samorząd Terytorialny*” 1992, nr 1-2
- Blicharz J., *Komentarz do ustawy o spółdzielniach socjalnych*, (w:) *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz*, Warszawa 2012
- Blicharz J., *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005

- Blicharz J., A. Huchla A., *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie: Komentarz*, Warszawa 2008
- Błaś A., (w:) A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja*, Poznań 2003
- Błaś A., *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, (w:) *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Łódź 2000
- Błaś A., *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego* (w:) *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wrocław 2002
- Błaś A., *Współczesne tendencje przeobrażeń zadań administracji publicznej*, (w:) *Administracja publiczna*, (red.) J. Boć, A. Błaś, J. Jeżewski, Wrocław 2004
- Błaś A., Boć J., *Majątek publiczny*, (w:) J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007
- Boć J., *O umowie administracyjnoprawnej*, (w:) *Umowy w administracji*, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Boć J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2001, 2007
- Boć J., *Założenia badawcze struktur administracji publicznej*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, (red.) J. Zimmermann, Warszawa 2007
- Bończak-Kucharczyk E., *Komentarz do art. 122*, (w:) *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, wyd. III, Lex/el. 2014
- Borkowski J., *Zagadnienia kompetencji ogólnej i szczegółowej w prawie administracyjnym*, „*Studia Prawnicze*” 1971, nr 31
- Borodo A., *Samorząd terytorialny. System prawnofinansowy*, Warszawa 2000
- Brown T., , Potoski L., M. & Van Slyke, D. M. *Changing modes of service delivery: How past choices structure future choices*. „*Environment and Planning C: Government and Policy*” 2008, 26(1)
- Buczkowski S., *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937
- Bujny J., *Aksjologiczne podstawy samodzielności spółek komunalnych*, (w:) *Aksjologia prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2017
- Bukowski Z., Jędrzejewski T., Rączka P., *Ustrój samorządu terytorialnego*, Toruń 2011
- Byjoch K., Redel S., *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000
- Chmielnicki P. (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013
- Cichowicz M., Dzierżanowski W., Stachowiak M., Zasłona M., *Usługi użyteczności publicznej a pomoc publiczna. Analiza w zakresie pomocy publicznej wykonana dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach programu Transition Facility PL2004/016-829.01.10 Rezerwa Elastyczna*, www.uokik.gov.pl
- Ciepiela M., *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „*Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*” 2001, nr 6

- Ciepiela M., Status prawny gminy, jako komandytariusza, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 4
- Cieślak Z., Lipowicz I., Niewiadomski Z, Prawo administracyjne. Część ogólna, Warszawa 2000
- Complak K., Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP, „Acta Universitatis Wratislavenensis, Prawo” 2007, t. 301
- Cybulska R., Art. 74, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz., (red.), B. Dolnicki, Lex/online 2018
- Cybulska R., Przekazanie i realizacja zadań gminy jednostce organizacyjnej na przykładzie zarządu dróg, (w:) Sposoby realizacji zadań publicznych, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Czachór Z., Samorząd terytorialny a supemarodowy rozwój integracji europejskiej, (w:) Polski samorząd terytorialny w procesie integracji z Unią Europejską, (red.) B. Nawrot, J. Podkładecki, Poznań 2003
- Czachórski W., Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2004
- Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., Zobowiązania. Zarys wykładu, wyd. 10, Warszawa 2007
- Czarnik Z., Glosa do wyroku NSA z 11.8.2005 r., II GSK 105/05, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 5
- Czarnik Z., Nabycie mienia komunalnego z mocy prawa, Lublin 2000
- Czarnów S., Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej, „Rejent” 1998, nr 1
- Czarnów S., Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego jako element gospodarki komunalnej, „Rejent” 2002, nr 2-3
- Czepiel P., Gospodarowanie odpadami komunalnymi w obliczu zmian wprowadzonych ustawą z 1 lipca 2011 r., „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 5
- Dąbek D., Prawo miejscowe, wyd. 2, Warszawa 2015
- Deloff-Białek A., Wyszogrodzki G., Powierzenie zadania o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście relacji między jednostką samorządu terytorialnego a spółką komunalną, „Finanse Komunalne” 2007, nr 2
- Dercz M., Rek T., Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, wyd. II, komentarz, stan prawny 1 września 2014 r., Lex online
- Dłużniewski W., Ustawa o gospodarce komunalnej – nadal nie rozwiązane problemy z zakresu komercyjności przedsiębiorczości gminnej, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 7-8
- Dobkowski J., Organizacja i funkcjonowanie administracji publicznej, Olsztyn 2004
- Doliwa A., Prawo rzeczowe, Warszawa 2012
- Dolnicki B., Ewolucja pojęcia umowy publicznoprawnej, (w:) Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego, red. Z. Tobor, I. Bogucka, Kraków 2003

- Dolnicki B., *Monokratyczne organy samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 1-2
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Kraków 2006, 2009
- Dolnicki B., *Ustrój samorządu terytorialnego w świetle standardów europejskich*, (w:) Europeizacja polskiego prawa administracyjnego, red. Z. Janku, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojczak, Wrocław 2005
- Dolnicki B., Cybulska R., *Nowe dwustronne formy działania administracji publicznej – zagadnienia wybrane*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Warszawa 2007
- Dominowska J., *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Warszawa 2017
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 1996
- Dowgier R., *Ustalenie, pobór i windykacja opłaty za gospodarowanie odpadami jest wyłączną kompetencją wójta, burmistrza (prezydenta miasta) : glosa do wyroku NSA z dnia 10 maja 2016 r. (II FSK 1409/14)*, „Przegląd Podatków Lokalnych i Finansów Samorządowych” 2016, nr 8
- Drozd E., Truszkiewicz Z., *Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości*, Poznań–Kluczbork 1994
- Dudzik S., (w:) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002
- Dudzik S., *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998
- Duniewska Z., *Wpływ samorządu terytorialnego na rozwój przedsiębiorczości prywatnej. Zagadnienia administracyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 2
- Dybowski T., *Komunalizacja przedsiębiorstw*, „Samorząd Terytorialny” 1991, z. 5
- Dybowski T., *Mienie komunalne*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1-2
- Dybowski T., *Mienie komunalne*, (w:) *Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne*, (red.) A. Piekara, Z. Niewiadomski, Warszawa 1998
- Dyląg A., *Odplatne udzielanie świadczeń zdrowotnych*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 1
- Dylus A., *Idea pomocniczości a integracja europejska*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 5
- Dziembowski Z., *Problemy gospodarki finansowej komunalnych zakładów użyteczności publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 5
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017
- Etel M., *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego – wybrane problemy*, (w:) *Dny prawa 2012 – Days of Law, Cast X. Verejna financni cinnost – pravi a ekokomicke aspekty*, „Acta Universitatis Brunensis, Iuridica” 2013, no 442

- Etel M., *Zadania publiczne jednostek samorządu terytorialnego jako działalność gospodarcza*, (w:) Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego, red. E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017
- Fabian A., *New Public Management and What Comes After*, „Issues of Business and Law” 2010, nr 2
- Fermus-Bobowiec A., *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 1, „Radca Prawny” 2012, nr 131
- Filipek J., *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Warszawa–Kraków 1982
- Fleszer D., *Mienie komunalne*, „Casus” 2015, nr 78
- Fundowicz S., *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego*, (w:) Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi, red. J. Supernat, Wrocław 2009
- Fundowicz S., *Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 2
- Gajda A., *Jednostki organizacyjne powołane do prowadzenia działalności na rzecz sportu w wybranych miastach w Polsce*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 34
- Geis M. E., *Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech*, (w:) Sposoby realizacji zadań publicznych, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Gola J., Klich G., *Pojęcie mienia publicznego – dylematy*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 3
- Gonet W., *Spółki komunalne*, Warszawa 2007
- Gonet W., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Wzory umów i regulaminów*, Warszawa 2010
- Gonet W., *Zakres swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego*, Lex/el. 2011
- Gordon Z., *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, (w:) Kontrola zamówień publicznych, (red.) T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013
- Góralczyk W. jr, *Zasada kompetencyjności w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986
- Górka Z., Wołowicz T., *Zlecenie wykonywania zadań własnych gminy w komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2011, nr 3
- Gronkiewicz-Waltz H., Jaroszyński K., *Przedsiębiorca*, (w:) Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015
- Grzegorzczak F., *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo*, Warszawa 2012
- Grzegorzczak F., Kielijan A., *Podmiot leczniczy – kilka refleksji na kanwie ustawy o działalności leczniczej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 12
- Grzegorski S., *Pojęcie i znaczenie zasady pomocniczości (subsydiarności) do realizacji zadań publicznych przez organizacje pozarządowe w Polsce. Ekspertyza prawna*, Wrocław 2012
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego*, t. 1. Część ogólna, Wrocław 1974

- Guziński M., *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, (w:) Administracyjne prawo gospodarcze, A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Wrocław 2009
- Habuda A., *Prywatyzacja usług komunalnych*, (w:) *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wrocław 2002
- Hartung W., *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5
- Hatry H.P., *Issues in Productivity Measures for local Gouvernment*, “Public Administration, Review” 1975, nr 6
- Hauser R. (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Warszawa 2011
- Herbst J., *Wstęp – pole przedsiębiorczości społecznej*, (w:) *Od trzeciego sektora do przedsiębiorczości społecznej – wyniki badań ekonomii społecznej w Polsce*, Warszawa 2008
- Hood C., *A public management for all seasons?*, „Public Administration” 1991, vol. 69
- Horubski K., *Wykonywanie zadań własnych przez jst a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie TS*, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 10
- Ignatowicz J., *Mienie komunalne – zagadnienia podstawowe*, (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Agopszowiczowi*, Katowice 1992
- Izdebski H., *Domniemanie zadań samorządu terytorialnego i domniemanie zadań gminy w obrębie samorządu terytorialnego – klauzule generalne dotyczące zadań samorządu*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 1-2
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2004
- Izdebski H., M. Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004
- Jabłoński W., *Tendencje przeobrażeń administracji na Zachodzie*, (w:) *Administracja i polityka. Wprowadzenie*, Wrocław 1999
- Jackson M., *Insourcing: A guide to bringing local authority services back in-house*, APSE 2009
- Jacyszyn J., *Gminne przekształcenia*, „Rejent” 1997, nr 6
- Jagielski J., Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych*, (w:) *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia materiały z Konferencji Naukowej poświęconej Jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005
- Jagoda J., *Komentarz do art. 6 Ustawy o samorządzie powiatowym*, (w:) *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, wyd. II, B. Dolnicki (red.), Lex online 2016
- Jagoda J., *Prawne przesłanki samodzielności samorządu terytorialnego*, (w:) *Administracja publiczna pod rządami prawa : księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*, Wrocław 2016
- Jagoda J., *Sposoby realizacji zadań w zakresie powiatowego publicznego transportu zbiorowego*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017

