

**Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura we Wrocławiu**

Wrocław, dnia ...25...sierpnia 2009 r.

Tekst ujednolicony

**Pan
Józef Wasinkiewicz
Prezes Zarządu
Legnickiego Przedsiębiorstwa
Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.**

P/09/186
LWR-410-11-11/2009

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Na podstawie art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zwanej dalej „ustawą o NIK”, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu skontrolowała Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy, zwane „Spółką”, w zakresie funkcjonowania w latach 2006-2008.

W związku z kontrolą, której wyniki przedstawione zostały w protokole kontroli podpisanym w dniu 28 lipca 2009 r., Najwyższa Izba Kontroli na podstawie art. 60 ustawy o NIK, przekazuje Panu Prezesowi niniejsze wystąpienie pokontrolne.

Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie ocenia działalność Spółki w zakresie objętym kontrolą, pomimo nieprawidłowości dotyczących prowadzenia części działalności gospodarczej z naruszeniem ograniczeń ustawowych dla spółek z jednoosobowym udziałem gminy, nie zachowania obowiązujących przepisów przy udzielaniu zamówień publicznych, nie mających jednak wpływu na wynik postępowania, nieterminowego zgłaszania zmian dotyczących Spółki w Krajowym Sądzie Rejestrowym.

¹Dz.U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701 ze zm.

1. Spółka została utworzona w 1991 r., w wyniku przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Legnicy w trybie przewidzianym w ustawie z 13 lipca 1990 r. prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych². Kapitał zakładowy Spółki wynosił 16.623,1 tys. zł, dzielił się na 27 251 udziałów po 610 zł każdy i w całości należał do Gminy Legnica (miejskiej), zwanej dalej „Gminą”. Ustalony w umowie Spółki³ i uwidoczniiony w Krajowym Rejestrze Sądowym przedmiot działalności obejmował 59 pozycji, wśród których część dotyczyła działalności nienależącej do kategorii zadań własnych i zleconych Gminy. Ustalony i realizowany przedmiot działalności w zakresie przekraczającym realizację zadań własnych i zleconych Gminie przez Spółkę, w której jedynym udziałowcem pozostawała Gmina Legnica, nie spełniał wymogów i ograniczeń dla gmin i gminnych osób prawnych ustalonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁴ i ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej⁵. Według art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, gmina oraz gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej. Niedopuszczalne jest podejmowanie przez Spółkę ze 100% udziałem Gminy jakiejkolwiek działalności nie związanej z realizacją zadań publicznych należących do jej macierzystej jednostki samorządu terytorialnego (własnych i zleconych), chociażby była to działalność uboczna względem jej podstawowego przedmiotu działania. W przypadku podjęcia przez Spółkę działalności niezwiązanej z realizacją zadań publicznych, w praktyce Gmina zostaje zaangażowana w działalność polegającą na czymś zupełnie innym niż wykonywanie jej zadań publicznych. Powyższe twierdzenie jest zarówno konsekwencją ogólnych zasad wynikających z art. 163 oraz art. 166 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którymi aktywność jednostek samorządu terytorialnego może służyć tylko i wyłącznie realizacji określonych ustawowo zadań publicznych. Znalazło to potwierdzenie w art. 9 ust. 1 ustawy ustrojowej o samorządzie gminnym, gdzie wprost ustalono, że Gmina może tworzyć jednostki organizacyjne (w tym spółki prawa handlowego) tylko w celu wykonywania swoich zadań. Przy czym tworzenie przez jednostki samorządu terytorialnego spółek kapitałowych w celu wykonywania spoczywających na macierzystych jednostkach samorządowych zadań publicznych oznacza przy tym, że jedynym i wyłącznym przedmiotem działań tych spółek może być tylko wykonywanie zadań publicznych (własnych lub zleconych) należących do zakresu działania ich macierzystych jednostek samorządu

² Dz.U. Nr 51, poz. 298 ze zm. – utraciła moc z dniem 8 kwietnia 1997 r.

³ obowiązujący w czasie kontroli NIK w czerwcu 2009 r., ustalony w listopadzie 2007 r.

⁴ Dz.U. z 2001r. nr 142, poz.1591 ze zm.;

⁵ Dz.U. z 1997 r. nr 9, poz.43 ze zm.

terytorialnego, polegających na zaspakajaniu potrzeb danej wspólnoty samorządowej. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w orzecnictwie sądowym⁶ i doktrynie⁷.