- Jagoda J., *Uchwała jednostki samorządu terytorialnego jako czynność poprzedzająca zawarcie umowy cywilnoprawnej*, (w:) *Umowy w administracji*, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002
- Janas J., *Brytyjski model prywatyzacji zadań publicznych w świetle prawa i orzecznictwa precedensowego*, (w:) *Prawne aspektu prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
- Jaroszyński K., (w:) *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniem do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, Warszawa 2011
- Jaworska-Dębska B., *Umowy we współczesnej administracji*, (w:) *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Jaworski W. L., *Nauka prawa administracyjnego, zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924
- Jendrośka J., *Podmioty administrujące*, (w:) *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2004
- Jerzmanowski Z., *Problemy przekształceń przedsiębiorstw i zakładów komunalnych. Komercjalizacja i prywatyzacja*, „Wspólnota” z dn. 25.04.1997 r.
- Jyż G., Pławewski Z., Szewc A., *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005
- Katner W.J., (w:) M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007
- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 163 Kodeksu spółek handlowych*, Lex/el. 2016
- Kidyba A., *Spółki jako forma gospodarki komunalnej. Zagadnienia wybrane*, (w:) *Polska lat osiemdziesiątych. Przepisy państwa i prawa*, Lublin 1997
- Kieres L. (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego z uwzględnieniem samorządu terytorialnego*, Wrocław 2010
- Kieres L., *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, (w:) A. Borkowski, A. Chełmoński, A. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2000, 2009
- Kieres L., *Samorządowy sektor gospodarczy. Gospodarka komunalna – pojęcie*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013
- Kieres L., *Spółki handlowe jako formy organizacyjno-prawne gospodarki komunalnej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 8B, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013
- Kieres L., *Wolność gospodarcza w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*, Kraków 2001
- Kieres L., *Związki i porozumienia komunalne*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 10
- Kijowski D.R., *Problematyka regulacji prawnej stosowanie form alternatywnych wobec aktu administracyjnego*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007

- Kijowski D. R., *Umowy w administracji publicznej*, (w:) Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 2005
- Kisała M., *Stosowanie formy umowy cywilnoprawnej przez jednostki samorządu terytorialnego w powierzaniu wykonywania zadań publicznych*, (w:) Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne, red. A. Doliwa, S. Prutis, Warszawa 2012
- Kisiel W. (red.), *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006
- Kmieciak Z., *Ustawowe założenia systemu nadzoru nad działalnością komunalną*, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 6
- Knosala E., *Teoretyczne aspekty stosowania prawa prywatnego w działaniu współczesnej administracji publicznej*, (w:) M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej*. Księga jubileuszowa Profesora J. Langa, Warszawa 2009
- Knosala E., *Zadania publiczne i formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007
- Knosala E., *Zadania współczesnej administracji publicznej*, (w:) *Ustrojowo-prawne instrumenty polityki społecznej*, red. M. Baron-Wiaterek, Gliwice 2005
- Knosala E., Zacharko L., Stasikowski S., *Nowe zjawiska organizacyjnoprawne we współczesnej administracji publicznej*, (w:) *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*. Księga dedykowana prof. E. Ochendowskiemu, Toruń 2005
- Kociubiński J., *Prawo dostępu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jako prawo podstawowe? Rozważania na tle reorientacji priorytetów europejskiego modelu gospodarczego*, (w:) *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz, Wrocław 2013
- Kociubiński J., *Usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym – prawne aspekty europeizacji państwa dobrobytu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 6
- Kocowski T., *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
- Kokocińska K., *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w organizowaniu usług publicznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, t. 989
- Korczak J., Cendrowicz D., *Dywersyfikacja zadań samorządu terytorialnego*, (w:) T. Bąkowski (red.), *Organizacja administracji publicznej z perspektywy powierzanych jej zadań*, Warszawa 2015
- Korczak J., Miruć A., *Outsourcing komunalny na rzecz organizacji pożytku publicznego w sferze pomocy społecznej w świetle najnowszych uregulowań prawnych*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
- Kosikowski C., *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992,

- Kosikowski C., *Formy organizacyjne publicznej gospodarki finansowej*, (w:) C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008
- Kosikowski C., *Komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej oraz wzory aktów gminy dotyczące przekształceń przedsiębiorstw komunalnych*, Łódź-Zielona Góra 1997
- Kosikowski C., *Naprawa finansów publicznych w Polsce*, Białystok 2011
- Kowalski A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, (red.) M. Olejarz, Warszawa 2014
- Kozłowski K., *Zakres podmiotowy ustawy o zamówieniach publicznych, cz. II, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 10*
- Krawczyk M., *Związki i porozumienia międzygminne, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2011, nr 91*
- Krawczyk R.P., *Samodzielność samorządu terytorialnego – realizacja zadań publicznych a swoboda zawierania umów*, (w:) *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Zasada suwerenności. Problemy wybrane. Księga dedykowana Profesorowi Miuchałowi Domagale*, red. A. Domańska, K. Skotnicki, Łódź 2017
- Kryczko P., (w:) P. Chmielnicki (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, Warszawa 2005
- Krześnicki J., *Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych a spółki komunalne. Co było pierwsze, „Rzeczpospolita” z 7 maja 1999 r.*
- Kulesza M., *Gospodarka komunalna – podstawy i mechanizmy prawne, „Samorząd Terytorialny” 2012, nr 7-8*
- Kulesza M., *O tym, ile jest decentralizacji w centralizacji, a także o osobliwych nawykach uczonych administratywistów, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 12*
- Kulikowska-Kulesza J. E., Modrzejewski A. K., *Określenie wysokości cen i opłat za usługi publiczne przez organy samorządu terytorialnego*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Kupis P., *Nadzór w komunalnych spółkach handlowych – uwagi na tle ustawy o gospodarce komunalnej oraz kodeksu spółek handlowych, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 6*
- Langrod J., *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924
- Leoński Z., *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2003
- Leoński Z., *Problemy prywatyzacji administracji publicznej i ochrona praw jednostki*, (w:) *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, (red.) E. Ura, Rzeszów 2001
- Leoński Z., *Samorząd terytorialny w RP*, Warszawa 1998
- Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2006
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Lex online 2017
- Lis K., Sterniczuk H., *Nadzór korporacyjny*, Kraków 2005

- Lisowski P., *Dekoncentracja zewnętrzna administracji samorządowej*, (w:) Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego, red. E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017
- Lisowski P., *Publicznoprawny kontekst i wymiar aspektów podmiotowych własności komunalnej*, (w:) Własność w prawie i gospodarce, (red.) U. Kalina-Prasznic, Wrocław 2017
- Lisowski P., *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym*, „Casus” 2015, nr 76
- Lisowski P., *Ustrojowe konsekwencje umów w administracji – wybrane zagadnienia*, (w:) Umowy w administracji, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Maciejuk M., *Ewolucja form organizacyjnych prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd terytorialny*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 332
- Maciołek M., *O publicznym prawie podmiotowym*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 1-2
- Małecka-Łyszczek M., *Jakość regulacji prawnych w zakresie podejmowania współdziałania w formie stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) Kryzys prawa administracyjnego. Jakość prawa administracyjnego, t. 1, red. D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko, Warszawa 2012
- Małecka-Łyszczek M., *Pojęcie i podziały zadań publicznych ze szczególnym uwzględnieniem zadań samorządu terytorialnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Problemy społeczne, polityczne i prawne” 2013, nr 921
- Marchaj R., *Pojęcie użyteczności publicznej w prawie polskim*, (w:) Sposoby realizacji zadań publicznych, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Mark J.A., *Measurements and Measures of Productivity*, „Public Administration, Review” 1972, nr 6
- Martysz C., *Art. 38 Zasady wydawania decyzji administracyjnych*, (w:) Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, wyd. II, (red.) B. Dolnicki, Lex online 2017
- Martysz Cz., *Ład (nadzór) korporacyjny. Geneza, definicje i podstawowe problemy*, (w:) Ład korporacyjny, red. D. Dobija, I. Kołodkiewicz, Warszawa 2011
- Martysz C., *Podpis jako istotny element decyzji administracyjnej*, „Miscellanea Iuridica” 2002, t. 1
- Martysz C., *Prawne formy prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 3
- Martysz C., *Właściwość organów samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym*, Katowice 2000
- Matan A., *Działalność gospodarcza gmin*, (w:) Vademecum pracowników administracji publicznej (samorządowej oraz rządowej), wyd. 2, Katowice 1998
- Matan A., *Komentarz do art. 9 ustawy o samorządzie gminnym*, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, B. Dolnicki (red.), Lex online 2016
- Matan A., *Nadzór nad związkami międzygminnymi (zagadnienia wybrane)*, (w:) Formy współdziałania jednostek samorządu terytorialnego, red. B. Dolnicki, Lex/el. 2012
- Matczak M., *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004

- Maurrer H., *Ogólne prawo administracyjne*. Allgemeines Verwaltungsrecht, tłum. I red. K. Nowacki, Wrocław 2003
- Michalska-Badziak R., *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, wyd. 5, red. M. Stahl, Warszawa 2013
- Mikicka A.K., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prywatyzacja sensu largo zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
- Milewska A., Czaban T., *Formalnoprawne aspekty funkcjonowania związków międzygminnych*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego. Ekonomika i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2014, nr 106
- Miruć A., *Umowy w działaniach administracji pomocy społecznej*, (w:) *Umowy w administracji*, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Miruć A., *Zasada pomocniczości jako podstawa realizacji zadań publicznych z zakresu pomocy społecznej*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Mituś A., *Tworzenie i funkcjonowanie państwowych i samorządowych instytucji kultury*, (w:) *Vademecum dyrektora instytucji kultury*, R. Barański, A. Gawrońska-Baran, A. Drabarczyk, M. Gnela, D. Hołuj, K. Kędzierska, L. Lipiec-Warzecha, S. Liżewski, M. Mędrała, A. Mituś, E. Ostapowicz, Warszawa 2016
- Modras A., *Status spółki komunalnej w świetle przepisów prawa administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 7-8
- Modrzejewski A. K., *Nowelizacja ustawy – prawo zamówień publicznych a powierzone spółkom komunalnym zadania zagospodarowania odpadów komunalnych*, „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 6
- Modrzejewski A. K., *Spółka komunalna realizująca zadania z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie na przykładzie miasta Białystok*, „Przegląd Naukowy Disputatio” 2015, t. 20
- Modrzejewski A. K., *Upoważnienie zarządu spółki komunalnej na podstawie art. 39 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu utrzymania czystości i porządku*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 6
- Moll T., *Zlecenie jednostkom samorządu terytorialnego zadań w świetle art. 166 ust. 2 Konstytucji – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 2
- Niczyporuk J., *Funkcje zlecone administracji publicznej*, (w:) *Prawne gwarancje ochrony prawa jednostki wobec działań administracji publicznej*, red. E. Ura, Rzeszów 2002
- Niczyporuk J., *Mienie komunalne*, (w:) *Leksykon samorządu terytorialnego*, M. Chmara (red.), Warszawa 1999
- Niczyporuk J., *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, (w:) *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Warszawa 2012
- Niewiadomski Z., (w:) Kallas M. i in., *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, Warszawa 2002