2. Badania kontrolne wykazały ustabilizowaną sytuację finansowo-ekonomiczną Spółki w badanym okresie 2006-2008 z elementami pogorszenia niektórych wskaźników ekonomicznych w 2008 r.. Przychody ogółem w 2008 r. w kwocie 35.422 tys. zł były wyższe o 6.132 tys. zł, tj. o 20,9% od 2007 r. i o 10.698 tys. zł, tj. o 43,3% od 2006 r. Zwiększenie przychodów uzyskano przy podobnym wskaźniku wzrostu kosztów ogólnych (odpowiednio o 20,8% i 43,2%), co pozwoliło uzyskać zysk netto z działalności gospodarczej w podobnej wysokości – 24 tys. zł w 2006 r., 29 tys. zł w 2007 r. i 32 tys. zł w 2008 r. Wykazane w bilansie na koniec 2008 r. aktywa ogółem w kwocie 32.295 tys. zł były wyższe o 7.147 tys. zł, tj. o 28,4% od 2007 r. i o 7.785 tys. zł, tj. o 32,2% od 2006 r. W 2008 r. w niewielkim stopniu zwiększył się również kapitał własny Spółki (odpowiednio o 0,6% i o 3,8%) i kapitał zakładowy (o 0,6% i 4,1%). W 2008 r. odnotowano natomiast niekorzystną zmianę związaną ze wzrostem należności krótkoterminowych do 5.714 tys. zł przy 4.057 tys. zł w 2007 r., tj. o 40,8% i zobowiązań długoterminowych do 1.876 tys. zł przy 777 tys. zł w 2007 r., tj. o 141,4%. Znalazło to odzwierciedlenie w podstawowych wskaźnikach ekonomicznych za okres 2006-2008. Wskaźnik ogólnej oceny finansowej zmniejszył się z 0,66 w 2007 r. do 0,52 w 2008 r., tj. o 0,14 punktów (o 21,2%), co oznacza pogorszenie sytuacji majątkowej i finansowej Spółki. Wskaźnik ogólnej płynności określający stopień pokrycia zobowiązań bieżących majątkiem obrotowym mieścił się w granicach od 0,97 do 1,05 przy optymalnym od 1,5 do 2. Wielkość zbliżoną do 1 uznawaną za optymalną, wykazał natomiast wskaźnik szybkiej płynności wynoszący od 0,93 do 1,03 określający możliwość spłaty zobowiązań w oparciu o łatwo dostępne środki. Na niskim poziomie od 0,92% do 0,95% kształtował się wskaźnik finansowego pokrycia aktywów pokazujący udział kapitałów własnych w finansowaniu majątku. Tendencję stabilną, jednak w niewielkiej wysokości od 0,09% do 0,11% wykazywał wskaźnik rentowności netto określający udział zysku w przychodzie ze sprzedaży. Poprawie uległ wskaźnik szybkości obrotu należności z 49 dni w 2006 r. do 36 dni w 2008 r. oraz wskaźnik spłaty zobowiązań odpowiednio z 32 dni do 29 dni.

3. Pozytywnie NIK ocenia sposób przeprowadzenia w badanym okresie 2006-2008 procedur związanych z podwyższeniem kapitału zakładowego o 109,5 tys. zł poprzez

⁶ wyrok NSA z 6 grudnia 2000 r. I SA/Gd 1977/59 OSS 2001, Nr Zesz. 63

⁷ C. Balasiński, M. Kulesza – Ustawa o gospodarce komunalnej Komentarz, 2002 r., Marek Szydło; „Ustawa o gospodarce komunalnej Komentarz „rec. prof. Leon Kieres. Oficyna a Wolters Kluwer business Warszawa 2008 r.

wniesienie przez Gminę do Spółki aportu w postaci 2 nieruchomości o łącznej powierzchni 1 649 m². Wartość wnoszonego aportu ustalona została w oparciu o operat szacunkowy nieruchomości sporządzony przez uprawnionego rzeczoznawcę majątkowego. Nieruchomości przekazane zostały na wniosek Spółki, a ich sposób wykorzystania w czasie kontroli NIK nie uległ zmianie i był zbieżny z wnioskowanym, tj. nieruchomości wykorzystywane zostały na wewnętrzne drogi komunikacyjne.