- Niewiadomski Z., Grzelczak W., *Ustawa o samorządzie terytorialnym z komentarzem*, Warszawa 1990
- Niewiadomski Z., Szreniawski J., *Problem dopuszczalności działalności gospodarczej samorządu terytorialnego*, „Rejent” 1994, nr 5
- Nitecki S., *Udział podmiotów niepublicznych w realizacji zadań pomocy społecznej*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, t. 12
- Niżnik-Dobosz I., *Naprężenie i równowaga wybranych publiczno- i prywatnoprawnych instytucji ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych jako problem tworzenia i stosowania prawa*, „Przegląd Legislacyjny” 2013, nr 3
- O'Brien P., *Return to sender*, <http://www.publicfinance.co.uk/2011/07/return-sender-0>,
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2013
- Ofiarska M., *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008
- Ofiarski Z., *Prawo finansowe*, Warszawa 2010
- Ostałowski J., *Organizacja i finansowanie transportu zbiorowego w Polsce a wspólnotowe zasady udzielania pomocy publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 1-2
- Peters G., *Administracja publiczna w systemie politycznym*, Warszawa 1999
- Piątek S., *Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 8
- Piątek S., *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza*, Warszawa 1986
- Piątek S., *Przepisy gminne o zasadach zarządu mieniem gminy (na tle orzecznictwa NSA)*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 1-2
- Piątek S., *Rodzaje przedsiębiorstw państwowych*, (w:) *Prawo przedsiębiorstw państwowych*, red. S. Piątek, Warszawa 1986
- Płaszowska R., *Pojęcie użyteczności publicznej jako wyznacznik ram dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego*, (red.) M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016
- Podgórski K., *Zadania samorządu terytorialnego (część ogólna)*, Katowice 1990
- Popiołek W. (w:) J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009
- Posłuszny J., *Ewolucja administracji świadczącej*, Rzeszów–Przemyśl 2004
- Posner R.A., *Economic analysis of law*, Boston 1972
- Postuła I., Werner A., *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006
- Przybyś P., *Publiczne prawa podmiotowe*, (w:) *Prawo administracyjne*, Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2006
- Rabska T., *Prawny mechanizm kierowania gospodarką*, Wrocław 1990
- Rabska T., *Zakaz działalności gospodarczej*, „Wspólnota” 1993, nr 21
- Radecki W., *Utrzymanie czystości i porządku w gminach*, Komentarz, Warszawa 2012

- Radwański Z., Olejniczak A., Zobowiązania – część ogólna, 9. wyd., Warszawa 2010
- Reynolds K., Royer G., Beresford C., *Back in house: Why Local Governments are Bringing Services Home*, Columbia 2016
- Rudzka-Lorentz C., Samorząd terytorialny – założenia i rzeczywistość, „Kontrola Państwowa” 1992, nr 1
- Ruszewski J., Umowa jako forma przekazywania organizacjom pozarządowym przez organy administracji publicznej wykonywania zadań publicznych, (w:) Umowy w administracji, (red.) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008
- Rzążewska M., Zaskarżanie uchwał samorządu terytorialnego do Naczelnego Sądu Administracyjnego, Warszawa-Zielona Góra 1997
- Rzeszowski J., Finansowanie klubów sportowych z budżetu jednostek samorządu terytorialnego – sposoby wsparcia i studium interpretacji przepisów, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2017, nr 2
- Rzetecka-Gill A., Glosa do wyroku WSA w Bydgoszczy z dnia 8 stycznia 2009 r., II SA/Bd 878/08, Lex nr 99925
- Sadura P., Od centralnego planowania do współzarządzania? Polski system edukacji w epoce zmiany paradygmatu administrowania, „Zarządzanie Publiczne” 2016, nr 1
- Salachna J.M., Glosa do wyroku WSA z dnia 28 lipca 2010 r., I SA/Bd 498/10, „Samorząd Terytorialny” 2011, nr 1-2
- Samplawski K., Finansowanie z funduszy strukturalnych inwestycji jednostek samorządu terytorialnego w sektorze odpadowym a pomoc publiczna i usługi w ogólnym interesie gospodarczym, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 5
- Sandford M., *Local government: alternative models of service delivery*, Number 05950, 20 May 2016 r
- Sawicka K., Dotacje z budżetu gminy jako szczególna forma wydatków publicznych, (w:) Księga Jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza: studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska, red. R. Mastalski, Wrocław 2001
- Schmidt P., Prywatyzacja zadań publicznych w zakresie dostępu do kultury, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
- Serick R., *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin 1955
- Sierpowska I., Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz, Warszawa 2007
- Skoczny T., O niektórych problemach teorii zadań administracji państwowej, „Organizacja Metody Technika” 1985, nr 11-12
- Skoworońska-Bocian E., (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz do kodeksu cywilnego, t. I, Warszawa 2005
- Sługocki J., Prawo administracyjne, Kraków 2003
- Sobczak K., Działalność gospodarcza Uregulowania prawne, Warszawa 2004

- Sobejko W., *Charakter prawny instytucji trwałego zarządu oraz instytucji gospodarowania w ustawie o gospodarce nieruchomościami*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 1
- Sobieralski K., *Regionalizacja – zagadnienia procesowoprawne*, (w:) Województwo, region, regionalizacja 15 lat po reformie terytorialnej i administracyjnej, red. J. Korczak, Wrocław 2013
- Sobol E. (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1996
- Sołtysiński S., *Grupowanie spółek. Zarys problematyki prawa holdingowego*, (w:) A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo handlowe. Spółki handlowe, umowy gospodarcze*, Kraków 2002
- Sowiński R., *Warunki prawne funkcjonowania spółek komunalnych i ich specyfika*, „Rejent” 2003, nr 6
- Spieker M., *Zasada pomocniczości: podstawy antropologiczne i konsekwencje polityczne*, „Społeczeństwo” 1995, nr 1
- Srocki S., *Komentarz do art. 1 u.r.i.o., Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy*, (red.), A. Babczuk, P. Ciszewski, B. Cybulski, L. Etel, W. Miemiec, Z. Mykowska, M. Paczocha, S. Płazek, D. Renczyński, J.M. Salachna, S. Srocki, R. Trykozko, W. Witalec, Z.K. Wójcik, W. Wróbel, Lex/el. 2010
- Stahl M. (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013
- Stahl M., *Cele publiczne i zdania publiczne*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, (red.) J. Zimmermann, Warszawa 2007
- Stahl M., *Formy przekazywania podmiotom niepublicznym zadań administracji publicznej*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, Podmioty administrujące, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011
- Stahl M., *Instytucje zlecania funkcji z zakresu administracji publicznej i prywatyzacji zadań publicznych*, (w:) *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Z. Duniewska, B. Jaworska Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, Warszawa 2002
- Stahl M., *Zagadnienia ogólne*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, t. 6, Podmioty administrujące, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011
- Starościak J., *Decentralizacja administracji publicznej*, Warszawa 1960
- Starościak J., *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957
- Starościak J., *Prawne formy i metody działania administracji*, (w:) *System prawa administracyjnego*, t. III, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, Warszawa 1978
- Starościak J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1997
- Starościak J., *Studia z teorii prawa administracyjnego*, Warszawa 1967
- Stasikowski R., *Umowa cywilna jako instrument działania administracji regulacyjnej*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 11
- Stec M., *Dyskusja*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 3

- Stelmach J., *Kodeks argumentacji dla prawników*, Kraków 2003
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
- Stelmachowski A., (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, Warszawa 2003
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, 2011
- Strzyczkowski K., *Uwagi o zadaniach nauki o formach prawnych administracji gospodarczej*, (w:) B. Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej, (red.) B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009
- Sunkin M., *Pushing forward the frontiers of Human Rights Protection: the Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*, „Public Law” 2004
- Szachulowicz J., *Własność publiczna*, Warszawa 2000
- Szafrąński A., *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008
- Szczepaniak R., *Charakter prawny holdingu. Glosa do orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 29 października 2009 r. w sprawie Skatteverket v AB SKF*, „Prawo Spółek” 2010, nr 4
- Szczepaniak R., *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009
- Szczepaniak R., *Podmiotowość prawna spółki komunalnej*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 5
- Szczęsny R., *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Kraków 2004
- Sześciło D., *O powikłanej decentralizacji. Instytucjonalny krajobraz systemu usług publicznych w Polsce*, „Zarządzanie Publiczne” 2016, nr 4
- Szewc A., (w:) *Ustawa o samorządzie gminnym*, Komentarz, A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, Warszawa 2010
- Szewc A., *Komentarz do art. 9, (w:) Ustawa o samorządzie gminnym*. Komentarz, wyd. IV, Lex online 2012
- Szewc A., *O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3
- Szewc A., *Z problematyki art. 39 ustawy o samorządzie gminnym*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 6
- Szewc A., Jyż G., Pławewski Z., *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005
- Szewczyk M., *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995
- Szewczyk M., *Podmiotowość prawna gminy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 3
- Szostak R., *Glosa do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05*, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 1-2
- Szubiakowski M., *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów NSA z 29 marca 2006 r. (II GPS 1/2006)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 11, poz. 122

- Szydło M., *Instrumentalizacja instytucji prawnej spółki komunalnej w państwie prawnym – uwagi metodologiczne*, (w:) *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*, red. J. Korczak, Wrocław 2016
- Szydło M., *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego a przepisy prawa samorządowego*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 3
- Szydło M., *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2
- Szydło M., *Pomoc państwa wspierająca świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w świetle najnowszego orzecznictwa wspólnotowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 2
- Szydło M., *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 5
- Szydło M., *Umowne powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 4-5
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Lex online 2017
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008
- Szydło M., *Zlecenie przez jednostki samorządu terytorialnego tworzonego przez siebie spółkom kapitałowym zadań publicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 9
- Szyszczak E., Davies J., Mads Tonnesson A., Bekkedal T., *Developments in Services of General Economic Interest*, Den Haag 2011
- Śniecikowska A., Śniecikowski W., *Konstrukcja prawna podmiotu leczniczego pozostającego w zarządzie prywatnoprawnym i jego wpływ na realizację zadań publicznych*, (w:) *Organizacja administracji z perspektywy powierzanych jej zadań*, (red.) T. Bąkowski, Warszawa 2015
- Tabernacka M., *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Poznań 2007
- Tamowicz P., *Prywatyzacja usług komunalnych – przegląd doświadczeń zagranicznych*, Gdańsk 1990
- Targosz T., *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004
- Tarno J. P. i in., *Samorząd terytorialny w Polsce*, Warszawa 2004
- Tarska M., *Podmiotowość prawna spółki kapitałowej w organizacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 5
- Tetera M., *Zadania samorządu terytorialnego oraz materialne podstawy i prawne formy realizacji*, (w:) *Samorząd terytorialny. Ustrój i gospodarka*, (red.) Z. Niewiadomski, Bydgoszcz-Warszawa 2001
- Thieman B., *Verfassungsrechtliche und Finanzwirtschaftliche Aspekte des Entstaatlischung offettlicher Leistungen*, „Der Staat” 1977, Band 16
- Tkaczyński J.W., *Zasada subsydiarności w Traktacie z Maastricht o Unii Europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 10