4. W latach 2006-2008 Spółka udzieliła 32 zamówień publicznych o wartości powyżej 14 tys. euro⁸ na łączną kwotę 9.852,5 tys. zł. Badając przebieg 6 postępowań (po 2 o najwyższej wartości w każdym z badanych lat) na łączną kwotę 4.267 tys. zł, co stanowiło 43,3% próbę w odniesieniu do wartości, w odniesieniu do wszystkich stwierdzono nieprawidłowości i uchybienia wobec wymogów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(PZP)⁹ określonych w:

-art. 17 ust. 2 – Główny Księgowy Spółki, przed wykonaniem czynności związanej z podpisaniem umów z dostawcami na wszystkich 6 zbadanych postępowaniach przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (nr TP/EH/TO/8/2008 o wartości 908,4 tys. zł¹⁰, TP/EH/ZZiUP/7/2006 na kwotę 505,4 tys. zł¹¹, TP/ZOM/5/2007 – 601,8 tys. zł¹², TP/ZOM/9/2007 – 680,0 tys. zł¹³, TP/TO/13/2008 – 449,4 tys. zł¹⁴ i TP/TO/12/2008 – 1.050,0 tys. zł¹⁵) nie złożył pod rygorem odpowiedzialności karnej wymaganego przywołanym przepisem pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących jego wyłączenie z tych postępowań. Takiego oświadczenia nie złożył również Dyrektor ds. Techniczno-Eksploatacyjnych, choć w trakcie postępowania TP/EH/TO/8/2006 już po jego wszczęciu przekazywał uczestnikom informacje o zmianach w SIWZ¹⁶. Nie znajduje uzasadnienia, także w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej przy Prezesie UZP¹⁷,

⁸ wartość poniżej której w świetle uregulowań art. 4 pkt. 8 PZP nie było obowiązku stosowania tej ustawy

⁹ Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.

¹⁰ „Sukcesywna dostawa rafinowanych produktów z ropy naftowej i różnych produktów ropopochodnych z podziałem na zadania”

¹¹ „Sukcesywna dostawa trumien, krzyży i obudów nagrobnych z podziałem na zadania w okresie 01.06.2006 r. do 31.05.2007 r.”

¹² „Dostawa samochodu trzyosiowego z zabudową skrzyniową do opróżniania i wywozu odpadów z pojemników i kontenerów wraz z dostawą kontenerów o pojemności 5 m³ – 6 sztuk oraz 2,5 m³ – 6 sztuk.”

¹³ „Dostawa mobilnej linii do 2 – etapowego oddzielenia frakcji drobnej ze zmieszanych odpadów komunalnych.”

¹⁴ „Dostawa samochodu ciężarowego trzyosiowego z zabudową hakową i przyczepą do transportu kontenerów wraz z kontenerami.”

¹⁵ „Dostawa kompaktora kołowego okółkowanego do zagęszczania odpadów o ciężarze roboczym min. 35.000 kg.”

¹⁶ Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

¹⁷ orzeczenie DF.GKO-4900-6/6/07/275 z 10 maja 2007 r.

argumentacja wskazana w czasie kontroli, iż podpisanie umowy nie jest jedną z czynności w trakcie postępowania przetargowego. Złożenie takiego oświadczenia ma zasadnicze znaczenie dla zachowania podstawowych wymogów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie bezstronności i obiektywizmu,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 – pomimo tego, że w postępowaniu nr TP/ZOM/5/2007 oferta jedyne go wykonawcy na dostawę samochodu trzyosiowego z zabudową skrzyniową do opróżniania i wywozu odpadów z pojemników i kontenerów nie spełniała wymagań SIWZ odnośnie posiadania badań technicznych (badania kontrolne, świadectwo dopuszczenia UDT¹⁸) a dostawca nie spełniał wymagań SIWZ odnośnie doświadczenia zawodowego, oferty nie odrzucono, jak nakazywał wskazany przepis. Nie zastosowano tego przepisu i nie odrzucono oferty, także w trakcie postępowania nr TP/TO/13/2008, chociaż oferta jedyne go uczestnika na dostawę samochodu ciężarowego trzyosiowego z zabudową hakową i przyczepą do transportu kontenerów wraz z kontenerami, nie spełniała wymagań SIWZ odnośnie badań technicznych, bowiem nie posiadała świadectwa dopuszczenia Urzędu Dozoru Technicznego,

- art. 94 ust. 1 – umowę w sprawie zamówienia publicznego nr TP/EH/ZZiUP/7/2006 podpisano po upływie 5 dni od dnia zawiadomienia wykonawcy o wyborze oferty, gdy wskazany przepis nakazywał zawarcie takiej umowy nie wcześniej, jak po upływie 7 dni od tego zdarzenia,

- art. 95 ust. 1 – w trakcie postępowania TP/EH/ZZiUP/7/2006 przeprowadzonego w okresie kwiecień-czerwiec 2006 r. realizując obowiązek wynikający z tego przepisu w zakresie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Prezesowi UZP¹⁹ podano, że wartość wybranej oferty wynosiła 505,4 tys. zł (netto), gdy w rzeczywistości było to 545,7 tys. zł (netto),

- art. 140 ust. 1 – wskazany przepis nakazywał, że zakres świadczenia ustalony w umowie z dostawcą powinien być tożsamy z zawartym w ofercie, tymczasem ustalając warunki umowne podczas postępowania TP/EH/ZZiUP/7/2006, w części dotyczącej ceny wpisano, że wynagrodzenie dla dostawcy nie może przekroczyć 505,4 tys. zł (netto), gdy przyjęta oferta zawierała cenę w wysokości 546,7 tys. zł (netto),

¹⁸ Urząd Dozoru Technicznego

¹⁹ według obowiązującego wówczas stanu prawnego, obecnie zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych

- art. 139 ust. 2 – umowa z wykonawcą w sprawie zamówienia nr TP/ZOM/9/2007 została zmieniona w części dotyczącej terminu realizacji z pominięciem formy pisemnej wymaganej przywołanym przepisem,

- art. 9 ust. 1 – wbrew zasadzie pisemności wynikającej z przywołanego przepisu, w 5 postępowaniach (TP/EH/TO/8/2006, TP/ZOM/5/2007, TP/ZOM/9/2007, TP/TO/13/2008, TP/TO/12/2008) nie udokumentowano faktu opublikowania na swojej stronie internetowej ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. W 1 przypadku (TP/EH/TO/8/2006) nie udokumentowano czynności związanych z modyfikacją SIWZ oraz faktu przekazania tych zmian dostawcom.

Ponadto należy zwrócić uwagę na powoływanie do składu komisji przetargowych rewidenta zakładowego (w 2 przypadkach na 6 zbadanych), co w ocenie NIK stoi w sprzeczności z zakresem realizowanych przez tę osobę zadań w ramach kontroli wewnętrznej, w tym dotyczącej zamówień publicznych.

5. Kontrola wykazała, że jednoosobowy Zarząd Spółki w osobie Pana Prezesa został powołany z zachowaniem wymogów art. 10a ust. 6 ustawy o gospodarce komunalnej, tj. przez Radę Nadzorczą w drodze uchwały. W badanym okresie 2006-2008 wysokość wynagrodzenia miesięcznego Pana Prezesa ustalona została w wysokości od 14,0 tys. zł do 16,3 tys. zł miesięcznie przy maksymalnie dopuszczalnej wysokości²⁰, ustalonej art. 8 pkt. 1 ustawy z dnia 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi²¹ (zwanej potocznie ustawą „kominową”) w wysokości do 16,0 tys. zł w 2006 r., do 16,9 tys. zł w 2007 r. i do 18,6 tys. zł w 2008 r. Zbadana dokumentacja nie wykazała pobierania przez Pana Prezesa w latach 2006-2008 świadczeń dodatkowych z tytułu zatrudnienia m.in. socjalnych, komunikacyjnych i ubezpieczeniowych. Kontrola potwierdziła, że nagrody roczne za lata 2006-2008 wypłacone Panu Prezesowi nie przekraczały wysokości górnej granicy ustalonej przepisem art. 10 ust. 7 ustawy kominowej do 3-krotności przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego pobranego przez Pana Prezesa w roku poprzedzającym przyznanie nagrody. Dokumentacja stanowiąca podstawę przyznania nagrody potwierdziła zachowanie wymogów art. 10 ust. 1 i 2 ustawy kominowej - nagroda została przyznana na umotywowany wniosek Rady Nadzorczej odnoszący się do wyników finansowych Spółki, przez uprawniony organ, tj. przez Zgromadzenie Wspólników, którego funkcje w świetle uregulowań art. 12 ust. 4 ustawy o gospodarce komunalnej, wypełniał jednoosobowo

²⁰ 6-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez Prezesa GUS

²¹ Dz.U. nr 26, poz.306 ze zm.