- Ura E., Ura E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2001
- Wacinkiewicz D., Krzystek P., *Komunalna działalność gospodarcza w teorii i praktyce*, (w:) *Działalność gospodarcza – kluczowe problemy*, red. K. Sławik, Warszawa 2007
- Wacinkiewicz D., *Potrzeby wspólnot samorządowych, jako wyznacznik oddziaływania władz samorządowych w sferze gospodarki komunalnej*, (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016
- Walczak W., *Standardy nadzoru korporacyjnego – łączenie funkcji w organach spółek polskiego przemysłu obronnego*, „*Studia i Materiały, Miscellanea Oeconomicae*” 2014/18, nr 4
- Waligórski M. A., *Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej w tzw. specjalnych strefach ekonomicznych*, „*Studia Prawnicze*” 1997, nr 2
- Waligórski M., *Spółki prawa publicznego*, (w:) *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej*, (red.) J. Stelmasiak, J. Szreniawski, Bydgoszcz–Lublin 2002
- Wasilewski A., *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza*, „*Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*” 1982, nr 1-2
- Wągiel E., *Formy realizacji zadań samorządu terytorialnego w zakresie kolejowego transportu publicznego*, (w:) *Samorząd terytorialny w Polsce a sądowa kontrola administracji*, red. B. Dolnicki, J. P. Tarno, Warszawa 2012
- Werner A., *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym a funkcje państwa*, „*Prawo Pomocy Publicznej*” 2008, nr 3
- Wicik G., *Udzielanie zamówień spółkom komunalnym*, „*Prawo Zamówień Publicznych*” 2006, nr 1
- Wierzbica A., *Ograniczenia antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2008
- Wierzbicki J., *Ekonomiczne aspekty reaktywowania samorządu terytorialnego w Polsce*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 1991, nr 2
- Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Funkcje zlecone administracji publicznej*, (w:) *Prawo administracyjne*, (red.) M. Wierzbowski, Warszawa 2011
- Wilczyński P., *Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej*, „*Państwo i Prawo*” 2002, z. 2
- Włodyka S., *Kodeksowe spółki atypowe*, Warszawa 2004
- Włodyka S., *Spółki powstałe z przedsiębiorstw państwowych*, (w:) *Prawo spółek*, red. S. Włodyka, Kraków 1991
- Wojtkowiak A., *Kryterium zysku w odniesieniu do zasad prowadzenia działalności komunalnej przez gminy*, „*Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie*” 2012, z. 1
- Wojtkowiak A., *Użyteczność publiczna w gospodarce komunalnej*, „*Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie*” 2006, z. 4
- Wolter A., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1967
- Wyporska J., (w:) J. Tarno (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce*, Warszawa 2004

- Zaborniak P., *Działalność gospodarcza podmiotów komunalnych – charakterystyka pojęć*, „Casus” 2002, nr 24
- Zaborniak P., *Działalność gospodarcza podmiotów komunalnych – charakterystyka pojęć*, (w:) *Prawne gwarancje ochrony prawa jednostki wobec działań administracji publicznej*, red. E. Ura, Rzeszów 2002
- Zacharko L., *Innowacyjne rozwiązania w zakresie realizacji zadań publicznych gminy w Polsce i we Francji – modele kontraktowania usług społecznych*, (w:) *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
- Zacharko L., *Ochrona prawa osób niepełnosprawnych na tle zjawiska prywatyzacji zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego (zagadnienia wprowadzające)*, (w:) *Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, (red.) E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017
- Zacharko L., *Prawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd gminy w modelu europejskim*, (w:) *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, (red.) M. Stec., M. Mączyński, Warszawa 2016
- Zacharko L., *Prywatyzacja sektora publicznego a przekształcenia w sferze prawnych form działania administracji*, (w:) *Prawne aspekty prywatyzacji*, (red.) J. Blicharz, Wrocław 2012
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych a przekształcenia w sferze prawnych form działania administracji (na przykładzie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych)*, (w:) *Ewolucja prawnych form działania administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60 rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, red. L. Zacharko, A. Matan, G. Łaszczyca, Warszawa 2008
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000
- Zacharko L., *Przekształcenie prawnych form działania administracji w okresie transformacji ustrojowej*, (w:) *Zbiór publikacji naukowych, cz. 1, Prawo administracyjne, z. 7*, Bielsko-Biała 2005
- Zacharko L., *Wybrane problemy prywatyzacji zadań publicznych samorządu terytorialnego*, „Sejmik Samorządowy” 1994
- Zacharko L., Nitecki S., *Umowa jako forma prywatyzacji zadań publicznych w świetle ustawy o pomocy społecznej*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008
- Zacharko L., Wartenberg-Kempka B., *Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych*, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
- Zacharko L., Wartenberg-Kempka B., *Zlecenie funkcji administracji publicznej podmiotom prywatnym*, (w:) *Władztwo administracyjne: administracja publiczna w sferze imperium i w sferze dominium*, Rzeszów 2012
- Zalasińska K., *Muzea publiczne. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2013
- Zalega K., *Spór o pojęcie corporate governance*, „Organizacja i Kierowanie” 2000, nr 3

- Zemke-Górecka A., Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i jego prywatyzacja, Warszawa 2010
- Zieliński M., Dwa nurty pojmowania „kompetencji”, (w:) Gospodarka. Administracja. Samorząd terytorialny. Praca poświęcona 45-leciu pracy twórczej Profesor Teresy Rabskiej, pod. red. H. Olszewskiego, B. Popowskiej, Poznań 1997
- Zieliński W., Misja administracji publicznej a motywy inicjowania zmian, „Przegląd Organizacji” 2007, nr 11
- Ziemski K., Przekazywanie zadań i kompetencji przez organy jednostek samorządu terytorialnego, (w:) Aktualne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego, red. E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny, Sandomierz-Rzeszów 2017
- Ziemski K., Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 grudnia 2016 r. (II FPS 3/16) : dopuszczalność przeniesienia przez radę gminy w trybie art. 39 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym kompetencji organu podatkowego określonych art. 6q ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach : glosa (krytyczna), „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 3
- Ziemski K. M., Bujny J., Gminy na tropie pieniędzy. Komercjalizacja zadań własnych, „Przegląd Komunalny” 2013, nr 9
- Zięty J., Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Warszawa 2012
- Zięty J., Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Legalis 2016
- Zimmermann J., Aksjomaty prawa administracyjnego, Warszawa 2013
- Zimmermann J., Prawo administracyjne, Warszawa 2005, 2012
- Ziółkowska A., Gronkiewicz A., Współpraca administracji samorządowej z organizacjami pozarządowymi jako forma współdziałania jednostek samorządu terytorialnego z podmiotami niepublicznymi, (w:) Formy współdziałania jednostek samorządu terytorialnego, red. B. Dolnicki, Warszawa 2012
- Złakowski Ł., (w:) J. Dominowska, R. Hauser (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Warszawa 2011
- Żuławska C., Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji, „Państwo i Prawo” 1991, z. 2
- Żurawik-Szychowska M., Działania administracji państwowej w procesie prywatyzacji bezpośredniej, (w:) Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia, Łódź 2000

Wykaz aktów prawnych

Prawo UE

- Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r., 2012/C 326/01, Dz. Urz. C 326, 26/10/2012, P. 0001 – 0390
- Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogo-

- wego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. L 315 z 3.12.2007)
- Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz. Urz. UE z 09.08.1003, L 199/84
- Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, Dz. Urz. UE z 09.08.1993, L199/1
- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.U. L 134 z 30.4.2004
- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.U. L 134
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/14/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE L 2014.94.65)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji (dyrektywa koncesyjna) Dz. Urz. UE z dnia 28.03.2014 r., L 94
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa zamówieniowa), uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.U. L 94 z 38.03.2014 r.
- Dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014
- Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607 ze sprost.)

Decyzje Komisji

- Decyzja Komisji z dnia 25 kwietnia 2001, N 118/00 Subvention publiques aux clubs sportifs professionnels (Dotacje publiczne dla zawodowych klubów sportowych) oraz decyzja Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie 68123 – Norwegia – Nasjonal digital laeringsarena, 12.10.2011
- Decyzja Komisji w sprawie C 24/2005 – Francja – Laboratoire national de métrologie et d’essais, Dz.U L 95 z 5.4.2007
- Decyzja Komisji w sprawie N 395/05 – Irlandia – Gwarancje pożyczkowe na rzecz programów infrastruktury społecznej przyznawane przez Housing Finance Agency, Dz.U. C 77 z 5.4.2007, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N395_2005

Decyzja Komisji w sprawie N 562/05 – Włochy – Proroga della durata della concessione della Società Italiana del Traforo del Monte Bianco (SITMN), Dz.U. C 90 z 25.4.2007, http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_N562_2005

Decyzja Komisji w sprawie NN 51/06 – Włochy – Poste Italiane SpA: zwrot kosztów przekazanych przez państwo w ramach świadczenia międzynarodowych usług pocztowych w latach 2000-2005, Dz.U. C 291 z 30.11.2006, http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_NN51_2006

Decyzja Komisji w sprawie N 166/05 – Zjednoczone Królestwo – Fundusz państwa dla Poczty wspierający sieci na obszarach wiejskich, Dz.U. C 141 z 16.6.2006, http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_N166_2005

Decyzja Komisji w sprawie NN 8/07 – Hiszpania – Financiamiento de las medidas de reducción de plantilla de RTVE, Dz.U. C 109 z 15.5.2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-7.3.2007.pdf.

Decyzja Komisji 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, Dz. Urz. UE z 11 stycznia 20102 r., 2012/21/UE

Ustawy

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483

ustawa z dnia 31 września 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 912 z późn. zm.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 459

Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, Dz.U. Nr 24, poz. 122

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 40

Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2222

Ustawa z dnia 07 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 713

Ustawa 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. Nr 51, poz. 298

Ustawa z dnia 22 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych, Dz. U. Nr 32, poz. 191 z późn. zm.

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz. U. Nr 16, poz. 95

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 994

- Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o utworzeniu urzędu Ministra Przekształceń Własnościowych, Dz.U. Nr 51, poz. 299
- Ustawa z dnia 29 września 1990 r. o zmianie ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, Dz.U. Nr 79, poz. 464 ze zm.
- Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 862
- Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 561
- Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1010
- Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 524
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1055 ze zm.
- Ustawa z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. Nr 118, poz. 561
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1055
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 121
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260
- ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 755 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 913
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 995
- Ustawa z 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. poz. 156
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 845
- Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzanie ścieków, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1152 z późn. zm.

- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1302
- Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 688
- Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1769
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579
- Ustawa z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 711
- Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1507
- Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1265
- Ustawa z dnia 8 lipca 2005 r. o rodzinnych ogrodach działkowych, Dz. U. Nr 169, poz. 1419
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1030
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1390
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1205
- Ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców, Dz.U. Nr 191, poz. 1411
- Ustawa z dnia 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 7
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 229
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2077
- Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1867 ze zm.

- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 160
- Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 152, poz. 897
- Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. i odpadach, Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.
- Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r.o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 87
- Ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1020
- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. poz. 1920
- Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, Dz.U. poz. 130
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1292

Uchwały j.s.t. – prawo miejscowe

- Uchwała Nr XVII/164/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 21 marca 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o.o. zarządzania i administrowania budynkami i lokalami będącymi własnością Gminy Sandomierz, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2012 r. poz. 1593
- Uchwała Nr LII/697/12 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o. o. w Krakowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 3883
- Uchwała Nr XXVI/589/12 Rady Miasta Katowice z dnia 12 września 2012 r. w sprawie powierzenia Katowickim Wodociągom S.A. wykonywania zadań własnych gminy Katowice w zakresie eksploatacji miejskich przepompowni wód deszczowych i urządzeń podczyszczających wody deszczowe na terenie miasta Katowice
- Uchwała Nr XXII/235/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 24 października 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sandomierzu Spółka z o.o. wykonywania usług na terenie miasta Sandomierza w zakresie: zimowego utrzymania dróg i chodników, oczyszczania ręcznego placów, chodników, schodów i parkingów, utrzymania zieleni miejskiej, wywozu nie segregowanych odpadów komunalnych w m. Sandomierz, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 20102 r. poz. 3250

- Uchwała Nr XXX/227/12 Rady Miejskiej w Lubinie z dnia 20 listopada 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Lubinie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Lubin, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2013 r. poz. 1404
- Uchwała Nr XXVIII/250/12 Rady Miejskiej w Andrychowie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Andrychowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Andrychów, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6759,
- Uchwała Nr XXXIV/435/2012 Rady Miasta Zakopane z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie: powierzenia Spółce „TESKO” Tatrzańska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. w Zakopanem obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium gminy Miasto Zakopane, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2012 r. poz. 6846
- Uchwała Nr XXIV/265/2012 Rady Miasta Sandomierza z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o.o. wykonywania usług w zakresie administrowania Cmentarzem Komunalnym w Sandomierzu, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 898
- Uchwała NR VI/4/2013 Rady Miejskiej w Starachowicach z dnia 8 lutego 2013 r. w sprawie: powierzenia Spółce: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów „Janik” Sp. z o.o. z siedzibą w Janiku zadania własnego Gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę umowy wykonawczej niezbędnej dla realizacji projektu pn.: Rozbudowa Instalacji Regionalnej wraz z wyposażeniem w niezbędny sprzęt ZUO „Janik” Sp. z o.o., dofinansowanego ze środków wspólnotowych UE, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 1176
- Uchwała Nr XLII/742/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 14 marca 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, <http://www.bip.kielce.eu/>, data pobrania 06.08.2018 r.
- Uchwała Nr XXVIII/314/2013 Rady Miasta Sandomierza z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Sandomierzu prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 2566
- Uchwała Nr XXVIII/315/2013 Rady Miasta Sandomierza z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Sandomierzu wykonywania usług w zakresie zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Mieście Sandomierzu, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2013 r. poz. 2567

- Uchwała NR XXXVI/265/2013 Rady Miejskiej w Policach z dnia 29 października 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej TRAN-S-NET S.A. w Policach obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Police, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2013 r. poz. 4235
- Uchwała Nr XXXIII/286/2013 Rady Miejskiej w Chełmku z dnia 7 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o. zadań własnych Gminy Chełmek, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 6663
- Uchwała Nr XXXVII/451/13 Rady Miejskiej w Skawinie z dnia 27 listopada 2013 roku w sprawie powierzenia Miejskiemu Zakładowi Usługowemu Sp. z o. o. w Skawinie obowiązkowego zadania własnego Gminy Skawina, dotyczącego prowadzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2013 r. poz. 7572
- Uchwała Nr XLIV/374/2013 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 30 grudnia 2013 r. uchylająca Uchwałę Nr VI/49/2003 Rady Miejskiej w Krotoszynie z dnia 27 marca 2003 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z o.o. w Krotoszynie spraw z zakresu administracji publicznej, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. poz. 703
- Uchwała Nr 491/LIV/2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Jeleniej Górze obowiązkowego zadania własnego Miasta Jelenia Góra, dotyczącego prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 2334
- Uchwała Nr XLIII/522/2014 Rady Miasta Gniezna z dnia 26 marca 2014 r. w sprawie powierzenia „URBIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gnieźnie wykonywania obowiązkowego zadania własnego gminy z zakresu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Gniezna, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r. poz. 2637
- Uchwała Nr 545/XLV/2014 Rady Miasta Ciechanów z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie zadania własnego gminy w zakresie utworzenia i prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Ciechanów, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2014 r. poz. 8116
- Uchwała Nr 562.LX.2014 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 30 września 2014 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze zadań własnych Miasta Jelenia Góra, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r. poz. 4262
- Uchwała Nr IV/27/15 Rady Miasta Chorzów z dnia 22 stycznia 2015 r. w sprawie powierzenia jednoosobowej spółce gminy ADM „Chorzów” Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie obowiązkowego zadania własnego gminy polegającego na

- utrzymaniu czystości i porządku na terenie gminy Chorzów, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2015 r. poz. 452
- Uchwała Nr VIII/70/15 Rady Miejskiej w Solcu Kujawskim z dnia 28 sierpnia 2015 r. w sprawie powierzenia zadań z zakresu użyteczności publicznej Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Solcu Kujawskim, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2015 r. poz. 2641
- Uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubań z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Lubań, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829
- Uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubań z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Lubań, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829
- Uchwała Nr XXX/210/16 Rady Miejskiej w Nowogrodźcu z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Nowogrodziec Spółce Hydro-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogrodźcu, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5595
- Uchwała Nr XIV/106/2015 Rady Miasta Lubań z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie: powierzenia Zakładowi Gospodarki i Usług Komunalnych Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu zadań własnych Gminy Miejskiej Lubań, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 5829
- Uchwała Nr XIV/143/2015 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 2 grudnia 2015 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Mieszkaniowej „PGM” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin oraz zmiany firmy Spółki, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2015 r. poz. 4272
- Uchwała Nr XXI/157/16 Rady Miasta Żyrardowa z dnia 31 marca 2016 r. w sprawie utworzenia Spółki pod nazwą Centrum Obsługi Mieszkańców Kantor „Żyrardów” Sp. z o.o. oraz powierzenia Spółce obowiązkowych zadań własnych gminy na terytorium Miasta Żyrardowa, Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2016 r. poz. 3308
- Uchwała Nr XIX/209/2016 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 27 kwietnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Mieszkaniowej „PGM” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin oraz zmiany firmy Spółki, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2016 r. poz. 1605
- Uchwała Nr 353/XXX/2016 Rady Miejskiej w Sosnowcu z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w Sosnowcu Spółka Akcyjna obowiązkowego zadania własnego gminy i upoważnienia Zarządu Spółki Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanali-

- zacji w Sosnowcu Spółka Akcyjna do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2016 r. poz. 2615
- Uchwała Nr XIX/193/2016 Rady Miejskiej w Policach z dnia 31 maja 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej TRANS-NET S.A. w Policach obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Police, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2016 r. poz. 2773
- Uchwała Nr XVI/143/16 Rady Gminy w Warcie Bolesławieckiej z dnia 21 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Warta Bolesławiecka Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Lubkowie Sp. z o.o., Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 3020
- Uchwała Nr XXII/237/2016 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 29 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji „WiK” spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie zadań własnych Gminy Żnin, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2016 r. poz. 2490
- Uchwała Nr XXIII/214/16 Rady Miejskiej Legnicy z dnia 25 lipca 2016 r. w sprawie powierzenia Legnickiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy wykonywania zadań własnych Gminy Legnica, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 3751
- Uchwała Nr XXIV/153/2016 Rady Gminy Dobroszyce z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie wyboru formy organizacyjno-prawnej dla prowadzenia działalności w zakresie zadań własnych Gminy Dobroszyce i powierzenia tych zadań gminnej spółce, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5514
- Uchwała Nr XXV/282/16 Rady Miejskiej w Świdnicy z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia Świdnickiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w Świdnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy zadania własnego gminy polegającego na przebudowie i administrowaniu zespołem basenów odkrytych wraz z infrastrukturą, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5627
- Uchwała Nr XXX/210/16 Rady Miejskiej w Nowogrodźcu z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Nowogrodziec Spółce Hydro-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogrodźcu, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5595
- Uchwała Nr 259/XXXV/2016 Rady Miejskiej Jeleniej Góry z dnia 13 grudnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Jeleniej Górze obowiązkowego zadania własnego Miasta Jelenia Góra, dotyczącego prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5856
- Uchwała Nr XXXIII/271/16 Rady Miejskiej w Bystrzycy Kłodzkiej z dnia 13 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Usług Komunalnych sp. z o.o. w Bystrzycy Kłodzkiej obowiązkowego zadania własnego Gminy Bystrzyca Kłodzka, do-

tyczącego prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5890

Uchwała Nr XXXIV/672/16 Rady Miasta Katowice z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zadań własnych Miasta Katowice, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2016 r. poz. 7049

Uchwała Nr XXXVIII/232/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Ząbkowicach Śląskich wykonywania zadania własnego Gminy Ząbkowice Śląskie, dotyczącego likwidacji wysypisk, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5894

Uchwała Nr XXXVIII/233/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z zakresu utrzymania czystości i porządku, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5895

Uchwała Nr XXXVIII/234/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z zakresu cmentarzy gminnych; Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5896

Uchwała Nr XXXVIII/235/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z zakresu strefy płatnego parkowania; Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5897

Uchwała Nr XXXVIII/237/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych z zakresu gospodarki nieruchomościami Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 5899

Uchwała Nr XL/244/2016 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Ząbkowice Śląskie Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich z zakresu utrzymania czystości i porządku na przystankach komunikacyjnych, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2015 r. poz. 86

Uchwała Nr XXX/144/2017 Rady Miasta Wojcieszów z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce zadań własnych Gminy Wojcieszów, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 2253

- Uchwała Nr XLII/1174/17 Rady Miasta Gdańska z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie powierzenia Gdańskim Usługom Komunalnym Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku wykonywania zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie utrzymania czystości i porządku, <https://bip.gdansk.pl/>
- Uchwała Nr XXV/218/17 Rady Miejskiej w Kowalewie Pomorskim z dnia 21 września 2017 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Kowalewie Pomorskim prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, Dz. Urz. Woj. Kujawsko-Pomorskiego z 2017 r. poz. 2676
- Uchwała Nr VII/XXXVI/286/17 Rady Gminy Wisznia Mała z dnia 28 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia wykonywania niektórych zadań własnych Gminy Wisznia Mała z zakresu gospodarki komunalnej Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Wiszni Małej, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2017 r. poz. 5380
- Uchwała Nr XLIX/659/2017 Rady Miasta Sandomierza z dnia 29 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o. o. zadań własnych Gminy Sandomierz w zakresie: zimowego utrzymania dróg i chodników, utrzymania czystości i porządku, utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz utrzymania zieleni miejskiej i zadrzewień, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2017 r. poz. 3872
- Uchwała Nr XLIX/659/2017 Rady Miasta Sandomierza z dnia 29 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Spółka z o. o. zadań własnych Gminy Sandomierz w zakresie: zimowego utrzymania dróg i chodników, utrzymania czystości i porządku, utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz utrzymania zieleni miejskiej i zadrzewień, Dz. Urz. Woj. Świętokrzyskiego z 2017 r. poz. 3872
- Uchwała Nr XXXVIII/350/17 Rady Miejskiej w Czaplinku z dnia 30 listopada 2017 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych gminy Czaplinek Zakładowi Gospodarki Komunalnej Spółce w Czaplinku z ograniczoną odpowiedzialnością, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2017 r. poz. 5335

Uchwały j.s.t. – akty wewnętrzne

- Uchwała Nr XVIII/410/2011 Rady Miasta Kielce z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, z późn. zm. <http://www.bip.kielce.eu/>
- Uchwała Nr XXVI/584/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie utworzenia spółki Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ścią, https://ekosystem.wroc.pl/content/uploads/2013/08/Uchwała-nr-XXVI_584_12-utworzenie-spolki.pdf

Uchwała Nr XLIV/811/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 16 maja 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Odpadami Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, <http://www.bip.kielce.eu/>

Uchwała Nr XLIV/806/2013 Rady Miasta Kielce z dnia 16 maja 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Rejonowemu Przedsiębiorstwu Zieleni Sp. z o.o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, obejmującego sprawy terenów zieleni gminnej i zadrzewień Miasta Kielce, a także selektywnego zagospodarowania odpadów komunalnych, <http://www.bip.kielce.eu/>

Uchwała Nr XL/701/13 Rady Miasta Olsztyna z dnia 31 lipca 2013 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umowy wykonawczej niezbędnej do realizacji w/w zadania, [file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20(2).pdf)

Uchwała Nr XLVII/1011/13 Rady Miasta Bydgoszczy z dnia 20 października 2013 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych z zakresu zarządzania zasobem nieruchomości Miasta Bydgoszczy Administracji Domów Miejskich ADM Sp z o.o., http://www.bip.um.bydgoszcz.pl/binary/1011_tcm30-155730.pdf

Uchwała Nr LI/603/13 Rady Miasta Białystok z dnia 25 listopada 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo – Handlowo – Produkcyjnemu „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, [file:///C:/Users/user/Downloads/LI-603-13%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/LI-603-13%20(2).pdf)

Uchwała Nr LV/883/14 Rady Miasta Olsztyna z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn w zakresie usuwania pojazdów z dróg Gminy Olsztyn w trybie art. 50a i art. 130a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym i ich przechowywania na parkingu strzeżonym oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umowy wykonawczej do realizacji w/w zadań, http://bip.olsztyn.eu/bip/dokument/303104/lv_883_14_w_sprawie_powierzenia_spolce_olsztynski_zaklad_komunalny_sp_z_o_o_z_siedziba_w_olsztynie_zadania_wlasnego_gminy_olsztyn_w_zakresie_usuwania_pojazdow_z_drog_gminy_olsztyn_w_trybie_art_50a_i_art_130a_ustawy_z_dnia_20_czerwca_1997_roku_prawo_o_ruchu_drogowym_i_ich_przechowywania_na_parkingu_strzezonym_oraz_wyrażenia_zgody_na_zawarcie_przez_gmine_olsztyn_umowy_wykonawczej_do_realizacji_w_w_zadan_/

- Uchwała Nr LIII/868/14 Rady Miasta Olsztyna z dnia 28 maja 2014 r. zmieniająca uchwałę nr IX/117/11 Rady Miasta Olsztyna z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie powierzenia Spółce pod firmą: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę umowy wykonawczej niezbędnej dla realizacji projektu pn.: „System zagospodarowania odpadów komunalnych w Olsztynie. Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów”, dofinansowanego ze środków wspólnotowych UE, file:///C:/Users/user/Downloads/LIII%20868%2014%20ZGOK%20(1).pdf
- Uchwała Nr VII/70/15 Rady Miasta Olsztyna z dnia 25 marca 2015 r. w sprawie powierzenia spółce Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zadania własnego Gminy Olsztyn z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wyrażenia zgody na zawarcie przez Gminę Olsztyn umów wykonawczych niezbędnych do realizacji w/w zadania, file:///C:/Users/user/Downloads/VII_70_15_powierzenie_OZK%20(1).pdf
- Uchwała Nr XV/343/15 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 26 sierpnia 2015 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu – Łódź Sp. z o.o. wykonywania zadania własnego Miasta Łodzi z zakresu lokalnego transportu zbiorowego, http://bip.uml.lodz.pl/wladze/rada-miejska-w-lodzi/wyszukiwarka-uchwal/?tx_edglegalacts_legalacts%5BlegalAct%5D=1467&tx_edglegalacts_legalacts%5Baction%5D=show&tx_edglegalacts_legalacts%5Bcontroller%5D=LegalAct
- Uchwała Nr 178/15 Rady Miasta Torunia z dnia 29 października 2015 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu zadań własnych Gminy Miasta Toruń z zakresu prowadzenia gospodarki odpadami komunalnymi, w tym odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, http://www.bip.torun.pl/files/doc/178_15_01.pdf
- Uchwała Nr XIII/292/15 Rady Miasta Szczecin z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie powierzenia Spółce Żegluga Szczecińska Sp. z o.o. w Szczecinie zadań własnych gminy, <http://bip.um.szczecin.pl/files/8447314EFDD94569BB636E-0A336B73ED/292.pdf>
- Uchwała Nr XVI/490/15 Rady Miasta Gdańska z dnia 26 listopada 2015 roku w sprawie powierzenia Zakładowi Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie autobusowego lokalnego transportu zbiorowego, http://bip.gdansk.pl/subpages/akty_prawne/pliki/2015/URM_2015_7_490.pdf
- Uchwała Nr XVI/487/15 RADY Miasta Gdańska z dnia 26 listopada 2015 roku w sprawie powierzenia „Gdańskim Melioracjom” Spółce z o.o. z siedzibą w Gdańsku zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie gospodarki wodnej, kanalizacji odprowadzającej wody opadowe i roztopowe, ochrony przeciwpowodziowej

wej oraz utrzymywania fontann i studni publicznych. http://bip.gdansk.pl/subpages/akty_prawne/pliki/2015/URM_2015_7_487.pdf

Uchwała Nr XXVII/429/16 Rady Miasta Białystok z dnia 28 listopada 2016 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok obejmujących sprawy targowisk i hal targowych w zakresie Targowiska Miejskiego zlokalizowanego przy ul. Kawaleryjskiej w Białymstoku, file:///C:/Users/user/Downloads/XXVII_429_16%20(1).pdf, data pobrania 17.05.2018 r.

Uchwała Nr XXXVIII/1006/16 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 07 grudnia 2016 r., zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wykonywani zadań własnych gminy i powiatu z zakresu gospodarki komunalnej, http://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/akty_prawne/1006.pdf

Uchwała Nr XXXIV/716/2016 Rady Miasta Kielce z dnia 8 grudnia 2016 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Odpadami Sp. z o. o. w Kielcach obowiązku wynikającego z zadania własnego gminy, <http://www.bip.kielce.eu/>

Uchwała Nr XXXIV/674/16 Rady Miasta Katowice z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie powierzenia Katowickim Wodociągom S.A. wykonywania zadań własnych gminy Katowice w zakresie eksploatacji miejskiej kanalizacji deszczowej na terenie miasta Katowice, <http://bip.katowice.eu/Lists/Dokumenty/Attachments/100832/sesja%20XXXIV-674-16.pdf>

Uchwała Nr XLVIII/1451/18 Rady Miasta Gdańska z dnia 22 lutego 2018 r. zmieniająca uchwałę w sprawie powierzenia Gdańskim Usługom Komunalnym Spółce z o. o. z siedzibą w Gdańsku wykonywania zadań własnych Gminy Miasta Gdańska w zakresie utrzymania czystości i porządku, https://czystemiasto.gdansk.pl/chapter_76350.asp

Uchwała Nr 734/XXIX/2017 Rady Miasta Lublin z dnia 27 kwietnia 2017 r. zmieniająca uchwałę nr 388/XVII/2004 Rady Miasta Lublin z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie utworzenia przez Gminę Miasto Lublin jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i objęcia w niej udziałów pokrytych wkładem niepieniężnym, <https://mamprawowiedziec.pl/file/22044>

Uchwała Nr XL/806/17 Rady Miasta Opola z dnia 20 kwietnia 2017 r. w sprawie powierzenia spółce Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą ul. Podmiejska 69, 45-574 Opole zadania własnego Gminy Opole z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych, <http://prawomiejskowe.um.opole.pl/institution/18386/le-galact/5658/18386/pdfpreview>

Dokumenty robocze, komunikaty Komisji

Komunikatu Komisji – Usługi użyteczności publicznej w Europie (Dz. Urz. WE C 17 z 19.1.2001)

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów Biała Księga nt Użyteczności Publicznej (COM (2004) 374 final) Załącznik 1 Objasnienie terminów

Komunikat Komisji „Wytyczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych” (Dz.U. C 235 z 30.9.2009, s. 7)

Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, Brussels, 20.12.2011, COM(2011) 900 final

Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Nr 2012/C 8/02, Dz. Urz. UE z 11.1.2012 r., C 8

Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Nr 2012/C 8/02, Dz. Urz. UE z 11.1.2012 r., C 8, s. 7

Dokument Roboczy Służb Komisji, Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, dnia 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, dalej jako: „przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”

Dokument Roboczy Służb Komisji, Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, dnia 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, dalej jako: „przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”

Akty prawne angielskie

Local Government, Planning and Land Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/9>

Human Rights Act 1998 r., s. 6(3)(a), s. 6(3)(b), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>

Local Government Act 1999, www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/27/contents

Local Government, Planning and Land Act 1980, Part. III, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/65/contents>

Local Government Act 2003, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/26/contents>

Local Government (Best Value Authorities) (Power to Trade) (England) Order 2009, SI 2009/2393, regulation 2