Prezydent Legnicy. Także wysokość kosztów poniesionych przez Spółkę w badanym okresie 2006-2008 na wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej w kwocie 309,3 tys. zł znajdowała potwierdzenie w obowiązujących uregulowaniach prawnych. Wysokość wynagrodzenia miesięcznego wypłaconego poszczególnym członkom rady nadzorczej w wysokości od 1,7 tys. zł do 3,1 tys. zł miesięcznie nie przekraczała w żadnym przypadku górnej granicy określonej przepisem art. 8 pkt. 8 ustawy kominowej w wysokości od 2,7 tys. do 3,1 tys. zł²².

6. W kontrolowanym okresie 2006-2008 Spółka stosownie do wymogów przepisu art.64 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości²³ badała i ogłaszała sprawozdanie finansowe za poszczególny rok obrotowy. Sprawozdania te zostały zbadane przez uprawniony podmiot wybierany każdorazowo przez Radę Nadzorczą, co odpowiadało wymogom zawartym w § 22 pkt 2 lit. 1 umowy Spółki. Biegli rewidenci uznali, że sprawozdania finansowe za 2006 r., 2007 r. i 2008 r. zostały sporządzone prawidłowo. Zweryfikowane sprawozdania były opiniowane przez Radę Nadzorczą, a następnie zatwierdzane przez Zgromadzenie Wspólników Spółki, co wypełniało wymogi odpowiednio art.219 § 3 i art.231 § 2 ust.1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych²⁴. Kontrola wewnętrzna w Spółce realizowana w oparciu o zarządzenie Prezesa Spółki z 1999 r. oparta była na kontroli funkcjonalnej wykonywanej przez wskazane osoby ze szczebla kierowniczego. Zawierała także elementy kontroli instytucjonalnej opartej w głównej mierze na pracy rewidenta zakładowego, który w badanym okresie przeprowadził 13 kontroli dotyczących m.in. opłacalności zadań realizowanych przez podmioty zewnętrzne, zasadności zakupów i gospodarowania częściami zamiennymi, realizacji robót drogowych, w wyniku których skierowano kilkadziesiąt szczegółowych wniosków i zaleceń pokontrolnych. W badanym okresie badania kontrolne rewidenta zakładowego w zasadzie nie obejmowały sposobu udzielania przez Spółkę zamówień publicznych.

7. Kontrola wykazała, że składając w badanym okresie 4 wnioski o wpis zmian w rejestrze sądowym, dotyczące zmiany przedmiotu działalności i podwyższenia kapitału zakładowego, w 1 przypadku przekroczono o 6 dni termin, ustalony przepisem art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym.

²² jednokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego, publikowanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego dla każdego roku

²³ Dz.U. z 2002r. nr 76, poz. 694 ze zm.;

²⁴ Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.;

Przedstawiając powyższe oceny i uwagi, Najwyższa Izba Kontroli wnosi o:

1. Podjęcie działań mających na celu dostosowanie zapisów umowy Spółki ustalających przedmiot działalności do wymogów w zakresie ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez Gminę Legnica ustalonych przepisami ustawy o samorządzie gminnym i ustawy o gospodarce komunalnej.
2. Wyeliminowanie odstępstw od wymogów ustawy Prawo Zamówień Publicznych w trakcie postępowań, szczególnie związanych ze składaniem oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tych postępowań osób wykonujących czynności związane z postępowaniem, obowiązkiem odrzucenia oferty, jeżeli nie spełnia warunków przetargu i dokumentowaniem poszczególnych czynności związanych z postępowaniem zgodnie z zasadą pisemności.
3. Objęcie planowaną kontrolą wewnętrzną postępowań związanych z udzielaniem zamówień publicznych przez Spółkę, ze szczególnym uwzględnieniem postępowań o największej wartości.
4. Składanie wniosków o wpis do Rejestru zmian podlegających rejestracji z zachowaniem 7-dniowego terminu wymaganego przepisem art. 22 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy o NIK, oczekuje przedstawienia przez Pana Prezesa w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia, informacji o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków bądź o działaniach podjętych w celu realizacji wniosków lub przyczynach nie podjęcia takich działań.

Zgodnie z treścią artykułu 61 ust. 1 ustawy o NIK w terminie 7 dni od otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego Pan Prezes ma prawo zgłosić do dyrektora Delegatury NIK we Wrocławiu umotywowane zastrzeżenia w sprawie ocen, uwag i wniosków zawartych w tym wystąpieniu.

W razie zgłoszenia zastrzeżeń, zgodnie z art. 62 ust. 2 ustawy o NIK, termin nadesłania informacji, o którym mowa wyżej, liczy się od dnia otrzymania ostatecznej uchwały właściwej komisji NIK o sposobie ich rozpatrzenia.