Localism Act 2011, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/20/contents>

Trybunał Sprawiedliwości UE

Wyrok TS z 6.03.1974 r., C-6/73, C-7/73, w sprawie Instituto Chemioterapico SpA and Commercial Solvents Corporation v. The Commission, ECLI:EU:C:1974:18

Wyrok TS z 31.10.1974 r. C-15/74, w sprawie Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:114

Wyrok TS z 17.02.1993 r., C-159/91 i C-160/91 Poucet i Pistre Rec. pkt 13, ECLI:EU:C:1993:63

Wyrok TS z 19.05.1993 r., C-320/91, Komisja vs. Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198

Wyrok TS z 27.02.1997 r. FFSA T-106/95, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v Commission of the European Communities. – State aid – Public undertaking – Combined application of Article 92 and Article 90(2) of the EC Treaty – Additional costs arising from performance of particular tasks assigned to the public undertaking – Competitive activities, ECLI:EU:T:1997:23

Wyrok TS z dnia 15.01.1998 r., C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others and Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECLI:EU:C:1998:4

Wyrok TS z 18.11.1999 r., C-107/98, Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas -Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, pkt 49, ECLI:EU:C:1999:562

Wyrok TS z 22.01.2002, C-218/00, Cisl i INAIL, pkt 45, ECLI:EU:C:2002:36

Wyrok TS z 27.02.2003 r. C-373/00, Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH., ECLI:EU:C:2003:110

- Wyrok TS z 24.07.2003 r., C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, ECLI:EU:C:2003:415
- Wyrok TS z 16.03.2004 r., T-152/01, Dansker Busvognmænd przeciwko Komisji, pkt 57, ECLI:EU:T:2004:76
- Wyrok TS z 23.03.2004 r., C-237/04, Komisja przeciwko Włochom, pkt 7, ECLI:EU:C:2006:197
- Wyrok TS z 13.01.2005 r., C-84/03, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii, ECLI:EU:C:2005:14
- Wyrok z 13.10.2005 r., C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605
- Wyrok z TS z 20.10.2005 r., C 264/03, Komisja vs. Francja, pkt. 54, a także pkt 41, EU:C:2005:620
- Wyrok TS z 10.11.2005 r., C 29/04, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, Komisja przeciwko Austrii, pkt 38–41, ECLI:EU:C:2005:670
- Wyrok TS z 11.01.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ECLI:EU:C:2005:5
- Wyrok TS z 30.03.2006 r., C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, ECLI:EU:C:2006:208
- Wyrok TS z 6.04.2006 r., C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA, ECLI:EU:C:2006:237
- Wyrok TS z 11.05.2006 r., C-340/ Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA., pkt 32, ECLI:EU:C:2006:308
- Wyrok TS z 30.06.2006 r., C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti przeciwko Giuseppe Calafiori, ECLI:EU:C:2006:208
- Wyrok TS z dnia 17.07.2008 r., C 371/05, Komisja przeciwko Włochy, EU:C:2008:410
- Wyrok TS z 12.02.2008 r., T-289/03, BUPA i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. 2008, pkt 182 i 183, ECLI:EU:T:2008:29
- Wyrok z 10.09.2009 r., C-573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossia, pkt 4, 7ECLI:EU:C:2009:532
- Wyrok TS z 07.05.2009 r., C-504/07, Associação Nacional de Transportadores Rodoviários de Pesados de Passageiros przeciwko Companhia Harris de Ferro de Lisboa S. A., Dz. U. UE C 2008 r. Nr 22 poz. 31, Lex nr 491769
- Wyrok TS z 9.06.2009 r., C-480/06, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2009:357

- Wyrok TS z 23.12.2009 r., C 305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche, pkt 45, EU:C:2009:807
- Wyrok TS z 25.03.2010 r., C 451/08, Helmut Müller, pkt 62, EU:C:2010:168
- Wyrok TS z 29.04.2010 r., C-160/08, Komisja/Niemcy pkt 76, EU:C:2010:230
- Wyrok TS z 12.05.2011 r. w sprawie C-115/09, Trianel Kohlekraftwerk Lünen, nieopublikowane dotychczas w zbiorze orzeczeń, pkt 53-54
- Wyrok TS z 19.12.2012 r. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., ECLI:EU:C:2012:817
- Wyrok TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, ECLI:EU:C:2013:385
- Wyrok TS z 12.12.2013 r., Ragn-Sells AS przeciwko Sillamäe Linnavalitsus, C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820
- Wyrok TS z 8.05.2014 r., C 15/13, Datenlotsen Informationssysteme, pkt 22, EU:C:2014:303
- Wyrok TS z dnia 11.12.2014 r., C 113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., pkt 37, EU:C:2014:2440
- Wyrok TS z 19.06.2014 r., C 574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, ECLI:EU:C:2014:2004
- Wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona, przy udziale: Cogesa SpA, EU:C:2016:935
- Wyrok TS z 21.12.2016 r. C 51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:985

Orzecznictwo TK, NSA, WSA, SN, SA, KIO

- Wyrok TK z dnia 24.01.1995 r., K5/94, OTK 1995, nr 1, poz. 3
- Uchwała TK z dnia 27 września 1994 r., W 10/93, OTK 1994, nr 2, poz. 46
- Uchwała TK z dnia 12.03.1997 r., sygn. W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.04.2000 r., K 8/98, OTK 2000, nr 3, poz. 87
- Uchwała TK z dnia 12.03.1997 roku, sygn. W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 14
- Wyrok TK z dnia 27.06.2000 r., sygn. K 20/99, OTK 2000, nr 5, poz. 140
- Wyrok TK z dnia 28.06.2000 r. (K 25/99), OTK 2000, nr 5, poz. 141
- Wyrok TK z dnia 18.02.2003 r., sygn. K 24/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 11
- Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia z 18.06.1991 r., sygn. akt III CZP 40/91, OSN-CP 1991, nr 2, poz. 17
- Uchwała SN z dnia 10.01.1992 r., sygn. III CZP 140/91, OSNCP 1992, z. 6, poz. 109

- Uchwała SN z 30.11.1992 r. sygn. III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79
- Uchwała SN z dnia 4.04.1993 r., sygn. III AZP 35/92
- Wyrok NSA z dnia 27.09.1994 r., sygn. akt SA/Łd 1906/94
- Uchwała SN z dnia 14.03.1995 r., III CZP 6/95, OSNC 1995, z. 5, poz. 72
- Uchwała SN z dnia 26.09.1995 r. III AZP 22/95, OSNAPiUS 1996, nr 6, poz. 80
- Wyrok SN z dnia 08.02.1996 r., III ARN 64/95, OSNP 1996, nr 16, poz. 218
- Postanowienie SN z dnia 19.06.1996 r., sygn. akt III CZP 66/06, OSKC 1996, nr 10, poz. 133
- Uchwała SN z dnia 25.03.1997 r. III CZP 126/96, niepubl.
- Postanowienie SN z 19.06.1999 r., sygn. III CZP 112/99, OSNCP 2000, nr 4, poz. 78
- Wyrok SN z 22.10.2003 r., sygn. akt II CK 161/02, OSNC 2004 nr 11, poz. 186
- Wyrok SN z dnia 06.11.2003 r., I CKN 1144/2000, M. Praw. 2004, nr 5
- Wyrok SN z dnia 10.05.2012 r., sygn. IV CSK 567/11, Biul. SN 2012, nr 7
- Wyrok SN z dnia 09.08.2012 r., sygn. V CSK 366/11, <https://www.saos.org.pl/judgments/98818>
- Uchwała 3 sędziów SN z dnia 15.12.2017 r., sygn. III CZP 81/17
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5.01.2017 r., sygn. III AUa 1356/16
- Wyrok NSA w Lublinie z dnia 27.09.1994 r., sygn. SA/Lu 1906/94
- Wyrok NSA z dnia 14.12.1998 r., sygn. FSA 2/98
- Wyrok NSA z dnia 06.12.2000 r., sygn. I SA/Gd 2038/99
- Wyrok NSA z dnia 04.06.2001 r., sygn. II SA/Kr 911/01
- wyrok NSA w Gdańsku z dnia 9.01.2003 r., SA/Gd 1968/02
- Wyrok NSA z 28.07.2005 r., sygn. akt OSK 1827/04
- Wyrok NSA z dnia 11.08.2005 r., sygn. II GSK 105/05
- Wyrok NSA z dnia 26.10.2005 r., sygn. OSK 1551/04
- Wyrok NSA z dnia 11.08.2005r., sygn. akt II GSK 105/05
- Wyrok NSA w Warszawie z dnia 10.11.2005 r., sygn. III SA/Wa 2445/05
- Wyrok NSA z 12.01.2006 r., sygn. akt II OSK 787/05
- Wyrok NSA z dnia 20.01.2006 r., sygn. I OSK 346/05
- Wyrok NSA z dnia 16.05.2006 r., sygn. II OSK 288/06
- Wyrok NSA w Warszawie, z dnia 25.04.2007 r., sygn. II GSK 397/06
- Wyrok NSA z dnia 26.04.2007 r., II GSK 379/06
- Wyrok NSA z dnia 04.09.2008 r., sygn. II OSK 702/08

Wyrok NSA z dnia 17.10.2008 r., sygn. I OSK 483/2008
Wyrok NSA z dnia 20.03.2009 r., sygn. II OSK 1526/08
Wyrok NSA z dnia 24.03.2010 r., sygn. II OSK 60/10
Wyrok NSA z dnia 3.06.2010 r., sygn. akt II OSK 2058/09
Wyrok NSA z dnia 13.01.2011 r., sygn. II FSK 1634/09
Wyrok NSA z dnia 28.04.2011 r., sygn. II OSK 333/11
Wyrok NSA z dnia 14.12.2011 r., sygn. II OSK 2066/11
Wyrok NSA z dnia 19.07.2012 r.: sygn. II FSK 2645/10
Wyrok NSA z dnia 19.07.2012 r.: sygn. II FSK 265/11, II FSK 43/11
Wyrok NSA z dnia 11.09.2012 r., sygn. akt II OSK 1818/12
Wyrok NSA z dnia 8.11. 2012 r., sygn. II OSK 2013/12
Wyrok NSA z dnia 7.03.2013 r., sygn. II GSK 1374/11
Wyrok NSA w Warszawie z dnia 03.09.2013 r., sygn. II OSK 1698/13
Wyrok NSA z dnia 08.11.2013 r., sygn. II GSK 1726/13
Wyrok NSA z 26.11.2013 r., sygn. II OSK 2409/13
Wyrok NSA z dnia 26.11.2013 r., sygn. II OSK 2283/13
Wyrok NSA z dnia 13.12.2013 r., sygn. I OSK 1858/13
Wyrok NSA z dnia 26.12.2013 r., sygn. II OSK 2283/13
Wyrok NSA z dnia 03.04.2014 r., sygn. I OSK 2994/13
Wyrok NSA z dnia 7.07.2014 r., sygn. II OSK 1373/14
Wyrok NSA w Warszawie z dnia 01.09.2014 r., sygn. II FSK 2009/12
Wyrok NSA z dnia 24.09.2014 r., sygn. II OSK 1314/14
Wyrok NSA z dnia 05.11.2014 r., sygn. II OSK 966/13
Wyrok NSA z 19.11.2014 r., sygn. I FSK 1669/13
Wyrok NSA z dnia 20.11.2014 r., sygn. II GSK 518/13
Wyrok NSA z dnia 3.12.2014 roku, sygn. II GSK 2669/14
Postanowienie NSA z dnia 26.05.2015 r., sygn. akt II FSK 826/13
Wyrok NSA z dnia 25.06.2015 r., sygn. II GSK 1167/14
Wyrok NSA z dnia 02.07.2015 r., sygn. II GSK 1188/14
Wyrok WSA z dnia 8.07.2015 r., sygn. akt IV SA/Po 337/15
Wyrok NSA z dnia 09.07.2015 r., sygn. II OSK 2974/13
Wyrok NSA z dnia 03.12.2015 r., sygn. II OSK 2590/15

- Wyrok NSA z dnia 14.01.2016 r., sygn. II OSK 1896/15
- Wyrok NSA z dnia 05.04.2016 r., sygn. I OSK 3027/14
- Wyrok NSA z dnia 18.05.2016 r., sygn. I OSK 1752/15
- Wyrok NSA z dnia 18.11.2016 r., sygn. II OSK 324/15
- Wyrok NSA z dnia 02.12.2016 r., sygn. II GSK 1276/15
- Uchwała NSA z 19.12.2016 r., sygn. II FPS 3/16
- Wyrok NSA z dnia 23.08.2017 r., sygn. I OSK 3119/15
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 25.08.2004 r., sygn. II SA/Bd 148/04
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15.06.2005 r., sygn. akt II SA/Wr 169/05
- Wyrok WSA z dnia 6.07.2005 r., VI SA/Wa 2083/04
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10.11.2005 r., sygn. SA/WA 2445/05
- Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 29.06.2007 r., sygn. II SA/Go 243/07
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17.12.2007 r., sygn. I SA/Wa 1654/07
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 07.02.2008 r., sygn. I Sa/Wa 1646/07
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20.03.2008 r., sygn. I SA/Wa 134/08
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9.04.2008 r., sygn. III SA/Wr 114/08
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5.03.2008 r., sygn. III SA/Wr 666/07
- Wyrok WSA w Poznaniu z 12.06.2008 r., sygn. IV SA/Po 146/08
- Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 21.10.2008 r., sygn. II SA/Ol 703/08
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 8.01.2009 r., sygn. II SA/Bd 878/08
- Wyrok WSA w Opolu z dnia 10.03.2009 r., sygn. II SA/Op 8/09
- Wyrok WSA w Lublinie z dnia 22.05.2009 r., sygn. II SA/Lu 56/09
- Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8.10.2009 r., sygn. II SA/Gl 561/09
- Wyrok WSA w Gliwicach z 22.06.2010 r., sygn. IV SA/Gl 25/10
- Wyrok WSA w Opolu z dnia 15.09.2010 r., sygn. I SA/Op 454/10
- Wyrok WSA w Kielcach z dnia 30.09.2010 r., I SA/Ke 410/10
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 16.02.2011 r., sygn. I SA/Bd 1073/10
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5.05.2011 r., sygn. III SA/Wr 110/11
- Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 9.05.2012 r., sygn. akt II S.A./GL 168/12
- Wyrok WSA w Krakowie z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt III SA/Kr 13/12
- Postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 14.11.2012 r., sygn. IV SA/Wr 605/12
- Wyrok WSA w Szczecinie z 28.11.2012 r. sygn. II SA/Sz 568/12

Wyrok WSA we Wrocławiu z 5.12.2012 r., sygn. IV SA/Wr 434/12
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 12.12.2012 r., sygn. I SA/Gd 1039/12
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21.12.2012 r., sygn. II SA/Gl 1268/12
Wyrok WSA w Łodzi z dnia 30.04.2013 r., sygn. III SA/Łd 335/13
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 24.06.2013 r., sygn. II SA/Wr 210/13
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 03.07.2013 r., sygn. III SA/Wr 299/13
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 03.07.2013 r., sygn. III SA/Wr 299/13
Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6.08.2013, sygn. II SA/Ol 227/13
Wyrok WSA Kielcach z dnia 17.10.2013 r., I SA/Ke 472/13
Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 20.12.2013 r., sygn. II SA/Bk 96/13
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 21.05.2014, sygn. II SA/Po 306/14
Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 28.5.2014 r., II SA/Go 291/14
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 11.06.2014 r., sygn. akt IV SA/Gl 450/14
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5.08.2014, sygn. V SA/Wa 1581/14
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 04.09.2014 r., sygn.. IV SA/Po 637/14
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 22.10.2014 r. I SA/Po 298/14
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 18.02.2015 r., sygn. IV SA/Gl 503/14
Wyr. WSA w Warszawie z dnia 15.06.2015 r., sygn. IV Sa/Wa 1117/06
Wyrok WSA w Olsztynie dnia 16.06.2015 r., sygn. II SA/Ol 433/15
Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 22.06.2015 r., sygn. II SA/Rz 551/15
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 09.07.2015 r., sygn. I SA/Po 457/15
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 09.09.2015 r., sygn. VI SA/Wa 974/15
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15.10.2015 r., sygn. II SAB/Po 81/15
Wyrok WSA w Bydgoszczy z 04.11.2015 r., sygn. II SA/Bd 992/15
Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 10 marca 2016 r., sygn. II SA/Ol 62/16
Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim, z dnia 14.12.2016 r., sygn. II SA/Go 771/16
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20.04.2017 r., sygn. I SA/Gd 416/17
Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 20.07.2017 r., sygn. II SA/Sz 620/17
Postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 10.10.2017 r., sygn. IV SA/Po 876/17
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22.11.2017 r., sygn. I SA/Gd 802/17
Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. dnia 28.11.2018 r., sygn. II SA/Go 779/18
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19.12.2018 r., sygn. II SA/Gd 697/18

Wyrok z dnia 27.12.2017 r., sygn. akt KIO 2567/17 ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_2567.pdf

Inne źródła

Opinie Rzecznika Generalnego

Opinia Rzecznika Generalnego N. Jääskinena w sprawie C 306/08, Komisja/Hiszpania, pkt 84 i 87, EU:C:2010:528

Opinia Rzecznika Generalnej V. Trstenjak w sprawie C 536/07, Komisja/Niemcy, pkt 47, EU:C:2009:340

Opinia Rzecznika Generalnego N. Jääskinena, sprawa Komisja/Hiszpania, C 306/08, pkt 84 i 87, EU:C:2010:528)

Opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Bota, sprawa C-179/14, Komisja Europejska przeciwko Węgrom, <http://curia.europa.eu/juris/>, online 31.07.2018 r.

Opinia Rzecznika Generalnej V. Trstenjak w sprawie Komisja/Niemcy, C 536/07, pkt 47, EU:C:2009:340

Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego, sprawa C 51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:504

Opinia Rzecznika Generalnego M. Poiaresa Madura w tej sprawie C 264/03, EU:C:2004:747

Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla, Sprawa C-660/15 P, Viasat Broadcasting UK Ltd przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522powierzenie%2Bzadania%2B%2522&docid=185259&pageIndex=0&doclang=pl&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=373281#ctx1>

Rozstrzygnięcia nadzorcze wojewodów

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr PN.4131.207.2015 Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 27 lipca 2015 r., Dz. Urz. Woj. Warmińsko-Mazurskiego z dnia 28 lipca 2015 r. poz. 2796

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Lubuskiego z dnia 6 grudnia 2012 r. NK-I.4131.371.2012.AHor, Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z dnia 13 stycznia 2017 r., LEX-S.4131.15.2016.DG

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr KN-I.4131.1.131.2013.15 Wojewody Wielkopolskiego z dnia 14 marca 2013 r., Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2013 r. poz. 2250

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Lubuskiego z dnia 16 października 2017 r. Nr NK-I.4131.229.2017.TDOM

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Wojewody Małopolskiego z 15 czerwca 2010 r., znak PN.II.0911-80-10, NZS 2010/6/116

Rozstrzygnięcie Nadzorcze Nr NK-N.4131.127.42.2015.MS6 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 3 listopada 2015 r. stwierdzające nieważność uchwały Rady Miejskiej w Strzelinie Nr XII/167/15 z dnia 29 września 2015 r. w sprawie powierzenia Strzeleńskiemu Centrum Sportowo-Edukacyjnemu Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelinie wykonywania zadań własnych Gminy Strzelin w zakresie prowadzenia kultury fizycznej, turystyki, terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych., Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2016 r. poz. 4614

Źródła pozostałe

Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, Bruksela, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_pl.pdf, dnia 29 kwietnia 2013 r., data dostępu 07 sierpnia 2017 r.

Dokument Roboczy Służb Komisji, Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, dnia 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko Regionalne Programy Operacyjne. Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami, opublikowane 02 marca 2010 r., http://rpo2007-2013.opolskie.pl/docs/20100302_wytyczne_pp_odpa.pdf, dalej jako: „Wytyczne z 2010 r.”

Wytyczne Ministra Infrastruktury i Rozwoju, Wytyczne w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach zadań własnych samorządu gminy w gospodarce odpadami komunalnymi, Warszawa 2015 r., https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/10377/wytyczne_odpady_221015.pdf, s. 30, 32

Cabinet Office and Open Public Services, Open Public Services. White Paper. Presented to Parliament by the Minister for Government Policy by Command of Her Majesty, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/255288/OpenPublicServices-WhitePaper.pdf, 01.07.2011, [online 21.12.2017 r.]

National Audit Office, The role of major contractors in the delivery of public services, 12 listopad 2013 r., <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2013/11/10296-001-BOOK-ES.pdf>, [online 22.12.2017 r.]

- LGA, Investigating and improving the HR and OD capability in shared councils , 23 February 2016, <https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/investigating-and-improvi-80e.pdf>, [online 03.04.2018 r.]
- Ustawa landu Nadrenii Północnej Westfalii w sprawie współpracy międzygminnej, zwanej dalej „GkG NRW”, pobrane z wyroku TS z 13.06.2013 r., C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren, EC-LI:EU:C:2013:385
- Uzasadnienie do projektu ustawy o działalności leczniczej, VI kadencja Sejmu, druk sejmowy nr 3489, www.sejm.gov.pl
- Zlecenie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych, dostępna na: www.uzp.gov.pl, data pobrania 21 sierpnia 2017 r.
- Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego. Informacja o wynikach kontroli, z dnia 18 grudnia 2015 r., Nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP, file:///H:/ważne/Komercjalizacja%20(Prywatyzacja)%20zadań%20publicznych%20/nik-p-14-019-zadania-publiczne.pdf, online 06 czerwca 2018 r.